

.Violencia de Género.

*Estrategias de litigio para la defensa de
los derechos de las mujeres*



Embajada Británica
Buenos Aires

Ministerio Público
de la **Defensa**

VIOLENCIA DE GÉNERO

ESTRATEGIAS DE LITIGIO PARA LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS DE LAS MUJERES

Violencia de género : estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres /

Christine Chinkin ... [et.al.]. - 1a ed. - Buenos Aires : Defensoría General de la Nación; Defensoría General de la Nación, 2012.

328 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-987-22522-5-0

1. Violencia de Género. I. Chinkin, Christine

CDD 305.4

Fecha de catalogación: 22/02/2012

DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Dra. Stella Maris Martínez

COMISIÓN SOBRE TEMÁTICAS DE GÉNERO

EDICIÓN

Edición de los capítulos I, III, IV, VII y VIII: Verónica Absi

COORDINACIÓN EDITORIAL

Comunicación Institucional – Secretaría General de Política Institucional

Defensoría General de la Nación

Esta publicación se realiza en el marco del Proyecto “Violencia de Género & Administración de Justicia” que implementa la Defensoría General de la Nación con el apoyo de la Embajada Británica en Argentina

2012 Ministerio Público de la Defensa

Defensoría General de la Nación

www.mpd.gov.ar

Callao 970 – CP 1023

Ciudad de Buenos Aires

Tirada: 1500 ejemplares

El apoyo de la Embajada Británica a este proyecto forma parte de su programa de cooperación con la Argentina. Las opiniones y contenidos editoriales de este volumen son responsabilidad exclusiva de los autores.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	5
PRESENTACIÓN	7
.CAPÍTULO I.	15
Acceso a la justicia, género y derechos humanos	
<i>Por Christine Chinkin</i>	
.CAPÍTULO II.	51
La ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres: una herramienta para la defensa en la ciudad de Buenos Aires	
<i>Por Natalia Gherardi, Josefina Durán y Sabrina Cartabia</i>	
.CAPÍTULO III.	91
La discriminación de género en el proceso judicial	
<i>Por Hernán Gullco</i>	
.CAPÍTULO IV.	113
Desalojos, vivienda y violencia contra las mujeres	
<i>Por Romina Tuliano Conde y Sebastián Tedeschi</i>	
.CAPÍTULO V.	139
El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la inter- pretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires	
<i>Por Paola Bergallo</i>	
.CAPÍTULO VI.	181
Defenderse del femicidio	
<i>Por Luciana Sánchez y Raúl Salinas</i>	

.CAPÍTULO VII.	217
Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres “mulas”	
<i>Por Gabriel Ignacio Anitua y Valeria Alejandra Picco</i>	
.CAPÍTULO VIII.	255
La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos. (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)	
<i>Por Rubén A. Alderete Lobo</i>	
.ANEXOS.	279
Anexos al Capítulo V	281
<i>Por Paola Bergallo</i>	
I. Declaración del Consejo Directivo de la AAPDP sobre ABORTO	
II. Principales normas federales y locales para definir la regulación de distintos aspectos del alcance y el procedimiento para la realización de los abortos legales en caso de violación en la CABA	
III. La protección constitucional de la vida en gestación	
IV. El consentimiento informado de las personas menores de edad: pautas para su interpretación en el derecho internacional de los derechos humanos	
Anexo al Capítulo VI	297
<i>Por Luciana Sánchez y Raúl Salinas</i>	
Violencia Reactiva. Casos recientes, nuevas historias	

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de esta publicación sobre estrategias de litigio en casos que incluyan la temática de género ha sido posible gracias al apoyo brindado por la Embajada Británica en Buenos Aires al Ministerio Público de la Defensa, en el marco del *Proyecto Argentina: violencia de género & administración judicial*. Expresamos, por lo tanto, nuestro reconocimiento a la Embajada Británica por haber contribuido a la realización de este libro que, esperamos, sea una herramienta útil para el tratamiento judicial de los casos de violencia contra las mujeres.

Agradecemos también a quienes han asistido a las diferentes reuniones de trabajo, en las cuales se han debatido los distintos artículos que incluye el manual. Los aportes de cada uno de ellos han enriquecido los trabajos de las y los autores y han permitido una comprensión más cabal sobre los problemas que se presentan desde la teoría y la práctica en cada uno de los temas. Por tal motivo, expresamos nuestra gratitud por habernos brindado su tiempo y colaboración a Cecilia Acosta Güemes, Inés Aldanondo, Verónica María Blanco, Sabrina Cartabia, Mercedes Cavallo, Héctor Copello, Cyntia Dettano, Romina Faerman, Daniel Marcos Gómez, Ana María González de Verrastro, Mariana Grasso, María Josefina Guerra, Mariano Gutiérrez, Nicolás Laino, Cecilia Leonor Mage, Silvia Edith Martínez, María Cristina Martínez Córdoba, Diego Morales, María Teresa Porcile de Veltri, María Agustina Ramón Michel, María Virginia Sansone, Agustina Stabile, Ignacio Tedesco, Juan Pablo Terminiello, Flavia Gabriela Vega, Laura Graciela Vouilloud.

PRESENTACIÓN

Esta publicación aspira a brindar herramientas jurídicas que permitan identificar y ofrecer distintas estrategias legales para realizar una mejor defensa de los derechos de las mujeres que son víctimas de violencia de género.

Con este aporte, se espera cumplir con algunos de los compromisos asumidos por el Estado al adherir a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y al sancionar la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Para asegurar un adecuado servicio de justicia a las víctimas de violencia de género, el Estado se obligó, entre otras cosas, a difundir el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia¹; fomentar la educación y capacitación de integrantes del sistema de administración de justicia²; brindar patrocinio jurídico especializado³; y promover la integración transversal del género⁴.

La necesidad de una publicación como ésta se origina a partir de reconocer que el derecho no siempre recepta cabalmente las necesidades jurídicas específicas de las mujeres, lo que se manifiesta tanto en interpretaciones y prácticas jurídicas que carecen de una mirada de género, como en la falta de conocimiento, difusión e implementación de herramientas legales que pueden ser útiles para brindar una mejor protección a mujeres que sufrieron hechos de violencia.

En realidad, esta característica del derecho no hace más que reflejar los valores y percepciones imperantes en determinados momentos históricos, que se basan en una asignación diferenciada a varones y mujeres de ciertos roles, funcio-

1 Cfr. art. 8, inc. a), Convención de Belém do Pará.

2 Cfr. art. 8, inc. c), Convención de Belém do Pará; arts. 9, inc. h) y 11.5.1.g), Ley 26.485.

3 Cfr. art. 11.5.1.b); y art. 16, inc. a), Ley 26.485.

4 Cfr. párr. 201 de la *Plataforma de Acción de Beijing*, de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995).

nes o comportamientos. Ese tipo de asignación diferenciada no depende de una “realidad biológica”⁵, sino de una construcción social y cultural que, sobre la base de la diferencia sexual, determina lo que es propio de varones y mujeres, genera cierto tipo de relaciones y define las oportunidades de desarrollo de las personas.

El derecho no ha sido ni es ajeno a la construcción de este tipo de relaciones sociales. Se ha señalado que, en cuanto discurso, otorga sentido a las conductas de las personas y las convierte en sujetos, al tiempo que opera como el legitimador clave del poder⁶. Este sesgo del derecho no siempre es manifiesto ya que, en general, mantiene la apariencia de ser neutral a las diferencias de género, clase, nacionalidad, entre otros.

A modo de ejemplo, en materia de violencia contra las mujeres se han elevado numerosas críticas en las últimas décadas contra la teoría de la separación de las esferas pública y privada. Se ha denunciado que esta teoría, aunque neutral en su formulación, impidió que el Estado intervenga para poner fin a las

5 Estudios contemporáneos cuestionan la existencia de una determinada “realidad biológica” que defina la existencia de dos sexos, y señalan que incluso la definición de los sexos es producto de una construcción cultural: “Cuando se habla de dos sexos, masculino y femenino, se está abarcando en esta dicotomía un disciplinamiento de aspectos muy complejos de la sexualidad humana. Por supuesto el sexo anatómico, con el que a primera vista y al nacer se clasifica a casi todos los seres humanos. Tan fuerte es el dogma sobre la dicotomía anatómica, que cuando no se la encuentra se la produce. Cuando los genitales son ambiguos, no se revisa la idea de la naturaleza dual de los genitales sino que se disciplinan para que se ajusten al dogma. Pero además del sexo anatómico, se supone que el sexo cromosómico también es dicotómico (XX o XY) ajustándose a la genitalidad. Nuevamente, cuando eso no ocurre, el dogma no se revisa. Las hormonas completan este menú biológico [...] La ideología dicotómica de género es anterior y más fuerte que el sexo biológico. No sólo lo ‘lee’ como un signo al que interpreta, sino que lo escribe y lo corrige cuando su caligrafía no es perfecta. En síntesis, el mismo sexo biológico es producto de una lectura cultural” (Cfr. Maffia, Diana, *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, pp. 5 y 6).

6 Ruiz, Alicia, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Birgin, Haydée (compiladora), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 21. Son numerosas las corrientes de pensamiento contemporáneo que han señalado que, tras un manto de aparente neutralidad, el derecho desatiende e invisibiliza las experiencias, necesidades, inquietudes e intereses de algunos grupos sociales, como las mujeres, personas con discapacidades y/o sexualidades diversas, miembros de pueblos originarios, migrantes, entre otros grupos. Al respecto, véase, entre otros, Facci, Alessandra, “El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, N° 6, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004, pp. 27 y ss.; Smart, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, op. cit., pp. 31 y ss.; Kohen, Beatriz, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual”, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, op. cit., pp. 73 y ss.; Olsen, Frances, “El sexo del derecho”, en Ruiz, Alicia (compiladora), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

agresiones cometidas en los ámbitos íntimos, y que ello repercutió en la legitimación del ejercicio de ciertas formas de violencia que afectan principalmente a mujeres, niñas y niños⁷.

Ahora bien, admitir que el discurso jurídico ha legitimado las relaciones de poder existentes no implica negar el rol transformador que éste puede cumplir. Al contrario, esta idea reconoce la potencialidad del derecho para deconstruir las categorías jurídicas y las normas existentes, develando las implicancias escondidas, y para formular y aplicar normas que expresen de modo más genuino los valores, intereses, objetivos y modalidades de acción involucrados en cada caso⁸.

Siguiendo con el ejemplo, con el objeto de combatir las prácticas estatales que consideraban a la violencia en las relaciones interpersonales como un conflicto privado en el que no correspondía intervenir, se han adoptado regímenes jurídicos específicos en los que se reconoce que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y que los Estados deben adoptar medidas decididas para garantizar su vigencia, tanto en la esfera pública como en la privada⁹.

7 Según esa distinción, típica del pensamiento liberal clásico, la esfera pública comprende el ámbito del mercado y el orden político, mientras que la esfera privada comprende el ámbito familiar y lo doméstico. Sobre esta diferenciación se creó la noción de que el espacio privado se ubica fuera del ámbito de actuación de los poderes públicos y, con ello, fuera del ámbito de protección de la ley. Sobre el tema, entre otros, véase Siegel, Reva, "Regulando la violencia marital", en Gargarella (compilador), *Derechos y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999; Pateman, Carole, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en Castells, Carmen (compiladora), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996; Matus, Verónica "Lo privado y lo público, una dicotomía fatal"; Campos, Carmen, "Criminología feminista: ¿un discurso (im)posible?"; Olsen, Frances, "El mito de la intervención del Estado en la familia", todos en Facio, Alda y Fries, Lorena (editoras), *Género y derecho*, Lom Ediciones/La Morada, Santiago de Chile, 1999.

Las críticas al carácter supuestamente neutral del derecho y su incidencia en el tratamiento de los casos de violencia de género se dirigen también a otros ámbitos. Así, se ha denunciado que tanto la formulación como la aplicación del derecho determinan la manera en que las mujeres pueden disponer de su cuerpo y su sexualidad: mientras la legislación sustantiva define qué agresiones son manifestaciones de la violencia de género, la legislación procesal define quiénes están legitimados para reclamar la intervención de la justicia y cuáles son las medidas de protección que permitirán sostener el reclamo, y a partir de estas definiciones legales, se restringen o amplían las posibilidades de las mujeres de gozar de sus derechos fundamentales (Cfr. Di Corleto, Julieta, "Introducción", en Di Corleto, Julieta [compiladora], *Justicia, género y violencia*, Librería / Red Alas, Buenos Aires, 2011).

Un análisis sobre las implicancias de género que poseen distintos modelos de regulación de los delitos sexuales puede verse en Pitch, Tamar, *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2002.

8 Cfr. Facchi, Alessandra, "El pensamiento feminista sobre el derecho...", *op. cit.*, p. 45.

9 Cfr. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mu-

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia está consagrado, en el ámbito regional, en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y, en el ámbito local, en la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Tanto la Convención de Belém do Pará como la Ley 26.485 contienen numerosas disposiciones orientadas a prevenir actos de violencia originados en razones de género, a investigar ese tipo de denuncias con el fin de esclarecer lo ocurrido, a sancionar al responsable, y a brindar asistencia integral a las víctimas. Ambos cuerpos normativos contienen definiciones de lo que se entiende por violencia contra las mujeres. En el caso de la Ley 26.485, la definición incluye no sólo hechos de violencia directa, sino también situaciones que pongan a las mujeres en desventaja con respecto a los varones, a lo que denomina violencia indirecta¹⁰. Asimismo, se enuncian distintos tipos y modalidades que adquiere la violencia de género¹¹. La ley también incorpora una serie de derechos y garantías mínimos, que son de aplicación a todo tipo de procesos, sin diferencia de fueros y sin discriminar si la mujer se encuentra involucrada como víctima o como imputada¹².

Además de la adopción de un tratado específico, como la Convención de Belém do Pará, el derecho internacional de los derechos humanos ha demostrado su preocupación por la persistencia de la discriminación y la violencia de género por medio de la creación de relatorías especiales, la elaboración de observaciones generales, informes especiales, recomendaciones a los países, entre otras iniciativas¹³. En el ámbito interamericano, los órganos de aplicación

jer; y Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas. Sobre el tema, véase el artículo de Christine Chinkin, incluido en esta publicación, y Ministerio Público de la Defensa, *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010, p. 17. Disponible en <http://200.5.235.237/articulo/index/articulo/publicaciones-451>, página visitada por última vez el 7 de enero de 2012.

10 Cfr. art. 4, Ley 26.485. No se trata de un concepto novedoso, el sistema internacional de protección de derechos humanos ya había advertido, en el año 1994, que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre...” (Recomendación General N° 19 del Comité sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84, 1994).

11 El art. 5 de la ley contiene definiciones de violencia física, psicológica, sexual, económica o patrimonial y simbólica. El art. 6 prevé las siguientes modalidades: violencia doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática.

12 Cfr. art. 16, Ley 26.485.

13 Para un repaso sobre el desarrollo del derecho internacional frente a la violencia de género,

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han pronunciado en numerosos casos en los que se denunciaban hechos de violencia contra las mujeres, y han fijado importantes estándares acerca del deber estatal de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar tales actos. En la sentencia recaída en el caso *Penal Castro Castro*¹⁴, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha dado un paso significativo en el análisis de este tipo de casos, pues ha abandonado un parámetro “formal de igualdad y no discriminación, presuntamente neutral pero profundamente masculino”¹⁵, para dar lugar a otro que reconoce las diferencias de género. A partir de entonces, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte IDH han comenzado a exigir a los Estados que incluyan la perspectiva de género en el tratamiento de los casos de violencia contra mujeres, para que constituyan una respuesta adecuada a las características del fenómeno que se pretende atender¹⁶.

Pese a la especificidad e importancia de estas normas y estándares internacionales, no todas las y los operadores jurídicos están familiarizados con ellos, y aún son subutilizados en la práctica judicial¹⁷. Por ello, se espera que los artículos de esta publicación sean útiles para contrarrestar aquellas prácticas jurídicas que no consideran la dimensión de género, y la falta de conocimiento de las normas, principios y estándares que deben regir los casos de violencia contra las mujeres.

véase el documento elaborado por Christine Chinkin, incluido en esta publicación, y Ministerio Público de la Defensa, *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, op. cit., pp. 17 y ss.

14 Corte IDH, caso *Penal Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

15 Cf. Nash, Claudio R. y Sarmiento R., Claudia “Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006)”, disponible en www.cdh.uchile.cl/anuario03/6-SectionInternacional/anuario03_sec_internacionalV_NashySarmiento.pdf, página visitada por última vez el 9 de enero de 2012.

16 Cfr. CIDH. Relatoría para los Derechos de las Mujeres. Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44 (2003), párr. 154. Cfr. Corte IDH. *Caso De la Masacre De las Dos Erres*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No 211, párr. 141.

17 Gherardi, Natalia, Derechos de las mujeres y discurso jurídico, ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Buenos Aires, 2009, pp. 9 y ss.; Rodríguez, Marcela, “Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 625 y ss.

A partir de una concepción amplia de lo que constituye violencia de género, como la que se sostiene en el ámbito internacional y local, los temas incluidos en esta obra tratan sobre situaciones muy variadas. Los primeros dos capítulos dan a conocer los aspectos más relevantes de las normas y estándares sobre violencia contra las mujeres en el ámbito internacional y en el ámbito local, respectivamente. Los capítulos restantes apuntan a visibilizar el impacto diferenciado que producen ciertas prácticas en varones y mujeres, y a deconstruir conceptos de la dogmática jurídica que soslayan las necesidades específicas de las mujeres, para dar lugar a interpretaciones legales género sensitivas.

Como el colectivo de las mujeres no es un grupo homogéneo, se mantuvo una especial preocupación por incluir en los estudios otras variables relevantes que hacen que ciertas experiencias tengan un impacto diferenciado sobre algunos sectores en particular. Así, la mayoría de los trabajos incluidos repara en la pobreza como condición categórica para dar cuenta de la situación de violencia que atraviesan algunas mujeres, o de los prejuicios de clase presentes en el servicio de justicia; algunos de los estudios diferencian las distintas implicancias que tienen los temas que abordan en mujeres adultas o en niñas y adolescentes; o analizan en particular las situaciones de las mujeres extranjeras. A partir de este tipo de análisis, se propone brindar herramientas concretas que faciliten la incorporación de la dimensión de género en las estrategias de defensa y en el tratamiento de los casos judiciales sobre violencia contra las mujeres, enfoque que debe atender también a otras variables relevantes como la edad, clase social o nacionalidad, entre otras.

En el primer capítulo, la abogada y profesora británica Christine Chinkin se refiere a los conceptos de sexo y género, violencia de género y violencia sexual, y analiza cuáles son los deberes estatales en la materia, revelando la importancia de incluir el enfoque de género en el sistema de justicia. La autora realiza una evaluación en paralelo de la jurisprudencia de los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

El capítulo siguiente trata sobre la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Allí, Natalia Gherardi, Josefina Durán y Sabrina Cartabia presentan los rasgos más significativos de la ley, reparan en la falta de implementación de las políticas públicas contempladas y la forma en que ello afecta el servicio de justicia, señalan los aspectos más novedosos, como también las deficiencias y contradicciones que se generan con

otras leyes, y destacan el potencial de varias herramientas de la ley para una mejor defensa de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia.

El trabajo de Hernán Gullo aborda el problema de la discriminación por razones de género en las decisiones de la justicia penal. El autor examina, en primer término, la evolución que han tenido las pautas constitucionales en materia de igualdad entre varones y mujeres, para luego analizar la presencia de discriminación por motivos de género en sentencias judiciales, tanto cuando la mujer se encuentra imputada en una causa penal como cuando es víctima del delito investigado. De esta forma, intenta determinar si tales decisiones han considerado de modo correcto los fundamentos constitucionales aplicables, al tiempo que alerta sobre la importancia de su invocación en supuestos como los analizados.

El artículo elaborado por Sebastián Tedeschi y Romina Tuliano Conde muestra la interrelación entre los conceptos de discriminación de género, acceso a la vivienda y violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes. Allí se analiza, por un lado, cómo situaciones de afectación del derecho a la vivienda pueden generar o favorecer hechos de violencia contra las mujeres; y, por otra parte, de qué manera los contextos de violencia familiar pueden conducir a la violación del derecho de niñas, adolescentes y mujeres a una vivienda digna. Los autores plantean una serie de estrategias de litigio para enfrentar situaciones que atentan contra el derecho a la vivienda, y que, a la vez, permitan prevenir actos de discriminación hacia las mujeres y garantizarles su acceso a la justicia.

Paola Bergallo trata el tema del aborto y propone pautas para la interpretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires para acceder al aborto en caso de violación. En este sentido, enumera argumentos para la defensa de víctimas de violencia sexual que buscan un aborto legal ante el sistema de salud pública de la Ciudad de Buenos Aires (CABA). El artículo identifica las normas más relevantes en la materia; plantea situaciones en las que la víctima de violencia sexual puede necesitar asistencia jurídica para acceder al aborto por la causal violación; y, por último, ofrece herramientas para responder a las objeciones que suelen formularse y presenta las pautas para superar una selección de cuestionamientos procedimentales enfrentados con frecuencia ante la demanda de un aborto por la causal violación.

Luciana Sánchez y Raúl Salinas abordan la situación de mujeres víctimas de violencia familiar que matan a sus parejas o ex parejas maltratadoras. Los autores hacen un repaso sobre las críticas dirigidas por el feminismo legal hacia el tratamiento judicial de estos casos que denota un sesgo sexista en la interpretación sobre la procedencia de la legítima defensa. Señalan que, tanto desde la doctrina

como desde el derecho internacional de los derechos humanos, situaciones de violencia doméstica fueron reconocidas como tortura y, a partir de ese cambio de paradigma, desarrollan los estándares que deben orientar el tratamiento judicial de esos casos. En particular, presentan distintas estrategias de defensa y señalan la inconveniencia de utilizar argumentaciones que refuerzan las concepciones dominantes sobre femineidad normativa y heterosexualidad obligatoria, que terminan por perjudicar a quienes no encajan en ese modelo de sumisión.

El capítulo sexto, a cargo de Gabriel Ignacio Anitua y Valeria Alejandra Picco, trata sobre las mujeres implicadas en las actividades de contrabando de drogas. Para ello, los autores realizan un detallado análisis de los factores sociales, económicos y culturales que sumergen a las mujeres en la comercialización y tráfico de sustancias estupefacientes, factores que no suelen ser atendidos al momento de dar respuesta judicial a esas mujeres. Por medio de una adecuada atención al contexto, con la incorporación de la perspectiva de género, los autores ofrecen estrategias de defensa para los diferentes casos de mujeres implicadas en las actividades indicadas, en los que subyacen problemas de género, como situaciones de coacción, pobreza, engaño, o trata de personas.

Por último, Rubén Alderete Lobo analiza la situación específica de las mujeres extranjeras encarceladas junto con sus hijas e hijos en nuestro país, que se encuentran en situación migratoria irregular y no poseen lazos sociales o afectivos con nuestro medio. Frente a la legislación y práctica nacionales que provocan su expulsión del país cuando cumplen la mitad de la condena, y ante la imposibilidad material que tienen de acceder a modalidades alternativas a la prisión –como el arresto domiciliario– el autor propone el retorno inmediato de esas mujeres y niños a su país de origen, sin necesidad de cumplir ningún tipo de plazo de ejecución de la condena. Para fundamentar esta alternativa, el autor señala la existencia de un conflicto entre las políticas estatales, migratorias y penales, carentes de una solución normativa, y para superarla propone una interpretación integradora de la normativa interna e internacional, que además incluya la dimensión de género.

Stella Maris Martínez

Buenos Aires, febrero de 2012

.CAPÍTULO I.

ACCESO A LA JUSTICIA, GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS*

*Por Christine Chinkin***

* Título original “Access to Justice, Gender and Human Rights”. Traducido al español por Paula Nuñez para esta publicación.

** Profesora de Derecho Internacional en el London School of Economics (LSE), profesora asociada en la Universidad de Michigan y miembro de Matrix Chambers.

Acceso a la justicia, género y derechos humanos

Por Christine Chinkin

1. Introducción

La violencia de género origina obligaciones a los Estados de acuerdo con el derecho internacional y regional de los derechos humanos. La Argentina ha aceptado compromisos internacionales estipulados en diversos instrumentos de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y los tratados específicos sobre las mujeres, entre ellos, los más importantes son la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, ratificado el 15 de julio de 1985) y su Protocolo Facultativo (ratificado el 20 de marzo de 2007), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará de 1994, ratificada el 4 de Septiembre de 1996). Los tratados se complementan con una importante jurisprudencia, en constante crecimiento, sobre la violencia de género de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); y con instrumentos no vinculantes, como la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y los subsiguientes procesos de seguimiento de cinco, diez y quince años, resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU), y Recomendaciones Generales adoptadas por organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas como “herramientas de interpretación autorizadas”¹ de las respectivas

1 Caso *L. C. vs. Perú*, Comunicado N° 22/2009, CEDAW/C/WG/20/DR/22/2009, 4 de noviembre de 2001, párr. 8.11.

convenciones. Los sistemas regionales de derechos humanos de Europa y África también se han dedicado a la cuestión de la violencia contra la mujer por medio de diversas convenciones y, en el caso de Europa, también a través de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Si bien no resultan vinculantes para la Argentina, estos antecedentes proporcionan un material útil para guiar el desarrollo jurídico en la materia, tal como lo han expresado la CIDH² y la Corte IDH³. Asimismo, el TEDH ha hecho referencia a la Convención de Belém do Pará y a la jurisprudencia del Sistema Interamericano en los casos de violencia contra la mujer⁴, con lo cual creó sinergia y coherencia entre los sistemas regionales líderes. El Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra la Mujer, incluida la Violencia Doméstica, aprobado para ser firmado en 2011⁵, es el texto más actual de discusión sobre el tema, y puede ser un indicador de cómo la concepción de la violencia de género ha evolucionado desde la pionera Convención de Belém do Pará en 1994. En conjunto, los instrumentos mencionados proveen un plan de acciones y estrategias recomendadas a los gobiernos, a las organizaciones intergubernamentales y a las ONGs para garantizar los derechos humanos de las mujeres que son víctimas de violencia.

De este modo, la Argentina ha aceptado una gran cantidad de obligaciones internacionales y regionales, a las cuales les ha otorgado estatus constitucional, y cuenta, además, con numerosas disposiciones legales. Sin embargo, para que la mujer:

...goce en la práctica del principio de igualdad entre hombres y mujeres, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en la legislación específica debe recibir el apoyo de todos los actores del Estado, incluyendo los tribunales, que se encuentran vinculados por las obligaciones de Estado parte.⁶

2 *Caso Jessica Lenahan (Gonzalez) vs. Estados Unidos*, Informe N° 80/11, Caso 2.626, 21 de julio de 2001, párr. 134: “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha avanzado en principios importantes en relación con el alcance y el contenido de la obligación del Estado de prevenir actos de violencia doméstica”.

3 Por ejemplo, el *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. 16 de noviembre de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 292. Esta importante decisión le suministra a la CIDH un análisis actualizado de las obligaciones del Estado en el contexto de la muerte y desaparición de mujeres.

4 Por ejemplo, el *Caso Opuz vs. Turquía* (TEDH) (Aplicación N° 33401/02), 9 de junio de 2009.

5 Estambul, 11 de mayo de 2011, ETS N° 210.

6 *Caso V. K. vs. Bulgaria*, Comunicado N° 20/2008, CEDAW/C/49/D/20/2008, 17 de agosto de 2011, párr. 9.4.

En la histórica sentencia del *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*⁷, la Corte IDH reconoció que no es suficiente que el Estado cuente con un marco jurídico adecuado, además se requiere que la legislación opere dentro de un sistema eficiente⁸. Para lograrlo, resulta necesario que los funcionarios de todos los organismos pertinentes comprendan los conceptos y obligaciones básicos de las disposiciones legales, así como un sistema eficaz para su implementación, la voluntad política para garantizar los recursos necesarios, un compromiso compartido por las instituciones pertinentes, una distribución de responsabilidades y un sistema de rendición de cuentas.

El presente artículo define, en primer lugar, los conceptos básicos de sexo y género, de violencia de género y de violencia sexual, reconociendo que tales conceptos no se limitan a relaciones entre el hombre y la mujer, sino que abarcan la sexualidad y las identidades de género. No obstante, el foco principal del artículo está puesto en la violencia contra las mujeres comprendida como violencia de género, tal como se definirá más adelante. Aborda el concepto de la violencia contra la mujer basado en derechos que deben ser adoptados en el ámbito local mediante procesos legales penales y civiles. En la medida de lo posible, se trazará un paralelo entre la jurisprudencia de los sistemas interamericanos y europeos de derechos humanos y la del Comité de la CEDAW.

2. Definiciones

2.1 Sexo y género en el derecho internacional

El tema de las relaciones entre la mujer y el hombre en la distribución y el goce de derechos fue abordado por primera vez en el derecho internacional de los derechos humanos mediante el concepto de no discriminación, entre otros, por motivos de sexo, entendido como la prohibición de cualquier tipo

7 “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que requiere una conducta gubernamental que constituya una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” 29 de julio de 1988, Corte IDH (Serie C) N° 4 (1988) párr. 167.

8 De igual modo, el Comité de la CEDAW afirmó: “Tener un sistema apropiado que se ocupe del problema resulta insuficiente, éste debe ser puesto en práctica por actores del Estado que comprendan y adhieran a la obligación de diligencia debida.” *Caso Fatma Yildirim (fallecida) vs. Austria*, Comunicado N° 6/2005, 6 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005, párr. 12.1.2; *Caso Şahide Goecke vs. Austria*, Comunicado N° 5/2005, 6 de agosto de 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005, párr. 12.1.2.

de discriminación entre hombres y mujeres⁹. El término “género” no se utilizó en el ámbito internacional hasta la década de 1980, cuando fue introducido en diferentes conferencias internacionales sobre los derechos de la mujer¹⁰. La Declaración y la Plataforma de Acción adoptadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, en 1995, se comprometió a lograr la igualdad de género, así como la no discriminación basada en el sexo¹¹. En 2010, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado por la CEDAW (Comité de la CEDAW), determinó:

...si bien en la Convención sólo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f del artículo 2 y el párrafo a del artículo 5, se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género¹².

La inclusión de los términos sexo y género resalta que la desigualdad existente entre la mujer y el hombre resulta tanto de la diferencia biológica (sexo) como de los roles socialmente construidos que definen las conductas consideradas apropiadas para la mujer y para el hombre (género).

La primera definición de género incluida en un tratado internacional se halla en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), de 1998, en el artículo 7, párrafo 3: “el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, femenino y masculino, dentro del contexto de la sociedad.” Si bien al definir género se hace hincapié en la identificación biológica de ambos sexos (masculino y femenino), la definición citada los ubica dentro de la sociedad. En 2004 el Comité de la CEDAW implícitamente rechazó esta sutil diferencia observando que género se define como:

...los significados sociales asignados a las diferencias biológicas entre los sexos. Se trata de una construcción ideológica y cultural, aunque también se reproduce

9 Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, artículo 2; PIDESC, artículo 2, párrafo 2; PIDCP, artículo 2, párrafo 1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo II; CADH, artículo 1.

10 La Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer se refirió a la “discriminación de género” y exigía un cambio de actitud con respecto a los roles de género; “Estrategias orientadas hacia el futuro para el adelanto de la Mujer”, Doc. Naciones Unidas, A/CONF.116/12, Nairobi, 1985, en especial, párrafos 6, 121, 138, 167, 257, 347.

11 Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración, Doc. ONU, A/CONF/177/20, Beijing, 15 de septiembre de 1995, párr. 24.

12 CEDAW, Recomendación General N°28 sobre las obligaciones fundamentales de los Estados parte conforme el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/RG/28, 16 de diciembre del 2010, párr. 5.

dentro del ámbito de las prácticas físicas; y a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, el poder político y la adopción de decisiones, el goce de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. A pesar de las variantes en las diferentes culturas y épocas, las relaciones de género en todo el mundo suponen una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. De esta manera, el género es un estratificador social, y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad sexual y la estructura desigual de poder vinculada a la relación entre los sexos¹³.

Otros organismos de derechos humanos de Naciones Unidas siguieron al Comité de la CEDAW al reconocer que la construcción social de género debilita el goce igualitario de los derechos humanos. Al respecto, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) consideró que el género se construye socialmente, en tanto afecta el goce igualitario de derechos por parte del hombre y la mujer, y determina expectativas y presupuestos en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer, sobre la base exclusiva de su identidad como tales¹⁴. En 2009, el Comité DESC explicó en detalle el modo en que:

...la noción de “sexo” como causa de prohibición ha evolucionado en forma considerable para cubrir no sólo aspectos psicológicos sino también la construcción social de los estereotipos de género, prejuicios y roles presupuestos, que han significado obstáculos para lograr la igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁵.

En 2010, el Comité de la CEDAW destacó que la construcción social atribuida a la diferencia biológica entre la mujer y el hombre da lugar a relaciones jerárquicas y “a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer”¹⁶.

Así, el concepto de género es una herramienta para comprender las relaciones entre mujeres y hombres. El género es construido socialmente, por lo tanto, es contingente y varía en el tiempo y el espacio. Aquello que es considerado una

13 Encuesta Mundial sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo, 1999, (Naciones Unidas, Nueva York, 1999) ix, citada por la Recomendación General N°25 de la CEDAW, sobre medidas especiales de carácter temporal, 2004, nota 2.

14 Comité DESC, Observación General N° 16, “El derecho igualitario del hombre y la mujer al goce de todos los derechos económicos sociales y culturales”, Doc. ONU, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005, párr. 14.

15 Comité DESC, Observación General N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (art. 2, párr. 2) Doc. Naciones Unidas, E/C.12/OG 20, 2 de julio de 2009, párr. 20.

16 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 28, ver nota 12 *ut supra*, párr. 5.

conducta socialmente aceptable en un lugar o en un tiempo determinado puede ser calificado como inaceptable en otro lugar o en otro momento. El “lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales”¹⁷. La desviación de los roles asignados por el género puede causar ostracismo social y ser utilizada como justificación de una respuesta punitiva, por ejemplo, en los casos en los que se alega que asesinar a una mujer que ha transgredido normas sociales es un acto legítimo para defender el honor de la familia. A pesar de las diferencias en los presupuestos de comportamientos apropiados basados en el género, en muchos casos han servido para crear una jerarquía de poderes que limitaba la libertad de la mujer para actuar y ser reconocida como un adulto autónomo con capacidad plena¹⁸.

