

EN LETRA - año IV, número 8 (2017)
Dossier de Debates Actuales sobre Género(s)
pp. 90-109

EL ABORDAJE DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

*Nicolás J. PAPALÍA*¹

Fecha de recepción: 18 de julio de 2017

Fecha de aprobación: 11 de septiembre de 2017

Resumen

El objeto del presente trabajo es dar cuenta de que el abordaje de los casos de violencia de género por el sistema de justicia penal coincide con una creciente tendencia hacia la criminalización de problemáticas sociales. En las últimas décadas se verifica un mayor desarrollo de propuestas punitivas para responder a flagelos sociales como la violencia de género, a la vez que se produce (ya fuera del ámbito de la justicia) una desarticulación de estructuras, políticas y recursos estatales que obstaculizan la plena efectividad de los Derechos Humanos —en este caso, principalmente, de las mujeres víctimas—. Asimismo, se señalan las características y limitaciones del abordaje penal de la violencia de género y se plantean desafíos que deben atenderse frente a la necesidad de asegurar un análisis integral, interdisciplinario e interinstitucional de la problemática.

¹ Abogado graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA - Argentina). Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Doctorando en Derecho por la Universidad de Palermo (UP - Argentina). Diplomado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University y la Washington College of Law (Estados Unidos). Secretario de la Fiscalía de Cámara de la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente universitario. Correo electrónico de contacto: npapalia@gmail.com.

Palabras clave

Violencia de género – Derecho Penal – Derechos Humanos

THE CRIMINAL LAW APPROACH TO GENDER VIOLENCE

Abstract

This paper approaches cases of gender violence addressed to by the criminal justice system, which occur in the context of a growing tendency of criminalizing social problems. During the last decades, a greater number of punitive responses to social problems (such as gender-based violence) have arisen and, beyond the Courts, a change in the disposition of the structures, policies, and resources of the State that affects the full effectiveness of human rights — in this case, mainly, of women. An approach to the characteristics and limitations of the application of criminal laws against gender violence is also provided, as well as to the challenges that must be analyzed to ensure a comprehensive, interdisciplinary and inter-institutional analysis of this problem.

Keywords

Gender violence – criminal law – human rights

I. Introducción

Mucho se discute en relación con la pertinencia del abordaje de la problemática de la violencia de género desde el Derecho Penal. Este debate ganó protagonismo en el escenario nacional a la hora de sancionar, desde el Poder Legislativo, las herramientas legales para combatir la violencia en el ámbito de las relaciones de familia, imponiéndose la corriente que considera que se trata de una conflictiva social y no de un delito (LÓPEZ OLIVA, 2006: 16).

Sin embargo, recientemente se han producido algunas modificaciones que parecen revertir esa tendencia, pues la normativa legal vigente en materia de violencia de género (ley 26.485) habilita su implementación por cualquier magistrado o magistrada, incluso de quienes poseen competencias penales. Asimismo, tras la sanción de la ley 26.791 se

modificó el Código Penal argentino, aumentando la gravedad de las sanciones contra aquellas agresiones que se cometen con base en el género, la identidad de género, la orientación sexual y/o en virtud de haber mantenido una relación de pareja (mediare o no convivencia). De esta forma, y aunque en nuestro país la violencia de género no constituye un tipo penal específico (como ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos o España), cientos de miles de casos que presentan esta problemática transitan por los tribunales judiciales con competencia penal.

En el presente trabajo se da cuenta de que el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva penal integra una creciente y generalizada tendencia hacia la criminalización de los conflictos sociales. En efecto, este proceso no sólo involucra a esta problemática en particular, sino también representa un discurso complejo instalado hace varias décadas que, por un lado, asigna relevancia pública al flagelo y, por otro, conduce a una retirada del Estado de la provisión de los recursos públicos necesarios para su atención. Asimismo, se presentan las razones esgrimidas por algunos sectores del colectivo feminista² que impulsan el abordaje de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho Penal y se señalan las características y limitaciones de dicho enfoque, frente a la necesidad de asegurar un análisis integral, interdisciplinario e interinstitucional de la problemática.³ Todo ello permite aseverar que la respuesta que hoy se brinda desde el

2 Cuando se menciona al movimiento feminista se refiere al "[c]onjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar una mayor igualdad para las mujeres. El feminismo, como su ideología dominante, da forma y dirección al movimiento de las mujeres y, desde luego, es moldeado por éste. Las mujeres buscan igualdad en todas las esferas de la vida y utilizan una amplia gama de estrategias para alcanzar este objetivo" (Fiss, 1992: 319). En consecuencia, puede afirmarse que, como tal, el feminismo no constituye un todo homogéneo, sino que conviven en él un sinnúmero de posiciones diferentes que confluyen en la idea de alcanzar mejoras en la calidad de vida de las mujeres, aunque mediante diferentes caminos.