Los roles de género no son fijos, sino que “pueden ser modificados por la cultura, la sociedad y la comunidad”¹⁹. Es posible, también, intentar modificarlos. El Comité de la CEDAW, por ejemplo, ha instado a los Estados parte de la Convención a identificar los obstáculos que los presupuestos basados en el género significaron para la mujer en su búsqueda de la igualdad para gozar de sus derechos y en la distribución de los recursos, y a tomar medidas a fin de eliminar esos obstáculos. Debido a la posición generalizada de subordinación y desventaja social, política y económica de las mujeres, abordar la desigualdad de género requiere el empoderamiento y avance de las mujeres, asumiendo el compromiso de tomar medidas específicas²⁰. Esto explica, en cierto punto, el deslizamiento terminológico entre “mujer” y “género”, en el que “género” se considera sinónimo de “mujer”. El hombre también experimenta violencia de género, por ejemplo, mediante la castración forzada, pero se puede ver perjudicado por la confusión entre los términos mujer y género.

Con frecuencia, sexo y género se comprenden sólo en términos de “los dos sexos, masculino y femenino”. Sin embargo, una lectura más profunda de género abarca la orientación sexual y la identidad de género, incluyendo a los transgénero²¹, transexuales o intersexo, quienes a menudo deben enfrentarse a

17 *Ibidem*.

18 Comité DESC, Observación General N° 16, ver nota 14 *ut supra*, párr. 14.

19 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 28, ver nota 12 *ut supra*, párr. 5.

20 El Comité de la CEDAW, en el artículo 4 afirma que “la adopción por los Estados Parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación”.

21 Comité DESC, Observación General N° 20, ver nota 15 *ut supra*, párr. 32. Véase también el In-

situaciones de discriminación extrema y a graves violaciones de los derechos humanos, tales como la violencia o el acoso sexual en lugares públicos, de los cuales son víctimas por su orientación sexual e identidad de género. Las respuestas oficiales ante estas situaciones de violencia a menudo están influenciadas por prejuicios homofóbicos, lo que genera indiferencia ante la violencia o incluso situaciones de mayor violencia, que acarrearán un impacto adverso en el disfrute de todos los demás derechos humanos²².

Los instrumentos principales de derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, PIDCP, PIDESC y CADH) están redactados en un lenguaje con género neutral (o sin género), es decir, no diferencian entre masculino y femenino, y formalmente se aplican en forma igual a “cada uno”/ “todas las personas”/ “cada persona”, si bien hay una propensión textual hacia el uso del pronombre masculino únicamente. Por ejemplo, el artículo 11, párrafo 1 del PIDESC dice “los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí mismo y su familia”. La neutralidad oculta el modo en que la diferencia de género impacta sobre el goce de los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 6, párrafo 1 del PIDCP prevé: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. [...] Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Tal redacción no contempla las situaciones de pérdida arbitraria de la vida por causas de género que enfrentan las mujeres, en especial, en el ámbito privado por parte de actores privados (compañeros, miembros de la familia y otros miembros de su comunidad). En la Observación General N° 28, el Comité de Derechos Humanos reconoció la necesidad de incluir la dimensión de género en la interpretación y la aplicación del PIDCP, artículo 6, recabando información de los Estados parte sobre las “muertes relacionadas con el embarazo y el parto” y sobre las “medidas para proteger a la mujer ante prácticas que violan su derecho a la vida, tales como el infanticidio femenino, la quema de viudas y la matanza por la dote”²³. A diferencia de la mayoría de los instrumentos redactados en género neutral, algunas disposiciones incluidas en los tratados de derechos humanos están redactadas especificando el género, por

forme del Relator Especial sobre la “Promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en lucha contra el terrorismo”, Doc. ONU A/64/211, 3 de agosto de 2009, párr. 20.

22 Comité DESC, Observación General N°20, ver nota 15 *ut supra*, párr. 32. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, Doc. ONU A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.

23 Comité de Derechos Humanos, Observación General 28; “Igualdad de derechos entre el hombre y la mujer” (artículo 3), Doc. Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000).

ejemplo, el artículo 7 párrafo a, inciso i, y el artículo 10 del PIDESC; y el artículo 6, párrafo 5 del PIDCP. Cabe destacar que esas disposiciones se relacionan con el embarazo y la maternidad, por lo tanto, rotulan a las mujeres por medio de su función reproductiva. Como respuesta a la realidad de que “a pesar de la existencia de diversos documentos [de género neutral], las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”²⁴, la CEDAW es asimétrica, de género específico y dirigida exclusivamente a las mujeres: no prohíbe la discriminación basada en el sexo o en el género, sino sólo en contra de las mujeres.

2.2 Violencia de género

Ni la CEDAW ni ningún otro tratado de derechos humanos, regional o internacional (como el PIDCP, PIDESC, CEDH, CADH), se han referido explícitamente a la violencia contra las mujeres ni al concepto de violencia de género. Se han observado dos avances importantes: el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres constituye una violación de derechos humanos y la definición de la violencia de género. En 1992, el Comité de la CEDAW adoptó su Recomendación General N° 19 en la que identificaba a “la violencia de género como una forma de discriminación que inhibe la capacidad de la mujer de gozar de los derechos y libertades sobre una base de igualdad con el hombre”, y de esa manera coincidía con la definición de discriminación del artículo 1 de la Convención. Desde entonces, ha sido reconocida como “una de las formas de discriminación más extremas y dominantes [...] que afecta a mujeres de todas las edades, etnias, razas y clases sociales”²⁵. La violencia contra las mujeres no sólo es discriminatoria en sí misma, sino que también es el “resultado de la discriminación de género que determina la estructura social, económica, cultural y política, en lugar de ser independiente de ésta”²⁶. Debido a que cualquiera puede ser víctima de un acto de violencia, se necesita una definición de la violencia de género que distinga entre la violencia social y la violencia específicamente dirigida contra la mujer o el hombre, por su condición de tales. El Comité de la CEDAW definió este tipo de violencia como “aquella dirigida hacia una mujer porque es mujer o que afecta a las mujeres en forma desproporcionada. Incluye acciones que ocasionen daños

24 Preámbulo, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

25 *Caso Jessica Lenahan (Gonzalez) vs. Estados Unidos*, ver nota 2 *ut supra*, párr. 110, 111.

26 “15 años de labor de la RE de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra las Mujeres (1994-2009) – Un Análisis Crítico”, 2008, 15, 34. (Citando a la CEDAW, artículo 1 y RG 19).

o sufrimiento físico, mental o sexual, amenazas de tales acciones, coacción y demás privaciones de la libertad.” Las mujeres no son víctimas de actos de violencia porque sí, sino que éstos son causados por “factores relacionados con el género”²⁷, como la afirmación del poder y el control masculino, la aplicación de roles de género socialmente asignados y el castigo del comportamiento que se aparta de la norma. Las formas de violencia que afectan a la mujer de manera “desproporcionada” son aquellas que ocurren con más frecuencia contra la mujer o que tienen un impacto especial sobre su vida. Por ejemplo, si bien los hombres también son víctimas de violaciones sexuales, las consecuencias de estos hechos impactan en forma desproporcionada sobre la mujer por medio de la posibilidad de embarazo o de ser presionadas para perdonar o contraer matrimonio con el violador (quien, de este modo, es liberado o recibe una condena reducida). Los hombres que han sido violados no están sujetos a estas consecuencias potenciales.

Otros documentos se han basado en esta definición de violencia de género. La Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que aquellas acciones que provoquen “daño físico, sexual o psicológico” constituyen violencia de género contra la mujer “ya sea que ocurran en público o en el ámbito privado”²⁸. La CIDH ha aceptado que los delitos incluidos dentro de la categoría de violencia contra la mujer constituyen violaciones a los derechos humanos, en virtud de la Declaración Americana y la CADH, “y también de acuerdo a los términos más específicos de la Convención de Belém do Pará”²⁹. Esta última también se refiere a toda “acción o conducta basada en el género” (aunque no define género) que provoque “la muerte o daños físicos, sexuales o psicológicos”, y aclara que así “ocurran estos en el ámbito público o privado”. Esta distinción entre ámbito público y privado cuestiona la ubicación de la mujer en el ámbito privado, asociada con la teoría liberal, y el supuesto de la no interferencia del Estado dentro de este ámbito. Por el contrario, se replantea el derecho internacional de los derechos humanos para que el Estado tenga responsabilidad por acciones privadas.

27 J. Connors, “Violencia contra la Mujer”, Artículo de Fondo, Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Mujer, 1995; reimpresso en H. Barnett, *Manual de jurisprudencia feminista*, Editorial Cavendish, 1997, pp. 558-562.

28 Resolución de la Asamblea General, 48/104, 20 de diciembre de 2003. Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres.

29 *Caso Maria Gives Penha Maia Fernandez vs. Brasil*, 12.051, Informe N° 54/01; OEA OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 704 (2000), párr. 20.

Tanto la Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer como la Convención de Belém do Pará proveen una lista no taxativa de las formas y manifestaciones de violencia contra la mujer y los ámbitos en los que ocurre: la familia (comprendida en un sentido extendido), la comunidad y el Estado. En este sentido, la Convención de Belém do Pará, en el artículo 2, afirma que:

Se entenderá que la violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, tráfico de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde sea que ocurra.

Otras formas de violencia fueron enumeradas por la Asamblea General, principalmente en el contexto de la familia, lo cual refleja el gran alcance geográfico de las Naciones Unidas. Éstas incluyen el abuso sexual hacia las niñas, la violencia relacionada con la dote, la violación marital, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales perjudiciales para las mujeres, las situaciones de violencia no conyugal y la violencia relacionada con la explotación. Esta definición holística deja en claro que la violencia de género no se limita a la violencia familiar (que antes había sido el foco principal de los organismos internacionales), sino que abarca múltiples manifestaciones. La Asamblea General ha reiterado y expandido los principios que se acordaron en la Declaración de 1994³⁰, y ha adoptado nuevas resoluciones sobre manifestaciones no tradicionales de la violencia de género, por ejemplo, la violencia doméstica³¹, la

30 Recientemente la Resolución de la AG, 65/187, 23 de febrero de 2011; véase también la Resolución del Consejo de Derechos Humanos, “Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: garantizar la diligencia debida en la prevención”, A/HRC/14/L.9/Rev.1, 16 de junio de 2010.

31 La Asamblea General definió violencia doméstica como “los actos de violencia que tienen lugar

violencia cometida en nombre del “honor”, la violencia contra las trabajadoras migrantes y el tráfico de personas.

Ni la Asamblea General ni la Convención de Belém do Pará tratan el daño económico, como sí lo hacen el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África, de 2003, en el artículo 1, párrafo j y el Convenio Europeo para la lucha contra la violencia doméstica hacia la mujer y su prevención, de 2011, en el artículo 3, párrafo a. Este último también incluye a la violencia económica dentro de la definición de violencia doméstica, donde se la considera relacionada con la violencia psicológica³². La Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley N° 26.485 [2009]) es un avance al respecto ya que abarca todas las formas de violencia de género, incluso la violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial. Sin embargo, los tribunales no siempre aplican una definición amplia de violencia hacia la mujer, aunque ésta se encuentre contemplada en la legislación nacional. El Comité de la CEDAW criticó las resoluciones de los tribunales búlgaros que aplicaron:

...una definición demasiado restrictiva de violencia doméstica que no se encontraba estipulada en la ley y que era contradictoria con las obligaciones del Estado parte en virtud del artículo 2, párrafos c y d de la Convención. Estos tribunales se concentraron exclusivamente en la amenaza directa e inmediata a la vida o a la salud de la víctima y en su integridad física, al tiempo que ignoraron su sufrimiento emocional y psicológico³³.

La denunciante alegó que su esposo:

...decidió gastar los ingresos de la familia y que sólo le suministraba el dinero para los gastos básicos. Ella no contaba con dinero adicional para su persona y no se le permitía gastar el dinero suministrado para otros fines que los estrictamente especificados; el esposo tampoco le informaba cómo gastaba el resto de los ingresos. Como consecuencia, ella dependía económicamente de su esposo.

Los tribunales búlgaros no hicieron referencia a las acusaciones de violencia económica y psicológica.

dentro del ámbito privado, en general, entre individuos que están relacionados por consanguinidad o intimidad”, Resolución de la Asamblea General 58/147, 19 de febrero de 2004, Eliminación de la Violencia Doméstica contra las Mujeres.

32 Consejo de la Convención Europea sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer, ver nota 5 *ut supra*, Informe Explicativo, párr. 40-41

33 *Caso V. K. vs. Bulgaria*, ver nota 6 *ut supra*, párr. 9.9.

2.3 Violencia sexual

Se debe hacer una distinción entre violencia de género y violencia sexual. Los documentos mencionados demuestran que si bien existen diferentes definiciones sobre la primera, hay una interpretación general compartida acerca de su concepto, con diferencias que se limitan a detalles como las definiciones de violencia doméstica o interpersonal y la inclusión de violencia y perjuicio económico. Por otro lado, no hay una definición ampliamente aceptada de violencia sexual en el derecho internacional. Una definición sugerida es “todo acto de violencia física o psicológica llevado a cabo por medios sexuales o con fines sexuales”, que incluye “agresiones tanto físicas como psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona, tal como forzar a una persona a que se desnude en público, mutilar sus genitales o cercenar el pecho de una mujer”³⁴. Otra definición proviene de los Elementos de los Crímenes acordados por la Asamblea de los Estados parte en la Corte Penal Internacional, que define el delito de violencia sexual como de lesa humanidad, y como:

...un acto de naturaleza sexual contra una o más personas, o forzar a que esa o esas personas realicen un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o coerción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento³⁵.

Los delitos en cuestión son “violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad similar”. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha enumerado otras formas de violencia, por ejemplo, la desnudez forzada y obligar a la persona realizar actos humillantes estando desnuda, mutilación sexual y amenazas sexuales³⁶. La violencia sexual no implica necesariamente la penetración ni el contacto físico.

La Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer (RE sobre la Violencia contra la Mujer)

34 Informe final presentado por Gay J. McDougall, Relatora Especial, “Formas contemporáneas de esclavitud: la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado”, E/CN.4/Sub.2/1998/13, párr. 21–22, citado por S. Sivakumaran, “Violencia sexual contra el hombre en tiempo de conflicto armado”, 18 EJIL (2007) 253.

35 Elementos del Delito, artículo 7, párrafo 1, inciso g – 6, elemento 1, citado por S. Sivakumaran, *Ibidem*.

36 *Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu*, TPIR-96-4, 2 de septiembre de 1998.

ha observado la tendencia a limitar las formas de violencia de género a delitos sexuales, en general, a la violación y el abuso sexual, excluyendo de esta manera las formas de violencia reproductiva (por ejemplo, aborto, esterilización o embarazo forzado), esclavitud doméstica, uniones “conyugales” forzadas, desplazamiento forzado, secuestro y trabajo forzado. Los perjuicios causados mediante la violencia sexual a menudo provocan estigmas sociales particulares, ostracismo y aislamiento. La RE sobre la Violencia contra la Mujer advirtió que al concentrarse sólo en delitos sexuales o en violencia sexual también “se corre el riesgo de sexualizar a las mujeres”, es decir, percibir a las mujeres sólo a través de la actividad sexual, por lo tanto, no considerarlas como seres holísticos y negar su naturaleza.

3. Obligación del Estado de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos

Las obligaciones legales del Estado con respecto a la violencia de género incluyen garantizar a las personas sometidas o amenazadas por esta violencia, entre otros: el derecho a la vida, el derecho a no sufrir torturas u otros tratos inhumanos y degradantes, el derecho a la integridad física, mental y moral, el derecho al movimiento, el acceso a la justicia, el derecho a una decisión justa y el derecho al debido proceso, servicios de salud y seguridad social. Asimismo, el Estado debe garantizar que sus agentes y funcionarios comprendan sus obligaciones y las cumplan. El presente artículo está enfocado en las obligaciones relacionadas con el acceso a la justicia de las víctimas y las víctimas potenciales, es decir, su relación con organismos judiciales y aquellos encargados del cumplimiento de la ley desde su primer encuentro. Tales obligaciones incluyen la búsqueda de protección, la interposición de denuncias, la relación con quienes recogen pruebas forenses y médicas, litigar ante tribunales civiles y penales y procedimientos para el cumplimiento de la ley³⁷. Todas las obligaciones fundamentales con respecto al acceso a la justicia se encuentran relacionadas con el derecho a un juicio justo y a la igualdad ante la ley. El Comité de la CEDAW, los organismos interamericanos de derechos humanos y el TEDH han aceptado que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación. Cuando no se garantiza a las víctimas de esa vio-

37 Éste es un concepto más amplio que aquel adoptado por la Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia de la Mujer Víctima de Violencia en las Américas, OEA /Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de julio de 2007, que definió el acceso a la justicia como “el acceso de *jure* y de *facto* a los organismos judiciales y a la reparación para la protección en los casos en los que hubiera hechos de violencia, de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos”.

lencia el acceso a la justicia de *jure* y de *facto*, ello se considera una consecuencia de la discriminación de género y constituye una nueva discriminación. Las obligaciones del Estado con respecto al acceso a la justicia no pueden estar aisladas del resto de sus obligaciones, ya que para que la respuesta ante la violencia de género sea la adecuada, resulta necesario que éste cumpla con las normas internacionales; además, esa respuesta debe darse en el ámbito nacional, ser inclusiva, integradora y debe unir a todos los departamentos, agencias y partes pertinentes. El Consejo de Derechos Humanos ha observado que aquí se incluyen las organizaciones de mujeres, los líderes religiosos y de la comunidad, los jóvenes, hombres y niños, el personal de servicios a las víctimas, los profesionales de la ley, la salud, la educación y los servicios sociales.

Para explicar las obligaciones del Estado con respecto a la violencia de género, el Comité de la CEDAW adoptó la tipología de obligaciones en etapas: “respetar, proteger, promover y cumplir”³⁸; y es en este marco donde se debe analizar el acceso a la justicia. Si el Estado no cumple con estas obligaciones internacionales, será responsable de la comisión de un hecho considerado internacionalmente ilícito³⁹. Por lo tanto, es de suma importancia que la violencia de género sea considerada una violación a los tratados internacionales.

La obligación de respetar corresponde a la primera etapa que requiere que el Estado asegure que los funcionarios públicos, cuyos actos y omisiones le son imputables, no cometan tal violencia. La violencia cometida por representantes del Estado contra la integridad física y/o mental de un individuo tiene como consecuencia la responsabilidad directa del Estado, de acuerdo con el derecho internacional. La Corte IDH incluyó esa obligación en el artículo 1 de la CADH⁴⁰. Abarca, por ejemplo, actos de violencia en instituciones del Estado, como las prisiones y los centros de detención, e incluye actos específicos de género, como las requisas vaginales. Según el Comité de la CEDAW, también abarca aquellos actos de violencia sexual contra las mujeres cometidos durante la dictadura que no hayan sido sancionados⁴¹.

38 *A. T. vs. Hungría*, Comunicado N° 2/2003, 26 d enero de 2005, recomendaciones II, párr. a; Recomendación General de la CEDAW N° 28, ver nota 12 *ut supra*, párr. 9.

39 Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptados en la 53° Sesión de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, AG Res. 56/83, 12 de diciembre de 2001.

40 *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, *supra* nota 9, párrs. 160-168.

41 Comité de la CEDAW, Observaciones Finales. Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/6, 16 de agosto de 2010, párr. 25-6.

Asimismo, debido a que la violencia contra la mujer es la causa de la desigualdad social y económica, y a que constituye una forma de discriminación, la obligación de respetar el derecho de la mujer de no ser sometida a actos de violencia incluye el deber de asegurar que todas las ramas del derecho –penal, civil, administrativo y laboral– no sean discriminatorias. Esto requiere que un análisis de género identifique qué leyes son directa o indirectamente discriminatorias, que se anulen aquéllas que lo sean y que “se abstengan de elaborar leyes, políticas, normas, programas, procedimientos administrativos y estructuras institucionales que directa o indirectamente priven a la mujer del goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”⁴². El Estado debe organizar su aparato gubernamental y todas las estructuras mediante las cuales ejerce el poder público de modo que provean un marco legal eficaz para combatir la violencia contra la mujer.

La obligación de proteger, o de garantizar⁴³, constituye un deber de la segunda etapa para asegurar el goce de los derechos humanos de todos los individuos dentro del ámbito del Estado. La Corte IDH afirmó:

...el factor más importante es determinar “si una violación [...] ha ocurrido con el apoyo o con la aquiescencia del gobierno o si el Estado ha permitido que el acto tenga lugar sin tomar las medidas necesarias para evitarlo o para castigar a aquellos responsables”⁴⁴.

Es necesario que el Estado tome las medidas positivas pertinentes para evitar violaciones a los derechos humanos –y, por lo tanto, los actos de violencia contra las mujeres– no sólo cometidos por funcionarios públicos, sino también por actores no estatales; estas medidas “serán determinadas de acuerdo con las necesidades específicas de protección del sujeto de derecho, ya sea por su situación personal o por las circunstancias específicas en las que se encuentre”⁴⁵.

El deber de cumplir constituye el tercer nivel de obligaciones del Estado de tomar medidas positivas, orientadas hacia el futuro y a largo plazo para el goce real de los derechos humanos. Los Estados:

...deben tener en cuenta que han de cumplir con sus obligaciones jurídicas para con todas las mujeres mediante la formulación de políticas, programas y marcos insti-

42 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 28, ver nota 12 *ut supra*, párr. 9.

43 “Campo Algodonero”, ver nota 3 *ut supra*, párr. 243 ff.

44 *Ibídem*, párr. 236.

45 *Ibídem*, párr. 243.

tucionales de carácter público que tengan por objetivo satisfacer las necesidades específicas de la mujer a fin de lograr el pleno desarrollo de su potencial en pie de igualdad con el hombre⁴⁶.

4. Debida diligencia⁴⁷

Las obligaciones del Estado de respetar, proteger y cumplir se han conceptualizado y concretado mediante el estándar de debida diligencia: en su sentido más amplio “diligencia debida se refiere al grado de cuidado que se espera que un poseedor de deberes [el Estado] ponga en práctica en el cumplimiento de los mismos”⁴⁸. En el contexto de violencia contra la mujer, el artículo 19, párrafo 9 de la Recomendación General del Comité de la CEDAW explicó el concepto de debida diligencia del siguiente modo: “los Estados también pueden ser responsables por actos privados si no adoptan medidas con diligencia debida para impedir la violación de derechos o para investigar y castigar actos de violencia y proporcionar reparaciones a las víctimas”. La Declaración de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, artículo 4, dice:

Los Estados deben aplicar, por todos los medios apropiados y sin demora, una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán: [...] (c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares...

Y la Convención de Belém do Pará, artículo 7, dice:

...los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] (b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Esto significa que, aun en los casos en los que una conducta al inicio no resulte directamente imputable a un Estado (por ejemplo, por no haberse identificado el actor o por ser obra de un particular), un hecho violatorio de los

46 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 28, ver nota 12 *ut supra*, párr. 9.

47 Se puede encontrar un análisis particularmente aclaratorio en el Informe Anual, Estándar de Diligencia Debida, Consejo de las Naciones Unidas, RE sobre la Violencia contra las mujeres, 2006, E/CN.4/2006/61.

48 RE sobre la Violencia contra las Mujeres, Artículo Sumario, “El estándar de diligencia debida para hechos de violencia contra las mujeres”.

derechos humanos puede acarrear responsabilidad del Estado “no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de diligencia debida para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”⁴⁹.

El estándar de debida diligencia no constituye responsabilidad en sentido estricto, aunque exige que el Estado actúe con los medios de los que dispone. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben responder a la violencia de género con el fin prevenirla, juzgarla y castigarla con el mismo grado de compromiso que si se tratara de cualquier otro delito, así fuera cometido por particulares o por funcionarios públicos. No debe considerarse “doméstica”, “privada” ni una pérdida de tiempo para las fuerzas policiales. Las víctimas deben reconocerse como damnificadas de delitos graves conforme la Declaración sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Crimen y de Abuso de Poder de la Asamblea General⁵⁰. El deber de debida diligencia fue aplicado por la CIDH en el contexto de violencia doméstica extrema⁵¹ y por la Corte IDH en los casos de muerte y tortura de cientos de mujeres en México en el caso “Campo Algodonero”. El Comité de la CEDAW y el TEDH también aplican el deber de debida diligencia en el contexto de violencia doméstica y en los casos de violación sexual. Las diferentes manifestaciones de violencia de género exigen flexibilidad por parte de los funcionarios públicos y capacidad de respuesta ante las particularidades de cada caso. Asimismo, todos los requisitos de debida diligencia para prevenir, juzgar y castigar la violencia de género y para proteger a sus víctimas están relacionados y, en conjunto, conforman la obligación de asegurar el acceso a la justicia a todas las víctimas y de transformar los valores de la sociedad y de las instituciones que sostienen la desigualdad de género⁵².

Los instrumentos internacionales y los organismos de derechos humanos han enumerado las medidas que los Estados deben tomar para cumplir con sus obligaciones en forma adecuada. También han señalado que si bien no constituyen principios absolutos, las exigencias de debida diligencia son altas. Aunque este artículo no constituya un análisis exhaustivo de los requisitos de

49 *Caso Maria Gives Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, ver nota 29 *ut supra*, párr. 20.

50 Resolución de la Asamblea General 40/34, 29 de noviembre de 1985.

51 *Caso Maria Gives Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, ver nota 29 *ut supra*, párrafos 56-57. El hecho de que Brasil, durante 15 años, no condenara ni castigara al agresor a pesar de diversos reclamos a las autoridades, “formó parte de ‘un patrón general de negligencia y falta de eficacia por parte del Estado’, no sólo la obligación de juzgar y condenar había sido violada, sino también la de evitar esta práctica degradante”. Caso “Campo Algodonero”, ver nota 3 *ut supra*, párr. 255; *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, ver nota 2 *ut supra*, párr. 132.

52 RE sobre la Violencia contra las Mujeres, Informe sobre Diligencia Debida, ver nota 47 *ut supra*.

debida diligencia, esboza algunas de las medidas que los Estados deben adoptar para cumplir con los estándares. Las medidas apropiadas serán diferentes según cada caso particular de violencia contra la mujer. La respuesta apropiada frente a la violencia doméstica por parte de un organismo policial y/o judicial será diferente a la que se exigió en el caso por los asesinatos múltiples y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez, México⁵³.

4.1 Deber de prevenir

La obligación de prevenir actos de violencia de género es parte de una obligación general conforme al derecho internacional⁵⁴, que se ha definido como “una obligación de medios que exige que los Estados adopten las medidas razonables o necesarias que se encuentren a su alcance para prevenir que ocurra un determinado hecho, pero sin garantizar que el hecho no ocurrirá”⁵⁵. Las Naciones Unidas han definido tres niveles de prevención: primaria, es decir, prevenir que el acto de violencia ocurra; secundaria, que corresponde a la respuesta inmediata luego de que el acto de violencia ha ocurrido para limitar sus consecuencias; y terciaria, la atención y apoyo a largo plazo de víctimas de los actos de violencia.

Una correcta estrategia de prevención a nivel primario requiere la evaluación sobre el riesgo de muerte o lesiones, tanto en general como en los casos de incidentes o individuos particulares, de los cuales las autoridades tienen conocimiento o deberían tenerlo⁵⁶. Las autoridades de todos los organismos pertinentes deben evaluar la situación y los factores que implican riesgo de violencia, por ejemplo, la discriminación estructural y la aplicación de estereotipos, el riesgo especial de actos de violencia que corren algunas mujeres, como las de zonas rurales que migran a las ciudades en busca de trabajo⁵⁷, condiciones

53 Aunque la violencia doméstica también podría causar la muerte de varias personas, tal como sucedió en los asesinatos de tres niñas en el *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, ver nota 2 *ut supra*.

54 Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptados en la 53ª Sesión de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, AG Res. 56/83, 12 de diciembre de 2001.

55 J. Crawford, “Artículos sobre la responsabilidad del Estado. Introducción, texto y comentarios de la Comisión de Derecho Internacional”, Cambridge University Press, 2002, p. 140.

56 El Estado debe evaluar la amenaza que representa un individuo: Véase *Caso Opuz vs. Turquía*, nota 4, párr. 147; *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, nota 2, párr. 132.

57 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 19, párr. 21.

de vida de pobreza o extrema pobreza, y violencia en el seno de la comunidad. En el caso de los asesinatos y desapariciones de las mujeres en Ciudad Juárez, el Comité de la CEDAW observó que “el ambiente social y cultural que construyó a las mujeres como pobres, vulnerables e insignificantes facilitó las violaciones a los derechos humanos”⁵⁸. Si bien se trata de un caso extremo, allí se destaca la importancia de la identificación de los factores de riesgo y la respuesta inmediata ante ellos. En las instancias individuales, es necesario atender las circunstancias específicas en las que una mujer puede hallarse y de las que las autoridades han sido advertidas. Este punto se evidencia en el *Caso Opuz vs. Turquía*. Existía un extenso patrón de conducta de abuso por parte del esposo hacia la esposa y su madre. Éstas intentaron contactar con regularidad a la policía, pero sólo recibieron respuestas limitadas; el agresor sólo recibió una multa, permaneció detenido durante períodos breves y luego fue liberado. La madre de la esposa informó al fiscal general que la conducta amenazante, que incluía amenazas de muerte, iba en aumento, pero un mes más tarde su yerno le disparó y la asesinó. Frente a estos hechos, las autoridades no actuaron con debida diligencia para prevenir su muerte: no adoptaron las medidas preventivas necesarias para proteger a un individuo de los actos criminales de otra persona aun cuando “conocían o debieron conocer” que existía “un riesgo real e inmediato hacia la vida de un individuo identificado”. En otro caso de violencia doméstica, la falta de tratamiento psiquiátrico adecuado para el agresor en la prisión y la omisión de evaluar el riesgo de vida de su esposa e hija antes de su liberación constituyó una violación al deber de debida diligencia⁵⁹. Una característica común de muchos de estos casos es que las autoridades reconocieron en alguna instancia el riesgo que representaba el agresor (por ejemplo, dictando órdenes de protección o restricción, arrestando y deteniendo al individuo violento, asistiendo a la víctima en la presentación de denuncias y acciones legales), pero luego no continuaron con el caso en forma diligente para garantizar la protección adecuada⁶⁰. Una buena estrategia de prevención también debe mitigar los factores de riesgo y consolidar las instituciones que pueden suministrar una respuesta efectiva⁶¹.

La RE sobre la Violencia contra la Mujer enumeró algunos métodos para cumplir con las obligaciones de prevención: adoptar una legislación específica

58 *Ibidem*, párr. 38.

59 *Caso Branko Tomasic vs. Croacia* (TEDH) (Aplicación N° 46598/06), 15 de enero de 2009.

60 *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, ver nota 3 *ut supra*, párr. 132.

61 Caso “Campo Algodonero”, ver nota 3 *ut supra*, párr. 258.

con castigos penales y reparaciones civiles; hacer campañas accesibles y públicas en los medios sobre tolerancia cero e incluir a los hombres y niños en actividades de prevención; y capacitar en violencia de género, derechos humanos, igualdad entre el hombre y la mujer y no discriminación a todos los profesionales pertinentes (incluyendo a miembros de la policía, fiscales y demás funcionarios del poder judicial). La capacitación también debe tratar el vínculo estrecho entre la violencia doméstica y la violencia fatal contra los hijos e hijas de la relación, perpetrada por el padre o la madre⁶². Los programas de capacitación de alto nivel sobre prevención secundaria, por ejemplo, en los que se enseña cómo responder a las llamadas de emergencia y cómo implementar órdenes de restricción y de protección, se deben diseñar e impartir, actualizar y repetir con frecuencia para que los nuevos miembros también los reciban. Las estrategias adecuadas y eficaces también forman parte de la tercera etapa de obligación para que los compromisos de los derechos humanos se cumplan a largo plazo.

4.2 Deber de protección

El deber del Estado de proteger a la mujer de la violencia incluye la disposición de reparaciones jurídicas adecuadas y accesibles. La legislación nacional debe adoptar leyes civiles adecuadas como las medidas cautelares de emergencia, las órdenes de restricción o protección, y leyes sobre temas de custodia y manutención de los hijos. Las órdenes de protección se deben otorgar sin dilación, deben ser eficaces y no deben toparse con restricciones burocráticas que impidan su otorgamiento (por ejemplo, audiencias programadas para el mediano plazo o que sólo se acceda a ellas en los casos en los que se observe cierto nivel de lesiones). Los funcionarios judiciales deben ponerlas en práctica con diligencia, ya sea arrestando o buscando una orden de arresto del agresor, cuando tengan información de un posible acto de violencia⁶³. Se deben suministrar y aplicar los castigos jurídicos efectivos y disuasivos en los casos en los que se observe un incumplimiento de las órdenes de protección dispuestas por el tribunal. Se deben identificar y atender los hechos que obstaculicen la correcta aplicación de las órdenes de protección dispuestas por el juez civil. Éstos pueden ser prácticos (falta de disponibilidad de servicios en zonas remotas, barreras lingüísticas, falta de conocimiento o de los medios necesarios para adquirir información confiable y oportuna acerca de a

62 *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, ver nota 2 *ut supra*, párr. 165.

63 *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, ver nota 2 *ut supra*, párr. 144: “La orden autorizaba y requería de la policía que realizara todo esfuerzo razonable para proteger a la víctima y a sus hijas de la violencia doméstica”.

quién contactar o cómo hacerlo, los costos de los procedimientos y la falta de recursos financieros o de otro tipo); o culturales (políticas sociales en conflicto, por ejemplo, cuando se privilegie la unidad familiar y la reconciliación por sobre la seguridad de la mujer, tolerancia de la violencia contra la mujer, la idea de que “es por su culpa”, ella lo provocó o lo merece). Los derechos de propiedad también se pueden presentar como razones para no emitir una orden que le impida ingresar al agresor a la casa familiar de la cual él es propietario. El Comité de la CEDAW, sin embargo, ha destacado que el derecho de la mujer a no sufrir actos de violencia no puede verse condicionado por el ejercicio de otros derechos, incluyendo el derecho a la propiedad y a la privacidad, el derecho de movimiento y a un juicio justo⁶⁴. Esta prioridad ha sido expresamente adoptada por el TEDH⁶⁵.

Tanto en procesos civiles como penales, las mujeres víctimas de violencia necesitan una representación legal adecuada por parte de profesionales que hayan sido capacitados y cuenten con experiencia en la materia. Esto se puede lograr por medio de un plan de asistencia legal o mediante defensores públicos previamente designados. El TEDH afirma que la protección de los derechos humanos no debe ser teórica ni ilusoria, sino práctica y efectiva. Por lo tanto, la obligación de garantizar los derechos estipulados por la Convención también exige que el Estado lleve a cabo acciones positivas, por ejemplo, para proporcionar asistencia legal a una mujer que busca una separación judicial de un esposo violento⁶⁶. Más allá de los medios que garanticen la asistencia legal, la tarea de control de calidad en etapas es de vital importancia. Se deben preparar guías y manuales, con información para mejorar el acceso a la justicia, que deberán estar disponibles en diferentes lugares (centros comerciales, mercados, autoridades de la vivienda, etc.) y en el idioma local.

Las autoridades deben tener presente que las mujeres no siempre pueden acceder a las reparaciones por sus propios medios y, por lo tanto, deben proporcionarles orientación paso a paso durante todo el proceso legal civil o penal. También deben estar atentos para tomar medidas acordes a la gravedad de la situación. En el *Caso Opuz vs. Turquía*, el TEDH afirmó que las autoridades, incluyendo al “fiscal público local y al juez de la Corte de Magistrados, deberían haber dictado por iniciativa propia una o más medidas de protección” dispo-

64 *Caso A. T. vs. Hungría*, ver nota 38 *ut supra*, párr. 9.4; *Caso Şahide Goecke vs. Austria*, ver nota 8 *ut supra*, párr. 12.1.5; *Caso Fatma Yildirim vs. Austria*, ver nota 8 *ut supra*.

65 *Caso Opuz vs. Turquía*, ver nota 4 *ut supra*, párr. 147.

66 *Caso Airey vs. Irlanda* (1979). La Recomendación General N°19 del Comité de la CEDAW también destaca la importancia de la asistencia legal y de la asistencia legal gratuita, si fuera necesaria.

nibles conforme a la ley y “también podrían haber dispuesto medias judiciales” para prevenir que el agresor “contacte, se comuniquen o se acerque a la madre de la demandante o que circule por determinadas zonas”. Por el contrario, no hicieron nada⁶⁷. La CIDH también señaló la falta de protección y de garantías judiciales para salvaguardar la dignidad y la seguridad física de las víctimas y de los testigos antes y durante los procesos judiciales.

Las autoridades deberán enfrentar el dilema de continuar o no con el proceso penal en aquellos casos en los que la denunciante decida retirar su denuncia. Por un lado, su cooperación podría ser necesaria para garantizar una sentencia condenatoria, por otro lado, la comisión de cualquier delito de violencia es contraria al interés público y juzgar al agresor tendrá un efecto simbólico y disuasivo. Es de vital importancia que las autoridades se informen sobre las razones que llevaron a la denunciante a retirar su denuncia, ya que podría estar siendo objeto de amenazas, presiones y temor y, por lo tanto, víctima de otro factor de riesgo⁶⁸. En el *Caso Opuz*, el TEDH observó que las autoridades no tomaron en cuenta el motivo por el que la denunciante y su madre retiraron las denuncias, ni que esto ocurrió mientras el agresor se encontraba en libertad, en cambio, primó la no interferencia en un asunto de “familia”. No siempre se debe priorizar la vida familiar o privada, ya que en algunos casos la intervención de las autoridades nacionales podría ser esencial para evitar posibles actos de violencia. El TEDH enumeró una cantidad de factores que las autoridades deben tener en cuenta al momento de decidir si continuar con un proceso penal a pesar de que las víctimas hayan retirado su denuncia: gravedad del delito; lesiones físicas o psicológicas; posesión de armas de fuego; amenazas luego de la agresión; el hecho de que la agresión haya sido planeada; el efecto sobre los niños y niñas del hogar; las posibilidades de que se repitan las agresiones; la existencia de una amenaza continua sobre la salud y la seguridad de la víctima o de cualquier otra persona; el estado actual de la relación entre la víctima y el agresor; el efecto sobre la relación si continúa con el proceso en contra de su voluntad; historia de la relación, incluyendo actos de violencia en el pasado; antecedentes penales del imputado, en particular en lo relativo a hechos de violencia⁶⁹.

67 *Caso Opuz vs. Turquía*, ver nota 4 *ut supra*, párr. 148.

68 *Caso Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, ver nota *ut supra*, párr. 134: Dada la naturaleza de la violencia doméstica, en ciertas circunstancias, las autoridades pueden tener razones para saber que el retiro de una denuncia puede reflejar una situación de amenazas de parte del agresor o, como mínimo, puede ser necesario que el Estado investigue esa posibilidad.

69 *Caso Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos*, ver nota 2 *ut supra*, los párrafos 148 y 149 enumeran factores similares pertinentes a la policía al momento de determinar el riesgo potencial de la

Un enfoque integral del deber de proteger que tiene el Estado combina medidas de protección de derecho civil, la aplicación del derecho penal y medidas prácticas para la atención física inmediata de las víctimas de actos de violencia, incluso la coordinación y cooperación entre los servicios de salud física y psicológica, los servicios de bienestar social y del cumplimiento de la ley. Cuando fuera necesario, se dispondrá de una variedad de servicios de protección y apoyo dentro de las mismas instalaciones y se suministrará información a todos los servicios pertinentes. Se facilitará el acceso a los organismos del Estado, por ejemplo, mediante una línea telefónica gratuita con personal capacitado, a la que se pueda contactar en situaciones de emergencia y cuya respuesta sea inmediata. El deber del Estado de asegurar la integridad física incluye el acceso a un alojamiento adecuado, disponible en todo el país y seguro, como un refugio, asilo o viviendas proporcionadas por los organismos del Estado o por ONGs. También se suministrará alojamiento a niños y niñas que dependan de las víctimas. El deber del Estado de garantizar servicios de salud incluye el acceso a la asistencia médica profesional y al asesoramiento psicológico proporcionados por organismos estatales o por ONGs.

4.3 Deber de juzgar

(a) Legislación apropiada

El deber de juzgar requiere de una investigación adecuada y efectiva del acto de violencia, una legislación que criminalice las diversas formas de violencia contra la mujer y que las defina de modo apropiado, la decisión de juzgar a los presuntos agresores conforme al derecho nacional sin permitir defensas basadas en leyes consuetudinarias o religiosas, y procedimientos judiciales eficaces. Resultará de vital importancia realizar un análisis de género sobre las leyes existentes para asegurar que se sancione adecuadamente la violencia de género y que se utilicen las definiciones apropiadas para estos delitos. Ante el interrogante acerca de qué tipo de violencia resulta importante sancionar, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra la Mujer, incluida la Violencia Doméstica, exige la criminalización de toda forma de violencia psicológica, hostigamiento, violencia física, violencia sexual y violación sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina, aborto forzado, esterilización forzada, acoso sexual, así como de la instigación o colaboración en la comisión de dichos delitos.

violación a una orden de restricción.

Los delitos sexuales deben definirse de manera tal que guarden relación con las experiencias de la mujer respecto de los actos de violencia cometidos en su contra. Tal vez lo más controversial haya sido determinar qué constituye violación sexual. La Corte Penal Internacional *ad hoc* y el TEDH rechazaron aquellas definiciones legales de violación sexual que limitan el delito a hechos en los que el violador haya utilizado la fuerza o haya amenazado con usarla, o cuando la mujer tuvo que oponer resistencia física. Tal requisito expone a la mujer al riesgo de sufrir mayor violencia “ya que ciertos tipos de violación sexual no son castigados y de esta manera pelagra la protección efectiva de la autonomía sexual del individuo”⁷⁰. El TEDH concluyó que las obligaciones positivas de los Estados parte “incluyen exigir el castigo y el procesamiento efectivo de todo acto sexual no consensuado, incluyendo aquellos casos en los que no hubiera resistencia física por parte de la víctima”. El Comité de la CEDAW también definió el delito de violación sexual como la vulneración del derecho de la mujer a “su seguridad personal e integridad física”⁷¹. Asimismo, recomendó una definición legislativa de violación sexual que considere “la falta de consentimiento como elemento esencial”, que elimine el requisito de que la agresión sexual sea cometida por medio de la violencia y que sea necesario comprobar la penetración. El Comité considera que para minimizar la victimización secundaria resulta necesario que la definición de agresión sexual también incluya:

...la existencia de “consentimiento voluntario e inequívoco” y que requiera que el imputado presente pruebas de que se aseguró que la denunciante consentía al acto; o [...] que el acto tuvo lugar bajo “circunstancias coercitivas” y que incluya una amplia gama de circunstancias coercitivas⁷².

El concepto de circunstancias coercitivas, que niegan a la víctima la posibilidad de dar su consentimiento genuino, ha sido usado en el derecho penal internacional. La violación sexual como delito de guerra o de lesa humanidad, conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluye los casos en que el agresor niega a la víctima la capacidad de dar su consentimiento al contacto sexual en forma libre y sin coerción, mediante el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, o ejerciendo coerción, entendida como:

...aquella causada por temor a la violencia, a la presión, a la detención, a la represión psíquica o al abuso de poder, en contra de una persona, o mediante el uso de un

70 *Caso M. C. vs. Bulgaria*, (TEDH) (Aplicación N° 39272/98), 3 de diciembre de 2003, párr. 166.

71 *Caso Vertido vs. Filipinas*, Comunicado N° 18/2008, 1 de septiembre de 2010, CEDAW/C/46/18/2008, párr. 8.7.

72 *Ibidem* párr. 8.8, párr. b, incisos i y ii.

ambiente coercitivo, o [...] cometido en contra de un individuo incapaz de dar su consentimiento genuino.

Por lo tanto, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos coinciden en cuanto a lo que se exige de la legislación para que defina de manera adecuada la violación sexual, y lo que debe ser incluido en el derecho nacional. No sólo existe un ambiente coercitivo en tiempo de conflictos armados; las circunstancias sociales y económicas, exacerbadas por expectativas de género, también pueden ser coercitivas.

(b) Investigación

No resulta suficiente que un Estado legisle para prohibir y criminalizar las diversas formas de violencia contra la mujer. Debe, asimismo, iniciar una investigación *ex officio* seria, imparcial, efectiva y sin dilaciones de todas las denuncias de violencia, “usando todos los medios legales disponibles”⁷³. Las investigaciones deben incluir medidas significativas para asegurar la veracidad de los dichos de la víctima o para corroborar las pruebas. No se trata de un asunto de interés privado, sino de interés público, prerequisite esencial para obtener el derecho al acceso a los tribunales penales, civiles o administrativos y para proporcionar una reparación efectiva⁷⁴, ya sea en materia civil o penal. La obligación de investigar es particularmente crítica en los casos que implican el derecho a la vida de niñas⁷⁵. La negligencia, la falta de voluntad de la policía para investigar las acciones de alguien a quien conocen, o la incapacidad para asegurar que las pruebas se recojan, recopilen y analicen en forma apropiada pueden ser la causa de que la investigación contenga puntos débiles. Y, a su vez, podrían ser consecuencia de la escasa prioridad que se le otorga a los casos de violencia contra la mujer, o de la inexperiencia para determinar cómo se prueban tales casos. Concentrarse demasiado en lo que alega la mujer (que suele, de todas formas, ser tratada con escepticismo o incredulidad) puede ser perjudicial al momento de reunir las pruebas. La mujer víctima de actos de violencia debe ser tratada con sensibilidad durante

73 Caso “Campo Algodonero”, nota 3, párr. 290; el Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos, nota 2, párr. 182 hace referencia a los Principios sobre una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias y Sumarias, Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), “como pautas que deben observarse en la investigación de una muerte violenta”.

74 Caso “Campo Algodonero”, nota 3, párr. 287 ff.

75 Caso Jessica Lenahan (Gonzales) vs. Estados Unidos, nota 2, párr. 181. Se basa en la obligación especial de proteger a las niñas.

el examen médico y forense, y éstos deben ser realizados por personal capacitado en traumas causados por esta clase de delitos. De lo contrario, la víctima podría sentirse disuadida de llevar a cabo la denuncia. Centrar la investigación en la experiencia sexual de la mujer o en su sexualidad puede resultar humillante y distorsiona el proceso. Es esencial que se confeccione un archivo preciso y completo, y que se registren en forma apropiada todos los informes. De lo contrario, las posibilidades de llevar a cabo un proceso judicial exitoso se verían muy reducidas. No investigar a los funcionarios negligentes o que actúen en forma inapropiada implicaría avalar un clima de descuido dentro de los organismos pertinentes.

Las formas de violencia determinarán los parámetros de la investigación y qué se considerará inadecuado. En el caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH concluyó que las irregularidades en el manejo de la evidencia, la supuesta fabricación de partes culpables, el retraso en las investigaciones, la ausencia de líneas de investigación que tomaran en cuenta el contexto de la violencia contra la mujer –en el que tres mujeres fueron asesinadas– y la inexistencia de investigaciones contra los funcionarios públicos por presuntos casos de negligencia graves constituían violaciones al derecho de acceso a la justicia y a una protección judicial eficaz⁷⁶. En el contexto de una investigación por violación sexual, el TEDH consideró que ciertas deficiencias en la investigación, tales como la falta de análisis de las declaraciones testimoniales, no permitirle a la denunciante interrogar a los testigos y no haber tomado en cuenta la credibilidad del imputado, significaron que la investigación no cumpliera con los estándares internacionales requeridos⁷⁷. En casos de violencia doméstica, el TEDH determinó obligaciones específicas para el cuerpo policial, por ejemplo, aceptar y registrar la denuncia penal de la denunciante, realizar una investigación penal que incluya el allanamiento de las instalaciones o la requisa de vehículos en los que se sospecha que podría haber armas de fuego ocultas⁷⁸, llevar un registro apropiado de las llamadas de emergencia e informar al siguiente turno policial sobre la situación en curso. El deber de investigar implica la investigación en curso y el análisis del acto de violencia contra la mujer, así como la respuesta a acusaciones específicas en los casos particulares.

El acceso a la justicia puede verse dilatado u obstruido por diferentes factores culturales, estereotipos de género y mitos sobre la violencia contra la mujer.

76 Caso “Campo Algodonero”, nota 3, párr. 185.

77 Caso *M. C. vs. Bulgaria*, nota 70, párr. 185.

78 Caso *Branko Tomasic vs. Croacia*, nota 59, en el que el esposo había indicado que poseía una bomba.

El artículo 5 de la CEDAW afirma que se deben:

...modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el poder judicial deben ser los principales encargados de poner en práctica esta obligación, de lo contrario, los mitos y estereotipos pueden perjudicar las investigaciones, la presentación de cargos (por ejemplo, no hacerlo para el interés público, sino con fines “exclusivamente domésticos”), y los procesos de aquellos acusados de cometer delitos violentos contra la mujer, y de esa forma se negaría a la mujer la igualdad en el acceso a la justicia en las diferentes etapas del proceso penal.

Algunos mitos y estereotipos de género son específicos de un sitio en particular, mientras que otros se repiten en las diferentes sociedades. Se trata de una cultura de incredulidad en la que se supone que la mujer que denuncia un acto de violencia miente con respecto a sus consecuencias y gravedad. Esta situación genera desprecio hacia la mujer que denuncia un acto de violencia, indiferencia ante las pruebas y falta de asistencia. En el *Caso Vertido vs. Filipinas*⁷⁹ la denunciante enumeró siete mitos y conceptos falsos en los que basaron su denuncia, y alegó que se había sentido revictimizada por el Estado durante el proceso penal, en el que se había absuelto al presunto violador. Los hechos incluyeron la “violación sexual por parte de un conocido”, es decir, la presunta violación de una mujer, la Directora Ejecutiva de la Cámara de Comercio e Industria Local por parte de un ex Presidente de la Cámara, luego de que él se ofreciera a llevarla en su auto al término de una reunión a la que ambos habían asistido. Al denunciar que Filipinas había violado la Convención, el Comité de la CEDAW no respondió a cada mito enumerado, sino que explicó el principio general según el cual:

...la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe proceder con cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación sexual basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia de género en general.

También se pronunció en relación con algunas conductas del tribunal sobre las que hubo quejas. Entre ellas, se hallaba la afirmación de que “una acusación

79 *Caso Vertido vs. Filipinas*, nota 71.

de violación puede formularse con facilidad”, suposición que revela una inclinación de género y que la evaluación de la credibilidad de la denunciante se vio influenciada porque no se había comportado del modo en que el juez esperaba por parte de una víctima “racional y típica”. El Comité citó el siguiente párrafo de la sentencia del tribunal para respaldar su conclusión:

¿Por qué no trató de salir del automóvil en el momento en que el acusado debió haber frenado para no estrellarse contra la pared cuando ella agarró el volante? ¿Por qué no salió del automóvil ni gritó para pedir ayuda cuando éste debió haber desacelerado antes de entrar en el garaje del motel? Cuando fue al baño, ¿por qué no se quedó allí y cerró la puerta con pestillo? ¿Por qué no pidió ayuda a gritos cuando oyó al acusado hablando con otra persona? ¿Por qué no salió corriendo del garaje del motel cuando dice que pudo salir corriendo de la habitación porque el acusado seguía en la cama desnudo masturbándose? ¿Por qué accedió a montarse nuevamente en el automóvil del acusado después de que supuestamente la hubiera violado, cuando él no la amenazó ni utilizó la fuerza para obligarla a hacerlo?

El Comité agregó que la suposición de que la denunciante debía haber ofrecido resistencia a su agresor refuerza el “mito de que una mujer se debe resistir físicamente al ataque sexual” y que:

...no debería suponerse, en la ley ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar la violencia física.

Otros temas incluyeron “estereotipos sobre la sexualidad masculina y femenina que apoyan más la credibilidad del presunto violador que de la víctima”; la conclusión del juez de que “es poco creíble que un hombre de sesenta años haya podido eyacular si la demandante se resistía al ataque sexual”; y la importancia otorgada al hecho de que la víctima y el acusado se conocieran con anterioridad.

Los estereotipos de género negativos no sólo impiden una respuesta apropiada en casos de violación sexual. En un caso de violencia doméstica, una madre que temía por la seguridad de sus niñas, a las que su ex marido (que tenía una orden de restricción) se había llevado, pidió ayuda a la policía varias veces y obtuvo la respuesta de que era “ridículo hacerlos desesperar y pensar que las niñas habían desaparecido”⁸⁰. En el *Caso V. K. vs. Bulgaria*⁸¹, el Comité de la CEDAW observó la falta de sensibilidad de género y la dependencia de estereotipos por parte de los tribunales al interpretar la legislación de acuerdo con una “noción preconcebida

80 *Caso Jessica Lenahan (Gonzalez) vs. Estados Unidos*, nota 2, párr. 167. Las tres niñas fueron asesinadas por su padre.

81 *Caso V. K. vs. Bulgaria*, nota 6.

de que la violencia doméstica es en gran medida un asunto privado que recae dentro del ámbito privado y que, en principio, no debería estar bajo el control del Estado.” El Comité también halló “estereotipos tradicionales del rol de la mujer dentro del matrimonio” en sentencias de divorcio anteriores, que hacían referencia al uso de “lenguaje insolente” por parte de la mujer hacia su esposo y le ordenaban adoptar su nombre de soltera luego de la disolución del matrimonio. En otro caso de violencia doméstica, el Comité expresó su preocupación acerca de “la persistencia de estereotipos tradicionales arraigados acerca de las funciones y las responsabilidades de mujeres y hombres en el marco de la familia”⁸². Una forma de ocuparse de este asunto podría ser la presencia de un defensor o defensora del pueblo de género en los tribunales para garantizar la sensibilidad de género.

(c) Juicio

Las deficiencias procesales también contribuyen a la denegación del acceso a la justicia. En el *Caso V. K. vs. Bulgaria* la denunciante reclamó que la negación de los tribunales de otorgarle una orden de protección permanente contra su esposo y la falta de disponibilidad de refugios constituían violaciones a la Convención. El Comité de la CEDAW encontró una cantidad de deficiencias en el procedimiento civil. En primer lugar, los tribunales nacionales se habían concentrado en los requisitos procesales y no habían tomado conocimiento completo de la situación. La ley búlgara de Protección contra la Violencia Doméstica estipula que un pedido de orden de protección debe ser procesado dentro del mes de la fecha en que el hecho de violencia doméstica tuvo lugar, con el fin de “impedir que se consideren incidentes que hubieran ocurrido con anterioridad al período de un mes”. El Tribunal Distrital tomó en cuenta que durante el período pertinente de un mes, el esposo no había cometido ningún hecho de violencia doméstica y resolvió que no había ninguna amenaza inminente sobre la vida o la salud de la madre ni de sus niños. En un momento, él la había golpeado, pero en la apelación se resolvió que esto no constituía un hecho de violencia. El Comité de la CEDAW observó que la definición de violencia de género no requiere “una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima”. Tampoco requiere la existencia de daños físicos por hechos que “inflijan lesiones o sufrimiento mental o sexual, la amenaza de tales hechos, la coerción ni la privación de la libertad”. El tribunal había aplicado un “concepto muy estereotipado y demasiado limitado de lo que constituye violencia doméstica” y de este modo no había considerado incidentes que ocurrieron con ante-

⁸² *Caso A. T. vs. Hungría*, nota 38.

rioridad al período pertinente de un mes. Un segundo motivo de preocupación era que los tribunales locales habían exigido un estándar de prueba muy alto –para probar el hecho de violencia doméstica más allá de toda duda razonable– y depositaba la carga de la prueba en la denunciante: “tal estándar de prueba es excesivamente alto y no concuerda con lo que exige la Convención, ni con las normas actuales de antidiscriminación que alivian la carga de la prueba de la víctima en procesos civiles relacionados con denuncias de violencia doméstica”.

Otros motivos de preocupación durante el proceso del juicio son las leyes que debilitan el testimonio de la mujer y la excesiva duración de los procesos en los que la violencia contra la mujer no se considera una prioridad. Los juicios que involucran acusaciones de violación sexual se deben llevar a cabo sin dilaciones. La Comisión Interamericana también se encontró con “dilaciones injustificadas en la administración de justicia” que violan el derecho a recibir “reparaciones rápidas y efectivas de acuerdo con lo estipulado por la Declaración y la Convención”. Los hechos en el *Caso Maria da Penha vs. Brasil* fueron sin duda extremos: 17 años luego de la agresión violenta hacia su esposa, que le había causado una paraplejía irreversible, el tribunal aún no había dictado una sentencia firme y su esposo continuaba libre.

Los juicios penales internacionales han suministrado pautas sobre cómo los jueces y los abogados deben tomar en cuenta los traumas sufridos por las víctimas y los testigos de delitos internacionales graves. Éstas podrían ser de gran ayuda en los juicios nacionales que involucren a víctimas de hechos de violencia que deben prestar declaración. Los abogados deben observar que los jueces penales internacionales han rechazado los argumentos que afirman que la credibilidad de la declaración de la víctima se ve afectada porque está recibiendo asistencia psicológica y deben estar alerta para enfrentar estrategias de defensa en este sentido⁸³. Los jueces penales internacionales también han observado que si bien puede haber confusión respecto de detalles precisos sobre lo que le ha ocurrido a la víctima, esto de ningún modo debe derivar en la falta de confianza ni de credibilidad. Durante el juicio, también se deben utilizar herramientas eficaces de protección y asistencia testimoniales.

4.4 Deber de castigar y de otorgar reparaciones

Los castigos a los autores de hechos de violencia de género deben ser proporcionales a la gravedad del delito. La igualdad ante la ley resulta aún más

83 *Caso Fiscal vs. Anto Furundzija*, IT-95-17.

debilitada en los casos en los que no se responde frente a la violencia contra la mujer con la misma severidad que frente a otras formas de violencia. La personalidad de la víctima, por ejemplo, su historia sexual, su forma de vestir y su comportamiento, no son relevantes al momento de dictar sentencia. Por otro lado, El Convenio del Consejo de Europa sobre la Violencia contra la Mujer, en su artículo 46, enumera agravantes que deben tomarse en cuenta al momento de dictar la sentencia: la comisión del delito contra un cónyuge o compañero actual o pasado; abuso de autoridad; delito cometido contra una persona a la que las circunstancias hicieron vulnerable; contra o en la presencia de un niño; por dos o más personas; con violencia extrema; con el uso o amenaza de uso de un arma de fuego; repetición de delitos; lesiones físicas o psicológicas graves; y condenas previas por delitos de naturaleza similar.

Además del castigo a los autores, se ha hecho hincapié en las obligaciones de los Estados de garantizar que las víctimas de hechos de violencia de género reciban reparaciones asequibles, accesibles, apropiadas y oportunas⁸⁴. Las reparaciones otorgadas como respuesta a la violencia contra la mujer deben reflejar las realidades de dicha violencia y su impacto en el género⁸⁵. La RE sobre la Violencia contra la Mujer afirmó:

La obligación de proporcionar reparaciones adecuadas incluye garantizar el derecho de la mujer de acceder tanto a reparaciones civiles como penales y la creación de servicios eficaces de protección, apoyo y rehabilitación para las víctimas de hechos de violencia. La noción de reparación también incluye elementos de justicia reparadora y la necesidad de ocuparse de las desigualdades, injusticias, prejuicios y tendencias preexistentes y de cualquier otra percepción y práctica de la sociedad que permitieron que ocurrieran las violaciones a los derechos, incluyendo la discriminación hacia las mujeres y niñas.

El Comité de la CEDAW, al expresar sus opiniones en el Protocolo Facultativo, hizo recomendaciones con respecto a la situación de la denunciante y recomendaciones más generales para ocuparse de los asuntos sistémicos de discriminación que pudieran surgir en la causa. En el fallo del caso “Campo Algodonero”, la Corte IDH utilizó por primera vez “el concepto de reparaciones

84 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 28, nota 12.

85 Principios y Directrices Básicas sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves a los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario Internacional, a Obtener Reparaciones, 2005, Res. AG. 60/147, 2005. Para obtener un análisis de los principios relacionados con las reparaciones, véase la Declaración de Nairobi sobre el Derecho de las Mujeres y las Niñas a Obtener Reparaciones. Disponible en http://www.womensrightscoalition.org/site/reparation/signature_en.php.

sensibles al género con aspiraciones transformadoras”⁸⁶. Se le exigió a México el pago de una reparación monetaria, suministrar compensaciones simbólicas y un conjunto de garantías a futuro de que no se repetiría el hecho. La Corte explicitó el criterio a ser aplicado para la evaluación de reparaciones y le ordenó a México que informe anualmente, por un período de tres años, sobre la implementación de las garantías de no repetición. También aclaró la diferencia entre reparaciones, asistencia humanitaria y servicios sociales. Los individuos que han sufrido hechos violatorios a sus derechos humanos por medio de actos de violencia cometidos en su contra, tienen derecho a recibir reparaciones. Por otro lado, la asistencia humanitaria y los servicios sociales son discrecionales y pueden ser proporcionados por el Estado o por ONGs. La Corte IDH asimismo rechazó el reclamo de México de deducir de las reparaciones el alojamiento y la asistencia monetaria que ya habían sido suministrados.

El objetivo de las reparaciones es la compensación a las víctimas de actos de violencia contra la mujer y la transformación de las relaciones de género. En este sentido, la RE sobre la Violencia contra la Mujer señaló que las garantías de no repetición tienen el mayor potencial:

Tales garantías disparan una discusión sobre las causas estructurales subyacentes a la violencia y a sus manifestaciones de género y se podría precisar una discusión sobre reformas legales o institucionales más amplia, con el objetivo de garantizar la no repetición.

5. Importancia del acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género

Resulta costoso para los Estados suministrar medidas positivas y, por lo tanto, es necesario que estén justificadas. El acceso a la justicia –igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a un juicio justo– constituye un “elemento fundamental en la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”⁸⁷. La CIDH afirmó que la negación del acceso a la justicia por delitos de violencia contra la mujer constituye una violación del principio fundamental de igualdad ante la ley y exacerba las consecuencias directas de ese acto de violencia. En los casos en los que la tolerancia continua por parte de los organismos del Estado no se limite

86 Documento de Naciones Unidas, RE sobre la Violencia contra las Mujeres. A/HRC/14/22, 19 de abril de 2010.

87 Comité de Derechos Humanos, Observación General N°32, Artículo 14: “Derecho a la igualdad ante las cortes y los tribunales y a un juicio justo”, Doc. ONU. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.

a casos individuales, ésta se convierte en un patrón. La cultura de la impunidad conduce a la prolongación de la violencia contra la mujer y contribuye a la naturalización de la violencia social que, mientras continúe, resultará más difícil de reducir. El consentimiento de esta situación por parte de todo el sistema sólo sirve para perpetuar las raíces y los factores psicológicos, sociales e históricos que sostienen y alientan la violencia contra la mujer. Negarle a la mujer sus derechos económicos, sociales y culturales aumenta su dependencia y vulnerabilidad económica y social a la violencia. Asimismo, cuando no se garantiza la protección de la mujer ante la violencia se limita aún más su acceso a los derechos económicos y sociales. Esto, a su vez, reduce la contribución de la mujer al desarrollo, lo que impacta negativamente en el Estado. Las consecuencias de discriminaciones múltiples, que se interrelacionan entre sí (por ejemplo, contra las mujeres indígenas, las mujeres con discapacidades, lesbianas, etc.), no serán resueltas hasta tanto se responda de modo apropiado a la violencia de género que ocurre o amenaza con ocurrir a las mujeres de todos los grupos sociales. La RE sobre la Violencia contra la Mujer argumentó que las intervenciones que tienen como objetivo incrementar la autoconciencia, la autoestima y la autoconfianza permiten que la mujer comprenda que la subordinación y la violencia no son su destino, que se resista a la internalización de la opresión, que desarrolle sus capacidades como ser autónomo y que renegocie en forma constante los términos de su existencia en los ámbitos público y privado⁸⁸. Lo que surge de toda la argumentación expuesta es la importancia de una capacitación de calidad y constante sobre la toma de conciencia, la necesidad de proporcionar recursos legales a las mujeres, educarlas para que conozcan sus derechos a la igualdad y asistirles en la búsqueda de reparaciones por la discriminación⁸⁹.

88 RE sobre la Violencia contra las Mujeres, nota 26, párr. 35.

89 Recomendación General N° 28 de la CEDAW, nota 12.

.CAPÍTULO II.

LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES: UNA HERRAMIENTA PARA LA DEFENSA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES*

*Por Natalia Gherardi, Josefina Durán y Sabrina Cartabia***

* Este trabajo toma parte de la investigación realizada para el Consejo Nacional de las Mujeres “La Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres: estudio comparado del marco normativo sobre violencia vigente en Argentina”.

** Integrantes de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.

La ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres: una herramienta para la defensa en la ciudad de Buenos Aires

Por Natalia Gherardi, Josefina Durán y Sabrina Cartabia

1. Introducción

En los últimos años se ha instalado la violencia contra las mujeres como un tema de la agenda pública argentina. Luego de años de trabajo del movimiento de mujeres hubo avances interesantes en materia legislativa y en las iniciativas de algunos organismos públicos e instituciones privadas. Mientras que tanto en el campo internacional como en el nacional se consolida un amplio consenso acerca de que la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres y una forma de discriminación por motivos de género, también queda claro que las deudas pendientes para avanzar hacia su erradicación se encuentran más lejos de las normas y más cerca de las políticas.

En marzo de 2009 la Cámara de Diputados de la Nación convirtió en ley el proyecto que había recibido media sanción del Senado apenas unos meses antes, en noviembre de 2008. En momentos cercanos a dos fechas clave en la conmemoración de los derechos de las mujeres¹, el Congreso de la Nación culminó un proceso de debates para la sanción de un marco normativo más amplio que el que hasta ese momento se encontraba vigente en la Argentina.

La Ley 26.485, denominada de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (en adelante, la “Ley de Protección Integral

1 El 25 de noviembre es el Día Internacional contra la Violencia hacia las Mujeres y el 8 de marzo se conmemora el Día Internacional de la Mujer.

contra la Violencia” o “Ley 26.485”) plantea objetivos muy amplios. Entre ellos, la ley se propone la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, el derecho a vivir una vida sin violencia, el desarrollo de políticas públicas tendientes a erradicar la violencia, la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y, finalmente, favorecer el acceso a la justicia de las víctimas de violencia.

Hasta la sanción de la Ley 26.485 las normas sobre violencia en Argentina se agrupaban, en forma excluyente, en normas de carácter civil y normas penales. Las primeras, sancionadas en cada una de las jurisdicciones provinciales, abordan la violencia en el ámbito familiar o doméstico, estableciendo procedimientos especiales aplicables para lograr medidas especiales de protección². Por otro lado, las normas contenidas en el Código Penal de la Nación abordan las distintas conductas que resultan aplicables, entre otras, a diversas formas de violencia contra las mujeres. Las figuras de homicidio (agravado o simple), lesiones (graves, leves), amenazas, privación de la libertad, violación, abuso sexual, son todos tipos penales que pueden aplicarse también a conductas ilícitas perpetradas contra las mujeres, ya sea por parte de integrantes del círculo íntimo de las mujeres agraviadas o por un tercero. De modo tal que la Ley 26.485 coexiste con diversas normas de aplicación local, tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) como en cada una de las provincias³.

La sanción de la Ley 26.485 implicó un cambio de paradigma en el abordaje de la violencia contra las mujeres, precisamente por la incorporación del concepto de protección integral. Esta concepción desembarcó en la región con la aprobación de legislación que sigue el modelo de España, precursora en este tipo de leyes. La adopción de “leyes integrales” en Venezuela (2007), México (2007), Ecuador (2007), Colombia (2008), Guatemala (2008) y Costa

2 Tal es el caso de la Ley 24.417, sancionada por el Congreso Nacional, aplicable por los tribunales nacionales con competencia en familia con asiento en la ciudad de Buenos Aires. El alcance subjetivo de protección de estas normas varía según las jurisdicciones pero, en términos generales, ya sea por disposición expresa de la ley o por la interpretación que hace el Poder Judicial, se considera extendida a las relaciones interpersonales con o sin vínculo de parentesco, incluso concubinatos y noviazgos presentes o pasados, con o sin convivencia.

3 Para un análisis de las distintas leyes provinciales, véase ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, “Violencia contra las mujeres”, en *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina*, Biblos. Buenos Aires, 2005; ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos humanos de las mujeres* (2005-2008); Smulovitz, Catalina, “The Unequal Distribution of Legal Rights: Who Gets What and Where in the Argentinean Provinces?”, Mimeo, 2010, entre otros.

Rica (2009) estableció el nuevo rumbo que adquieren las agendas públicas en materia de violencia contra las mujeres. Se trata de leyes que redefinen la violencia en los términos establecidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres (la Convención de Belem do Pará) y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres.

Entre las características compartidas por esta segunda generación de normas se encuentra la superación de la división entre violencia doméstica y otras formas de violencia contra las mujeres. Las manifestaciones de la violencia se definen en sus variantes física, sexual y psicológica y perpetrada en el seno de la familia, la comunidad y/o el Estado. Esta definición, a la que algunos países incorporan la violencia económica o patrimonial, busca articular las respuestas que el Estado debe organizar para hacerles frente, ordenando los recursos institucionales y promoviendo la construcción de registros administrativos que puedan dar cuenta de todas ellas.