3 Plantarse ante el problema de la violencia de género con una mirada integral implica contemplar las diferentes aristas que inciden en su producción. En el tratamiento de los casos concretos, supone asignar prioridades sin descuidar la totalidad de los elementos que se presentan en cada situación en particular. Ello no es posible sino mediante un abordaje desde la óptica de diferentes disciplinas, mediante la integración de saberes y conocimientos que aportan las distintas ciencias, técnicas y experiencias. De esta forma se evita la definición de respuestas aisladas, dispersas, segmentadas o incluso contradictorias. Un análisis interdisciplinario, a su vez, exige revisar cotidianamente y con carácter crítico los métodos y técnicas empleados, las acciones propuestas y los resultados obtenidos, de modo tal que todos ellos se actualicen en la medida que las circunstancias fácticas exhiban nuevas

sistema penal a la violencia de género debe ser revisada críticamente, pues exhibe un sinnúmero de aristas que pueden contribuir a mantener y reforzar la violencia más que a erradicarla.

II. El avance punitivo: la tendencia creciente hacia la criminalización de las problemáticas sociales

En los últimos tiempos se ha acrecentado el número de denuncias de situaciones de violencia de género⁴ y, con ello, la demanda de intervención del sistema penal a través de la aplicación de sanciones. Cabe preguntarse si esta demanda recae sólo sobre esta problemática social en particular o si, en cambio, constituye una tendencia generalizada respecto del modo en que dichos problemas son abordados por parte de las autoridades públicas. La respuesta se orienta rotundamente hacia la segunda afirmación. De hecho, el accionar estatal frente a los problemas sociales en general se caracterizó en las últimas décadas por una reducción del llamado Estado social y un crecimiento significativo del poder punitivo. Sostiene GARLAND (2005) al respecto que (p. 306):

[d]urante gran parte del siglo XX, la mayoría de las decisiones de la política criminal y de la justicia penal se basaban en un estilo *social* de razonamiento. Los problemas del delito tenían una causa social y una solución social. Los problemas particulares que surgían debían ubicarse en su contexto social, debían rastrearse sus raíces sociales y debían tratarse con las herramientas sociales más apropiadas, como la asistencia social personalizada, la provisión

particularidades o no se alcancen los objetivos esperados. Asimismo, una intervención adecuada en esta materia requiere de la coordinación institucional de todas las áreas del Estado, cuyas políticas estén orientadas a trabajar alguna de las aristas que pueden desprenderse de este flagelo.

⁴ A modo de ejemplo puede citarse la información suministrada por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, "OVD" y "CSJN", respectivamente) que registra el número de denuncias recibidas de casos de violencia doméstica (modalidad de la violencia de género). Según la OVD, en 2010 se atendieron 7437 casos; en 2011, 8461; en 2012, 9933; en 2013, 10.015 casos; en 2014 fueron 10.573; mientras que en 2015 resultaron 11.348 los casos de violencia doméstica recibidos por su personal. Estos datos estadísticos surgen de la página web de la OVD (<http://www.csjn.gov.ar/ovd/>).

social y la reforma social.⁵ Recientemente, sin embargo, ha surgido una nueva forma de enfocar los problemas, un estilo que podría describirse como "económico" en lugar de social. Esta manera de pensar ha moldeado la forma en que los profesionales de la justicia penal toman decisiones, asignan recursos y hacen uso de sus poderes.

Según GARLAND (2005) esto se debe a que (pp. 314-5):

[c]on el transcurso del tiempo, nuestras prácticas de control del delito y de hacer justicia han tenido que adaptarse a una economía cada vez más insegura que margina a importantes sectores de la población; a una cultura consumista y hedonista que combina libertades personales amplias con controles sociales débiles; a un orden moral pluralista que lucha por crear relaciones de confianza entre extraños que tienen muy poco en común; a un Estado "soberano" que es cada vez menos capaz de regular una sociedad de ciudadanos individualizados y grupos sociales diferenciados; y a tasas de delito crónicamente elevadas que coexisten con bajos niveles de cohesión familiar y de solidaridad comunitaria. El carácter arriesgado e inseguro de las relaciones sociales y económicas actuales es la superficie social que da origen tanto a nuestra nueva preocupación enfática y generalizada por el control como a la velocidad y afán con que segregamos, fortificamos y excluimos. Es esta circunstancia de fondo la que alienta nuestros intentos obsesivos de mantener bajo vigilancia a individuos sospechosos, de aislar poblaciones peligrosas e imponer controles situacionales en escenarios que, de otro modo, serían abiertos y fluidos.

Desde fines de la década de 1970, estas transformaciones políticas, económicas y culturales han dado lugar a nuevas formas de entender y gestionar las cuestiones colectivas vinculadas al ámbito de lo público. Así, los fuertes cuestionamientos recibidos por el modelo

5 N. del A.: modelo del Estado social o *welfare*.

del Estado de bienestar (o *welfare*) —sus instituciones, su propia dinámica y la lógica con que se definían las políticas públicas— han marcado el surgimiento de nuevos discursos que en el plano filosófico y político sustentaron al desarrollo de nuevas formas de administrar los recursos públicos y concebir la propia gestión estatal. Dentro de este campo complejo de redefiniciones y transformaciones se ubica, por supuesto, la "gestión de la conflictividad" y la problemática del "delito" que, en los últimos años, son visualizadas en una crisis permanente que, lejos de retraerse, se agrava día a día. Dicha crisis, percibida como un incremento de la violencia y en consecuencia del riesgo y la inestabilidad a la que son sometidos amplios sectores de la sociedad, se tradujo también en un difundido sentido de crisis de los actores estatales que tradicionalmente han sido competentes en este terreno de las políticas públicas, generalmente ubicados en el nivel estatal federal o provincial (policía, justicia penal, prisión). Ante este panorama, se produjo un desplazamiento respecto de quiénes son visualizados como responsables, pero también respecto de quiénes efectivamente terminan realizando las decisiones importantes en la materia. Como consecuencia de los fuertes cuestionamientos a los que se hiciera referencia, ocurrió una creciente politización de la cuestión criminal —proceso por el cual la clase política definió las políticas públicas, idearios, discursos y demás aspectos vinculados al abordaje y tratamiento de la problemática del criminal— y se desplazó así al cuerpo (burocrático y especializado) de expertos y expertas en la materia, conjuntamente con las instituciones propias del modelo de bienestar.