En todo caso, la Ley 26.485 no modifica la premisa fundamental que caracteriza desde la década del noventa el abordaje adoptado por Argentina. Muchas de las formas de violencia se consideran como un conflicto social que puede ser abordado por la justicia civil (o de familia, cuando existen tribunales especializados) en forma independiente y adicional a la sanción de las conductas tipificadas penalmente.

Es sabido que las reformas en el campo normativo no se traducen inmediatamente en cambios efectivos y políticas concretas de alcance nacional⁴. La promulgación de leyes es sólo el primer paso al que deberán seguir procesos de monitoreo para evaluar las alternativas de su aplicación efectiva, acompañadas de capacitaciones y procesos de sensibilización dirigidos a actores involucrados⁵. Además, las investigaciones en la región han demostrado que con los avances en materia normativa, el problema persistente es la dificultad para crear las condiciones que permitan a las mujeres ejercer esos derechos, con

4 En una reunión de jueces, juezas y operadores de derecho organizada para discutir la operatividad de la Ley 24.417 en el ámbito de la CABA se argumentó sobre la insuficiencia de la reforma legal para solucionar los problemas subsistentes en los procesos por situaciones de violencia intrafamiliar. Para repasar las intervenciones de integrantes del Poder Judicial de la Nación en el ámbito de la justicia civil, véase Birgin, Haydée, *Violencia familiar. Leyes de violencia familiar ¿Una herramienta eficaz?*, Altamira, Buenos Aires, 2004.

5 Cfr. Organización de Naciones Unidas, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General, A/61/50 y Corr.1, 2006.

un efectivo acceso a la justicia para la cesación de la situación de violencia y la reparación ante el reclamo⁶.

Avanzar en el camino hacia un efectivo acceso a la justicia para las mujeres en situaciones de violencia, en particular, requiere avanzar en un proceso de mayor comprensión sobre la efectividad de las normas y procesos vigentes. Se precisa identificar la necesaria interdependencia de las políticas públicas (sociales, de salud, de empleo) con el servicio de justicia, ya que el Poder Judicial en soledad no puede responder a una problemática multidimensional y compleja.

Aun reconociendo las limitaciones de las normas y la necesidad de brindar respuestas integrales, lo cierto es que la legislación vigente brinda herramientas que deben aprovecharse. La Ley de Protección Integral contra la Violencia incorpora aspectos novedosos que deben ser conocidos por quienes actúan como operadores de justicia de modo de potenciar su contribución en la solución de una problemática que, necesariamente, deberá integrarse con diversas políticas públicas de apoyo.

Este artículo se propone contribuir al conocimiento de las herramientas legales y de política pública que brinda la Ley de Protección Integral contra la Violencia, para operadores de justicia en la CABA. En primer lugar, se describen los aspectos principales de la Ley 26.485: la definición de las diversas modalidades de violencia y las personas protegidas, dos aspectos centrales que permiten establecer su aplicabilidad. Luego, se abordan las políticas públicas previstas en la norma y las medidas pendientes para su implementación efectiva. En los apartados que siguen, se analizan ciertos aspectos jurídicos puntuales que son relevantes para determinar las facultades y deberes de diversas personas habilitadas para plantear denuncias en casos de violencia contra las mujeres; las medidas de protección que se puede solicitar a las autoridades competentes; la competencia para la interposición de distintas denuncias por las formas de violencia previstas y los procedimientos aplicables. En relación con éstos últimos, se analizan dos situaciones específicas: la prohibición de mediación y la prohibición de celebrar audiencias con la participación de ambas partes (víctima y perpetrador). Finalmente, el artículo ofrece algunas conclusiones y temas para

6 Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/ser.L/V/II, Doc.68, 20 de enero de 2007, Washington DC, disponible en www.cidh.org; y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe, LC/L.2808, Santiago de Chile, 2007, disponible en www.cepal.org.

seguir avanzando en la agenda de protección de los derechos de las mujeres, en particular, a vivir libres de violencia.

2. Definiciones y alcances de la Ley de Protección Integral contra la Violencia

La Ley 26.485 se estructura en cuatro partes. En su parte general contiene disposiciones vinculadas con el ámbito de aplicación, el objeto de la ley, definiciones y tipos de violencia, y derechos protegidos. Una segunda parte se dedica a las políticas públicas e instituciones que deberán involucrarse en la aplicación de la norma. Luego, la tercera parte se dedica al procedimiento y se subdivide en dos capítulos. En el primero de ellos, se establecen las reglas procesales genéricas especialmente dirigidas a estipular los derechos y garantías mínimas en los procedimientos judiciales y administrativos que serán de aplicación en todo el territorio de la nación, establecidos como garantías mínimas. El segundo capítulo regula un régimen procesal específico sólo aplicable a la jurisdicción de la CABA. En estos términos, la ley es clara al señalar:

Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el Capítulo II del Título III de la presente (artículo 1).

Las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente (artículo 19).

El breve Título IV de la ley finaliza con tres disposiciones importantes: aclara que la norma no implica la creación de nuevos tipos penales ni la derogación o modificación de los vigentes; dispone que la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar (de aplicación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) “será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la presente ley”⁷ y, finalmente, dispone que “las partidas que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente ley serán previstas anualmente en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional” (artículo 43).

7 Artículo 42 de la Ley 26.485. Presumiblemente el artículo se refiere a los eventos de violencia que se registren en el ámbito de las relaciones familiares donde la víctima no es una mujer (o una niña), como sería el caso de cualquier persona del sexo masculino (excluyendo a los niños, incluidos en la Ley 26.485 que hace referencia a la Ley de Protección de la Niñez y la Convención de los Derechos del Niño, y estas normas no hacen distinción de sexo entre sus sujetos protegidos). En todo caso, la Ley 26.485 no aclara cómo corresponderá compatibilizar las disposiciones de fondo y de procedimiento contenidas en esa norma. Kielmanovich señala como un problema que la Ley 26.485 no haga referencia al Código Procesal Civil y Comercial como norma de aplicación supletoria (Kielmanovich, Jorge, “Breves comentarios sobre el procedimiento de la Ley de Protección Integral de las Mujeres N° 26.485”. Erre News N° 659, Especial Comentario Ley 26.485, 2009).

2.1. Distintas manifestaciones de violencia incluidas en la Ley 26.485

En sus primeros artículos la ley enumera y define los distintos tipos y modalidades de violencia que pueden perpetrarse contra la mujer en los múltiples ámbitos de su vida de relación. Así, en primer lugar, se define en sentido amplio la violencia contra las mujeres como:

...toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón (artículo 4).

Luego, la ley describe los diversos tipos de violencia comprendidos en esta amplia definición, que incluyen formas de violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial. Vale la pena detenerse sobre las conductas comprendidas en cada una:

(a) **Física**, es decir, la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.

(b) **Psicológica**, la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal, o que busca degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

(c) **Sexual**, que se traduce en cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

(d) **Económica y patrimonial**, entendida como la que se dirige a ocasionar

un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de (i) la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes, (ii) la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales, (iii) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna, (iv) la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

(e) **Simbólica**, definida como la que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos, transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad (artículo 5°).

Finalmente, tras esta enunciación de los tipos de violencia, el artículo 6 de la ley enumera y define las modalidades en que se manifiestan estos tipos de violencia en diferentes ámbitos:

(a) **La violencia doméstica contra las mujeres**, es decir, aquella provocada por un integrante del grupo familiar, entendido como tal, en sentido amplio, el originado en el parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos, incluidas las relaciones vigentes o finalizadas. La ley expresamente dispone que no es un requisito la convivencia⁸.

(b) **La violencia institucional**, aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley (comprende, además, la que se ejerce en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil).

(c) **La violencia laboral**, definida como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia (al exigir requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de

⁸ Hay cierta controversia sobre el uso del concepto “violencia doméstica”, ya que se considera restrictivo de la unidad doméstica, sin captar la complejidad de los vínculos que pueden derivar en esas formas de violencia entre personas unidas por diversas relaciones interpersonales. En este documento utilizamos la expresión “violencia doméstica” ya que fue la utilizada por la Ley 26.485.

embarazo); y aquella que quebranta el derecho de igual remuneración por igual tarea. También incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

(d) **La violencia contra la libertad reproductiva**, entendida como aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos.

(e) **La violencia obstétrica**, comprende la que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales.

(f) **La violencia mediática**, descrita como aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promuevan la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonne, humille o atente contra la dignidad de las mujeres. También alcanza la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, que legitimen la desigualdad de trato o construyan patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

La decisión de política legislativa fue seguir los ejemplos aportados por el derecho comparado en la segunda generación de normas y los lineamientos brindados por la Convención de Belem do Pará en lo que respecta a la enumeración exhaustiva de diversas formas, modalidades y ámbitos de violencia contra las mujeres⁹. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la Convención de Belem do Pará, que aporta tipologías más generales, la Ley 26.485 enuncia

9 Se han registrado voces críticas respecto de la técnica legislativa y la falta de tratamiento de la totalidad de las formas de violencia que la ley pretende comprender, ya que siempre habrá supuestos no contemplados específicamente por la norma. Entre otros, véanse Kielmanovich, Jorge, “Breves comentarios sobre el procedimiento de la Ley de Protección Integral de las Mujeres N° 26.485”, *op. cit.*, y Rodríguez, Marcela, “Ley de protección integral contra la violencia de género: aciertos, retrocesos y desafíos”, en *Discriminación y Género. Las formas de la violencia*, Ministerio Público de la Defensa, 2010. Uno de los problemas que apunta Rodríguez es la falta de tratamiento de todas las formas de violencia, lo que da lugar a lo que denomina una falsa integralidad de la ley, a pesar del título que lleva la norma. Rodríguez se refiere, por ejemplo, a la insuficiencia del tratamiento de algunas violencias como el acoso sexual o la violencia sobre mujeres privadas de la libertad. Aún en materia de violencia en el marco de las relaciones interpersonales, se prevé una incompleta protección de algunas personas, como el caso de las mujeres que han tenido un hijo en común con la persona del agresor sin haberse registrado una relación de parentesco o sentimental. Algunos de estos temas fueron brevemente abordados en el Decreto Reglamentario de la Ley 26.485.

meticulosamente todas las posibles manifestaciones de violencia contra la mujer que se identificaron en el proceso legislativo. El decreto reglamentario de la ley, Decreto N° 1.011/10, procuró subsanar las dificultades que surgen por la falta de contemplación de algún supuesto, y aclara que las definiciones de violencia comprendidas en la norma “en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas”, y que deben armonizarse con lo dispuesto en la Convención de Belem do Pará, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (“CEDAW” por sus siglas en inglés) y demás instrumentos internacionales de derechos humanos y observaciones y recomendaciones que efectúen sus respectivos órganos de aplicación (artículo 6).

La mención de los tipos y modalidades de violencia en la Ley 26.485 puede tener el beneficio de nombrar (y así visibilizar) diversas formas de violencia, hasta entonces no enunciadas en ningún cuerpo legal. Como contrapartida, el haber mencionado todas esas formas como modalidades de violencia (en lugar de conceptualizarlas como formas de discriminación) tiñe los debates que siguen, cuando se plantea cuál es la herramienta jurídica más idónea para afrontar esta problemática.

2.2. Las personas protegidas por las leyes de violencia

La Ley de Protección Integral establece que “tiene por objeto promover y garantizar... “(b) el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia” (artículo 2, énfasis agregado). En forma concordante, en la gran mayoría de sus disposiciones se refiere específicamente a la situación de las mujeres, sin mencionar ningún otro grupo poblacional.

Sin embargo, en algunos de sus artículos, se nombra también a los derechos protegidos en la Convención de los Derechos del Niño y en la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (artículo 3). En el mismo artículo, entre los derechos protegidos por la Ley de Protección Integral se mencionan los de la Ley 25.673, de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Estas referencias diversas suscitan desacuerdos respecto de la inclusión de los niños entre las personas protegidas. En este punto, la Ley 26.485 difiere sustancialmente de las restantes normativas vigentes que se extienden (como la Ley 24.417) a integrantes del círculo íntimo, con independencia de su edad o sexo.

En relación con la violencia hacia las mujeres ejercida en el ámbito domésti-

co, la cobertura que prevé la Ley de Protección Integral es tan amplia como las leyes más abarcativas de las provincias ya que se refiere a:

(la violencia) provocada por un integrante del grupo familiar, entendido como tal, en sentido amplio, el originado en el parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos, incluidas las relaciones vigentes o finalizadas, y sin ser requisito la convivencia (artículo 6).

Por un lado, la Ley 26.485 innova en restringir las personas que pueden invocar la protección de sus disposiciones limitándose a las mujeres. En ese sentido, la ley sigue la tendencia de las leyes de segunda generación al colocar el foco de las políticas en el grupo poblacional que las encuestas señalan como el más vulnerable a las diversas formas de violencia¹⁰. Sin embargo, por otro lado, la Ley 26.485 mantiene la modalidad establecida por las normas vigentes en el sentido de reconocer por igual las violencias que pueden ejercer diversas personas sobre las mujeres, no restringiéndose a las relaciones de pareja o a los perpetradores del sexo masculino¹¹. Éste ya era el criterio seguido por varias normas vigentes en las diversas jurisdicciones, que comprenden un amplio concepto de familia, incluso tanto de las originadas en el matrimonio como de las que resultan de una unión de hecho o convivencia de pareja, sea ésta heterosexual u homosexual, presente o pasada¹². En este sentido, las legislaciones sobre violencia familiar han avanzado respecto de lo regulado por el Código Civil, que en general no confiere efectos jurídicos a las uniones de hecho (ni siquiera de distinto sexo) y en el que todavía se apunta a proteger, por sobre cualquier otra forma de constitución familiar, a la familia tradicional nuclear que gira alrededor de la pareja conyugal.

10 En aquellos países en los que se realizan encuestas sobre la prevalencia e incidencia de la violencia, resulta claro que las mujeres son el grupo más vulnerable. Si bien no hay información de este tipo en Argentina, a partir de las denuncias formuladas en algunas jurisdicciones es posible inferir que se presenta el mismo fenómeno.

11 En este punto la Ley 26.485 se diferencia, por ejemplo, del modelo español que se refiere a la violencia ejercida sobre la mujer por el varón pareja. Sin perjuicio de ello, la Ley 26.485 incluye una referencia a “programas de reeducación destinados a los hombres que ejercen violencia” (artículo 10 inciso 7) haciendo referencia a la concepción generalizada de que los perpetradores son exclusiva o mayoritariamente varones. Esta disposición, incluida entre los Lineamientos Básicos para las Políticas Estatales (Capítulo III, Título II de la Ley 26.485) y no en los artículos de definiciones, no contradice la aplicación general de la ley cualquiera sea el sexo de la persona perpetradora.

12 Si bien las legislaciones no se refieren expresamente a las uniones del mismo sexo, lo cierto es que, en general, no formulan distinción alguna al respecto, de modo que cabe tenerlas por incluidas dentro de su amplio ámbito de protección. Con la reforma del Código Civil, que equipara el derecho al matrimonio civil para parejas del mismo sexo, ya no quedan dudas al respecto (véase la Ley 26.618, de matrimonio igualitario).

Son varias las normas vigentes en ámbitos locales que expresamente extienden su protección a las parejas de hecho. En la CABA la Ley 24.417 establece que:

A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho (artículo 1).

Más allá de las relaciones de pareja, la Ley 24.417, tal como la mayoría de las legislaciones que regulan la violencia en el ámbito familiar, tiende a la protección de aquellas personas unidas por vínculos diferentes (de parentesco o no) y que desarrollan una vida en común, cualquiera sea el lugar de residencia de sus integrantes. En algunos aspectos singulares, sin embargo, la ley local menciona a parientes “por adopción”. Frente a estos casos, corresponde preguntarse si la Ley 26.485 debiera ser reformada para incluir expresamente otras relaciones (como las derivadas de la adopción) en el concepto de “grupo familiar” previsto en el artículo 6, inciso (a).

Como política legislativa, parece más razonable buscar las fórmulas genéricas que describan y abarquen la mayor cantidad de casos posibles, antes que la enumeración que, como se ve, nunca resulta ser lo suficientemente exhaustiva como para incluir todos los supuestos posibles. En consecuencia, antes que pensar en la reforma de la Ley 26.485, al menos en este aspecto puntual, será más importante trabajar con los diversos actores del sistema de justicia (integrantes de los tribunales, profesionales del derecho) en la generación de un criterio claro acerca de la aplicación debida de las normas vigentes.

3. Las políticas públicas en la Ley de Protección Integral contra la Violencia

Las investigaciones muestran que a pesar de los avances en la mayor disponibilidad de mecanismos para formular una denuncia por violencia, para muchas mujeres no es posible sostener el proceso judicial que se inicia sin la existencia de ciertas políticas tendientes a lograr su contención y posterior fortalecimiento, cuando menos a partir del momento de la denuncia¹³. La implementación de estas políticas requiere de un grado importante de coordinación entre el accionar del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

3.1. Principios rectores y lineamientos básicos para las políticas estatales

La inclusión de lineamientos para el trazado de políticas públicas tendientes

13 ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Violencia Familiar. Aportes para la discusión de las políticas públicas*, Buenos Aires, 2009. Disponible en www.ela.org.ar.

a garantizar la eficacia de la Ley 26.485 parece indicar un reconocimiento de las limitaciones propias de toda normativa. En una clara interpelación a todos los poderes del Estado, la ley se detiene en ciertos principios rectores que deben ordenar todas las intervenciones en materia de violencia hacia las mujeres.

Sin duda, se trata de principios con base constitucional que reconocen su origen en la garantía de igualdad prevista no sólo en la Constitución Nacional, sino también en los tratados internacionales de derechos humanos. La operatividad de esos principios rectores, sin embargo, deberá buscarse a través de políticas públicas concretas en todos los niveles de gobierno antes que en su recepción normativa.

La enumeración del artículo 7 de la Ley 26.485 remite a necesidades de políticas de diverso orden. Por un lado, lograr la efectiva “eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres, que operan en todos los niveles de la sociedad” (inciso a) requiere nada menos que un cambio de cultura, que también debe apoyarse en “medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres” (inciso b). Estas acciones demandan la implementación de campañas públicas continuas y coordinadas, y apelan a diversos ámbitos de acción estatal y de actores sociales.

En otro orden se encuentran las políticas públicas concretas para asistir a las personas que enfrentan situaciones de violencia, para quienes el acceso a los servicios exige medidas activas por parte de los poderes públicos. El artículo 7 propone “La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia” (inciso c). La vigencia efectiva de este principio y del siguiente (transversalidad en la ejecución de las disposiciones normativas, inciso d) requiere no sólo una adecuada coordinación y capacitación de los actores estatales, sino también transparencia en la información, accesibilidad del servicio (tanto en términos geográficos como de amplitud horaria de atención), y el registro administrativo de los servicios brindados. Los registros administrativos deben ser de acceso público, de modo de permitir su monitoreo por parte de la sociedad civil y otros poderes del Estado.

Este punto se vincula con el principio rector previsto en el siguiente inciso, que favorece “el incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales” (inciso e). La responsabilidad por el diseño y la ejecución de las políticas públicas co-

responde al Estado y no es posible transferir esa función a la sociedad civil. La sociedad civil y en particular las organizaciones de mujeres que trabajan desde hace años con esta problemática sin duda tienen un importante rol que cumplir y mucha experiencia para compartir. Sin embargo, esto no significa que puedan o deban asumir funciones propias del Estado. Muy por el contrario, una buena práctica que podría seguirse a partir del principio rector previsto en la Ley 26.485 es la implementación de mecanismos de monitoreo por parte de la sociedad civil respecto de los servicios que se implementan desde distintas reparticiones del Estado. A través de mecanismos transparentes y con libre acceso a la información pública, la sociedad civil podría contribuir a la mejora continua de los servicios públicos a través de un monitoreo activo y una crítica constructiva.

Claramente, toda intervención del Estado en un tema tan sensible como éste requiere del “respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad” que señala la ley (inciso f), que además prohíbe la “reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece”.

Aunque la ley difiere la asignación de fondos específicos¹⁴, se incluye una afirmación genérica como principio rector de actuación de todos los poderes: “La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley” (inciso g). Sin fondos, no hay campañas, políticas, coordinación, ni atención.

La atención a las mujeres víctimas de violencia está prevista en la ley a través de unidades especializadas que brindarían asistencia interdisciplinaria, que contarían con grupos de autoayuda, patrocinio jurídico gratuito, atención social, psicológica y sanitaria (artículo 10). La normativa contempla la creación de programas de asistencia económica, de acompañamiento comunitario, la creación de centros de día, albergues y programas de reeducación para varones violentos. Asimismo, se establece la necesidad de coordinar tareas con la Jefatura de Gabinete y con los ministerios de Desarrollo Social, de Educación, de Salud, de Justicia, de Trabajo, de Defensa y con la Secretaría de Medios de Comunicación.

Todas las medidas son sin dudas necesarias pero adolecen de la misma dificultad que acarrea todo este capítulo dedicado a políticas públicas. Es difícil implementar una política pública creada por ley sin un presupuesto acorde,

14 El artículo 43 establece que “las partidas que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente ley serán previstas anualmente en la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional”.

propuesta a nivel nacional por un organismo con la capacidad institucional y la jerarquía necesaria para llevar adelante las tareas de coordinación interinstitucional necesarias.

3.2. Organismo competente: el Consejo Nacional de las Mujeres

El organismo a cargo de las políticas públicas tendientes a garantizar la efectiva ejecución de la ley es el Consejo Nacional de las Mujeres (CNM).

De acuerdo con el texto legal, entre sus facultades se encuentra la coordinación de acciones interinstitucionales con otros organismos del Poder Ejecutivo. Entre sus obligaciones, se destacan las de elaborar e implementar un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres; promover servicios de asistencia integral y gratuita para las mujeres que padecen violencia; garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres; generar estándares mínimos de detección precoz y de abordaje de las situaciones de violencia; y brindar capacitación en la temática a los funcionarios públicos en el ámbito de la Justicia, a los profesionales que en razón de sus actividades puedan llegar a intervenir en casos de violencia y a las fuerzas de seguridad. Además, corresponde al CNM la obligación de recabar datos estadísticos, diseñar y publicar una guía de servicios que brinde información sobre los programas y los servicios de asistencia directa y garantizar el acceso a los servicios de atención específica para mujeres privadas de libertad.

Las acciones a implementar son sin duda necesarias, con las particularidades y complejidades propias de cada jurisdicción. En la CABA, por caso, coexisten diversos programas y organismos dependientes de Ciudad y de Nación, que tienen entre sus funciones contener a mujeres víctimas de violencia, receptar denuncias de violencia o brindarles atención psicológica¹⁵. La proliferación de instituciones sugiere un interés genuino por mejorar la situación de las mujeres, pero es necesario fortalecer los organismos existentes y coordinar su labor para no superponer tareas y funciones.

15 Algunos programas existentes en la CABA atienden exclusivamente a víctimas de violencia doméstica mientras que otros se dedican a víctimas de delitos sexuales. Algunos dependen del Poder Ejecutivo local (como la Dirección General de la Mujer), del Poder Ejecutivo nacional (como el programa Las Víctimas contra Las Violencias), del Poder Judicial de la Nación (a cargo de la Oficina de Violencia Doméstica), o del Ministerio Público de la Ciudad (como la Oficina Central Receptora de Denuncias). Hay iniciativas de coordinación entre algunos de ellos, que requieren ser fortalecidas y replicadas entre todos los organismos.

Usualmente, los dos principales obstáculos a superar para dar eficacia a una política pública son las resistencias en la voluntad política y la falta de presupuesto. Si uno de estos elementos está ausente, ninguna política es viable. Pero además, en la necesaria coordinación interjurisdiccional que requiere la estructura federal del estado, el CNM enfrenta grandes desafíos¹⁶. Con relación a las dificultades presupuestarias, esto ha llamado la atención de los Comités de las Naciones Unidas que velan por el cumplimiento de la CEDAW y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), que repetidamente han alertado al Estado argentino sobre la situación del CNM y le han recomendado que fortalezca los programas de asesoramiento jurídico, aumente la disponibilidad de refugios y servicios de apoyo psicosocial a las víctimas y asegure su adecuado financiamiento para que pueda alcanzar sus objetivos¹⁷.

3.3. Apelar a las políticas públicas: práctica y política

A pesar de los avances en materia normativa, el problema persistente es la dificultad para crear las condiciones que permitan a las mujeres ejercer todos los derechos previstos, con un efectivo acceso a la justicia, que no comienza necesariamente con la interposición de una denuncia. Avanzar en el camino hacia un efectivo acceso a la justicia para estas mujeres requiere, en particular, identificar la necesaria interdependencia de las políticas públicas (sociales, de salud, de empleo) con el servicio de justicia.

Cuando las situaciones de violencia se enmarcan en un contexto de vulnerabilidad social, la judicialización del caso y la obtención de una medida de protección pueden operar como un límite hacia la persona del agresor pero difícilmente sea suficiente para acercar soluciones a muchos de los problemas asociados que enfrenta la víctima. Una función importante de los operadores del sistema de justicia será reconocer esas situaciones y recurrir a las herramientas disponibles para lograr derivaciones para la efectiva atención de la salud física y psíquica, así como la atención de las necesidades de vivienda y alimentación de las afectadas.

16 El CNM fue creado en 1992 como el espacio gubernamental responsable de velar por el cumplimiento de la CEDAW. Originalmente dependía directamente de la Presidencia de la Nación y tenía rango de subsecretaría, pero en la actualidad depende del Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales.

17 Ver las Observaciones Finales al Estado Argentino del Comité de la CEDAW, en particular los párrafos 17 y 18 (de agosto 2010, CEDAW/C/ARG/CO/6) y del Comité DESC, en particular el párrafo 18 (de diciembre 2011, E/C.12/ARG/CO/3). Ambos documentos disponibles en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>. Visitado por última vez el 2 de enero de 2012.

Sin duda, hay menos coordinación interinstitucional e interjurisdiccional que la necesaria; la disponibilidad de servicios posiblemente no alcance a satisfacer la demanda; y la información pública no siempre refleja la realidad del servicio cuando se recurre a él. La frustración de las expectativas depositadas en las instituciones por parte de mujeres en situaciones de violencia puede resultar arrolladora para las fuerzas de las que disponen. Por ese motivo, la contribución que las operadoras y operadores de justicia puedan brindar para allanar ese camino en su práctica cotidiana, tendrá seguramente un efecto decisivo para la real satisfacción de los derechos.

Más allá de las situaciones particulares de quienes requieran los servicios sociales, de salud y de justicia, desde el punto de vista de la política institucional las garantías aún no cumplidas de la Ley 26.485 en materia de políticas públicas brindan un amplio espacio para impulsar acciones de interés público para demandar su efectiva implementación.

4. Herramientas legales en la Ley 26.485

Aun reconociendo la necesidad de brindar respuestas integrales que mejoren el acceso a las políticas públicas, lo cierto es que la legislación vigente brinda herramientas que deben aprovecharse. La Ley de Protección Integral contra la Violencia incorpora aspectos novedosos que deben ser conocidos por operadores de justicia a fin de potenciar su contribución en la solución de esta problemática.

En los próximos apartados, se tratan algunos de los puntos más relevantes de la Ley 26.485.

4.1. La legitimación activa: facultades y obligaciones

El principio general establecido en las normas vigentes es que la persona que atraviesa una situación de violencia tiene la facultad de denunciar el hecho y a la persona sindicada como responsable. En el ámbito de la violencia doméstica, esto significa que la mujer (en los términos de la Ley 26.485) puede denunciar el hecho de violencia sufrida y a la persona del perpetrador.

Además, hay otras personas que pueden (y en ocasiones deben) denunciar situaciones de violencia que lleguen a su conocimiento, sin perjuicio de los interrogantes que pueden plantearse en torno a la eficacia de las intervenciones requeridas por terceros cuando las personas involucradas, por una cantidad de obstáculos materiales y subjetivos, no han tomado la decisión de formular o sostener la denuncia de violencia.

a. Quiénes pueden interponer denuncias de violencia

En el ámbito de la CABA, la Ley 24.417 distingue entre las denuncias voluntarias y las obligatorias. La denuncia voluntaria está prevista por el artículo 1°:

toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar *podrá* denunciar estos hechos en forma verbal o escrita (énfasis agregado).

En el mismo sentido, el artículo 2° de la ley establece que “el menor o incapaz *puede* directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público” (énfasis agregado). Por otra parte, la obligatoriedad de la denuncia surge de la primera parte del artículo 2°, que establece:

cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán *obligados* a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor.

De los artículos 1 y 2 de la Ley 24.417 surge que, cuando se trata de personas adultas víctimas de violencia, sólo se encuentra legitimada para entablar la denuncia la propia damnificada. Esta disposición fue criticada por parte de la doctrina: en algunos supuestos las personas adultas pueden carecer de recursos emocionales e intelectuales para tomar la decisión de formular judicialmente una denuncia contra la persona del agresor y, por lo tanto, hubiera sido deseable que se brinde la posibilidad a sus familiares para reclamar la protección judicial, sujeto a la ratificación posterior de la persona directamente involucrada¹⁸.

La Ley 26.485 establece una legitimación más amplia para plantear denuncias de violencia intrafamiliar y establece varias situaciones en las que la denuncia es obligatoria. Estas disposiciones comienzan en el capítulo dedicado a Disposiciones Generales del Título III, sobre Procedimientos:

Las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomen conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos

18 Véanse los trabajos de Famá, María Victoria, “‘Los de afuera no son de palo’. Legitimación activa y obligación de denunciar en la Ley 24.417 de ‘Protección contra la Violencia Familiar’”, Disponible en: www.eldial.com, 15/04/2004; y Famá, María Victoria, “Efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica: hacia una mirada integral e interdisciplinaria”, en Birgin, Haydée (compiladora) *Violencia contra las mujeres: estrategias procesales y acceso a la justicia*, Fontamara, México DF, 2011, y la bibliografía allí citada.

de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito (artículo 18)¹⁹.

La Ley 26.485 establece claramente que la obligación legal de denunciar se extiende a profesionales no sólo del ámbito público (alcanzados por la obligación genérica del Código Penal de denunciar los delitos de los que tuvieran conocimiento) sino también del ámbito privado. Además, incluye cualquier forma de violencia, constituya o no un delito, como en el caso de agresiones verbales, violencia psicológica o patrimonial.

Más allá del acierto de regular la posibilidad de entablar denuncias por casos en que las personas adultas (aún en pleno uso de sus facultades mentales) pudieran no encontrarse en condiciones emocionales para tomar esa iniciativa, debe advertirse que la solución legal del artículo 18 podría ir en perjuicio del debido respeto a la autonomía y privacidad de las personas²⁰. Esta preocupación fue morigerada por la reglamentación del artículo 18 en el Decreto 1011/2010, que establece:

Cuando el hecho no configure delito, las personas obligadas a hacer la denuncia deberán contar previamente con la autorización de la mujer. Al formalizar la denuncia se resguardará a la víctima y observarán las disposiciones referidas al secreto profesional y al consentimiento informado, como así también las contenidas en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El decreto recoge así algunas de las observaciones señaladas respecto del artículo 18 que, por su ubicación en la sección Disposiciones Generales, pretende ser aplicable en todo el territorio de la Nación. De todos modos, más allá de las precisiones que introduce el Decreto Reglamentario, sus principales disposiciones se reiteran en el Capítulo II del Título dedicado a Procedimientos, que es de aplicación solamente en el ámbito de la CABA.

El artículo 24 se refiere, en general, a las personas que pueden efectuar la denuncia de violencia en el ámbito de la CABA:

- (a) la mujer que se considere afectada o su representante legal sin restricción alguna;
- (b) la niña o la adolescente directamente o a través de sus representantes legales de acuerdo a lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;

19 De acuerdo con el art. 21 se hará reserva de identidad de la persona denunciante.

20 En la medida en que se trata de principios ya vigentes en varias provincias de Argentina, será interesante indagar en qué medida esta obligación de denunciar se ha llevado a la práctica y, en esos casos, si se han presentado planteos vinculados con la privacidad y autonomía de las personas adultas.

(c) cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla;

(d) En los casos de violencia sexual, la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia. Cuando la misma fuere efectuada por un tercero, se citará a la mujer para que la ratifique o rectifique en 24 horas.

(e) La denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus áreas tomen conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito.

La restricción contenida en este artículo 24(e) respecto de la obligación de las personas que trabajan en centros asistenciales, de salud, educativos, de formular denuncias sólo cuando se trata de delitos, resulta contradictoria con el propio artículo 18 que establece una obligación más amplia, de aplicación general en el territorio de Argentina.

La discusión se plantea en torno al respeto que corresponde a la determinación de una persona adulta plenamente capaz, de permanecer inactiva ante el maltrato que sufre, resguardando su derecho a la privacidad. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no siempre resulta una opción para las víctimas de violencia familiar que se encuentran inmersas en relaciones asimétricas de poder²¹.

Incluso si se reconoce que la Ley 26.485 atiende una necesidad señalada por la doctrina respecto de las posibilidades de denuncia de la Ley 24.417, la forma en que se resuelve merece alguna observación. En primer lugar, en los artículos dedicados al procedimiento aplicable en la CABA no se hace una mención concreta de la necesaria intervención de la persona damnificada frente a la denuncia formulada por terceros. La ley debió haber previsto la necesidad de citar posteriormente a la persona que ha sufrido el abuso, a los fines de ratificar la denuncia

21 En una investigación anterior (ELA, *Violencia Familiar. Aportes para la discusión de las políticas públicas*, 2009, *op. cit.*) se observa que existen múltiples circunstancias objetivas y subjetivas que obstaculizan las posibilidades de las mujeres de poner fin a la relación violenta. Entre los obstáculos objetivos, se destacan la dependencia económica, la marginalidad como situación de riesgo para otros abusos de terceros, el aislamiento de otras relaciones personales. Entre los obstáculos subjetivos, se verifica el temor a la represalia del hombre violento, el temor a perder su estilo y nivel de vida, el temor a estar sola, la dificultad de tomar decisiones que impliquen una imposición a un hombre y la dificultad de contradecir los mandatos familiares, sociales y religiosos.

realizada por este tercero que no es parte del proceso²². Si en un plazo determinado la persona no se presentara, no quedarán convalidados los hechos denunciados y, en ese caso, será difícil sostener la posibilidad de continuar con el proceso.

El necesario equilibrio entre la obligación del Estado de proveer los medios aptos para garantizar la protección de las personas damnificadas y el respeto de la autonomía, se logra a través del ineludible trabajo interdisciplinario con la persona damnificada para contribuir a que logre los recursos materiales y simbólicos necesarios que le permitan sostener la denuncia, más aún si ésta es formulada por un tercero²³.