GARLAND (2005) analiza los procesos desarrollados en los Estados Unidos y el Reino Unido, pero cuyas conclusiones también considero aplicables al caso argentino. De su estudio puede afirmarse que se delinearon dos respuestas estatales típicas ante la situación referida anteriormente: (a) por un lado, una "respuesta denegatoria", caracterizada por una actitud que niega la realidad, sus transformaciones y la insuficiencia de las respuestas hasta el momento conocidas; y (b) por otro, una "respuesta adaptativa", que reconoce los límites de las maneras de pensar y actuar que tradicionalmente han sostenido los actores estatales competentes y busca generar innovaciones.

La *respuesta denegatoria* implica una reafirmación de la conveniencia de continuar aplicando las mismas políticas, incrementando y enfatizando la utilización de viejas técnicas de intervención. En esta línea, se construye como discurso público que el mapa actual se debe a no haber avanzado lo suficiente en el camino marcado desde el pasado o, incluso, al hecho de haber generado reversiones que han debilitado exageradamente las estrategias de control del delito. Este tipo de respuesta ha sido fuertemente impulsada por los sectores

"políticos" y se ha apoyado fuertemente en la penetración del neoconservadurismo en sus diferentes aristas locales como racionalidad gubernamental, especialmente desde la década de 1990, generando lo que Sozzo (2009) define como "populismo punitivo". Entre estas nuevas estrategias de control del delito, que sin dudas constituyen la tendencia predominante, encontramos decisiones y acciones caracterizadas por el incremento del uso de la fuerza por las policías, la multiplicación de la población carcelaria con las consiguientes situaciones de sobrepoblación y hacinamiento, entre otras.

Por el contrario, la *respuesta adaptativa* se caracteriza por el desarrollo de una serie de propuestas que no poseen demasiada coherencia o unidad, sino un alto grado de heterogeneidad. Éstas fueron construidas en el marco del neoliberalismo (por oposición al Estado de bienestar) y comprenden desde la racionalización y comercialización de la administración de la justicia penal hasta las iniciativas de instalación legal de alternativas a la pena privativa de la libertad. Un cambio crucial comprendido en este tipo de respuesta estatal ha sido la reubicación y traspaso de responsabilidades desde los actores estatales tradicionalmente competentes en materia de control del delito hacia otros en un verdadero proceso de "responsabilización" —como lo ha llamado pioneramente O'MALLEY (2006)— que se ha hecho especialmente visible en las formas de "privatización", con o sin fines de lucro, de las intervenciones para producir seguridad.

A partir de 1960 se fue gestando un incipiente reconocimiento de la violencia de género como una cuestión de Derechos Humanos⁶ y, como derivado, la positivización de prerrogativas de protección para las mujeres. Sin embargo, se produjo paralelamente una desarticulación del aparato público estatal de protección y atención social de las problemáticas que, por supuesto, también afectan a este colectivo. En su lugar, se delinearon respuestas que privilegiaron la desresponsabilización estatal y el crecimiento del poder punitivo. En este punto es pertinente adoptar la categoría desarrollada por BELOFF (2008) cuando analiza las reformas legales y el reconocimiento de los derechos económicos

⁶ Este reconocimiento se vio plasmado en el año 1993, con la redacción de la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena, que adoptó el siguiente artículo: "los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional" (art. 18.).

y sociales de los/as niños/as en Latinoamérica y habla de una "victoria pírrica",⁷ pues aquello que parece un avance en términos del reconocimiento de derechos es contrarrestado por la "desresponsabilización" estatal y la desarticulación de políticas de atención social (y su reemplazo por políticas punitivas) cuyo desarrollo permitiría precisamente tornar efectivos los derechos reconocidos. De esta forma, podemos señalar que el discurso punitivo que pretende vincular la violencia de género con la sanción penal como única alternativa para la solución del caso no puede asignársele de manera exclusiva al reclamo de un importante sector del movimiento de mujeres, sino que se enmarca en un proceso social trascendente de este tiempo.

Ahora bien, dentro de este escenario cabe preguntarse porqué la violencia de género recibe especial atención y constituye una temática que expresa con claridad la criminalización de los reclamos sociales. Al analizar la tipificación penal de este tipo de comportamientos en España, LARRAURI (2011) afirma que el enemigo está claro en el delito de violencia doméstica (modalidad de la violencia de género), pues la mayoría de la población simpatiza con las víctimas y, además, es un comportamiento cuya criminalización permite quedar bien con todos. En estos tiempos de políticas neoconservadoras, vincular la imagen de delincuente a la del maltratador, suministra un argumento adicional para desvincular la delincuencia de los temas clásicos de pobreza y exclusión social.

III. La criminalización de la violencia de género

Algunos discursos feministas no parecen mantenerse ajenos a las transformaciones sociales mencionadas. Por el contrario, pese a que un gran número de sectores del movimiento poseen una visión crítica y poco esperanzadora respecto del sistema penal y, más precisamente, respecto de su aporte en la resolución de los casos de violencia contra las mujeres, otros sectores se inscriben en la lógica de reclamar mayores respuestas punitivas ante situaciones de violencia de género; aunque, como se expuso, no puede

⁷ BELOFF (2008) utiliza el concepto de "victoria pírrica" para dar cuenta de cómo tras la sanción de instrumentos internacionales de Derechos Humanos y reformas legales en materia de derechos de los niños y niñas, que significaron un avance en el campo de los derechos de primera generación, la desarticulación de la institucionalidad tutelar estatal produjo un retroceso en términos del reconocimiento y ejercicio de los derechos económicos y sociales de aquel segmento de la población.

asignárseles la responsabilidad exclusiva por el crecimiento de la represión punitiva.

Según LARRAURI (2007) son dos los tipos de feminismo que contribuyen a reforzar esta idea. Por un lado, aquel que posee plena confianza en el Derecho Penal al cual las penas nunca le parecen suficientes, e identifica estar a favor de penas más severas con defender los intereses de las mujeres. Por otro lado, se ubica al feminismo "progresista", que trabaja más de cerca con mujeres maltratadas y tiene una actitud más crítica de la intervención penal. Sin embargo, no escapa al hecho de considerar que la relevancia social del hecho violento crece y se instala en otras condiciones en la agenda pública si está criminalizado y, en consecuencia, la problemática es recogida por el Derecho Penal.⁸ En efecto, para LARRAURI (2011), en nuestras sociedades la criminalización de un problema es el indicador de su gravedad social. En esta línea todo movimiento social, y desde luego no sólo el feminista, pretende, para poner de manifiesto la importancia de su reivindicación, conseguir que ésta se incluya en el código penal. Que hay otras formas de mostrar el rechazo social es evidente, pero en nuestras sociedades el Derecho Penal se ha convertido en el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales.

Esta función positiva del Derecho Penal es la que recoge el diseño del derecho internacional de los Derechos Humanos en la elaboración de instrumentos específicos en la materia, a efectos de dotar de visibilidad a la problemática. Sin embargo, no responde el interrogante de si la respuesta penal es la más efectiva. Desde este punto de vista, el Derecho Penal viene a reforzar los valores que fueron objetivados en la norma positiva porque fueron considerados relevantes para la convivencia social. En efecto, la criminalización no sólo supone la tipificación de una conducta sino también la articulación de una serie de mecanismos estatales para investigar, enjuiciar y condenar un conjunto de prácticas que se juzgan disvaliosas. Constituye lo que se denomina como función de garantía secundaria (FERRAJOLI, 1999) que implica que, sin la reprimenda o sanción que representa la pena, la mera enunciación de la prohibición de realizar un comportamiento en contra del derecho positivamente reconocido carecería de toda eficacia.

Además de esta función práctica, se reconoce en la criminalización de este tipo de comportamientos una importante función simbólica. Según TORRES FALCÓN (2001): "[I]a

8 Adviértase que esta conceptualización implica otorgar al Derecho Penal el rol de calificar la gravedad de los flagelos sociales.

penalización de la violencia contra las mujeres tiene una enorme carga simbólica; implica que la sociedad la condena severamente, pues la incluye en el catálogo de conductas antisociales, perniciosas, deleznable" (p. 69). En este mismo sentido, BIRGIN (2000) sostiene que (p. 10):

[e]l derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido las conductas de varones y mujeres, a los que convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Este discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de relación de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar.

La sanción penal de los comportamientos violentos los coloca en el escenario público, los visibiliza y reprime mediante una consecuencia legal y también a través del reproche moral que los ubica por fuera de los valores socialmente aceptados. Se comprende aún más dicha importancia cuando por definición, los comportamientos que constituyen violencia de género se producen en el ámbito de lo privado que, por muchos años, conllevó la inacción y el encubrimiento por parte de las autoridades públicas. Importa también, para muchos sectores del movimiento de mujeres, una lucha por ganar terreno dentro del campo del derecho que encierra una cultura patriarcal⁹ que históricamente las ha sojuzgado. En definitiva, una lucha incesante por tornar más igualitarios ámbitos que aun, pese a

⁹ El concepto de patriarcado es utilizado para dar cuenta de la estructura de poder mediante la cual se asegura la subordinación de la mujer. RIVERA GARRETAS (1993) señala como estructuras fundamentales del patriarcado las relaciones sociales de parentesco y dos instituciones muy importantes para la vida de las mujeres: la heterosexualidad obligatoria y el contrato sexual. La institución de la heterosexualidad obligatoria es necesaria para la continuidad del patriarcado, ya que expresa la obligatoriedad de la convivencia entre varones y mujeres en tasas de masculinidad/feminidad numéricamente equilibradas. En este sentido, es posible hablar de una heteronormatividad —es decir, de la existencia de un principio organizador del orden social y de las relaciones sociales, políticas, institucionales y culturalmente reproducidas— que hace de la heterosexualidad reproductiva el parámetro desde el cual juzgar las prácticas, identidades y relaciones sexuales, afectivas y amorosas existentes.

significativos avances, mantienen a las mujeres en planos subalternos.