Otro problema se vincula con la obligación impuesta a personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado que, con motivo o en ocasión de sus tareas, toman conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la ley, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito (artículo 18°). Cuando los hechos, además, pudieran constituir un delito, será obligatorio realizar la denuncia penal (artículo 24°, inciso e). Este punto se tratará a continuación.

b. La obligación de denunciar: problemas vinculados con el secreto profesional

Más allá de los interrogantes sobre la efectividad de la denuncia realizada por terceros, la obligación de denunciar cualquier situación de violencia doméstica (en los términos tan amplios que define la ley) también se opone al deber de secreto profesional dispuesto por el artículo 156 del Código Penal:

será reprimido con una multa (...) e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar un daño, lo revelare sin justa causa.

El secreto profesional marca el límite de la obligación de denuncia. El artículo 177 inc. 2° del mismo Código determina:

Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio ... 2°) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte

22 Esta ratificación fue prevista sólo para el caso de violencia sexual, en cuyo caso la única legítima es la propia mujer. En caso de que la denuncia fuera efectuada por un tercero, debe citarse a la víctima para que la ratifique o rectifique en 24 horas (art. 24°, inc. d).

23 En este caso se trata de un proceso que no es penal, donde no hay delitos de acción pública que el Estado tiene la obligación de investigar, perseguir y sancionar.

de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

Fundado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el secreto profesional sólo puede ser desplazado cuando se determine la existencia de una “justa causa”. Profundizar sobre este punto excede el alcance de este trabajo, pero corresponde plantear el interrogante de qué constituye “justa causa” en función de los diversos tipos de violencia y la variedad de personas que pueden estar involucradas: mujeres, niñas, personas con discapacidades o limitaciones en su capacidad, etc.; en particular, cuando una denuncia realizada en esas condiciones puede poner en peligro la vida y la salud de quien se intentaba proteger.

Sólo en situaciones muy extremas, ante la convicción suficiente de que la persona pueda sufrir un severo daño que ponga en peligro inminente su vida o su integridad física, la violación de la reserva profesional sería lícita e, incluso, obligatoria. En los demás supuestos, la confidencialidad debe prevalecer, no sólo como garantía constitucional, sino también como máxima determinante de la relación médico-paciente y del éxito de un tratamiento que luego permita a la persona actuar por sí misma y elegir entre las herramientas legales disponibles.

En estos casos, la solución no será establecer sanciones para el incumplimiento de la obligación legal de denunciar casos de violencia que afectan a terceras personas, sino mejorar el conocimiento y la comprensión de aquellas situaciones en las que la intervención de terceros sea imprescindible.

Al mismo tiempo, como ya se ha dicho, es preciso establecer y asegurar la plena disponibilidad de todas las políticas de acompañamiento y sostén necesarias para que sean las propias damnificadas las que se encuentren en las mejores condiciones físicas y psíquicas para formular la denuncia y sostenerla a lo largo de todo el proceso. En la medida en que se mantenga la obligación de denuncia por parte de terceros, habrá que asegurar, al menos, la existencia de servicios sociales y de apoyo en la misma medida.

4.2. Las medidas de protección

a. Medidas previstas en la legislación

La Ley 26.485 ofrece una nómina de medidas protectorias ante situaciones de violencia doméstica que, de todos modos, no son taxativas. A criterio de los jueces y en función de las circunstancias del caso, se pueden adoptar otras no especificadas por la norma, ya sea de oficio o a petición de la parte interesada.

Hasta la sanción de la Ley de Protección Integral contra la Violencia, todas las normas de carácter civil sobre violencia doméstica del país tenían como finalidad esencial la adopción de medidas protectorias para la víctima. En contraste, el artículo 26 de la Ley 26.485 es más exhaustivo e incluye medidas tales como la restitución inmediata de los efectos personales a la denunciante; la prohibición al presunto agresor de la compra y tenencia de armas y el secuestro de las que estuvieren en su posesión; la prohibición al denunciado de enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente; la imposición al agresor de abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los hijos; la realización de un inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia, entre otras.

En el siguiente cuadro se enumeran las medidas previstas tanto por la Ley de Protección Integral contra la Violencia como por su antecesora, la Ley 24.417 que mantiene su vigencia y es aplicada por los juzgados de familia en la CABA.

Cuadro 1. Medidas de protección contempladas en las leyes nacionales.

Ley 26.485		Ley 24.417
Artículo 26 inc. a Medidas urgentes (aplicables en general)	Artículo 26 inc. b Medidas específicas para casos de violencia doméstica	Artículo 4
Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia; Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación	Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente; Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de su titularidad;	Ordenar la exclusión del autor, de la vivienda donde habita el grupo familiar; Prohibir el acceso del autor, al domicilio del damnificado como a los lugares de trabajo o estudio;

VIOLENCIA DE GÉNERO

Ley 26.485		Ley 24.417
Artículo 26 inc. a Medidas urgentes (aplicables en general)	Artículo 26 inc. b Medidas específicas para casos de violencia doméstica	Artículo 4
o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer; Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos; Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión; Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, asistencia médica o psicológica; Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer; Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y	Decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor; Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales; En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si corresponde, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia; En caso de que la víctima fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su	Ordenar el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo por razones de seguridad personal, excluyendo al autor; Decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos.

Ley 26.485		Ley 24.417
Artículo 26 inc. a Medidas urgentes (aplicables en general)	Artículo 26 inc. b Medidas específicas para casos de violencia doméstica	Artículo 4
maltrato del agresor hacia la mujer.	grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o a otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad; Ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas; Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/as; Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno; Otorgar el uso exclusivo del mobiliario de la casa a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente.	

Fuente: elaboración propia a partir de la revisión de la legislación vigente.

Para la adopción de todas las medidas el recaudo a tomar es la verosimilitud del derecho invocado. Sin embargo, cuando se trata de violencia familiar es posible que quede en el ánimo de la persona titular del juzgado la duda acerca de la verosimilitud de lo relatado y, de todos modos, proceda a dar curso a la medida solicitada. La prevención de un riesgo inminente para la integridad física o incluso la vida de la denunciante y/o sus hijos pueden justificar esta decisión. Lo que ha llevado a los jueces argentinos a receptar favorablemente este tipo de medidas es, tal como lo indican Lamberti y Viar, realizar un “balance de probabilidades” de que “sean atendibles las pretensiones de quien denuncia, en función del riesgo de sufrir nuevos actos de violencia en caso de no mediar interrupción de los mismos por parte de la justicia” (citado en Famá, 2011).

En todos los casos, sin embargo, no debe perderse de vista la finalidad del proceso y el alcance de las medidas, que son cautelares y que no implican una decisión de fondo sobre otros asuntos (por ejemplo, sobre la titularidad de los bienes en una pareja de hecho o unida en matrimonio, o la asignación de la tenencia definitiva de niños y niñas producto de esa unión).

b. Condiciones para la implementación de las medidas de protección

La justicia ha sostenido que la Ley 24.417

ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo hacia las víctimas de violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato ante la evidencia física o psíquica que presente el maltratado, y la verosimilitud de la denuncia para que el juez pueda ordenar medidas²⁴.

Ni la Ley 24.417 ni la Ley 26.485 (tampoco las normas provinciales) exigen la producción de prueba para que se puedan dictar medidas protectorias. La primera ley señala que dichas medidas podrán ser adoptadas “al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia” (artículo 4°); la segunda, que podrán decretarse “durante cualquier etapa del proceso” (artículo 26).

Las medidas protectorias pueden acumularse. Como en general se adoptan inaudita parte, es decir, sin la intervención de la persona denunciada, la justicia procura actuar con cautela tomando medidas necesarias y conducentes para la

24 CNCiv, Sala A, 21/05/1996, “B., M. J. y otros c/ R., O. J. s/ denuncia por violencia familiar”, LL, 3/12/1996, entre otros.

finalidad del proceso. Esta precaución en la adopción de las medidas se debe a la necesidad de evitar perjuicios luego difíciles de reparar, cuestión que se advierte especialmente en la exclusión del hogar sin haber escuchado a la persona sindicada como agresora y frente a la suspensión de contacto con los hijos menores de las partes involucradas en la situación de violencia.

Como en otros temas, sería interesante contar con investigaciones empíricas que puedan dar cuenta de las medidas cautelares que se adoptan, su naturaleza y plazo de duración. Es importante saber qué solicitan las mujeres víctimas de violencia, en qué medida invocan los derechos contemplados en las leyes vigentes, con qué extensión se les otorgan estas medidas de protección y cómo continúa el proceso. Indagaciones de esa naturaleza son siempre imprescindibles para medir y monitorear la eficacia y aplicación de las leyes. Del mismo modo, es la información empírica la que brinda los mejores elementos de juicio para diseñar las políticas sociales de apoyo necesarias para dar sostén a las herramientas legales.

4.3. La justicia competente en los procesos de violencia

La amplia gama de tipologías y modalidades descritas en la Ley de Protección Integral contra la Violencia, determina una consecuente amplia competencia dada por la forma de violencia que se denuncie:

Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate (artículo 22).

Fuera del ámbito de la violencia doméstica, para la que existen tribunales especializados como los juzgados de familia en el ámbito de la CABA, es dudoso el abordaje y tratamiento que merecerán otros tipos de denuncias cuando deba intervenir un juzgado completamente ajeno a este tipo de problemáticas y con personal no idóneo para asistirlos.

En estos términos, y más allá de la situación de los tribunales en lo laboral que pueden estar más habituados a esta clase de conflictos, resulta difícil imaginar a un tribunal patrimonial interviniendo ante una situación de maltrato emanada de una relación contractual, a un tribunal administrativo interviniendo ante un supuesto de violencia generado en el ámbito de un organismo del Estado. Los interrogantes subsisten, por ejemplo, en la justicia que será competente para entender en materia de violencia mediática u obstétrica. Estos son algunos de los interrogantes que ha suscitado la Ley 26.485, pero no los únicos.

4.4. El procedimiento establecido por las leyes de violencia

Un problema concreto que ha generado la sanción de la Ley 26.485 es el relativo al régimen procesal especial creado para su aplicación en el ámbito de la CABA y la dificultad que se presenta al procurar conciliarlo con el previsto en la Ley 24.417, cuando la violencia doméstica se manifiesta no sólo contra las mujeres, sino también contra otros miembros del grupo familiar. Las referencias no siempre uniformes a las niñas, niños y adolescentes a lo largo del texto legal, pueden generar alguna duda sobre el alcance de los sujetos protegidos por sus disposiciones. Sin embargo, la mención del marco normativo referido a la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes parecen indicar que la solución razonable indica que la protección de la Ley 26.485 alcanza a todos ellos, independientemente de su sexo²⁵.

La norma sólo enuncia en el artículo 42 que “La Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la presente ley”. Pero el procedimiento creado por la Ley 26.485 difiere en varios aspectos del previsto por la Ley 24.417.

En forma resumida, el proceso reglado por la Ley de Protección Integral contra la Violencia es el siguiente:

- (a) La mujer, sus representantes –si es menor de edad o persona con discapacidad– e incluso cualquier persona puede realizar la denuncia ante cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita, guardándose reserva de identidad de la persona denunciante (arts. 21, 22 y 24);
- (b) Durante cualquier etapa del proceso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las múltiples medidas preventivas enunciadas por la ley de acuerdo a los tipos y modalidades (art. 26). Deberá, asimismo, determinar su plazo máximo de duración de modo fundado (art. 27);
- (c) Dentro de las 48 horas de adoptadas las medidas o –de no adoptarse ninguna, desde el momento en que se tomó conocimiento de la denuncia–, el juez fijará una audiencia, la que deberá tomar personalmente bajo pena de nulidad. El presunto agresor estará obligado a comparecer, bajo apercí-

25 La duda podría persistir en el caso de varones mayores de edad, personas con discapacidad y ancianos de sexo masculino, y en menor medida respecto de los niños. Pero pensar en aplicar dos procesos distintos frente los mismos hechos de violencia no parece razonable y hay buenos argumentos para sostener que la mayor medida de la protección debe garantizarse para todas las personas que se encuentran en similares circunstancias.

bimiento de ser llevado ante el juzgado con auxilio de la fuerza pública. En dicha audiencia, escuchará a las partes por separado bajo pena de nulidad, quedando prohibidas las audiencias de mediación o conciliación, y ordenará las medidas que estime pertinentes (art. 28);

(d) Siempre que fuera posible, el magistrado podrá requerir un informe que deberá efectuar un equipo interdisciplinario en el plazo de 48 horas, para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre, y a efectos de que pueda aplicar otras medidas, podrá interrumpir o hacer cesar alguna de las adoptadas. Podrán considerarse, también, los informes elaborados por equipos interdisciplinarios públicos o privados idóneos para el tratamiento de la violencia contra la mujer; se evitará producir nuevos informes que la revictimicen (art. 29);

(e) El juez tiene amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, y puede disponer las medidas probatorias que fueren necesarias para indagar los sucesos (art. 30);

(f) Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el magistrado podrá evaluar la conveniencia de modificarlas, ampliarlas u ordenar otras. Frente a un nuevo incumplimiento, y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el juez deberá aplicar alguna de las siguientes sanciones: advertencia o llamado de atención por el acto cometido; comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor; asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas (art. 32);

(g) Las resoluciones que concedan, rechacen, interrumpan, modifiquen o dispongan el cese de alguna de las medidas preventivas urgentes o impongan sanciones, serán apelables dentro del plazo de tres días hábiles. La apelación contra resoluciones que dispongan medidas preventivas urgentes se concederá en relación y con efecto devolutivo. La apelación contra resoluciones que dispongan la interrupción o el cese de tales medidas se concederá en relación y con efecto suspensivo (art. 33);

(h) Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el juez deberá controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal con la frecuencia que se ordene, y/o mediante la intervención de un equipo interdisciplinario, el que elaborará informes periódicos acerca de la situación (art. 34).

Las diferencias entre el procedimiento regulado por la Ley 26.485 y el de la Ley 24.417 son notables en algunos aspectos esenciales. Tal es el impedimento de la audiencia conjunta o la imposición de sanciones al agresor. En efecto, la audiencia conjunta es parte del procedimiento previsto en la Ley 24.417 y ese marco normativo no incluye la posibilidad de sanciones.

En los casos en que la justicia hubiera considerado adecuada la aplicación del procedimiento previsto en la Ley 24.417, incluida la celebración de una audiencia con la presencia de ambas partes (mujer y varón), por aplicación de la Ley 26.485, todo el proceso debiera sancionarse con la nulidad –es decir, quedarían sin efecto la denuncia, el proceso y las medidas de protección que se hubieran adoptado hasta la fecha, si se hiciera lugar al pedido de nulidad. En todo caso, la norma no toma en cuenta la posibilidad de que los operadores de justicia apliquen su criterio para establecer la conveniencia de celebrar una audiencia en presencia de ambas partes, cuando se considera que ambas (y particularmente la parte que sufre la violencia) se encuentran en condiciones emocionales para enfrentar esa situación.

De las disposiciones procesales de la Ley 26.485, hay dos que se destacan por la centralidad que la ley les confiere: la prohibición de mediación y la prohibición de celebrar audiencias con la presencia de denunciante y denunciado²⁶.

a. La mediación en procesos de violencia

A partir de la propia definición y caracteres de la mediación, resulta evidente que el rol de el/la juez/a no se identifica técnicamente con el de un mediador. El rol del mediador es sólo facilitar la autocomposición de las partes y carece de poder de decisión. Por el contrario, el juez puede constituirse en un facilitador del arreglo pero puede también resolver el conflicto si las partes no arriban a un acuerdo. De todos modos, el cuestionamiento de fondo es que

26 Se entiende que la Ley 26.485 considera estas dos disposiciones centrales por las consecuencias que prevé para el caso de su no aplicación. Reconocer la centralidad que la ley les confiere a estas disposiciones no implica acordar totalmente con la solución legal. Por el contrario, en el contexto de la Ley 26.485, que excede el marco de la violencia en el ámbito de las relaciones intrafamiliares y se extiende a la violencia mediática e institucional, no parece razonable prohibir las audiencias conjuntas. En estos casos, por ejemplo, es fácil imaginar que no habrá una situación de dominación y sumisión entre una denunciante (por caso, de una organización dedicada a la defensa de los derechos de las mujeres) y un denunciado (por ejemplo, un medio de comunicación o empresa publicitaria). Del mismo modo, aún en los casos de violencia intrafamiliar, no siempre parece inconveniente que las audiencias se tomen de un modo conjunto. La consecuencia de la nulidad absoluta del procedimiento elimina la capacidad de evaluación de el/la juez/a de la causa.

tanto la mediación como la conciliación se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, lo que implica reconocer la potestad de los involucrados para dirigir las acciones y, eventualmente, para resolver los conflictos. El interrogante es si en la dinámica de las relaciones violentas (generalmente atravesadas por características de habitualidad, sometimiento) las partes involucradas se encuentran en las condiciones personales y emocionales para superar el desequilibrio en que se encuentran²⁷.

La Ley 26.485 establece claramente que la mediación está prohibida en los procesos en los que se registra violencia contra las mujeres. En ese sentido, el artículo 9 de la ley, dedicado a las facultades del CNM para garantizar el logro de sus objetivos, establece que deberá:

Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, *no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación* (énfasis agregado).

La ubicación de esta prohibición entre las políticas públicas lleva a preguntarse si se trata de una prohibición para todas las formas de violencia (también cuando no hay relaciones personales de sumisión y poder involucradas) o si se restringe a los supuestos de violencia en las relaciones interpersonales. Ésta es una imprecisión legal que corresponderá abordar, ya que algunas disposiciones de la Ley de Protección Integral resultan más claramente aplicables para ciertas formas de violencia y no tanto para otras²⁸.

Además, la prohibición de mediación y conciliación es reforzada en los artículos dedicados al procedimiento aplicable en la CABA, expresamente, en el artículo 28. En relación con los procedimientos vigentes en las jurisdicciones provinciales, el artículo 17 de la Ley reconoce la competencia local para definirlos:

Procedimientos administrativos. Las jurisdicciones locales podrán fijar los procedimientos previos o posteriores a la instancia judicial para el cumplimiento de esta ley, la que será aplicada por los municipios, comunas, comisiones de fomento, juntas, delegaciones de los Consejos Provinciales de la Mujer o áreas descentralizadas, jugados de paz u otros organismos competentes.

27 ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, “Violencia contra las mujeres”, en *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina*, Biblos, Buenos Aires, 2005.

28 Cfr. Rodríguez, Marcela, “Ley de protección integral contra la violencia de género: aciertos, retrocesos y desafíos”, *op. cit.*

De todos modos, la obligación de cumplir con estos procedimientos previos fue luego relativizada por el Decreto Reglamentario que dispone:

Las jurisdicciones locales extremarán los recaudos para que los procedimientos administrativos que fijen para el cumplimiento de la ley que se reglamenta sean diseñados de modo tal que, teniendo en consideración los distintos tipos y modalidades de violencia, garanticen una respuesta integral efectiva a la víctima.

Los procedimientos referidos son opcionales para las mujeres y deben ser implementados conforme a las mejores prácticas de atención a la violencia. (énfasis agregado).

b. Prohibición de audiencia conjunta en procesos de violencia

En muchas situaciones de violencia en el ámbito de las relaciones personales resulta claramente pernicioso reunir a las partes del conflicto. Esta convicción ha llevado a las legislaciones locales a disponer expresamente la comparecencia por separado de las partes a la audiencia convocada por el juez en el marco de las actuaciones sobre violencia familiar.

Es claro que nunca y bajo ningún concepto es posible conciliar la violencia en sí misma: no pueden efectuarse acuerdos entre dos personas donde el desbalance de poder para negociar es indubitable y existe un riesgo físico para alguna de ellas. Jamás podría hacerse un acuerdo en el que la víctima se comprometiese a determinadas concesiones a cambio de que la violencia cese. Se trata evidentemente de una cuestión que excede la autonomía de la voluntad de las partes. Pero esto no obsta la importancia de consensuar en torno de las cuestiones particulares derivadas o paralelas a la violencia: separación de las partes, atribución de la vivienda, guarda de los hijos, régimen de comunicación, alimentos, derivación para llevar a cabo tratamientos terapéuticos vinculados y/o individuales.

Estos consensos no sólo son posibles sino necesarios y favorables para desarrollar nuevas reglas de juego en la relación, empoderar a la víctima y declinar la conflictividad entre las partes. La posibilidad de celebrar una audiencia con la presencia del juez y de las partes (con sus representantes legales) podría favorecer estas discusiones. En la CABA, a tenor de la sanción de nulidad absoluta, esto no estaría permitido a partir de la vigencia de la nueva ley.

4.5. Acceso a la justicia: costos del proceso y patrocinio jurídico

Varias investigaciones han señalado que el acceso a la justicia es una de las grandes deudas pendientes para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos y que cobra una intensidad particular en los casos de violencia contra las muje-

res²⁹. En atención a este problema, tanto la Ley 26.485 como anteriormente las normas locales, habían contemplado disposiciones en dos sentidos: la gratuidad de los procedimientos y la posibilidad de prescindir de patrocinio jurídico.

La Ley de Protección Integral contra la Violencia incluye el tema entre los objetivos centrales que pretende promover y garantizar, en los siguientes términos:

Artículo 2: Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar... (f) el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia.

Para precisar el alcance de ese objetivo, el Decreto Reglamentario apunta:

El acceso a la justicia a que hace referencia la ley que se reglamenta obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios en todas las esferas de actuación del ESTADO NACIONAL, ya sean de orden administrativo o judicial o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos.

El acceso a la justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial.

De acuerdo con estas disposiciones, la garantía de acceso a la justicia se circunscribe a las esferas de actuación del Estado Nacional. Este aspecto resulta confuso en la ley, ya que las esferas de actuación aparecen reducidas a las de la justicia nacional aplicada en el ámbito de la CABA³⁰.

Sin embargo, dos de las cuatro garantías que se mencionan en el segundo párrafo de la reglamentación del artículo 2 inciso (f) son aplicables a todas las personas cuyos derechos se encuentran vulnerados: el derecho al debido proceso y el acceso efectivo al recurso judicial son garantías contenidas en la Constitución Nacional, propias del estado de derecho y que, por lo tanto, pueden invocar todas las personas (varones y mujeres) respecto de todos los derechos (incluyendo el derecho a una vida libre de violencia).

Más precisas son las otras garantías mencionadas que pueden resultar claramente determinantes en las posibilidades de acceder a un recurso legal efectivo y al debido proceso legal³¹. La gratuidad en los procedimientos y la disponibi-

29 Véase Birgin, Haydée y Kohen Beatriz, *El acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006.

30 Eventualmente también la justicia federal aplicable en las provincias, por ejemplo para el caso de investigaciones que correspondan al fuero federal.

31 Gargarella menciona los costos económicos y la falta de representación jurídica entre los obstáculos materiales para el acceso a la justicia (Gargarella, Roberto, "Protesta social y parcialidad jurídica", en Birgin y Kohen (compiladoras), *El acceso a la justicia como garantía de igualdad: insti-*

lidad de asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito son dos aspectos clave para asegurar el acceso de las personas a la justicia³². En ese entendimiento, las normas locales vigentes en varias provincias ya los contemplaban aún antes de la sanción de la Ley 26.485.

a. Gratuidad en los procedimientos

La gratuidad de los procesos se menciona en forma concreta en los artículos 3, 16, inc. a) y 20, que forman parte de las disposiciones generales aplicables en todo el territorio de la nación.

Artículo 3. Derechos protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos en la CEDAW y la Convención Belem do Pará, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061, y en especial los referidos a: (i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley.

En la reglamentación de este inciso, el Decreto 1.011/10 prescribe que:

El acceso a la justicia es gratuito independientemente de la condición económica de las mujeres, no siendo necesario alegar ni acreditar situación de pobreza.

Esta disposición es complementada para el ámbito de la CABA en el artículo 20, referida al procedimiento, respecto del cual la reglamentación dispone:

La gratuidad del trámite implica que todas las actuaciones quedarán eximidas del pago de sellados, tasas, depósitos o cualquier otro impuesto y/o arancel que pudieren cobrar las entidades receptoras.

A los fines de ser eximido del pago de determinadas diligencias que pudieran llevar a ocasionar gastos especiales, deberá consignarse específicamente en cada una de ellas el tipo de proceso de que se trata y el pedido expreso del juez o tribunal de que se considere su naturaleza y objeto para quedar excusadas las partes de cubrir su costo. Como ejemplo, puede mencionarse que el decreto 1.011/11 determina expresamente que de ordenarse como medida protectoria un inventario de los bienes del matrimonio o la pareja, “se aplica el principio de gratuidad del procedimiento consagrado por la ley” (artículo 26, inc. a.9), de modo que lo llevará a cabo un oficial de justicia.

tuciones, actores y experiencias comparadas, Biblos, Buenos Aires, 2006).

32 La gratuidad del procedimiento, entendido como exención del pago de tasas de justicia y sellados, no es sin embargo el único costo económico que dificulta la iniciación y continuidad del proceso: el traslado de la demandante a los tribunales de justicia, la jornada de trabajo perdida, los costos de cuidado de integrantes dependientes del hogar, son algunas de las situaciones personales que se traducen en costos económicos que pueden dificultar o hasta impedir el acceso a la justicia.

b. Patrocinio jurídico gratuito

En la medida en que abogados y abogadas tienen el monopolio del acceso a la justicia, ya que es necesaria la representación legal de un profesional del derecho para presentarse ante y ser oído por los tribunales de justicia, el costo económico de contar con esta representación legal se transforma en un importante obstáculo para una parte importante de la población³³.

En atención a este problema, la gran mayoría de las legislaciones del país o sus decretos reglamentarios, contemplan la posibilidad de que la denuncia pueda presentarse con o sin patrocinio letrado. Esta solución lógica se funda en la urgencia que merece el tratamiento de este tipo de conflictos y la posibilidad de lograr el dictado de medidas protectorias que muchas veces no se compadece con la demora que, en mayor o menor medida, puede implicar conseguir el patrocinio de un abogado, aún en forma paga.

Sin embargo, son muy pocas las normas que prevén alguna disposición sobre la tramitación del proceso en su conjunto. Es decir, generalmente, se advierte la posibilidad de formular la denuncia sin asistencia letrada pero no se explicita la necesidad de continuarla con representación legal. Esta distinción entre la formulación de la denuncia y la continuidad del trámite es central: lo que se presenta como una garantía del acceso a la justicia en primer término, deviene en un obstáculo en el ejercicio de este derecho durante el resto del trámite.

El decreto reglamentario de la Ley 24.417 (art. 5, Decreto 235/96) contempla la posibilidad de realizar la denuncia sin patrocinio. Sobre este punto, el decreto reglamentario 1.011/10 de la Ley 26.485 prevé expresamente que:

Hasta tanto se encuentren en funcionamiento los servicios que aseguren el acceso inmediato y gratuito al patrocinio jurídico a todas las mujeres víctimas de violencia, no se requiere asistencia letrada para formular las denuncias (art. 21).

Sin embargo, la práctica habitual de los juzgados con competencia en asuntos de familia de la CABA requieren la presentación con asistencia letrada para las audiencias que siguen luego de tomadas las medidas cautelares de protección, en el marco de los procesos por violencia. Además, claramente es imprescindible el patrocinio de una abogada o abogado para iniciar y concluir

33 El alcance del problema y las soluciones a las que se ha arribado en distintos países se analiza en Gherardi, Natalia, "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?", en Birgin y Kohen (compiladoras), *El acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006.

los otros procesos judiciales que muchas veces se derivan de la denuncia de violencia: pedido de alimentos y tenencia de hijos e hijas (en forma definitiva), el divorcio y la división de la sociedad conyugal. La falta de ese patrocinio muchas veces contribuye al abandono de esos trámites legales, y de esa forma se mantiene la situación de dependencia con el agresor, al menos en cuanto a los vínculos jurídicos³⁴.

4.6. Sanciones y tratamiento para el agresor

En aquellos casos en que los hechos de violencia configuran un delito penal (homicidio, lesiones, delitos contra la integridad sexual, entre otros) corresponderá la sanción penal que establece el código respectivo. En similares términos se expidió la Ley 26.485 que, en el capítulo dedicado al procedimiento establece:

Sanciones. Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el/la juez/a podrá evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras.

Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el/la juez/a deberá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones:

- (a) Advertencia o llamado de atención por el acto cometido
- (b) Comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor;
- (c) Asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas.

Asimismo, cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal (Artículo 32).

Las sanciones se aplicarían en caso de desobediencia a las órdenes de protección, es decir, se requiere una nueva intervención de la justicia a instancias de la persona sometida a la violencia para lograr su aplicación. Algunas de es-

34 Aunque se indica a las personas denunciantes el listado de patrocinios jurídicos gratuitos que trabajan en el ámbito de la ciudad, las investigaciones realizadas dan cuenta de su insuficiencia para cubrir la demanda. Véase Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz, *El acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, op. cit.

tas sanciones son interesantes en orden a lograr la condena social del agresor, como con la comunicación al lugar de su desempeño profesional o laboral. La ley no incluye entre las sanciones el acordar una indemnización civil a la persona damnificada, lo cual debería ser materia de otro proceso.

Es interesante notar que tanto en la Ley 26.485 como en varias leyes provinciales se considere a los programas de reeducación de los agresores como una medida sancionatoria (en el caso de la Ley 26.485, sólo establecida para después del incumplimiento de la orden de protección o medida precautoria que se hubiera tomado).

Aún frente a ciertas resistencias teóricas para aceptar las terapias coactivas como un método idóneo para modificar las conductas, se rescata la importancia de recibir un mandato externo (de la justicia) para realizar una terapia que, en algunos casos, pueda llevar cierto alivio y mejora de la situación. Sin embargo, nuevamente, será necesario realizar investigaciones empíricas para verificar no sólo la disponibilidad de servicios donde realizar los tratamientos, sino también indagar sobre su eficacia.

5. Conclusiones

A pesar de los avances, en Argentina la violencia contra las mujeres todavía se encuentra solapada. Aun cuando las personas involucradas en el diseño e implementación de políticas públicas permanentemente necesitan información de calidad con múltiples propósitos, los datos empíricos a nivel nacional son escasos. A diferencia de muchos países de la región³⁵, en Argentina no se han realizado estudios para obtener información estadística a nivel nacional que dé cuenta de la prevalencia e incidencia de la violencia contra las mujeres, a pesar del mandato establecido en tratados internacionales y, más recientemente, en la Ley 26.485³⁶.

La información empírica es fundamental para guiar las reformas legislati-

35 Véase el estudio de Lorena Fries y Victoria Hurtado "Estudio de la información sobre violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe", Serie Mujer y Desarrollo N° 99, División de Asuntos de Género, CEPAL. También puede relevarse el informe del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), "Informe Hemisférico", Comisión Interamericana de Mujeres, Organización de Estados Americanos, MESECVI-II/doc.16/08 rev.1.

36 En sus recomendaciones finales al estado argentino, el Comité de la CEDAW destacó la importancia de contar con información estadística a nivel nacional sobre la violencia hacia las mujeres. Véanse las recomendaciones finales como consecuencia del 46° período de sesiones, julio de 2010.

vas y de política pública, para asegurar la provisión adecuada de los servicios necesarios para hacer frente a la demanda, para monitorear las tendencias y progresos logrados al tratar el tema de la violencia contra las mujeres, así como el impacto de las medidas que se adopten. La existencia de datos precisos contribuye a ampliar la convicción de una condena social generalizada de todas las formas de violencia contra las mujeres, y el consenso sobre su necesaria erradicación desde todas las esferas de acción posibles.

En el marco de la necesidad de acciones coordinadas, también el Poder Judicial es un actor clave en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. Pero las decisiones de la justicia se verían mejor orientadas si fuera posible lograr una mayor articulación interinstitucional con los organismos públicos que tienen el mandato de velar por los derechos de las personas desde las áreas sociales, de salud y empleo. Las acciones de la justicia no serán suficientes si no pueden enmarcarse en una estrategia más compleja de atención de las problemáticas que dan origen y continuidad a las situaciones en las que prosperan las relaciones violentas. Las leyes no son sino una herramienta en el contexto de una política pública. Pero aun con las limitaciones que les son propias, las normas ponen a disposición ciertos instrumentos que es preciso conocer, difundir y utilizar para la protección de los derechos vulnerados.

No obstante, las preocupaciones más relevantes se presentan en la implementación efectiva de los derechos y las garantías establecidas en el marco normativo. Como actores imprescindibles del servicio de justicia, quienes trabajan desde la defensa pública tienen la difícil tarea de contribuir a asegurar su cumplimiento efectivo, y avanzar más allá de las promesas normativas.

En ese empeño, la coordinación interinstitucional con las dependencias encargadas del diseño, implementación y monitoreo de las políticas públicas será fundamental. No sólo para mejorar las situaciones concretas de las mujeres que atienden en el desempeño de sus funciones, sino también para contribuir a un mejor diseño e implementación de un plan integral, que brinde mejores respuestas a todas las mujeres víctimas de violencia.

.CAPÍTULO III.

LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN EL PROCESO JUDICIAL

*Por Hernán Gullco**

* Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Agradezco profundamente los comentarios y sugerencias que he recibido al redactar el presente comentario, de los integrantes de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

La discriminación de género en el proceso judicial

Por Hernán Gullco

1. Introducción

En este trabajo, se desarrollarán criterios constitucionales que deberían ser tenidos en cuenta para evitar la discriminación por razones de género de las acusadas o víctimas en el proceso judicial, específicamente en las decisiones que se adoptan en los juicios penales. Este intento parece necesario si se consideran los informes que dan cuenta de que tales conductas discriminatorias son comunes en las decisiones judiciales¹. Al examinarse algunas decisiones judiciales respecto de esta cuestión, no pretendo realizar un comentario general a aquéllas y tampoco determinar si las soluciones a las que se arribaron fueron o no correctas. Se pretende, tan sólo, determinar si, en los fundamentos de esos pronunciamientos judiciales, tales criterios constitucionales fueron tenidos en cuenta en forma apropiada.

2. La evolución de las pautas constitucionales en materia de igualdad de género. El estándar tradicional basado en la razonabilidad

El concepto tradicional de igualdad ante la ley se encuentra en el artículo 16 de la Constitución Nacional².

1 Cf. Asensio, Raquel et. al., *Discriminación de Género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y Violencia de Género*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010.

2 La norma establece: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

La tutela que dicha norma ha otorgado tradicionalmente a los individuos ha sido sumamente débil, tal como surge de la siguiente reseña de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (CSJN) realizada por el mismo tribunal en el caso “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos: 332:433), resuelto en el año 2009:

5º) Que [...] se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico -igualdad ante la ley de todos los habitantes- que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados (Fallos: 229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos: 229:765).