IV. Las características del enfoque penal: las categorías del derecho y la discriminación de las mujeres

Ahora bien, pese a la delineada relevancia que posee el abordaje de la problemática por el sistema penal, no puede perderse de vista que el propio sistema contiene una fuerte carga discriminatoria respecto de las mujeres. Refiere BIRGIN (2000) que (p. 12):

[p]arecería desconocerse que dentro del sistema penal existe una visión del género y que este sistema refleja la visión que los numerosos mecanismos sociales han construido sobre el género [...] no se puede olvidar que el sistema penal ha ejercido ciertas funciones de control social en relación con las mujeres y que, durante el desarrollo de tales funciones, ha asimilado una percepción del género de la mujer como sujeto no digno de tutela en las mismas condiciones que el varón.

En consecuencia, este abordaje de la violencia de género está dotado de un sinnúmero de categorías discriminatorias que ubican a las mujeres en un plano de subordinación respecto de los varones, ya que mediante este sistema se ejercieron históricamente funciones de control social sobre ellas. Por supuesto, no es privativo de las mujeres, pues no puede desconocerse que el Derecho Penal forma parte de una estrategia de disciplinamiento y control social (FOUCAULT, 1996). Sin embargo, debe tenerse presente que los juicios vertidos en el proceso de criminalización están fuertemente enraizados en una cultura patriarcal que durante cientos de años supuso la subordinación y discriminación de la mujer y cuya deconstrucción, está claro, no se producirá de un día para el otro. Esto está muchas veces reflejado en que, como señala TORRES FALCÓN (2001: 69),

tanto en las agencias de policía, el ministerio público, así como en los juzgados, no es extraño observar que se verifiquen pactos patriarcales entre funcionarios y agresores; por ejemplo, se les recomienda que ejerzan su autoridad de otra manera, que traten de no excederse, o se hacen bromas sobre la violencia.

En este sentido, agrega TORRES FALCÓN (2001) que "[e]n el imaginario social, perviven ideas que culpan, en mayor o menor grado, a las víctimas, justifican cierta violencia como inevitable o por lo menos tolerable y, en síntesis, ven el problema como irresoluble" (p. 80).

Asimismo, existen características propias de la disciplina y del proceso penal que resultan limitantes de un abordaje integral de la problemática de la violencia de género. A continuación se destacan algunas de ellas.

A) El principio de legalidad y la valoración del contexto

El Derecho Penal liberal reconoce una serie de principios que constituyen la base de su ejercicio en las sociedades occidentales. Estos principios conforman un conjunto de garantías para las personas que limitan el ejercicio del poder punitivo estatal. Uno de ellos es el de *legalidad* según el cual, en sencillas palabras, ninguna persona puede ser penada por la comisión (u omisión punible) de una conducta que no estaba prevista en la ley en el momento en que ésta se produjo. Dicho principio, aplicado al análisis de los casos de violencia de género, se convierte en muchas ocasiones en una limitación para un abordaje contemplativo del contexto en el que el hecho puntual o la conducta típica se produjo. Esto es así por cuanto el Derecho Penal se centra en el hecho mediante el cual se ejerció la violencia y no en el contexto en que se produjo, resultando éste de relevancia escasa o casi nula. En efecto, si el fundamento de la pena es la comisión de la conducta prevista en la norma, para la investigación penal será relevante corroborar dicha conducta. Como consecuencia, se restará importancia al contexto en el que fue producida o a cualquier otro elemento que no sirva para tenerla por acreditada. En este sentido, FAMÁ (2011) sostiene que (p. 28):

la propia restricción o limitación del Derecho Penal, ligada al requisito de tipicidad o principio de legalidad que subyace en todo sistema garantista, deja muchos supuestos de violencia doméstica fuera de su ámbito de protección. En efecto, la valoración de la prueba, en estos casos, está supeditada al resguardo de ciertas garantías constitucionales, como la presunción de inocencia y las reglas del debido proceso, que no pueden obviarse en el procedimiento penal. En las denuncias por violencia familiar la prueba suele ser escasa en tanto, en general, es la propia víctima el único testigo de los malos tratos o, a lo sumo, lo son sus familiares

más directos, cuyo vínculo con la denunciante resta valor a sus testimonios.

Al resultar de significativa relevancia el hecho en particular, ello hace que también muchas otras situaciones que no alcanzan a configurar la figura típica —recuérdese que en nuestro sistema legal no existe el tipo penal de violencia de género— queden por fuera de la atención del sistema penal, que actúa como filtro entre aquellos que pueden ser abordados por los estrados penales y los que se remiten a los juzgados civiles o bien quedan impunes por ausencia de elementos probatorios o no ajustarse a la descripción de la conducta prevista en la ley penal. El filtro paradigmático son las lesiones físicas, pues "[c]uando la violencia no deja 'marcas visibles', resulta más dificultoso acreditar su existencia" (FAMÁ, 2011: 28).

B) El dolo como requisito para promover la investigación.