Al mismo tiempo, debe recordarse que tales propósitos hostiles o arbitrariedad en la distinción no se presumen, esto es, no serán tenidos por ciertos, según el criterio de esta Corte, hasta tanto sean probados por quien los invoca (Fallos: 306:2147, 2154). Dicho de otro modo, las clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del art. 16 de la Constitución Nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de esta Corte, tienen una presunción favorable que debe ser derrotada por quien la ataque.

Es decir, conforme a este estándar, que podríamos denominar de “mera razonabilidad”³, las distinciones realizadas por la ley entre las personas eran válidas si aquéllas tenían una base objetiva y el estándar sólo era inconstitucional si se demostraba que tales distinciones obedecían a “un propósito de hostilidad a personas o grupos”. Y, dado que la carga de dicha prueba le corresponde a la persona afectada por la clasificación estatal, era claro que en la gran mayoría de los casos el planteo de inconstitucionalidad era rechazado por los tribunales.

En el área específica de la discriminación en materia de género, inicialmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación tampoco se preocupó

3 Tal como se sostuvo en otra parte: “Es fácil advertir que el test de razonabilidad (o racionalidad) es un examen light. Reposa en la confianza en el obrar del Estado. Por eso cabría denominarlo de mera razonabilidad. [...] En efecto, así como cuesta mucho probar la irrazonabilidad de un precepto, cuesta poco acreditar -inversamente- su razonabilidad. Históricamente está impregnado (aquí y en los Estados Unidos) por la deferencia hacia los fines perseguidos por el Estado e igual deferencia hacia los medios que implementa para conseguir aquéllos. No es difícil salvar a una norma probando que no es irracional” (Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, “La cláusula de la igualdad: Hacia un escrutinio más exigente”, J.A. 2001-I-1241). En este artículo se mencionan otros ejemplos de ese control judicial deferente en materia de igualdad que es usual en la jurisprudencia de la CSJN al interpretar el artículo 16 de la Constitución Nacional (caso “Vega”, Fallos: 311:1565, de 1988) y de la Corte Suprema estadounidense (caso “Railway Express Agency v. New York”, 336 U.S.106 -1949-).

por elaborar un estándar protector del principio de igualdad. Un ejemplo notorio de ello es el caso “Lantieri Renshaw” (Fallos: 154:283, de 1929), en el cual Lantieri había solicitado a las autoridades militares que le otorgaran la libreta de enrolamiento. Tal como aparece en la reseña efectuada por la misma Corte Suprema, era claro que la pretensión de la recurrente tenía como objetivo lograr el reconocimiento al derecho al voto en condiciones igualitarias con los hombres. Sin embargo, el Tribunal, al rechazar ese planteo, lo examinó como si ella pretendiese realizar el servicio militar obligatorio:

Puede, sin duda, ser materia de controversia la legitimidad y conveniencia de que la mujer actúe en la vida pública por el ejercicio legal de los derechos electorales, y desde luego que el voto calificado de la mujer instruida influiría más eficazmente en el progreso de las instituciones políticas que el sufragio inconsciente o venal del electoral analfabeto; pero lo que no parece discutible, lo que la ley no ha necesitado prohibir expresamente para que no sea razonablemente permitido, es el supuesto de la ‘mujer soldado’, desplazada de su sitio natural y de su noble misión social y humana, por las exigencias de una carga pública que no podría sobrellevar con eficacia si le fuera impuesta por determinación justificada. El derecho, pues, de no ser privado de lo que la ley no prohíbe, se mantiene en el caso asignado al precepto invocado la interpretación que dicta el recto sentido de las cosas y de los hechos, constitutivos de la realidad misma y base de la verdad legal y jurídica (fallo cit., págs. 290/291).

Y luego de reiterar el estándar de razonabilidad en materia de igualdad que ya se ha mencionado (fallo cit., pág. 291), la Corte concluyó que el género era un criterio apropiado para determinar quiénes tenían derecho al sufragio:

La ciudadanía, por lo demás, no implica siempre el mismo conjunto de atributos, derechos y deberes, pues todo ello varía a virtud de múltiples circunstancias relativas a edad, aptitudes morales o físicas, incapacidades del mismo orden, etc. y *con mayor fundamento si la desigualdad de situación se establece por razón de sexo*, consideraciones de las que es permitido concluir, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte en caso semejante al sub iudice, que a diferencia del ciudadano naturalizado que pierde la ciudadanía y no puede readquirirla si omite enrolarse en tiempo (art. 22, ley 11386), la mujer extranjera al naturalizarse y adquirir los mismos derechos derivados de la nacionalidad que concierten [sic] a la mujer nativa argentina no pierde por su exclusión del registro de enrolamiento la ciudadanía que le ha sido conferida (Fallos 147:252), (fallo cit., págs. 291/292; el destacado es mío)⁴.

4 En una decisión muy posterior (caso “Carballo”, Fallos: 287:42 -1973-) la Corte Suprema empleó el mismo estándar de razonabilidad para concluir que en el caso había existido una discriminación ilegítima por parte de la Prefectura Nacional Marítima en perjuicio de sus empleadas mujeres: “[A]l negar [la Prefectura] al personal femenino la opción que sí acordó al masculino para mantener el estado policial, carece de base que la sustente; pues, si algo evidencian las constancias reseñadas, es que no existía razón valedera alguna que autorizara a suponer que el personal femenino, sólo por ser tal, se encontraba impedido para desempeñar sus funciones conservando aquel estado policial.

3. El estándar fundado en las “categorías sospechosas”

La incorporación, con rango constitucional, de los tratados internacionales que establecen una protección acentuada del principio de igualdad⁵ determinó que, paulatinamente, un sector de la jurisprudencia comenzara a adoptar posiciones más garantistas en esta área.

Un ejemplo de ello se advierte en el voto concurrente del juez Petracchi, de la Corte Suprema, en el caso “González de Delgado v. Universidad Nacional de Córdoba” (Fallos: 323:2659), resuelto en el año 2000, según el cual:

Los actores, padres de alumnos regulares del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, interpusieron amparo en los términos de los arts. 43 CN. y 1 y 5 ley 16986, *a fin de obtener que el Consejo Superior de la citada Universidad se abstenga de aprobar el proyecto de ordenanza en virtud del cual se transformaría a dicho Colegio en un establecimiento de carácter mixto [...] A su juicio, el órgano de gobierno de la Universidad se ha excedido en el uso de las facultades que su autonomía le confiere, toda vez que, cuando se trata de la reglamentación del proyecto de educación secundaria, queda limitada por la citada ley federal.*

Adujeron que optaron por el Colegio Monserrat ya que respondía a su ideario y a sus convicciones filosóficas, éticas y religiosas y a que su proyecto de enseñanza humanista orientada a varones era lo que mejor se adaptaba a la naturaleza y estructura de la personalidad de sus hijos. *Su transformación en un establecimiento mixto importaría un cambio drástico de dicho proyecto y de la formación que otorga a sus alumnos, con perfil e identidad propias.* (Dictamen del Procurador General; el destacado es mío).

Ello impone, como es obvio, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte mencionada en el consid. 4, el acogimiento del reparo constitucional que se formula en el sub judice contra el decreto 7673/1955, con invocación del art. 16 Ley Suprema” (fallo cit. considerando 7°). Sin embargo, a continuación, la Corte limitó fuertemente el alcance de su decisión: “[T]al conclusión no implica que deba hacerse lugar a la demanda en los términos en que ha sido concretada, vale decir, disponiendo que las actoras vuelvan automáticamente a la situación en que se hallaban con anterioridad al decreto 7673/1955, con derecho, además, a los ascensos que les hubieran correspondido en virtud de los años de servicios y el cobro de las diferencias de haberes pertinentes. Ello así, pues, tratándose de reparar una desigualdad con el personal masculino, resulta claro que la posición de las actoras no podría ser mejor que la reconocida a aquél por el decreto mencionado; el cual, en su art. 3 -y refiriéndose al 2, antes transcripto- dispone: ‘La opción para incorporarse al escalafón ‘Administración’ estará condicionada a la aprobación previa de un examen de competencia y a la conveniencia que impongan las necesidades del servicio’. Sólo cabe, en consecuencia, declarar que la negativa del derecho de las recurrentes a la opción que se acordó al personal masculino es pasible de la objeción constitucional expresada en el consid. 7 in fine” (fallo cit. considerando 8°).

5 Específicamente, en lo que se refiere a la tutela contra la discriminación en base al género, con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La mayoría de la Corte se remitió al citado dictamen para concluir que era correcta la decisión de la Cámara Federal de Córdoba en tanto había resuelto que la Universidad de Córdoba no se había excedido en sus facultades al establecer el carácter mixto del Colegio Monserrat.

Si bien en el voto concurrente del juez Petracchi⁶ se coincidió con esa solución, se desarrollaron allí argumentos adicionales que demostraban una comprensión mucho más profunda de las modificaciones que había producido la reforma constitucional de 1994 en el sistema jurídico argentino. Entre otras consideraciones, el magistrado consideró que la solución de la Universidad de Córdoba no sólo no era “arbitraria”, sino que directamente se imponía en la reforma constitucional:

2) Que la Reforma Constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones (art. 75 inc. 22 CN.) que, junto con la Constitución Nacional, configuran el bloque de la constitucionalidad argentina. A partir de entonces son muchas las normas de ese rango que nos rigen y en las que se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, se prohíbe la discriminación y se garantiza el acceso a la educación.

La igualdad ante la ley surge del art. 16 CN.; de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24); del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26); de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 15, “a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley”).

La prohibición de la discriminación está consagrada expresamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II: “sin distinción de raza, sexo, idioma, credo”); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7, que veda “toda discriminación”, sin aditamentos); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24 “sin discriminación, a igual protección de la ley”); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26: “contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión”); y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en su art. 1º se define el sentido de la expresión “discriminación contra la mujer”).

El derecho a la educación está contemplado en el art. 14 CN.; en el art. XII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (con expresa mención a la “igualdad de oportunidades en todos los casos”); en el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en el apartado 2.b. se expresa que la enseñanza secundaria “debe ser generalizada y hacerse accesible a todos”); en el

6 Los jueces Fayt, Boggiano y Vázquez también emitieron sendos votos concurrentes.

art. 10 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación”).

El argumento central que aparecía en ese voto, en el sentido que la reforma constitucional de 1994 había impuesto obligaciones especiales a las autoridades públicas para asegurar la igualdad de trato en ciertas áreas específicas (entre las que se encontraba el género), fue adoptado expresamente por la mayoría de la Corte Suprema en el caso “Partido Nuevo Triunfo”. En esa oportunidad, ese tribunal señaló que el criterio de “razonabilidad” en materia de igualdad debía ser “complementado” con otro “...mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados ‘sospechosos’)”.

El derecho constitucional argentino contiene, en especial a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos).

Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación deben reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592, y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales.

Así, cuando esta Corte ha tenido que resolver sobre la constitucionalidad de leyes que utilizan tales clasificaciones basadas en alguno de esos criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos: “Hooft” 327:5118; “Gottschau” 329:2986 y “Mantecón Valdez” 331:1715). Por lo tanto, el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales -antes que meramente convenientes- y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad (fallo cit., considerando 6º; el destacado es mío)⁷.

7 El origen del concepto de “categorías sospechosas” se encuentra en el precedente de la Corte Suprema estadounidense “Korematsu v. United States” (323 U.S.214 -1944-). Allí se dijo, respecto de las clasificaciones fundadas en el origen étnico de las personas, que “...todas las restricciones legales que restringen los derechos civiles de un grupo racial determinado son inmediatamente sospechosas. Ello no quiere decir que todas esas restricciones sean inconstitucionales. Significa que los tribunales deben someterlas al más rígido escrutinio. Una necesidad pública imperativa puede justificar a veces la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca”. Sin embargo, en ese caso, la aplicación del estándar por parte del tribunal dio lugar a que se considerara como constitucionalmente válida la exclusión de personas de ancestro japonés de ciertas áreas de los Estados

La aplicación por parte de los magistrados en los casos concretos de estos estándares no supone necesariamente la declaración de inconstitucionalidad de las normas sancionadas por el Congreso o las Legislaturas locales ya que "... las leyes no deben ser declaradas inconstitucionales cuando mediante alguna interpretación razonable de las mismas, puedan armonizarse con la Constitución"⁸.

Esto significa que al aplicar las normas penales sustantivas o procesales los jueces deben intentar otorgarles una interpretación que las haga compatibles con los principios de igualdad de género. Esa obligación debe ser cumplida más allá de los posibles vacíos o imperfecciones de la legislación ordinaria, tal como lo ha señalado la Corte Suprema en el conocido caso "Siri", con cita de Joaquín V. González⁹:

No son, como puede creerse, las "declaraciones, derechos y garantías", simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina... (Fallos: 239:459, págs. 463/464; doctrina reiterada, entre otros, en el caso "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual", Fallos: 329:5266, del año 2006).

Unidos sobre la base de que ello estaba justificado por razones de seguridad nacional, ya que el país se encontraba en guerra con Japón. En la actualidad, este fallo ha sido objeto de fuertes críticas por gran parte de la doctrina estadounidense (cf. Stone y otros, *Constitutional Law*, 6° edición, Wolters Kluwer, Aspen, Nueva York, 2009, pág. 520). En lo que respecta a la cuestión específica de discriminación fundada en el género, la Corte estadounidense no ha empleado el estándar de "categoría sospechosa", sino uno que es "intermedio" respecto del de "mera razonabilidad". Sin embargo, en su aplicación práctica, el estándar "intermedio" no se ha diferenciado demasiado del de "categorías sospechosas" tal como se advierte de esta decisión de la Corte estadounidense: "Las partes en el proceso que buscan defender la validez de una acción estatal que se funda en criterios de género deben demostrar que existe una 'justificación fuertemente persuasiva' de dicha acción. La carga de la justificación es exigente y descansa enteramente en el Estado. El Estado debe demostrar 'al menos que la clasificación impugnada cumple importantes objetivos públicos y que los medios discriminatorios empleados están sustancialmente relacionados con el logro de esos objetivos'. La justificación debe ser genuina, no basada en una hipótesis o inventada como una respuesta ex post al litigio" ("United States v. Virginia", 518 U.S.515 -1996-).

8 Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., *El Recurso Extraordinario*, Abeledo-Perrot, 3° edición actualizada, Buenos Aires, 2000, pág. 139. Allí citan la conocida jurisprudencia de la CSN en tal sentido.

9 González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, A. Estrada, Buenos Aires, 1897, n° 82.

4. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su interpretación

Tal como hemos visto, la convención constituye una de las herramientas centrales de nuestro sistema jurídico para lograr una efectiva igualdad entre hombres y mujeres. Ésta ha sido interpretada en varias oportunidades por el “Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”¹⁰.

En lo relevante para este trabajo, corresponde mencionar, en primer lugar, a la Recomendación n° 19 (11° período de sesiones, 1992) en el cual el organismo definió el concepto “Violencia contra la Mujer”:

6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.

7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden:

- a) El derecho a la vida;
- b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno;
- d) El derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- e) El derecho a igualdad ante la ley;

10 El artículo 17.1. de la citada convención establece lo siguiente:

Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitres expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal, se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

VIOLENCIA DE GÉNERO

- f) El derecho a igualdad en la familia;
- g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;
- h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables.

8. La Convención se aplica a la violencia perpetrada por las autoridades públicas. Esos actos de violencia también pueden constituir una violación de las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional sobre derechos humanos u otros convenios, además de violar la Convención.

En esa oportunidad, el Comité agregó que la Convención no solo se aplicaba a la violencia estatal:

9. No obstante, cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los incisos e) y f) del artículo 2 y el artículo 5). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

Por su parte, en la Recomendación n° 24 (1999) el Comité elaboró una serie de recomendaciones respecto de las prestaciones en materia de salud que los Estados Partes debían otorgar a las mujeres:

14. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados Partes han de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de la salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. Por ejemplo, los Estados Partes no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada* o por su condición de mujer. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.

En el ámbito regional específico, tiene gran relevancia la Comisión Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CMV), conocida como Convención de “Belem do Pará”. Esta convención, adoptada el 9/6/2004, fue aprobada por el Congreso de la Nación mediante la Ley 24.632 (B.O. 9/4/1996).

Su artículo 2° define con gran amplitud el concepto de “violencia contra la mujer”:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

En el caso “María Da Penha v. Brasil” (Caso 12.051, Informe 54/2001), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos interpretó esta norma en los siguientes términos:

54. El ámbito de aplicación de la CMV se refiere pues a situaciones definidas por dos condiciones: primero, que haya habido violencia contra la mujer tal como se describe en los incisos a) y b); y segundo que esa violencia sea perpetrada o tolerada por el Estado. La CMV protege entre otros los siguientes derechos de la mujer violados por la existencia de esa violencia: el derecho a una vida libre de violencia (artículo 3), a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral y su seguridad personal, su dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley; y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (artículo 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g) y los consiguientes deberes del Estado establecidos en el artículo 7 de ese instrumento...

5. La relevancia de estos principios a los casos judiciales

5.1. La discriminación que afecta a las acusadas por delitos

Un ejemplo interesante de esta cuestión es el caso de “Romina Tejerina” (Fallos: 331:636, resuelto en 2008). En esa oportunidad, la Corte Suprema examinó el recurso extraordinario federal interpuesto por Tejerina contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, que había confirmado la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Cámara en lo Penal de la ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy. Este tribunal la había condenado a la pena de catorce años de prisión, por encontrarla autora penalmente responsable del delito de

homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (artículo 80, inc. 1º y último párrafo, del Código Penal)¹¹.

El tribunal había dado por probado:

...que el 23 de febrero de 2003, aproximadamente a las 8, la imputada dio a luz a una niña en el baño de la casa en que vivía y, luego de higienizarse, la colocó en una caja de cartón y la apuñaló en dieciocho oportunidades, provocándole diversas heridas que, al cabo de 48 horas, le ocasionaron la muerte no obstante los cuidados a que fue sometida en el hospital donde fue trasladada por la madre de la encausada¹².

Al fijar la pena de Tejerina por homicidio atenuado, los jueces de primera instancia habían tenido:

...especialmente en cuenta la falta de contención y apoyo familiar durante su infancia y adolescencia que confluyeron con diversos desórdenes psíquicos desordenados durante el parto, que, si bien no habían provocado un estado de inimputabilidad, le dificultaron la aceptación de la niña que había dado a luz como su hija (voto Jueza Argibay, considerando 1º)¹³.

La mayoría de la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario¹⁴. De los argumentos utilizados para el rechazo del recurso, son de especial interés los del voto de la jueza Highton de Nolasco:

7. Que sin perjuicio de ello, es dable señalar que la figura del infanticidio ha sufrido diversas supresiones e inclusiones a lo largo de la historia del Código Penal. En efecto, contemplada en la ley 11179 (Código Penal de la Nación Argentina) fue derogada por primera vez a través de la ley 17567. Posteriormente tal modalidad atenuada de homicidio regresó con la ley 20509, pero fue nuevamente derogada con la ley 21338. En 1984 reapareció a partir de las reformas del t.o. del Código Penal (decreto 3992/1984) para finalmente ser derogada por la ley 24410 (vigente desde diciembre de 1994), la cual abrogó hasta nuestros días el tipo penal de infanticidio¹⁵.

11 En la referencia del caso, seguiré la descripción que se hace de él en el voto de la jueza de la Corte Suprema, Highton de Nolasco.

12 Voto cit., considerando 2º.

13 Como se verá a continuación, esas circunstancias fueron ampliamente reseñadas en el voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni. Sobre la base de ello, concluyeron que la sentencia recurrida era arbitraria en tanto no se había fundado adecuadamente el rechazo de un supuesto de inimputabilidad del artículo 34, inc.1º, del Código Penal.

14 Los jueces Lorenzetti y Petracchi votaron por la desestimación del recurso por aplicación del art. 280 CPCCN. Las juezas Highton de Nolasco y Argibay emitieron sendos votos en los que desarrollaron argumentos para fundar la desestimación. Por su parte, existe un voto en disidencia conjunto de los jueces Fayt y Zaffaroni y un voto en disidencia del juez Maqueda.

15 La norma que establecía el delito de infanticidio, al que se refiere el voto transcripto, era el artículo 81.2. del Código Penal y establecía: “Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis

8. Que resulta insoslayable que ese tipo penal pecaba de excesiva amplitud, ya que incluía en la atenuación de la pena a personas que no eran precisamente la madre de la víctima -en su caso, mediando estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable-, quien en definitiva era la única que se hallaba afectada por la posible influencia del 'estado puerperal' -expresión ésta recogida en la norma- en la aparición de ciertas psicosis consecuentes al parto. A su vez, la atenuante estaba justificada además en razón directa al grado de intolerancia social para los embarazos 'ilegítimos', de allí que en ambos supuestos -madre y parientes- debía estar presente el elemento subjetivo específico "...para ocultar la deshonra..."

9. Que podría afirmarse que las pautas morales que inspiraron en su momento al legislador, sin dudas no son las actuales. Un embarazo fuera del matrimonio, en la generalidad de los casos, ya no escandaliza a nuestra sociedad. De allí que la nota de "ocultar la deshonra" aparece actualmente injustificable para atenuar la pena que correspondería a un homicidio calificado.

10. Que por otra parte, existe un elemento incontestable, que ha sido citado de manera expresa en el debate parlamentario que dio lugar a la sanción de la ley 24410, que derogó la figura a la que se viene aludiendo. En el dictamen respectivo, se hizo hincapié en que frente a la ratificación a través de la ley 23849 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se sostuvo que el bien jurídico "vida" es superior a la protección legal de la honra de una mujer; que el homicidio de un recién nacido por parte de la propia madre -soltera o adúltera- bien puede ver atenuada la pena según las pautas de los arts. 40 y 41, CPen., y hasta estar exento de pena por aplicación del art. 34, inc. 1, CPen.; y que la desaparición de la figura ha de abolir también el injustificado privilegio que la ley acordaba a los padres, hermanos, marido e hijos de quien diera a luz, extremo que resulta prácticamente aborrecible en esta época.

El examen de este párrafo permite concluir que el argumento central de la magistrada parece haber sido que, una vez derogado el delito de Infanticidio en el Código Penal Argentino, las instancias judiciales provinciales no tenían otra alternativa que resolver el caso como lo hicieron.

Pero, más allá de esa "cuestionada derogación"¹⁶, resulta claro que podría argumentarse que existían en el caso otras razones que podrían haberse utiliza-

meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inc. 1 de este artículo".

16 Así fue calificada en el considerando 17 del voto de los jueces Fayt y Zaffaroni. Por cierto que, tal como se señaló en el párrafo transcrito del voto de la jueza Highton de Nolasco, la disposición derogada contenía aspectos cuestionables en tanto "... la atenuante estaba justificada además en razón directa al grado de intolerancia social para los embarazos 'ilegítimos', de allí que en ambos supuestos -madre y parientes- debía estar presente el elemento subjetivo específico "...para ocultar la deshonra..."

do para otorgar fundamentos diferentes a la decisión de la CSJN, con independencia del resultado concreto al que podría haberse llegado.

En efecto, tanto en los votos mayoritarios como minoritarios no se tuvo en cuenta el posible impacto que las normas internacionales sobre igualdad de género y violencia contra la mujer podrían haber tenido en el resultado final del caso, según los principios que han sido desarrollados en el punto anterior.

Así, de la descripción de los hechos realizada en la sentencia de primera instancia (que se transcribió previamente) y, especialmente, de la efectuada en el voto de los jueces Fayt y Zaffaroni, era posible afirmar que los tribunales que intervinieron en el caso (incluida la Corte Suprema) omitieron tener en cuenta la influencia que podían tener los estándares convencionales que se mencionaron en la solución del caso. Ello se aplica, en primer lugar, al posible “estado puerperal” bajo el que se encontraría la acusada en el momento del hecho:

El estado puerperal no es una mera *fictio iuris*, sino un real estado existencial de la mujer al dar a luz. Hay algunos estados previos que se exacerban por el embarazo o el parto ‘como fobias psicastevias o verdaderos estados de aberración, sin olvidar, por último, la psicosis puerperal’ (Alfonso Quiroz Cuanrón, *Medicina Forense*, ed. Porrúa, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1977, pág. 642). Tal como indican en su ilustrativo estudio monográfico los Dres. Castex y Quintela, en la madre “a lo largo tanto del proceso como de la vivencia de la gestación de un nuevo ser, [se comprueban] modificaciones somáticas y psíquicas de trascendencia, las que cada día revelan en forma paulatina una extremada y creciente complejidad, sobre todo en el campo de la emotividad, de la conducta y de la conciencia” (*Apostilla a propósito del infanticidio*, Estudios del CIDIE, Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses dependiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, nro. 56, 2004, pág. 160). Es decir, ese estado no se circunscribe al parto y al momento inmediatamente posterior, sino a todas las circunstancias que lo rodearon, lo que podemos denominar *epiparto* o *periparto* (voto cit., considerando 17).

Existe otro aspecto muy importante en el caso que también tenía relación directa con los principios constitucionales examinados. Dicho aspecto también fue puesto de relieve en el voto citado:

Conforme las constancias del expediente, el día 23 de febrero de 2003, Romina Tejerina intentó provocar un aborto cuando creía estar embarazada de aproximadamente cinco meses y, por lo tanto, la posibilidad de sobrevida del feto era técnicamente nula. La imputada había mantenido su embarazo en forma oculta -sólo sabían de él su hermana menor y una amiga, quien refirió que Romina les ocultó el embarazo a sus padres por “miedo” (fs. 563 vta.)-; además no se había sometido durante su transcurso a ningún control ginecológico (ver historia clínica).

En cuanto al parto e inmediato homicidio, todo ocurrió en un baño que mide 1.25 m

de ancho por 1 m de largo (fs. 2), en una vivienda que prestaban a la hermana mayor de Romina y en la que vivía desde los 17 años también junto con su hermana menor; las tres se mantenían con el sueldo que ganaba como docente la primogénita. Esta, pese a la convivencia, ignoraba que su hermana estuviera embarazada...

Por lo demás, se trata de una primeriza de 19 años. El dato no es menor si se tiene en cuenta, por ejemplo, que uno de los fundamentos que utilizó la Suprema Corte de los Estados Unidos para considerar inadmisibles la pena de muerte en menores -caso "Roper vs. Simmons", U.S. Supreme Court: No. 03-633, del 1º de marzo de 2005- fue la conclusión a la que arribaron los jueces luego de examinar la información que habían presentado la Asociación Médica Americana, la Asociación de Psiquiatras Americanos y otras instituciones prestigiosas del país. Allí se señalaba que el cerebro de los menores de edad -hasta los 19/20 años- no se encuentra completamente desarrollado en regiones claves para la valoración y control de las conductas y la toma de decisiones.

La imputada no tenía, además, "ningún referente de confianza, no llegó a tener la significación de que iba a tener una hija; todo iba dirigido para interrumpir un embarazo, no había otra posibilidad para ella de que el bebé nazca muerto y carecía de medios para solicitar ayuda" (v. declaración de la perito oficial Sánchez durante la audiencia oral a fs. 566 vta.). Los intentos de aborto frustrados -de los que se da cuenta en todo el expediente-, bien pudieron desencadenar una perturbación grave de la psiquis al momento de los hechos que impidió que comprendiera la criminalidad del acto, tal como señala su defensa técnica. En efecto, es llamativo el hecho de que, contrariamente, a lo que es el instinto natural -tanto en animales como en personas- la parturienta no haya querido ni siquiera ver a la recién nacida. Otros extremos -como ya se señaló- también parecen indicar que se trató de una conducta arrebatada e impulsiva -un estallido dramático- y que puede explicar que -tal como sucede en esos cuadros- la comprensión sea posterior y se pueda describir perfectamente el hecho.

Es imposible no representarse un estado de importante y grave desequilibrio en quien da a luz por vez primera, casi como un animal, sentada en un inodoro, sin ninguna clase de asistencia y en condiciones de total falta de asepsia. Tejerina ocultó su embarazo durante su transcurso, se encontró durante el inesperado parto privada de medios asistenciales y farmacológicos y en ese momento, ni siquiera, al reclamar la ayuda de su hermana, obtuvo respuesta alguna (considerando 18).

Del examen de estos hechos, parece claro que, en el caso, los tribunales intervinientes tenían la obligación de determinar si las autoridades habían dado cumplimiento con lo expresado en la citada Recomendación 24 que les imponía el deber de:

...[abstenerse] de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados Partes han de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de la salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. Por ejemplo, los Estados Partes no deben restringir el acceso

de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.

Y, al interpretar en el contexto específico de este caso las expresiones “el acceso de la mujer a los servicios de atención médica” y “las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones” utilizadas en la Recomendación 24, resulta fácil concluir que ello se refiere a la posibilidad de la mujer de obtener un aborto sin verse expuesta a una persecución penal¹⁷.

Corresponde agregar que el análisis del caso, a la luz de los estándares internacionales reseñados, hubiera correspondido con independencia de los planteos de la defensa de la acusada ya que tal tarea debe ser realizada de oficio por los tribunales. Ello ha sido claramente señalado por la Corte Suprema con remisión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...las autoridades estatales deben actuar ex officio y sin dilaciones una vez advertido el incumplimiento de la obligación de evitar la impunidad y satisfacer el derecho de las víctimas, conllevó al tribunal interviniente a preterir las vallas formales que presentaba la ley doméstica para cumplir de este modo con la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino (caso “Videla, Rafael”, Fallos: 333:1657, considerando 9º, del 2010; el destacado es mío).

Ahora bien, dado que en el caso “Tejerina” el Estado argentino había fracasado en permitir el acceso de la nombrada a los “servicios de atención médica”, era claro que las autoridades judiciales nacionales (en el ámbito provincial y federal) tenían la obligación de reparar dicha omisión. Una de las formas de reparar esa imprevisión consistía, precisamente, en examinar con cuidado el impacto que podía tener al momento de determinar el grado de reproche penal que correspondía imputar a la acusada.

Estas omisiones a los compromisos internacionales no sólo aparecen res-

17 Tal conclusión se ve reforzada con el examen de la Comunicación 1608/2007 (caso “V., D.A. v. Argentina”, del 29/3/2011), emitida por el Comité Internacional de Derechos Humanos en donde se concluyó que nuestro país había violado el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que tutela a las personas contra “torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”) al no prever mecanismos legales adecuados para proporcionar a una mujer con retraso mental, que había quedado embarazada a resultas de una violación, para que aquélla pudiera acceder a un aborto legal.

pecto de las acusadas de los delitos, sino también a las víctimas de ellos, tal como extensamente se relata en el informe sobre *Discriminación de Género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y Violencia de Género* del Ministerio Público de la Defensa. En el siguiente punto se examinará ese supuesto.

5.2. La discriminación que afecta a las víctimas de delitos

Un ejemplo judicial de esta situación, en donde también se soslayan los estándares internacionales, aparece en la reciente decisión de la Sala 1° del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el caso “G., M. E. s/ recurso de casación”, dictada el 1°/9/2011.

En esa oportunidad, el acusado había sido condenado en primera instancia a la pena de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas, como autor del delito de homicidio simple en perjuicio de su pareja.

Si bien el tribunal de casación rechazó el planteo de la defensa de modificación de la calificación legal del hecho por la de homicidio cometido en estado de emoción violenta (artículo 81, inc.1°, “a”), consideró que correspondía reducir la pena impuesta a la de diez años y tres meses de prisión.

Al fundar esa decisión, el tribunal, en primer lugar, citó sus precedentes en los cuales se había resuelto que si el autor había actuado “bajo un estado de turbación emocional” correspondía un reproche penal menor. Y, al aplicar esa doctrina, concluyó en los siguientes términos:

La exacta correspondencia de estos precedentes con los elementos causídicos me eximen de mayores apreciaciones. El Tribunal tiene por incorporada la pericia psiquiátrica de fs. 297/299 de los autos ppales., producida por la Asesoría Pericial departamental, donde la perito médica Dra. Nélida Queró concluye que “... al momento de los hechos, de acuerdo a las fuentes analizadas, la comprensión y dirección de sus actos se vieron entorpecidas por el estado de emoción del acusado.” (fs. 67 y vta. de la causa 35762). Adunado a ello, el informe pericial, de marras relata en sus considerandos que: “El examinado relata una relación difícil y disfuncional con la víctima, hasta que el día de los hechos en cuestión comienzan a manifestarse síntomas de carácter neuro vegetativo compatibles con las que acompañan a los estados emocionales, para luego relatar los hechos que desarrolla en su declaración pero de manera fragmentada, que permite ver a retrospectiva el compromiso de conciencia que acompañó al acto.” (fs. 5 del mismo proceso citado).

En otras palabras, se perfila un estado emocional que no contiene todas las características que la ley requiere para obrar como atenuante calificativa; pero si para ejercer una vigorosa influencia a la hora de considerar la sanción como correlato de la autoría culpable, atento el fino examen de lo pasado y de lo con-

temporáneo al delito que requiere el art. 41 del C.P. *A eso debo aditar la actitud casi provocativa que la víctima venía exhibiendo al momento de producirse el altercado final de una pareja con patentes inserciones de desequilibrio, desquicio y desaveniencias. Sumo, por último, la favorable impresión personal recogida en ocasión de comparecer el acusado en estrados.* Propongo, como consecuencia de todo esto, casar parcialmente el veredicto, introduciendo la atenuante del especial estado emocional sufrido por el encartado en función de los factores gravitantes antes consignados, así como la favorable impresión personal recogida, lo cual conduce a fijar una nueva penalidad de prisión en la cifra de diez años y tres meses, dejando intactas las demás declaraciones en concurrencia contenidas en el fallo. (Voto del juez Piombo, el destacado es mío)¹⁸.

Ahora bien, debe recordarse que la “Violencia contra la Mujer” está constituida por “...la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad” (Recomendación n° 19, cit.); y que “...los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas” (Recomendación cit.). Por consiguiente, es claro que la referencia superficial del Tribunal de Casación Provincial a la “actitud casi provocativa de la víctima” no era una razón suficiente para una disminución tan drástica de la pena como la que dispuso. Las obligaciones internacionales impuestas a la República Argentina en asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en general, y la igualdad de género en especial, imponían al tribunal el deber de explicar en forma mucho más detallada en qué consistía la supuesta “actitud” de la víctima y por qué justificaba la reducción de pena impuesta al acusado¹⁹.

Por otra parte, no sería una objeción a ello el hecho de que las garantías en el proceso penal están previstas sólo para el acusado y no servirían, en cambio, para fundar una pretensión punitiva.

18 Sus colegas de sala –Natiello y Sal Llugués- coincidieron en esa solución. Sin embargo, el primero de los magistrados disintió con sus colegas en que “la favorable impresión recogida” del imputado pudiera ser considerada como una atenuante.

19 Por cierto que la omisión en examinar adecuadamente los hechos del caso en una sentencia judicial constituye uno de los supuestos de arbitrariedad conforme la conocida doctrina de la Corte Suprema de la Nación (cf. Palacio, Lino, *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, 4° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs.183-186. Allí se citan las numerosas decisiones de la CSJN en donde se ha elaborado esa doctrina).

Tal argumento desconocería la conocida jurisprudencia de la CSJN conforme a la cual “...todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 CN., que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos 268-266, consid. 2)” (caso “Santillán”, Fallos: 321:2021, considerando 11º, resuelto en 1998).

En el campo específico de la tutela de los derechos humanos, existen varias decisiones de la Corte Interamericana que han establecido el mismo principio. Esta doctrina fue ratificada recientemente en el caso “Gelman v. Uruguay” (sentencia del 24/2/2011):

187. Del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones a derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación [...]

189. La referida obligación internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

190. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos [...]

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, *todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (el destacado es mío).

Dado que la “debida reparación” a la que se hace referencia está constituida, en casos de violaciones graves a derechos, por la imposición de una sanción penal adecuada (caso “Gelman”, cit.), es claro que la decisión de un tribunal

nacional de disminuir sustancialmente la pena impuesta al autor de una violencia paradigmática contra la mujer (es decir, el homicidio), sin dar razones adecuadas, también configura el desconocimiento de los derechos que tutelan contra la discriminación de género.

6. Conclusión

Entiendo que las breves consideraciones que se han desarrollado en los puntos anteriores sirven para ratificar un principio que, si bien es elemental, a menudo los tribunales de justicia lo olvidan: al interpretar las normas del Código Penal, todos los intervinientes en el proceso (fiscales, defensores y jueces) siempre deben otorgarles la inteligencia que más se ajuste a la Ley Fundamental:

...pues es un principio hermenéutico utilizado por este tribunal desde sus primeros precedentes que de ese modo deben entenderse todos los preceptos del ordenamiento jurídico (Fallos 255:192; 285:60; 299:93; 302:1600), desde el momento en que esa integración debe respetar los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo (Fallos 312:111; 314:1445. (Caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual”, cit, considerando 13).

Los casos que hemos examinado ejemplifican una aplicación deficiente de esos principios en lo que se refiere a la tutela efectiva de la igualdad de género. Y a la protección contra la violencia contra la mujer. Esperemos que esa tendencia se revierta en el futuro²⁰.

20 Recientemente, la Corte Suprema de la Nación parece haber adoptado un criterio similar al que se propone en este comentario. Así, al resolver el caso “Leiva, María Cecilia” (sentencia del 1º/11/2011) el Tribunal, al remitirse al Dictamen del Procurador Fiscal, revocó la sentencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca que había rechazado el planteo de legítima defensa de la nombrada, y confirmó, así, la condena a doce años de prisión por homicidio simple impuesta en primera instancia en razón de que la acusada mató de un puntazo, asestado con un destornillador en la zona del tórax, a S. D. S., que convivía con ella y era padre de sus hijos. En el dictamen, se consideró que, al revisar la sentencia de primera instancia, la Corte provincial no había cumplido con los estándares elaborados por la Corte Suprema de la Nación a partir del caso “Casal” (Fallos: 328:3399). El Procurador Fiscal fundó, en parte, esa conclusión en las siguientes circunstancias: “La constancia del 5 de junio, al día siguiente del hecho, cuando el médico de la policía informó que L. ‘no se encuentra en condiciones de ser trasladada a la sede del juzgado’, y que ‘se le puede tomar declaración únicamente en el nosocomio’ (fojas 68). Y el asiento que tres días después, el 8 de junio, donde asentó que debía declarar en el lugar de internación, y agregó que recibía tratamiento psicológico (fojas 86 y vuelta). [...] Todo esto debió dar la pauta del menoscabo de salud de la imputada. Y como en la causa no se cuenta con inspecciones y estudios de las facultades mentales de L., *ni hay constancias de que se le practicó el tratamiento psicológico que aconsejaron los profesionales que la vieron después del homicidio (operaciones que podrían haber echado luz sobre situaciones esenciales a la hora de resolver sobre su responsabilidad, como podría ser, si padecía el síndrome de la*

mujer golpeada o abusada por su pareja) el sopesar las constancias enumeradas arriba aparece como imprescindible, en pos de la comprensión de los motivos que llevaron a un mujer joven, embarazada de cinco meses, sin antecedentes, a herir mortalmente al padre de sus hijos, alegando en su defensa que éste le había pegado siempre, incluso le había hecho perder un embarazo anterior, agresión que se había repetido en esta ocasión con el riesgo de padecer un nuevo aborto, y de la que ella había atinado a defenderse, sin saber muy bien lo que hacía.” (Dictamen cit., punto 2 “c”, el destacado es mío).

.CAPÍTULO IV.

DESALOJOS, VIVIENDA Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Por Romina Tuliano Conde y Sebastián Tedeschi***

* Romina Tuliano Conde es Prosecretaria Administrativa de la Defensoría General de la Nación.

**Sebastián Tedeschi es Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación y Master en Derechos Humanos y Multiculturalismo de la Universidad Internacional de Andalucía.

Los autores agradecen la colaboración de Mariel Acosta Magdalena.

Desalojos, vivienda y violencia contra las mujeres

Por Romina Tuliano Conde y Sebastián Tedeschi

*Porque hay una historia que no está en la historia y que sólo
se puede rescatar escuchando el susurro de las mujeres.*

Rosa Montero

*Hace veinticinco años que vivo acá... Mi madre es discapacitada, y yo estoy sola para alimentar a mis tres hijos. Ahora
tendremos que ir a vivir a la calle.*

Mariel Vizcaino, víctima de un desalojo forzoso

En este trabajo presentaremos un análisis de diversas situaciones que producen o favorecen violencia contra las mujeres, específicamente aquellas circunstancias en las que la violación del derecho a la vivienda, se constituye en una forma de violencia contra ellas. A partir de ello proponemos diferentes estrategias de litigio para los operadores jurídicos a la hora de planear acciones, la defensa o bien la resolución de un caso.

Nuestra exposición se divide en tres partes. En la primera sección, abordaremos situaciones que crean un contexto que favorece la exposición de las mujeres a situaciones de violencia. En particular trataremos sobre la discriminación de las mujeres en el acceso a la propiedad de los bienes, las condiciones de vida urbana y la seguridad de la tenencia de la vivienda¹. En la segunda

1 De acuerdo a la Comisión de Asentamientos Humanos de la ONU, la seguridad de la tenencia se deriva del hecho de que el derecho al acceso y al uso de la tierra y a los bienes inmuebles habitacionales está avalado por un conjunto conocido de reglas y de que ese derecho es invocable ante la justicia. La tenencia puede hacerse efectiva de diversas formas, según los marcos constitucionales y jurídicos, las normas sociales, los valores culturales y, hasta cierto punto, las preferencias individuales. En resumen, puede decirse que una persona o grupo familiar goza de seguridad de

sección, nos ocuparemos del impacto negativo que la violación del derecho a la vivienda adecuada tiene sobre las mujeres por desalojos o desplazamientos forzados, o bien por otras situaciones como la pérdida de trabajo de las empleadas domésticas y la violencia en las relaciones familiares. En la tercera parte, se presentan algunas estrategias de litigio.

Tomaremos como fundamento la siguiente definición de violencia contra las mujeres:

...debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado².

La lucha contra la violencia infligida a las mujeres requiere de una política enfocada en la prevención, la protección y el respaldo a las víctimas, y el procesamiento de los autores de dichas violaciones. Para ello, resulta necesario promover la igualdad entre hombres y mujeres combatiendo las discriminaciones que éstas sufren. En ese sentido, los obstáculos al ejercicio de sus derechos tanto socioeconómicos como políticos dejan a las mujeres más expuestas a la violencia.

I. Situaciones de contexto que facilitan la violencia contra las mujeres³

1. Discriminación histórica de las mujeres en el acceso a la tierra, la vivienda y la propiedad

Las situaciones de violencia contra las mujeres están influenciadas por un contexto que, aunque no podemos afirmar que las determina, al menos las facilita. Asumiremos, como punto de partida, que las mujeres han sido históricamente excluidas del derecho a la propiedad de los bienes, y que ello responde

la tenencia cuando está protegido contra el desalojo forzoso de su tierra o residencia, salvo en circunstancias excepcionales, y en tales casos sólo cuando ello se haga por medio de un procedimiento jurídico conocido y convenido que en sí debe ser objetivo, equitativamente aplicable, impugnabile e independiente. ONU Comisión de Asentamientos Humanos. Temas especiales: Seguridad de la Tenencia, 18º período de sesiones, Nairobi, 12 a 16 de febrero de 2001, HS/C/18/6 del 9 de noviembre de 2000.

2 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), artículo 1º.

3 Para este apartado tomamos como base la investigación de Magdalena León y Carmen Deere, *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*; Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2000; y el informe COHRE, *Los desalojos en América Latina. Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*, Ed. COHRE, Porto Alegre, 2006.

a múltiples causas de índole cultural, legal, estructural e institucional basadas en una ideología patriarcal que construye las nociones de lo masculino y lo femenino, y reduce a las mujeres al ámbito de lo privado.

Aunque no existen datos certeros respecto de la distribución de la propiedad por sexo, el Estado argentino no incluye en sus estadísticas indicadores de género que den cuenta de la distribución según esta variable. Es decir, no hay datos estadísticos que reflejen el acceso a la propiedad, la tenencia, o la vivienda por parte de las mujeres, ni los desalojos efectuados contra ellas.

En el ámbito internacional existe una cifra, desactualizada, que se toma como referencia e indica que las mujeres poseen sólo el 1% de la propiedad en el mundo⁴. Aunque tan sólo se trate de una aproximación de la realidad, evidencia una clara desigualdad entre hombres y mujeres en la distribución de la propiedad.

Esta desigualdad estructural en la distribución de la propiedad entre hombres y mujeres no tiene una única explicación y está íntimamente relacionada con el rol que la mujer ha ocupado y aún ocupa en la sociedad, el Estado y el mercado.

Las formas más factibles de acceso a la propiedad son la herencia, la adjudicación estatal y la compra en el mercado de bienes. Las normas y prácticas culturales son de gran importancia a la hora de considerar el derecho de la mujer a la propiedad y su relación con el derecho a una vivienda adecuada. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a una vivienda adecuada sostiene que “la imposición de normas culturales y sociales a las mujeres servía para minar garantías jurídicas a la igualdad y no discriminación ofrecidas a las mujeres al acceder a su derecho a una vivienda adecuada”⁵.

Desde el punto de vista legal, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas priorizaron al hombre en los traspasos hereditarios y lo privilegiaron también en el matrimonio. En países como Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana, el marido administra la propiedad conyugal, y sólo en Ecuador y Paraguay la legislación permite un acuerdo en contrario.

4 United Nations (1980) “Report of the World Conference of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace”, Copenhagen, 14 to 30 July 1980, Nueva York: United Nations, A/Conf.94/35.

5 Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, “La mujer y la vivienda adecuada”. Estudio del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Miloon Kothari, E/CN.4/2005/43, del 25 de febrero de 2005, párr. 53.

En nuestro país, la ley 25.781 sustituyó el segundo párrafo del artículo 1276⁶ del Código Civil, que establecía que la disposición y administración de los bienes conyugales esté a cargo del marido únicamente cuando no podía determinarse su origen o la prueba era dudosa y lo reemplazó por un nuevo texto que prevé la disposición y administración conjunta.

También ocurre con frecuencia que frente a la separación de los cónyuges, si bien son las mujeres quienes continúan habitando en la vivienda familiar cuando existen hijos, los maridos sistemáticamente cesan de pagar las deudas contraídas por ellos antes de la separación, lo cual deja a la vivienda de las mujeres a merced de los acreedores y, en última instancia, esto culmina en la pérdida de la casa en un sinfín de casos.

La discriminación jurídica de la mujer en la administración y disposición de los bienes matrimoniales las expone a situaciones de alta vulnerabilidad frente a los desalojos que son, muchas veces, provocados por la negligencia o fraudulencia en la administración que hacen los maridos.

Es verdad que en las últimas dos décadas se avanzó en forma significativa en cuanto a los marcos legales que reconocen a las mujeres el derecho a la propiedad y a la herencia. Sin embargo persisten prácticas culturales y mecanismos que limitan la efectiva aplicación de las leyes. Las mujeres de sectores pobres y empobrecidos, mujeres solas con hijos, mujeres desplazadas por conflictos armados, por desastres naturales y por especulación económica del suelo, mujeres migrantes, y mujeres indígenas y afro descendientes sufren limitaciones y/o discriminaciones para el acceso a la tenencia segura de la vivienda, o bien a subsidios y créditos para obtenerla. En un alto porcentaje, ellas no cumplen con los criterios de elegibilidad para el acceso a la vivienda subsidiada o subvencionada. Éstos presuponen la existencia de ingresos regulares y empleos formales, mientras que los ingresos de las mujeres provienen de empleos informales e inestables⁷.

Por otra parte, en el área rural, las mujeres campesinas también se topan con barreras de orden jurídico, sociocultural e institucional que limitan el acceso de las agricultoras a la tierra y el control sobre ella.

Alrededor del 48% del ingreso familiar de América Latina es generado por la labor de unas 60 millones de mujeres rurales que todos los días trabajan la

6 El artículo anterior sostenía: "Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición corresponde al marido..."

7 Carta por el derecho de las mujeres a la ciudad, punto 2.6. Disponible en <http://www.hic-net.org/document.php?pid=2560>.

tierra⁸. A pesar del rol fundamental que las mujeres desempeñan en la economía campesina, su acceso a la tierra siempre ha sido limitado a causa de la falta de implementación de una auténtica reforma agraria. Esto también ha provocado migraciones de mujeres del campo a la ciudad, donde quedan sujetas a trabajos precarios en el empleo doméstico o en talleres textiles, a veces en estado de semi esclavitud.

Por ejemplo, en Nicaragua y Honduras, las leyes agrarias reconocen el derecho de la mujer a ser beneficiaria directa de la reforma agraria. No obstante, persisten normas discriminatorias en las leyes civiles que condicionan su acceso a la tierra; y en la práctica, a pesar de que las tierras podrían ser tituladas a su nombre, son pocas las mujeres que disponen de títulos de propiedad.

Al igual que las mujeres urbanas, las campesinas también tienen obstáculos para acceder a la tierra, en primer lugar, por medio de las sucesiones, y si bien las leyes que regulan los temas sucesorios son distintos en cada país latinoamericano, en la mayoría de ellos la ley agraria y/o el código civil no reconocen plenamente el derecho de la mujer casada o conviviente de hecho a heredar la tierra en caso de muerte o abandono del marido o compañero. Aunque en Argentina esta discriminación no existe para las mujeres casadas, aún subsiste respecto a las que permanecen unidas en concubinato.

Además, la cultura patriarcal, fuertemente arraigada en el campo, no considera el rol de las mujeres como productoras e impide que ellas accedan, en condiciones paritarias al hombre, a la tierra y a los demás servicios relacionados con la producción, como el crédito, la asistencia técnica y la capacitación.

Por lo demás, la falta de información catastral actualizada y desagregada por sexo, la carencia de una política pública con perspectiva de género y la ausencia de estadísticas precisas que reflejen la verdadera contribución de las mujeres en la producción agropecuaria constituyen sólo algunas de las barreras institucionales que perpetúan la discriminación de las mujeres en el acceso a la tierra.

La segunda de las formas de adquisición de la propiedad es la adjudicación por parte del Estado. En este sentido, la discriminación contra las mujeres se debe a los sesgos masculinos que por lo general presentan los programas estatales de distribución de la tierra. Con frecuencia las políticas públicas para titular las tierras a favor de quienes las poseen, privilegian a los jefes de hogar

8 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), "Mujer y tenencia de la tierra". Disponible en <http://www.fao.org/focus/s/women/tenure-s.htm>

varones. Esto acentúa la vulnerabilidad de las mujeres en caso de abandono, separación o viudez porque, según el régimen marital específico, es posible que no puedan reclamar legalmente la propiedad si no estaba titulada a su nombre o en forma conjunta.

En Argentina, no hay políticas públicas específicas que tomen como base la desigualdad entre hombres y mujeres, y adopten, en consecuencia, medidas positivas que beneficien a las mujeres en el acceso a la vivienda, tales como incentivos o subsidios especiales para el otorgamiento de créditos para vivienda.

Incluso las mujeres jefas de hogar, en los hechos, son excluidas de los planes de autoconstrucción. Como no se contempla la labor de cuidado de sus hijos y no se reciben subsidios por la mano de obra empleada, resulta imposible que puedan conciliar las labores de cuidado y las exigencias necesarias para construir sus viviendas.

Así, por ejemplo, el Plan Federal de Viviendas no contempla en su normativa, ni en las disposiciones específicas, regulaciones que consideren la situación especial de las mujeres. Si bien *a priori* no habría obstáculos para que las mujeres accedan al plan, su rol histórico en la sociedad y la familia les impide acceder a él efectivamente. El Estado debería garantizar que las mujeres sean titulares o cotitulares de las viviendas en todos los planes gubernamentales.

Una tercera manera de acceder a la propiedad es a través del mercado de bienes, pero el mercado de tierras es donde menos probabilidades tienen las mujeres de participar directamente, debido a los sesgos de género que obstaculizan que las mujeres intervengan como compradoras⁹. A su vez, en tanto

9 La tendencia de las mujeres a trabajar en el sector informal es mayor que la de los varones, y persisten diferencias de género tanto en los niveles de ingreso como en cuanto a los puestos alcanzados. Así, más de la mitad de las mujeres trabajadoras no recibe ningún tipo de beneficio laboral (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales [2005], Diagnóstico sobre la situación laboral de las mujeres, Buenos Aires, segundo trimestre de 2005). La incorporación masiva de las mujeres al mundo laboral no ha cambiado el hecho de que tanto el trabajo doméstico como el cuidado de los hijos siga recayendo sobre ellas. Los servicios de cuidado provistos socialmente para las mujeres trabajadoras son casi inexistentes, o en todo caso, no alcanzan a cubrir al total de las madres que trabajan fuera de sus hogares. Las dificultades que tienen las mujeres trabajadoras para compatibilizar el trabajo productivo con el trabajo reproductivo las coloca en un grado mayor de vulnerabilidad. En algunos casos, las mujeres deben dejar a sus hijos solos, o llevarlos con ellas al trabajo porque hay muy pocos jardines maternos o infantiles públicos. El Comité de la CEDAW y el Comité Interamericano por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han solicitado al gobierno nacional que implemente medidas urgentes para proteger a los trabajadores informales, que contabilice dentro de las estadísticas nacionales

persisten las desigualdades entre los ingresos salariales de mujeres y hombres, esta diferencia incide directamente en el respaldo y en la capacidad de pago que las mujeres ofrecen al sistema financiero para ser beneficiarias de créditos para la compra de inmuebles.

La propiedad de la tierra, y en general de bienes económicos, por parte de las mujeres no sólo mejora su poder de negociación en el hogar, sino también lo incrementa afuera de éste, es decir, en la comunidad y en la sociedad¹⁰. La redistribución equitativa de la tierra y el acceso a la propiedad y a la vivienda es fundamental para transformar las relaciones de género y la subordinación histórica de las mujeres a los hombres.

2. Un ambiente urbano contra las mujeres

Además de la discriminación histórica de las mujeres en el acceso a la propiedad existe otro factor de contexto, el ambiente urbano, que perjudica la situación de las mujeres en sus posibilidades de vivir en un ambiente seguro.

Las ciudades en las que vivimos fueron pensadas desde las necesidades de la producción, del trabajo remunerado, sin advertir que todo ello se sostiene sobre un trabajo invisibilizado. Las distancias de las ciudades pensadas con funciones separadas, teóricamente rentables para la producción, hacen inviable que las mujeres con responsabilidades reproductivas puedan acceder en igualdad de condiciones que los hombres a estos trabajos¹¹.

El urbanismo no es neutral al género. Al conformar el espacio urbano, se dan prioridades, se reflejan poderes y se tornan visibles los derechos. El género es una construcción cultural que asigna roles a cada sexo. Entendemos que la ciudad no debe contribuir a perpetuar la división de tareas entre mujeres y hombres, entre el mundo de lo reproductivo y de lo productivo. La ciudad es nuestro espacio de socialización, aun así, las mujeres y su experiencia de vida no están presentes en su definición. El espacio público, urbano o rural, de gran

las actividades domésticas como trabajo de cuidado y que establezca la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres (Kohen, Beatriz, "La estrategia del litigio para la defensa de los derechos de las mujeres en la Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994", en Sonia Boueiri, (coord.), *El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*, Madrid, Dykinson, Colección Oñati: Derecho y Sociedad, 25, 2010, 194).

10 Deere, C. y León, M., *op cit.*

11 Muxi, Zaida, "Reflexiones en torno a las mujeres y el derecho a la vivienda desde una realidad con espejismos". Disponible en http://upcommons.upc.edu/e-prints/bitstream/2117/6726/1/derecho_humano_vivienda.pdf

ciudad o de pueblo, ha sido proyectado, gestionado, articulado sin tener en cuenta los deseos, las necesidades y las actividades diversas de las mujeres¹².

La Argentina es un país predominantemente urbano desde 1914; nuestras ciudades no fueron pensadas para las mujeres. El diseño urbano y, en particular, el espacio público reflejan formas de relación interpersonales que favorecen la centralidad de los varones adultos blancos. Las calles oscuras y los lugares apartados por barreras urbanísticas presentan escenarios en donde las mujeres corren el riesgo de sufrir situaciones de violencia.

Con el fin de saber si nuestras ciudades son seguras para las mujeres, Zaida Muxi propone tener en cuenta aspectos tales como la participación, el espacio público, la oferta de equipamientos, la seguridad urbana y la movilidad. La autora entiende que es imprescindible visibilizar lo que ocurre en un espacio para poner sobre el papel todo el conocimiento que acumula una comunidad sobre su propio territorio, concretamente la experiencia de las mujeres en su vida cotidiana. Para la equidad de género, el espacio público debe favorecer la autonomía y la socialización de las personas, priorizando en su diseño las necesidades de mujeres y hombres. El reconocimiento de la importancia de la labor de las mujeres en la sociedad debe ser visible en el espacio público, y uno de los mecanismos más inmediatos es nombrar a los espacios públicos en femenino. La oferta de equipamientos se amplía cuando la sociedad en la que se inscribe reconoce, asume y valora el trabajo derivado de los roles de género. La percepción de seguridad está vinculada a la capacidad de las mujeres de apropiarse del espacio adquiriendo autonomía. Entre los factores espaciales que colaboran en la percepción de seguridad están la visibilidad, la claridad y la alternativa de recorridos, la variedad de usos y actividades y la presencia de gente diversa. Para favorecer el sentimiento de pertenencia y seguridad en los espacios públicos se tiene que cuidar sobre todo la iluminación de los espacios para peatones, y se deben evitar muretes, vallas y escaleras que generen rincones escondidos y de difícil acceso. Finalmente, la movilidad debe ofrecer la máxima variedad de opciones, privilegiando los recorridos peatonales que se apoyan en un tejido urbano funcionalmente múltiple. Los transportes públicos tienen que dar respuesta a todos los horarios del mundo reproductivo que generan recorridos no lineales ni uniformes.

Si tomamos en cuenta estos indicadores, aún sin tener un estudio sistemático de esta realidad, desde la intuición podemos afirmar que nuestras ciudades

¹² Muxi, Z., *op. cit.*

están lejos de contemplar estos aspectos cruciales. Las ciudades en las que vivimos, sin estar pensadas desde y para las mujeres, generan un ambiente propicio para la violencia contra ellas.

II. La violencia contra las mujeres como consecuencia de las violaciones del derecho a la vivienda

La violencia contra la mujer es la manifestación de relaciones de poder tradicionalmente desiguales entre hombres y mujeres, tanto en el ámbito individual como en el social. Los actos y las amenazas de violencia desempeñan un papel preponderante en la perpetuación de estas relaciones desiguales, que también subyacen a las violaciones del derecho de la mujer a una vivienda adecuada¹³.

La carencia de una vivienda adecuada puede posicionar a las mujeres en una situación más vulnerable frente a las distintas formas de violencia y, a la inversa, la violencia contra las mujeres puede conducir a la violación de su derecho a una vivienda adecuada¹⁴.

Hay factores claves que afectan el derecho de las mujeres a una vivienda adecuada, a saber: la inseguridad en la tenencia; la falta de acceso a servicios sociales asequibles, así como a créditos y subsidios para la vivienda; la desinformación respecto de sus derechos humanos; las barreras burocráticas que les impiden acceder a programas de vivienda; el aumento de la pobreza y del desempleo, y las prácticas culturales discriminatorias¹⁵.

La amplia incidencia de la violencia basada en el género es un eje esencial de la trama formada por las violaciones de los derechos humanos a las que se ven expuestas las mujeres, incluso las violaciones del derecho a una vivienda adecuada y a la tierra¹⁶. Ello demuestra que existe una estrecha vinculación entre la violencia contra las mujeres y el derecho a una vivienda adecuada.

1. Los desalojos como forma de violencia contra las mujeres

Los desalojos forzados no son un fenómeno neutral a la cuestión de género. Éstos afectan en forma desproporcionada a las mujeres por muchas razones.

13 Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, “La mujer y la vivienda adecuada”, *op. cit.*, párr. 42.

14 *Ibidem*.

15 *Ibid.*, resumen.

16 *Ibidem*.

Ello no significa que los desalojos afecten sólo a las mujeres, pues tal como lo afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC), los desalojos son *prima facie* contrarios al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷.

El Comité define a los “desalojos forzosos” como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos¹⁸.

Para la ex Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la práctica de los desalojos forzados constituye una grave violación de los derechos humanos¹⁹. Por su parte el Comité DESC destaca que las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros grupos marginados o vulnerables se ven afectados en una medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos; y que en todos estos grupos las mujeres, a su vez, se ven afectadas en extremo a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que solían afectarlas en materia de derechos de propiedad, incluso la propiedad de una vivienda y el derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y también a causa de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia sexista y al abuso sexual cuando se quedan sin vivienda²⁰.

Tanto el Relator Especial sobre el Derecho a la Vivienda Adecuada, como la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, ambos expertos independientes de la Organización de Naciones Unidas, han analizado durante sus mandatos el impacto de los desalojos sobre las mujeres.

Según observa la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, en los procesos de relocalización que se producen como consecuencia de implantación de proyectos de desarrollo (turismo, agroindustrial, monocultivo, represas hidroeléctricas, autopistas, u otras obras públicas), renovación urbana, eventos deportivos, ferias internacionales y motivos ambientales, entre otras causas:

...la reubicación y la pérdida de los medios de subsistencia tradicionales repercuten de manera especialmente grave en la mujer y suelen provocar una situación de

17 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 7, Párr. 10°.

18 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 7, Párr. 3°

19 Commission on Human Rights (10 March 1993), “Forced evictions,” Commission on Human Rights resolution 1993/77, UN Doc. E/CN.4/RES/1993/77.

20 Comité DESC, Observación General N° 7, párr. 10.

pobreza y desempleo peor, tanto para ellas mismas como para los hombres de la familia. La reubicación forzosa desestabiliza la vida familiar, reduce los niveles de tolerancia, aumenta la agresividad y hace más frecuentes los malos tratos contra la mujer. Con frecuencia, se reubica a las personas contra su voluntad. En esos casos, el desalojo forzoso suele llevarse a cabo con el consentimiento o incluso por orden del Gobierno. Aunque el desalojo forzoso afecte a toda la familia, la mujer es, una vez más, la más afectada, pues tendrá que afrontar nuevas circunstancias, desempeñar las mismas funciones que antes con menos medios y trabajar más para ganar lo suficiente [...] A menudo, no se puede mantener el modo de vida en las tierras que se asignan para la reubicación. Esa perturbación supone un obstáculo y un impedimento para que la mujer ejerza sus funciones tradicionales²¹.

Asimismo, la Relatora sostiene:

...la falta de una vivienda adecuada crea unas condiciones domésticas que fomentan la violencia. Las mujeres y los niños pasan más tiempo en casa que ningún otro miembro de la familia y, por consiguiente, son más vulnerables a los ambientes perniciosos y antihigiénicos y a la falta de agua potable. Además, las condiciones de hacinamiento en la vivienda, con altos niveles de tensión y poca tolerancia, junto con el desempleo o la pobreza y la consiguiente ansiedad económica agravan el riesgo de violencia doméstica. La vivienda también es una cuestión que atañe a la mujer. Las mujeres que dependen económicamente de su pareja o sus familiares suelen enfrentarse al dilema de resignarse a los abusos o quedarse sin hogar²².

Por otra parte, el Relator Especial sobre el Derecho a la Vivienda Adecuada consideró que:

...la falta de una vivienda adecuada puede hacer a las mujeres más vulnerables ante diversas formas de violencia y, a la inversa, la violencia contra las mujeres puede conducir a la violación del derecho de la mujer a una vivienda adecuada²³.

La percepción de la mujer sobre su “hogar”, la función que desempeña allí, el temor a perderlo y el miedo a vivir en la inseguridad hacen que los desalojos forzosos tengan una repercusión negativa mucho mayor sobre las mujeres.

Las mujeres también sufren más cuando son desalojadas por la fuerza y se

21 Comisión de Derechos Humanos, 56º período de sesiones “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género la violencia contra la mujer”. Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. La política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer, párrs. 52-57.

22 *Ibidem*, párrs. 69-70.

23 Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, “La mujer y la vivienda adecuada” *op. cit.*, párr. 42.

quedan sin hogar, ya que ambas situaciones las exponen a una mayor violencia, además de constituir una violación a su dignidad personal y a su salud.

La persecución del delito de usurpación tiene un impacto específico y diferenciado de género. Ello se refleja, preferencialmente en los barrios precarios o informales, en los que las mujeres son las principales acusadas cuando se les imputa el delito. Su rol como principales administradoras del hogar hace que, a menudo, sean las únicas que están en la casa cuando se produce el desalojo²⁴. También son quienes, en la mayoría de los casos, reciben las notificaciones y enfrentan los procesos judiciales de los que se enteran cuando ya casi no hay defensas que oponer y, por ende, son vencidas en juicio.

Por lo general son las mujeres las que, salvo excepciones, conviven con los hijos luego de separarse de su pareja. Así, el desalojo para la mujer acarrea la preocupación por el destino de sus hijos y la humillación de tener que vivir en la calle con el miedo constante de perder la tenencia por no tener un domicilio fijo.

Cuando las mujeres son desalojadas, se rompen los lazos de solidaridad y colaboración para el cuidado de los hijos. A diferencia de las que pertenecen a las clases media y alta –que, en general, acceden a trabajos formales, suelen contar con regímenes de licencia en la ley laboral y recursos para pagar a empleadas domésticas, lo que les permite su desempeño laboral–, este recurso no está disponible para las mujeres de bajos ingresos, quienes para ir a trabajar, generalmente en jornadas más extensas, deben encomendar a sus vecinas el cuidado de los niños. Tampoco cuentan con un régimen legal que les permita ocuparse de sus hijos, por ello, suelen ser despedidas cuando quedan embarazadas.

En los procesos de desalojos los jueces no suelen consultar a las personas afectadas ni garantizar su derecho a constituirse como parte en los expedientes²⁵. Aun cuando lo hacen, no consideran el punto de vista de las mujeres, porque no ofrecen auténticas oportunidades para que puedan expresar, desde su perspectiva, las particulares afectaciones que producen los desalojos ni los criterios a tener en cuenta para un acuerdo que resuelva la permanencia o reubicación de sus familias.

Tampoco se les consulta ni se les ofrecen espacios específicos de participación a las mujeres afectadas cuando se planean e implementan proyectos de desarrollo, renovación urbana, juegos deportivos, ferias internacionales u otras

24 Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, “La mujer y la vivienda adecuada”, *op. cit.*, párr. 49.

25 Defensoría General de la Nación. Informe a la Relatora Especial de ONU sobre *Derecho a la vivienda Adecuada Acceso a la Justicia y desalojos*, Buenos Aires, 14 de abril de 2011.

obras o habilitación de emprendimientos que implican la relocalización, la rehabilitación o el mejoramiento de las viviendas.

Las mujeres solteras, divorciadas y viudas no suelen tener acceso a la compensación por la pérdida de la vivienda, tierra o propiedad y, cuando se las considera, no se les reconoce el justo valor de las pérdidas durante el desalojo, ni la disminución de su remuneración o los daños producidos en éste.

Con frecuencia, las autoridades públicas ordenan desalojos o relocalizaciones sin brindar el asesoramiento adecuado para que las mujeres afectadas puedan restablecer sus medios de vida, y tampoco se observan las necesidades educacionales de sus hijos/as. En el último caso, cuando no se prevén las vacantes escolares en la zona de la nueva vivienda, los niños/as se ven obligados a recorrer largos trayectos desde su casa a la escuela, lo cual expone a las niñas a mayores peligros en el espacio público.

En estas situaciones, las mujeres también tienen dificultades para recibir asistencia legal gratuita por muchos motivos, entre ellos, porque no conocen cuáles son los servicios disponibles, los procedimientos para garantizar la tutela judicial, ni los remedios legales efectivos. En algunos casos, aunque existen servicios jurídicos de asistencia, no están disponibles en el horario de los hechos que se pretenden denunciar.

2. Las trabajadoras domésticas y la vivienda²⁶

Las mujeres que trabajan en el servicio doméstico son especialmente vulnerables frente a los desalojos, pues muchas veces estos implican el riesgo de perder la vivienda que se les proporciona junto con su empleo. La normativa no contempla la situación de vulnerabilidad de las mujeres empleadas en el servicio doméstico bajo la modalidad “sin retiro”. En estos supuestos, además de ser su fuente de trabajo, el empleo constituye, en la mayoría de los casos, su única vivienda. En tales circunstancias, el despido no significa sólo la pérdida de la fuente de recursos económicos, sino también de un lugar donde vivir.