La comisión de una conducta reprimida por la ley exige, en términos generales, que para que sea aplicable la sanción el autor o autora haya tenido la intención (tratándose de delitos dolosos) de actuar con dicho objetivo (provocar la afectación del bien jurídico tutelado por la norma jurídica). Esto origina algunas complicaciones al analizar los casos de violencia doméstica ya que, como afirmara LEMAITRE (2008: 579-80):

puesto que la violencia contra las mujeres es un caso de ocurrencia común, que se sustenta en una cultura milenaria que la condona, resulta que la "intención" del agresor es la de ejercer unas prerrogativas a las que, a su modo de ver, tiene derecho. En su conciencia, su intención no es causar un daño sino exigir unos derechos.

De esta forma, muchas acciones quedan fuera del ámbito del Derecho Penal por no cumplirse el requisito de acreditar el dolo o intención de cometer la conducta y, en consecuencia, sin sanción legal.

C) El desplazamiento de la víctima del conflicto

Desde fines del siglo XII, el sistema penal público se caracteriza por expropiar el

conflicto a las partes y asumirlo como propio (confiscación del conflicto). En efecto, el Estado asume la representación de la víctima por su reemplazo en aquellos casos que considera de su interés. De esta forma, las dos partes principales del proceso son el Estado —que investiga, acusa, y juzga— y la persona que supuestamente cometió la conducta reprimida. La víctima queda completamente fuera de dicho esquema.

Por supuesto, los casos de violencia de género no constituyen una excepción a este principio general. En el proceso penal —y pese a que recientemente se han ensayado algunas reformas procesales que otorgan un papel más activo a las personas víctimas en general—,¹⁰ quienes padecieron la/s violencia/s ocupan un rol absolutamente secundario y son representadas por el organismo estatal competente. Como si ello fuera poco, ocurre también que no sólo son desplazadas sino que también se construye un estereotipo de víctima que termina cosificándolas en dicho rol (en particular cuando se trata de mujeres). Así, las mujeres víctimas de violencia de género son en la mayoría de los casos "sujetos a tutelar", incapaces de tomar decisiones por sí mismas. De esta forma se refuerza su situación de subordinación en lugar de promoverse su superación; y esta victimización acaba (LAURENZO, 2009: 285-6)

por atraparlas en la lógica de un sistema que, a fuerza de considerarlas víctimas vulnerables, las despoja de capacidad de decisión y termina por convertirlas en culpables de sus propios actos. El discurso de vulnerabilidad de las mujeres maltratadas conduce a su consideración como sujetos incapacitados para decidir en libertad y desemboca en el efecto perverso de sustituir su voluntad por la del Estado [...]. En sus manos queda la decisión sobre el camino correcto para salir de la violencia y, lo que es aún peor, para programar toda una vida.

D) La relevancia de la situación actual y futura de la víctima y del conflicto

Como si la expropiación del conflicto y el desplazamiento de la víctima fueran poco, el Derecho Penal también desatiende la situación actual en que está quien padeció la/s violencia/s, así como igualmente poco le importa su situación futura. En efecto, por su

¹⁰ Un ejemplo de ello lo constituye el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

propia definición no se interesa en acompañar a la víctima en su proceso de recuperación de la situación traumática que le ocasionó el hecho delictivo. Lo relevante para el Derecho Penal es el hecho antijurídico, es decir, un hecho del pasado y no las consecuencias futuras de la acción, las que comprenden tanto a la suerte de la víctima como la del autor del delito (respecto de éste sólo le interesa su sanción [GARCÍA MENDEZ, 1987]). En términos de FAMÁ (2011: 30),

el Derecho Penal, por esencia, se construye alrededor del concepto de pena o sanción. Su objetivo es sancionar una conducta pasada. Lejos está de poner el acento en el futuro, de modo de encontrar una solución al conflicto tendiente a una modificación y reformulación de las relaciones entre las partes involucradas. En definitiva, el Derecho Penal se limita a poner un freno –acotado en el tiempo– a los episodios de violencia. Cura el "síntoma" evidente de la conflictiva familiar, pero no aporta soluciones de fondo a la problemática de la violencia doméstica.

Por supuesto, la prevención de los hechos de violencia también queda mayormente fuera del ámbito del Derecho Penal pues, como se apuntó, su objetivo principal radica en la sanción del hecho acaecido. En consecuencia, una política orientada exclusivamente a perseguir penalmente la violencia de género se desentiende de combatir los factores que podrían evitarla o reducirla.

Todo lo señalado hace que, en la generalidad de los casos, quien acude esperanzado/a al sistema penal en búsqueda de auxilio obtiene un resultado completamente adverso. Pues el poco o relativo interés que dicho sistema expresa por la situación particular de la persona víctima y/o las condiciones de la situación conflictiva tras la denuncia termina quebrando las ilusiones de quien recurrió con poco convencimiento al auxilio público, devolviéndolo/a a la situación previa, fortaleciendo así objetivamente al agresor.

V. Desafíos del abordaje penal en casos de violencia de género

El abordaje de los casos de violencia de género desde el Derecho Penal reconoce elementos positivos y negativos. Dentro de los primeros ubicamos la visibilización que su inclusión en la agenda punitiva otorga a la problemática, más aun cuando se trata de un

flagelo que en muchas ocasiones ocurre puertas adentro, en el ámbito de la intimidad. Asimismo, el establecimiento de sanciones para quienes cometen hechos ilícitos en contextos de violencia contribuye a reforzar los valores promovidos por acuerdos sociales e institucionales que fueron y son recogidos por instrumentos positivos. De esta manera, el Derecho Penal opera como garantía secundaria de los derechos reconocidos a todos los y las sujetos (en este caso particular, a las mujeres).

Sin embargo, no menos cierto es que el impulso de las respuestas punitivas en los últimos años estuvo acompañado de un desentendimiento del Estado en torno a la asignación de recursos públicos para su tratamiento. Respecto de la particular situación de las mujeres que padecen violencia en el ámbito de sus relaciones interpersonales, al tratarse de un problemática instalada recientemente en las agendas públicas, las políticas estatales son incipientes¹¹. En consecuencia, el desarrollo de políticas en la actualidad puede considerarse un avance significativo en el tema. Sin embargo, el amplio espectro que encuentra la respuesta punitiva dentro de esta preocupación estatal da cuenta de su inmersión en un proceso mucho más amplio y complejo, que se caracteriza por una acotada responsabilización del Estado respecto de las problemáticas sociales.

Asimismo, la respuesta penal a la violencia de género reconoce los propios límites inherentes de la propia disciplina.¹² No puede perderse de vista que en el escenario penal sólo se insertan aquellos casos que resultan de interés público, motivo por el cual es la autoridad pública quien asume la conducción del proceso, reemplazando a la víctima (o, por lo menos, ubicándola en un plano secundario). A pesar de ello, la acción pública encuentra los resguardos que el propio sistema legal y constitucional vigente instituye a favor de la persona acusada de cometer el hecho merecedor del reproche. Dichas circunstancias, en lugar de producir una respuesta eficaz, expedita y eficiente ante una situación de violencia

¹¹ Recién en julio de 2016 se presentó el Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las mujeres, que prevé una serie de medidas y acciones para asistir a las víctimas y prevenir la violencia de género.

¹² Entendemos a la disciplina penal como la herramienta que tiene por objeto contener y limitar el ejercicio del poder punitivo sobre las personas. Según ZAFFARONI (2005), el Derecho Penal es la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los/as jueces/zas un sistema orientador de decisiones, que permite contener y reducir el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. En otros términos, conforma un sistema de reglas que contribuye a limitar el ejercicio del poder represivo en manos del Estado.

(debida diligencia),¹³ pueden convertirse en elementos obstaculizadores que den continuidad e incluso agraven la situación. Por tales circunstancias, y bajo el paraguas que representa el derecho internacional de los Derechos Humanos en materia de la lucha contra la violencia padecida por las mujeres,¹⁴ el tratamiento de los casos de violencia de género por el sistema penal debe garantizar la óptima articulación de los recursos públicos para investigar y sancionar estos hechos. Así, se debe procurar su eficiente investigación para desentrañar la verdad material y, junto con ello, delimitar de manera precisa la

13 Este principio de debida diligencia fue tratado por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo que sigue "Corte IDH") en el caso "Velásquez Rodríguez c. Honduras" (sentencia del 29 de julio de 1988), como contrapartida de la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal como sostiene ASENSIO [et. al.] (2010): "[e]l desarrollo de la jurisprudencia internacional ha consolidado la idea de que el deber de debida diligencia, tanto en la prevención como en la protección judicial, se relaciona con la necesidad de evitar la impunidad en caso de violaciones a los derechos humanos. Para ello, una adecuada investigación sienta las bases necesarias, por un lado, para cumplir con la obligación de esclarecer los hechos y sancionar a los perpetradores, y por el otro, para prevenir futuras violaciones" (p. 28).

14 Tanto dentro de la Organización de las Naciones Unidas como del sistema americano de protección internacional, en el marco de la Organización de los Estados Americanos, se han diseñado diferentes instrumentos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y la discriminación contra las mujeres. Todos ellos componen lo que se denomina como *corpus iuris* internacional en materia de protección de los Derechos Humanos de las mujeres que reconoce, entre otros, tres principios rectores: (a) el principio de no discriminación; (b) el derecho a una vida libre de violencia; y el deber general de los Estados de investigar con debida diligencia. En el plano internacional, el primer instrumento que condenó la desigualdad entre varones y mujeres fue la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo. Este documento, que puede considerarse ampliatorio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), tiene por objetivo obligar a los Estados miembros a consagrar la igualdad de género en su legislación nacional, derogar todas las disposiciones discriminatorias en sus leyes y promulgar nuevas disposiciones para proteger a las mujeres frente a cualquier tipo de discriminación que se ejerza contra ellas, ya sea desde instituciones públicas como privadas, o bien de personas o grupos de personas. En el marco de protección regional se destaca la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, más conocida como Convención de Belém do Pará, que se distingue por ser el primer tratado internacional en abordar la violencia de género, lo que significó un avance sustancial en relación con la protección de los Derechos Humanos de las mujeres. En su texto se establece una serie de medidas jurídicas y pedagógicas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, a la vez que define como un Derecho Humano el "derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 3).

responsabilidad de las personas que ejecuten actos de violencia.