El servicio doméstico está regulado en un estatuto creado por el Decreto-Ley N° 326/1956. Esta norma fue impuesta durante un gobierno “de facto” y continúa vigente aunque existe un proyecto de ley con media sanción que se propone mejorar el estándar general de protección de derechos. Si bien en el Estatuto se ma-

²⁶ Las ideas aquí expuestas forman parte de un estudio que realizó el Centro por el Derecho a la Vivienda contra los Desalojos, a través del Programa de las Américas. Véase COHRE, *Desalojos en América Latina: los casos de Argentina...*, op. cit.

nifiesta el objetivo de “proteger” a las trabajadoras domésticas, lo cierto es que se consagra una protección sensiblemente menor que la del resto de los trabajadores dependientes del sector privado. Por ejemplo, en caso de despido injustificado se contempla una indemnización que representa la mitad de la contemplada para el resto de los trabajadores²⁷. En este régimen, el empleador puede despedir a la trabajadora sin previo aviso, abonando una mínima suma de dinero sustitutiva del preaviso, y ella deberá entregar la habitación que se le haya facilitado en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas²⁸. En este plazo tan breve, es imposible proveer una alternativa en donde vivir y el riesgo de quedar en situación de calle es bastante grande, sobre todo cuando se trata de mujeres migrantes.

3. Violencia contra las mujeres, exclusión de hogar y vivienda

Existe una relación intrínseca entre la violencia doméstica y la falta de una vivienda adecuada o alternativa. Para el Relator Especial del Derecho a la Vivienda de la ONU:

la violencia contra las mujeres y el derecho a una vivienda adecuada se encuentran conectados, en el sentido de que la violación de uno puede ser la causa o factor contribuyente para la violación del otro. La violación del derecho a una vivienda adecuada puede tener efectos e impactos similares, en términos de deprivación, desventajas y discriminación hacia las mujeres²⁹.

Las mujeres que son víctimas de la violencia doméstica viven de por sí en una vivienda inadecuada debido a la violencia que soportan dentro de su hogar.

Factores como el hacinamiento, la deficiente habitabilidad y la falta de servicios públicos accesibles (agua, electricidad, servicios de saneamiento) pueden contribuir a aumentar la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia doméstica.

Muchas mujeres que se encuentran en esta situación no pueden excluir al agresor del hogar debido a la falta de apoyo de su familia, la comunidad y el Estado. Además, la falta de una alternativa de vivienda y de apoyo financiero les impide huir de situaciones violentas. Por su parte, la inseguridad en la tenencia de la vivienda frecuentemente también contribuye a que una mujer se vea forzada a permanecer en una situación abusiva.

27 Cf. el art. 245 de la ley 20.744 (Régimen del Contrato de Trabajo) con el art. 9 del Decreto-Ley citado.

28 COHRE, *Desalojos en América Latina: los casos de Argentina...*, op. cit.

29 UN Special Rapporteur on the Right to Adequate Housing, Miloon Kothari, Proceedings of the Asia Regional Consultation on the interlinkages between violence against women and women's right to adequate housing, New Delhi: October 2003, p. 12.

La expulsión de las mujeres de sus viviendas es una de las manifestaciones o formas más comunes de la violencia doméstica. Temiendo por su integridad física, las mujeres abandonan sus viviendas ante las amenazas o agresiones físicas reiteradas de sus maridos o concubinos. Y por lo general lo hacen sólo cuando se ha llegado a un extremo tal que lo que está en riesgo es su propia vida o la de sus hijos, lo cual las obliga a abandonar la vivienda sin ningún otro lugar donde refugiarse.

Las que deciden abandonar la vivienda para escapar de su agresor, si luego de cierto tiempo no consiguen un lugar alternativo, recaen en la convivencia con su abusador porque priorizan un lugar donde vivir por sobre un ambiente libre de violencia. Es decir, muchas mujeres que consiguen abandonar el hogar se vuelven vulnerables a la falta de vivienda y, en consecuencia, pueden seguir siendo víctimas de la violencia.

El Comité DESC afirmó la importancia del derecho a la vivienda para las mujeres víctimas de violencia doméstica y efectuó una conexión crítica entre la capacidad de las mujeres a buscar protección contra la violencia doméstica y el disfrute de su derecho a la vivienda. Al respecto, el Comité consideró que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “obliga a los Estados Partes, en particular, a proporcionar a las víctimas de violencia en el hogar, que son principalmente mujeres, el acceso a un alojamiento seguro”³⁰.

En este mismo sentido, la Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos expresó su honda preocupación:

...por el hecho de que unas condiciones de vida y de vivienda inadecuadas e inseguras contribuyen a la violencia contra las mujeres [...] y porque la falta de seguridad de tenencia de las mujeres, que es consecuencia de la violencia en el hogar así como de prejuicios por motivos de sexo en las leyes, costumbres y tradiciones, que niegan a las mujeres la posibilidad de alquilar, poseer o heredar tierras y propiedades, expone a las mujeres al peligro de quedar sin hogar y sin tierras³¹.

Por otra parte, la realidad económica de las mujeres es consecuencia de la discriminación histórica que sufren en las sociedades patriarcales donde la desigualdad en el acceso a la educación, la división tradicional del trabajo, la imposibilidad de acceder a un trabajo formal, entre otros factores, impide-

30 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 16, párr. 27. ONU E/C.12/2005/4.

31 Subcomisión de las Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, “La mujer y el derecho a una vivienda adecuada y a la tierra y la propiedad”, resolución de la Subcomisión 1997/19, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/1997/19.

ron que las mujeres accedan a tareas remuneradas en igualdad de condiciones que los hombres.

Esto causa que las mujeres o bien acudan al sector informal de empleo, o bien se dediquen al cuidado de sus hijos, cuando no ambos, lo que las obliga a depender económicamente de sus parejas, sobre todo cuando son mujeres pobres. Entonces, esta relación de dependencia económica se convierte en uno de los principales obstáculos a la hora de romper con un vínculo violento.

La falta de control y de acceso a la vivienda puede ser una de las formas de manifestación de la violencia económica. Las mujeres que dependen económicamente de su pareja o sus familiares suelen enfrentarse al dilema de resignarse a los abusos o de quedarse sin hogar. Muchas mujeres se ven obligadas a regresar al hogar del que huyeron a causa de la violencia doméstica porque no hallan un lugar donde vivir. La violencia doméstica resulta un fenómeno extendido en parte debido a que las mujeres dependen de sus parejas para tener un techo; por esta razón soportan abusos durante períodos indefinidos, en especial cuando tienen hijos e hijas. La Relatora observó esta problemática en sus misiones en diferentes países al tratar el problema de la violencia doméstica³².

III. Estrategias para los operadores jurídicos en litigios que consideren las violaciones del derecho a la vivienda como forma de violencia contra las mujeres

Tal como hemos visto en los puntos anteriores, existe una íntima relación entre las violaciones del derecho a la vivienda y la violencia contra las mujeres. Se trata de violaciones de derechos que asumen formas propias y especialmente perjudiciales contra las mujeres. Esta vinculación no es abordada usualmente por los tribunales y ello trae como consecuencia que las resoluciones judiciales no la consideren, convalidando estas formas de violencia.

Para enfrentar estas omisiones, con trágicas consecuencias sobre las mujeres proponemos, en lo que sigue, un conjunto de estrategias para los operadores jurídicos a fin de que cuenten con herramientas que les permitan enfrentar estas situaciones de inequidad estructural que facilitan la violencia contra las mujeres, prevenir la ocurrencia de estos actos de discriminación y garantizar el acceso a la justicia para su reparación. Algunas de ellas ya fueron propuestas por organiza-

32 *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, Ms. Radhika Coomaraswamy, Addendum: Report on the mission of the Special Rapporteur to Brazil on the issue of domestic violence (15-26 July 1996), UN Doc. E/CN.4/1997/47/Add.2, párr. 2.

ciones internacionales de derechos humanos especializadas como COHRE³³, por los relatores especiales de vivienda y sobre violencia contra las mujeres; y en otros casos son producto de la elaboración propia a partir de este análisis.

1. Sobre el contexto que favorece la violencia contra las mujeres

En juicios en donde se discutan cuestiones posesorias, de tenencia sobre inmuebles y toda otra cuestión relativa al acceso a la propiedad, usufructo o uso de un inmueble, con fundamento en los arts. 4 incs. b) y e)³⁴ y 7 incs. a) y b)³⁵ de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, los operadores jurídicos pueden proveer información, solicitar producción de prueba, solicitar audiencias específicas y toda otra medida que permita hacer visibles los impactos específicos que la decisión judicial y la inscripción registral de las modificaciones de los derechos reales pueda producir respecto de las mujeres, para el caso de que esos impactos y modificaciones favorezcan la exposición de las mujeres a algún tipo de violencia pública o privada.

En los juicios de desalojos, o en acciones que puedan tener como consecuencia desplazamientos, relocalizaciones, o en acciones de amparo en las que se peticione la inclusión de personas en programas de vivienda en los que haya mujeres, se deben solicitar audiencias específicas y toda otra medida que permita hacer visibles los impactos específicos que la decisión judicial puede producir contra las mujeres o favorecer su exposición a la violencia. Los operadores jurídicos pueden solicitar audiencias específicas y citar a las agencias gubernamentales que trabajan contra la discriminación de las mujeres, para evitar que las decisiones impliquen favorecer situaciones de exposición a la violencia.

33 *Centre on Housing Rights and Eviction (COHRE)* es una ONG internacional de derechos humanos especializada en derechos económicos sociales y culturales con énfasis en derecho a la vivienda, que posee status consultivo de la ONU y la OEA, entre otros.

34 Artículo 4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:...b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;... e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

35 Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

En concreto, hay que garantizar la propiedad conjunta de la vivienda como derecho de las mujeres, abolir la noción de jefe de familia como concepto legal y administrativo cuando esta aplicación de sesgo de género le niega a la mujer la seguridad de la tenencia, lo que produce que la mujer pueda perder su propiedad.

Siempre que sea posible, en audiencias de conciliación de los procedimientos de desalojos o en causas que puedan ordenarse relocalizaciones en barrios marginales, puede proponer como alternativa al desalojo y la demolición, el mejoramiento de las viviendas existentes. Las mejoras deben tener en cuenta las necesidades y demandas específicas de las mujeres y deben realizarse con su participación.

También se pueden promover acciones de amparo para exigir que dentro de la información que colecta el Gobierno a través del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) se releven las propiedades urbanas y rurales, la tenencia de las viviendas y tierras, la producción agropecuaria, y los desalojos, y se desagregue la distribución por sexo, para visibilizar patrones de discriminación y formular políticas adecuadas para combatir esta violación de derechos de las mujeres.

2. Asistencia jurídica para la investigación y punición de actos de violencia para las mujeres afectadas por el desalojo

Los operadores jurídicos deben brindar asesoramiento legal para que las mujeres puedan realizar las denuncias contra las personas que hayan abusado de ellas o cometido actos violentos antes, durante o después del proceso de desalojo. Para esto pueden promover denuncias administrativas ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), y denuncias penales contra las personas que hubieran efectuado represalias contra las mujeres en ocasión de un desalojo. También se debe orientar a las víctimas de violencia o derivarlas a la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia.

3. Garantizar el acceso a la vivienda para las mujeres

Los operadores jurídicos pueden promover acciones de amparo para que los planes de apoyo a la autoconstrucción de viviendas consideren dentro del subsidio el costo destinado al cuidado de los niños y el tiempo disponible de las mujeres para distribuirlo entre el hogar y la actividad de construcción.

También se pueden promover acciones administrativas o judiciales para que los planes federales y provinciales de vivienda prevean entre sus regulacio-

nes la inclusión de mujeres como titulares o cotitulares de las viviendas que se adjudiquen, si ello no está considerado.

Respecto al mercado financiero para adquirir viviendas, se pueden promover acciones judiciales o denuncias por discriminación para exigir a los bancos que adecuen sus calificaciones crediticias considerando las diferencias existentes en los ingresos salariales de mujeres y hombres, con el propósito de que aquéllas puedan ser beneficiarias de créditos para la compra de inmuebles y se revierta esa discriminación estructural.

4. Garantizar la vivienda en los casos de exclusión de hogar

En los casos que se den situaciones de facto en los cuales las mujeres están amenazadas de perder la vivienda en donde viven como consecuencia de la violencia sufrida en el hogar, el operador jurídico, en cumplimiento del artículo 26 inciso b.3 de la ley 26.485, puede solicitar medidas para el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se hubiese retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor, aun cuando la mujer no sea la propietaria, al menos, hasta que sea capaz de proveerse de una vivienda alternativa.

5. Acciones para garantizar la participación de las mujeres en las políticas urbanas

Los operadores jurídicos pueden promover acciones administrativas y judiciales para promover que las necesidades de las mujeres y la perspectiva de género sean consideradas en la elaboración de los planes estratégicos urbanos, territoriales y ambientales, en el presupuesto participativo y en la planificación del desarrollo. Ello se podría garantizar a través de la implementación de cupos de representación, consultas temáticas específicas y estudios previos del impacto que los planes puedan tener sobre las mujeres.

6. Acciones contra la discriminación de las mujeres que trabajan en el empleo doméstico

Los operadores jurídicos pueden promover acciones de inconstitucionalidad contra el régimen de empleo doméstico para equiparar el régimen jurídico de las trabajadoras domésticas al resto de los trabajadores. A su vez, para el caso de tener que proceder al abandono de la habitación que se le haya facilitado como vivienda, corresponde exigir que se conceda un plazo razonable, que sea suficiente para que la persona pueda acceder a una vivienda alternativa o a un subsidio gubernamental que la garantice.

7. Garantizar condiciones adecuadas de vivienda para prevenir situaciones de violencia

Los operadores jurídicos pueden impulsar acciones por vía administrativa o judicial para la provisión de una vivienda³⁶ para familias en situación de vulnerabilidad cuyas jefas de hogar sean mujeres que vivan en situación de calle, situación que incluye las personas alojadas en hogares nocturnos o que viven en un lugar inadecuado. También es posible solicitar el apoyo del gobierno para el mejoramiento de las viviendas de familias que se encuentren en situación de hacinamiento. Cabe destacar que estas situaciones aumentan el riesgo de las mujeres de sufrir situaciones de violencia y que las condiciones de vivienda tienen una importancia primordial para el bienestar de las mujeres.

8. Sobre alternativas al desalojo desde una perspectiva de género

Los operadores jurídicos que actúen en defensa de grupos familiares, en los que al menos haya una mujer, que sean susceptibles de ser desalojados pueden solicitar medidas que hagan visible las particulares afectaciones que padecen las mujeres en los desalojos. Es imprescindible que los jueces consideren estas particularidades a fin de que, antes de ordenar la expulsión o el traslado del grupo familiar, explore todas las alternativas factibles al desalojo con genuina participación de las mujeres afectadas.

Una vez ordenados los desalojos, para evitar o disminuir el desproporcionado impacto que estos tienen en la desintegración de las redes sociales utilizadas por las mujeres, los operadores jurídicos pueden solicitar que el grupo familiar sea relocalizado en las cercanías de su familia o anteriores vecinos para que le permitan mantener sus lazos sociales, de solidaridad y cooperación mutua para el cuidado de sus hijos. Se puede requerir que los jueces incluyan, entre las medidas conexas al desalojo, que el Estado provea asesoramiento a las mujeres afectadas por el desalojo para que puedan recomponer sus medios de vida en su nueva localización.

36 Para ver una reseña de casos en los que se ha planteado esta estrategia se puede consultar Tedeschi, Sebastián E., “El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución”, en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto; Curtis, Christian, *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local, La experiencia de una década*, Editores del Puerto (Argentina), Buenos Aires, 2007, 1ª Edición. Se debe destacar un caso reciente en el que explícitamente se justifica la provisión de vivienda por la situación de violencia en el contexto de la vida familiar en el caso de SCBA, causa A. 70.717, “Portillo, Cecilia Isabel y otro contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley”.

También, pueden solicitar a los jueces los costos adicionales que los desplazamientos provocan a las mujeres, como ser los generados por la ruptura de lazos sociales que tenían, por ejemplo, para el cuidado de sus hijos y la asistencia al trabajo. Con posterioridad al desalojo, los operadores jurídicos pueden promover acciones de daños y perjuicios para que las mujeres sean reparadas en todos los costos adicionales padecidos y no compensados como consecuencia del desalojo ordenado judicialmente.

Por último, los operadores jurídicos también pueden promover acciones administrativas y judiciales para que las viviendas alternativas estén próximas a las escuelas para que las niñas y niños puedan continuar con su educación, y cuenten con transporte seguro hacia los establecimientos educativos. En caso de no conseguirse, se pueden promover acciones para reducir los costos o proporcionar la gratuidad del transporte público desde los centros educativos hasta los nuevos lugares de relocalización.

9. Medidas para garantizar el estudio previo de impacto sobre las mujeres en relocalizaciones por la implantación de proyectos de desarrollo, ambientales, renovación urbana y eventos culturales y deportivos

Cuando se dispongan procesos de relocalización como consecuencia de implementación de proyectos de desarrollo (turismo, agroindustrial, monocultivo, represas hidroeléctricas, autopistas, u otras obras públicas), renovación urbana, eventos deportivos, ferias internacionales y motivos ambientales, entre otras causas, los operadores jurídicos pueden promover acciones administrativas y judiciales, incluso medidas cautelares, para garantizar que el poder público no efectúe los desalojos o las relocalizaciones sin el libre y pleno consentimiento de las personas afectadas. Además se requiere la realización de estudios previos sobre las repercusiones que ello pueda tener en materia de género, para establecer cómo influye en la condición de las mujeres la reubicación forzosa, y en caso de decidir la reubicación, cuáles deberían ser las condiciones adecuadas para evitar la exposición de las mujeres a situaciones de violencia.

10. Acciones para garantizar una consulta adecuada con las mujeres afectadas por desalojos

Los operadores jurídicos pueden promover acciones administrativas y judiciales, incluso medidas cautelares, para que las mujeres tengan participación efectiva en las consultas que se efectúen antes de que el poder ejecutivo o judicial disponga la relocalización de grupos familiares. Para ello, entre las medidas

administrativas o judiciales a solicitar se puede incluir la provisión de toda la información respecto de todos los temas concernientes al desalojo y de sus derechos humanos, tanto locales como internacionales. La información debe ser brindada en el lenguaje local y de manera accesible para todas las mujeres. Durante la consulta, el poder público debe solicitarles a las mujeres que identifiquen sus necesidades específicas, en especial a las mujeres pertenecientes a los grupos más vulnerables. Las consultas deben ser realizadas en fechas y en momentos del día, así como en lugares que aseguren la posibilidad de las mujeres de asistir a los encuentros. Si a las mujeres les es imposible asistir, se debe promover que las autoridades públicas o judiciales se trasladen hasta las comunidades³⁷.

En estas consultas se deben solicitar oportunidades de encuentros con las mujeres, de manera separada a los hombres, para alentarlas a que expresen sus puntos de vista. Asimismo, resulta conveniente que las representantes o facilitadoras del Estado sean mujeres.

11. Garantizar una adecuada perspectiva de género en la rehabilitación, relocalización, reasentamiento y compensación

Cuando se planeen la implantación de proyectos de desarrollo, renovación urbana u otras obras o habilitación de emprendimientos que impliquen la relocalización, rehabilitación o mejoramiento de las viviendas, los operadores jurídicos pueden promover acciones judiciales o administrativas que aseguren a las mujeres afectadas la participación en la planificación, implementación y monitoreo, y el acceso a la información completa. Si se provee documentación para la relocalización, se puede solicitar que el Estado garantice que los títulos de las viviendas y/o tierras sean extendidos a nombre de las mujeres sin discriminación, y cuando sea otorgado a una familia, los nombres de ambos convivientes deben estar incluidos en el título.

Los operadores jurídicos pueden incluir entre las medidas a solicitar a las autoridades administrativas o judiciales que la rehabilitación provea a las mujeres de una vivienda adecuada y permanente, así como la reconstitución de los medios de vida de los ocupantes. También podrán solicitar que se ordene una compensación adecuada y equitativa, y que las mujeres solteras, divorciadas y viudas tengan acceso a la compensación por la pérdida de la vivienda, tierra o propiedad. Además, deben ser reembolsadas por las cosas y actividades que hayan sido destruidas o perdidas durante el desalojo. Incluso deberá rembolsar

37 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

sarse la disminución de su remuneración o los costos generados por los daños producidos durante el desalojo.

12. Argumentación jurídica con fundamentos en los derechos de las mujeres

Al tomar como punto de partida la máxima de que el derecho, desde una perspectiva integral, debe incluir la aplicación de normas de derecho nacional e internacional, cuando se trata de la defensa de mujeres en casos de usurpación o cuando se trate de obtener la prisión domiciliaria para mujeres que no poseen vivienda, se debe utilizar en la argumentación la normativa de protección internacional de derechos humanos de las mujeres, y así articular las garantías constitucionales con los derechos específicos de las mujeres.

.CAPÍTULO V.

EL ACCESO AL ABORTO POR LA CAUSAL VIOLACIÓN: PAUTAS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

*Por Paola Bergallo**

* Profesora e Investigadora, Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés. El presente documento ha sido elaborado en base a la investigación realizada para publicaciones e investigaciones anteriores en las que colaboró con otros equipos de investigación. Para una descripción más amplia de esos proyectos, puede verse Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la interpretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires

Por Paola Bergallo

En las últimas décadas varios estudios han contribuido a ampliar nuestro conocimiento de la magnitud y las formas de la violencia en la vida de las mujeres. Las investigaciones han arrojado luz sobre un fenómeno ubicuo históricamente invisibilizado. Según UNIFEM¹, “(l)a violencia contra las mujeres es un tipo común de violencia; se estima que hasta seis de cada diez mujeres del mundo sufren violencia física o sexual a lo largo de su vida”. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS)², casi una de cada cuatro mujeres ha declarado haber sufrido violencia sexual por parte de su pareja, y hasta una tercera parte de las adolescentes ha reconocido haberse iniciado sexualmente de forma forzada. En América Latina, si bien la evidencia sobre violencia contra las mujeres es escasa³, según Contreras⁴, un número creciente de estudios devela un problema grave y omnipresente en la región. En ellos, los datos muestran diversas formas de violencia, y en materia de violencia sexual indican una prevalencia de relaciones sexuales

1 UNIFEM. Violence against women, 2009. Sitio Web de UNIFEM: http://www.unifem.org/gender_issues/violence_against_women/, consultado el 31.12.2011.

2 Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre la salud en el mundo*, 2003. OMS, Ginebra. Disponible en: <http://www.who.int/whr/2003/es/>, consultado el 31.12.2011.

3 Para una revisión de las primeras investigaciones véase, Castro, R.; Riquer, E., “La investigación sobre violencia contra las mujeres en América Latina: entre el empirismo ciego y la teoría sin datos”, *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 2003, 19(1):135-146.

4 Contreras, J. M; Bott, S; Guedes, A; Dartnall, E., *Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe: análisis de datos secundarios*. Iniciativa de Investigación sobre la Violencia Sexual. Sexual Violence Research Initiative, UNFPA, PAHO, IPAS, South African Medical Research Council, Global Forum, AECID, 2010. Disponible en: <http://www.svri.org/Violencia.pdf>, consultado el 31.12.2011.

forzadas por la pareja íntima que varían entre el 5% y el 47% de acuerdo a encuestas de población⁵.

En nuestro país, la producción de datos sistemáticos a nivel nacional y local sobre la violencia contra mujeres, y la violencia sexual, en especial, sigue siendo una deuda pendiente para estimar el problema y evaluar las, a menudo, limitadas intervenciones puestas en marcha desde el Estado en ese campo⁶. Pese a la ausencia de información comprehensiva⁷, hoy es posible reconstruir aspectos del fenómeno a partir de cifras dispersas generadas en ámbitos estatales o de la sociedad civil. Así, por ejemplo, de los conteos sobre el recurso al sistema de justicia sabemos que entre 2002 y 2008, las denuncias sobre violencia doméstica ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal aumentaron de 2200 a 5152⁸). Más aún, entre septiembre de 2008 y septiembre de 2010, la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de la Nación (OVD) recibió 12.869 denuncias, y el 13% de ellas refería situaciones de violencia sexual. Además, según el mismo documento, el 86% de las personas indicadas como autoras de hechos de violencia eran varones, y entre el total de personas afectadas que ascendió a 17.013, el 80% fueron mujeres y el 19% de ellas niñas o adolescentes (0-18 años)⁹). Un total de 424 de las mujeres estaban embarazadas al momento de la consulta. Finalmente, según los datos recientemente publicados en el Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violencia Sexual del Ministerio de Salud de la Nación, durante el 2007 se efectuaron un total de 3276 denuncias por violación ante los sistemas judiciales de todas las provincias del

5 *Ibidem*. Según la revisión sistemática de Contreras, la disponibilidad de evidencia muestra una sobre-representación de Brasil y México donde la investigación es más abundante.

6 Sánchez, L., "Información judicial y derechos humanos de las mujeres", en Rodríguez, M. V., & Asensio, R., *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, y Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas*, Buenos Aires, 2009.

7 Sobre la ausencia de datos véase, por ejemplo, el trabajo de Sánchez, "Información judicial y derechos humanos de las mujeres", *op. cit.*, sobre la falta de encuestas de victimización, y los análisis y estudios sobre el tema producidos por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas, op.cit.*, y Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Informe sobre Género y Derechos Humanos (2005-2008)*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2009.

8 Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), *Informe sobre Género y Derechos Humanos, op.cit.*, p.16.

9 Oficina de Violencia Doméstica, *Datos del Funcionamiento de la OVD al 15 de septiembre de 2010 (a dos años de su funcionamiento)*, Oficina de Violencia Doméstica, Corte Suprema de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>, consultado el 31.12.2011.

país, y de ellas 195 y 523 se formularon en la Ciudad de Buenos Aires y la provincia homónima, respectivamente. Las cuantificaciones citadas se completan hoy, además, con otro número en aumento de investigaciones cualitativas que revelan los contornos de las experiencias de las víctimas de la violencia sexual.

Entre las consecuencias que la violencia sexual imprime en la vida de las mujeres se encuentra la posibilidad del embarazo forzado. Sin embargo, las estadísticas disponibles en nuestro país no permiten dimensionar la frecuencia con la que la violencia sexual resulta en la imposición del embarazo. Tampoco es viable desagregar la cantidad de embarazos resultantes de la violación de mujeres menores de edad, las que tienen alguna discapacidad, o las que pertenecen a otros colectivos en situaciones de vulnerabilidad. Como indicación, por ejemplo, un estudio pionero realizado en Estados Unidos en 1996, citado por Távora¹⁰, para el que se entrevistaron 4008 mujeres mayores de 18 años durante tres años, reveló que entre ellas el 10% informó haber quedado embarazada como producto de la violación. Otra investigación realizada en México con 1651 mujeres víctimas de violencia encontró que el 14,3% de las víctimas había resultado embarazada¹¹. Por otra parte, según lo reporta una investigación de IPAS¹² en el caso de las menores de edad, un conjunto de estudios señala que en algunos casos del 50% al 60% de las adolescentes embarazadas han sido abusadas física o sexualmente. Aunque estos datos no pueden extrapolarse a nuestro contexto, son indicio de una problemática sobre la que resulta necesario generar más conocimiento e intervenciones desde la política estatal.

Una de las consecuencias de la violación que resulta en el embarazo forzado es la demanda potencial de acceso a servicios de aborto legal, cuando la normativa justifica el aborto por violación. Este es el caso de la Argentina, donde el inciso 2 de la segunda parte del artículo 86 del Código Penal de la Nación (CPN) permite el aborto por violación. Pero si la estimación de la magnitud de la violencia sexual contra las mujeres en nuestro contexto resulta compleja, la de la demanda y efectiva realización de los abortos legales y, entre ellos, los

10 Távora, L. (ed.), *Investigaciones e intervenciones sobre violencia sexual desarrolladas en América Latina y El Caribe*. Federación Latino Americana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología/FLASOG. Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos. Perú, 2011, p.42.

11 Lara, D.; García, S.; Strickler, J.; Martínez, H.; Villanueva, L., "El acceso al aborto legal de las mujeres embarazadas por violación en la ciudad de México", *Gaceta Médica de México*. Academia Nacional de Medicina de México. Volumen 39, Suplemento 1. México, 2003.

12 IPAS, *Peligro a la vista: Cómo la restricción del acceso de las adolescentes al aborto pone su vida y salud en peligro*. Hoja Informativa, 2010.

solicitados ante la violación resulta imposible. En el país no hay estadísticas oficiales sobre el total de los abortos legales realizados en los sistemas de salud pública provinciales ni en los distintos sectores del sistema contributivo de salud. En una jurisdicción como la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, se registran pocos datos sobre la práctica del aborto legal incluso en el sistema público. Según las Estadísticas Vitales producidas por el Ministerio de Salud de la Nación, se sabe, sin embargo, que entre 1994 y 2008 fallecieron en la Capital Federal una cantidad de mujeres que habían tenido un aborto¹³. Asimismo, según la información existente para el período comprendido entre 2005 y 2008, fechas desde las que hay datos anuales, el sistema de salud de la ciudad registró 22.501 egresos hospitalarios de mujeres atendidas por complicaciones de aborto (Tabla I).

TABLA I. *Egresos hospitalarios por complicaciones post-aborto* en la Ciudad de Buenos Aires.

Año	Egresos hospitalarios
2005	6,545
2006	6,086
2007	5,784
2008	4,086
Total	22,501

Fuente: Dirección de Estadística e Información de Salud (DEIS). Ministerio de Salud de la Nación. Estadísticas del servicio de salud- Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico año 2005, 2006 y 2008.

Tampoco resulta posible cuantificar la extensión de los servicios de aborto del artículo 86 del CPN demandados por mujeres en los distintos subsistemas del sistema de salud de la Ciudad ni existe información sistemática sobre los abortos no punibles efectivamente realizados en la jurisdicción¹⁴. Además, el Centro de Documentación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no cuenta con series de estadísticas de morbilidad que permitan producir esa in-

13 Fuente: Dirección de Estadística e Información de Salud (DEIS). Ministerio de Salud de la Nación.

14 Según información provista por la Dirección de Estadísticas y Censo no hay recursos suficientes para procesar y requerir esos datos a los efectores de salud. Los datos de morbilidad se compilan sin una temporalidad determinada en informes especiales de que no se encuentran disponibles al público en la Web.

formación¹⁵. Sin un análisis meticuloso de los registros, no sería posible identificar con los datos disponibles si entre los casos de mujeres con complicaciones post aborto que sí registra el sistema público, un número de ellas podría haber solicitado un aborto legal.

A pesar de esta dificultad, sabemos que la demanda del aborto en casos de violación puede ser enfrentada por los sistemas de salud. Ante ella existe el deber de garantizar la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad de servicios de salud¹⁶. La atención integral de la violencia sexual debe incorporar también la provisión de servicios de aborto legal para las víctimas, sean adultas o menores de edad. Y cuando las condiciones de acceso al aborto legal suponen los obstáculos que enfrentan quienes han sufrido una violación en la Argentina¹⁷, la identificación de la relación entre la violencia y el embarazo forzado, también exige intervenir para facilitar la asistencia jurídica de las mujeres.

Con ese objetivo, este documento ofrece pautas para superar los obstáculos jurídicos que pueden confrontar las víctimas de violencia sexual que demandan acceso a la interrupción legal del embarazo (ILE). Para ello, el documento presenta un esquema de argumentos para la defensa de víctimas de violencia sexual que buscan un aborto legal ante el sistema de salud pública de la Ciudad de Buenos Aires (CABA). El plan de trabajo es el siguiente. La primera sección identifica las normas más relevantes en la regulación del aborto no punible en caso de violación (en adelante, la “causal violación”) con un foco especial en las aplicables en la CABA. La segunda parte describe en forma sumaria algunas de las circunstancias en las que puede resultar necesaria la asistencia jurídica para acceder al aborto por la causal violación. En tercer lugar, se ofrecen herramientas para responder las objeciones que suelen formularse sobre el status del régimen de excepciones a la penalización del aborto legal. Por último, la cuarta sección presenta las pautas para

15 Por otra parte, si bien existe información sobre los movimientos hospitalarios, generada y remitida por cada Hospital, los informes producidos en base a la misma tienen un alto grado de agregación. Según la información suministrada, esos informes incluyen datos de: internación, consultas externas (de cada servicio) y en el de toco-ginecología se incluye como categoría parte partos. Es decir, no hay un registro por patologías/diagnósticos.

16 Ramos, S.; Bergallo, P.; Romero, M.; Arias Feijoo, A., “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en Argentina”, en CELS, *Derechos humanos en Argentina. Informe 2008*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009.

17 Al respecto, véase Ramón Michel, A., “El Fenómeno de Inaccesibilidad al Aborto No Punible”, en Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, y Carbajal, M., *El aborto en debate: Aportes para una discusión pendiente*, Paidós, Buenos Aires, 2009.

superar una selección de cuestionamientos procedimentales enfrentados con frecuencia ante la demanda de un aborto por la causal violación.

1. La causal violación y su regulación en la CABA

Desde 1921, nuestro régimen penal sanciona el aborto durante todo el embarazo y establece en la segunda parte del artículo 86 una serie de circunstancias de excepción según las cuales no serán punibles los abortos practicados en caso de peligro para la salud o la vida de las mujeres cuando éste no pudiera evitarse por otros medios (artículo 86.1.), o en caso de violación (artículo 86.2.).

El artículo 86 del CPN mantiene hoy su redacción original, a pesar de que durante el siglo XX sufrió dos modificaciones dejadas sin efecto por los gobiernos democráticos electos en 1973 y 1983, respectivamente¹⁸. En su segunda parte, esta norma establece lo que en el derecho comparado se clasifica como un *modelo de permisos o indicaciones* para el aborto que lo justifican ante un conjunto de causales. Entre ellas, se incluye el permiso para interrumpir el embarazo en caso de violación según el cual: “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: (...) 2°. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”¹⁹.

18 Sin embargo, a través del siglo XX sufrió dos modificaciones. La primera modificación fue efectuada en 1968, cuando como consecuencia de los desacuerdos sobre el alcance de los permisos, el decreto-ley 17.567 incorporó la demanda de gravedad en el peligro mencionado en el inciso 1 y, reformó el inciso 2, eliminando la frase “o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”, y requiriendo además: (i) la iniciación de la acción judicial por la violación, y (b) “el consentimiento de su representante legal” si “la víctima fuere una menor o una mujer idiota o demente”. Sobre el texto del artículo 86.2, los cambios confirmaron que la norma establecía una permisión del aborto en caso de violación de cualquier mujer y aclaraba la necesidad de representación legal en el caso de violación de la mujer “idiotas o demente” o de la mujer menor de edad. La reforma de 1968 mantuvo su vigencia durante el gobierno militar que gobernó hasta 1973 y fue dejada sin efecto por el gobierno electo en 1973 que revirtió las reformas efectuadas por la dictadura en 1968. Una segunda reforma de parte del artículo 86 se llevó a cabo en 1976, cuando la última dictadura volvió a introducir las mismas reformas que su antecesora en 1968 y esa modificación quedó sin efecto nuevamente en 1984. Ese año, el gobierno electo eliminó los cambios impuestos al Código Penal por el Proceso y retornó al texto sancionado en 1921, el cual rige desde entonces en su redacción