En virtud de ello, deben aplicarse los mecanismos estatales adecuados que tengan por objeto reprimir la ejecución de esos actos. Una mirada integral sobre este aspecto exige identificar qué tipo de respuesta resulta más conveniente para cada caso particular, pues no siempre la sanción penal (privación de la libertad) puede aportar la mejor alternativa. Asimismo, la intervención penal —según los parámetros del derecho internacional de los Derechos Humanos y que contemple la complejidad de la problemática de la violencia de género— debe orientarse a garantizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas, lo cual supone desarticular las barreras discriminatorias que impiden el ejercicio pleno de dicho derecho, comenzando por revisar y reformular las propias prácticas de los operadores y operadoras de los sistemas de justicia y los diseños institucionales, incluso de los creados particularmente para este tipo de situaciones conflictivas. En esta tarea debe procurarse el acompañamiento y la asistencia a la víctima no sólo al momento de interponer la denuncia, sino también a lo largo de todo el proceso judicial. Dicho acompañamiento no sólo debe tener por objeto evitar la revictimización, sino asegurar el empoderamiento de la mujer, lo que conlleva un mayor compromiso de los operadores y operadoras con la realidad de la persona, más allá de los requerimientos propios del proceso. A su vez, esto exige el diseño y coordinación de estrategias con diferentes actores y organismos públicos y privados, con los que los magistrados y magistradas penales deben familiarizarse.

Otro elemento a tener en cuenta a la hora de pensar la intervención penal en esta materia es el de la reparación, pues la respuesta penal también debe tener en miras la reparación integral y sustantiva de las consecuencias de los actos de violencia padecidos por las mujeres, evaluando su real incidencia en cada caso particular y teniendo en cuenta las características individuales de cada una de las víctimas.

De esta manera, no sólo se garantiza un abordaje penal de la problemática bajo los parámetros de la normativa internacional (lo que, por tanto, conlleva el cumplimiento por parte del Estado de dichos compromisos), sino que se procura una mirada más completa en atención a la complejidad del fenómeno que requiere de una mirada integral, interdisciplinaria e interinstitucional.

Bibliografía

ASENSIO, R. *et. al.* (2010) Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia Penal

y Violencia de Género. Buenos Aires, Argentina: Defensoría General de la Nación.

BELOFF, M. (2008) "Reforma legal y derechos económicos y sociales de los niños: las paradojas de la ciudadanía", en SARMENTO, D., IKAWA, D. y Piovesan, F. (coords.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. San Pablo, Lumen Juris Editora.

BIRGIN, H. (2000) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Buenos Aires, Biblos.

BODELON, E. (2013) *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires, Didot.

BURIN, M. (2001) "Prevención de la violencia familiar", en BURIN, M. y MELER, I., *Género y familia. Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Barcelona, Paidós.

FAMÁ, M. (2011) "Efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica: hacia una mirada integral e interdisciplinaria", en BIRGIN, H. y GHERARDI, N. (coords) *Reflexiones Jurídicas desde la Perspectiva de Género*. México D.F., Editorial Fontamara.

FERRAJOLI, L. (1999) *La ley del más débil*. Greppi, A. (trad.). Madrid, Editorial Trotta.

FISS, O. (1992) "Qué es el feminismo", en *Doxa*, año 1993, número 14, pp. 319-35. Disponible en [<https://rua.ua.es/>] el 26.11.2017.

FOUCAULT, M. (1996) *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona, Gedisa Editorial.

GARCÍA MÉNDEZ, E. (1987) "La violencia doméstica y el sistema de la justicia penal: pautas para un Derecho Penal mínimo", en *Doctrina Penal: Teoría y Práctica de las Ciencias Penales*, volumen 10, número 38, pp. 227-39.

GARLAND, D. (2005) *La cultura del control*. Barcelona, Gedisa.

LARRAURI, E. (2007) *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Trotta.

— (2011) "Violencia de género en España. Tres años después de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", en BIRGIN, H. y GHERARDI, N. (coords) *Reflexiones Jurídicas desde la Perspectiva de Género*. México, D.F., Editorial Fontamara.

LAURENZO, P. (2009) "La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo", en LAURENZO P., MAQUEDA, M. y RUBIO, A. (coords.) *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Editores del Puerto.

LEMAITRE, J. (2008) "Violencia", en MOTTA, C. y SÁEZ, M. (edits. academics.) *La mirada de los*

jueces. *Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

LENER, G. (1986) *The creation of patriarchy*. New York, Oxford University Press.

LÓPEZ OLIVA, M. (2006) Violencia familiar en la Ciudad de Buenos Aires: Un estudio sobre la dinámica de relación entre organizaciones no gubernamentales, poder judicial y otros servicios estatales frente a las denuncias judiciales. Buenos Aires, CLASPO.

O'MALLEY, P. (2006) *Neoliberalismo, riesgo y justicia penal*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc.

RIVERA GARRETAS, M. (1993) *Nombrar el mundo en femenino*. Barcelona, Editorial Icaria.

SOZZO, M. (2009) "Gobierno local y prevención del delito en la Argentina", en *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, número 6, enero 2009, pp. 58-73. Disponible en [<http://revistas.flacsoandes.edu.ec>] el 26.11.2017.

TORRES FALCÓN, M. (2001) *La violencia en casa*. Mexico, D.F., Paidós.

WAINERMAN, C. (2002) "La reestructuración de las fronteras de género", en WAINERMAN, C. (comp.) *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

ZAFFARONI, E. [et. Al.] (2005) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar.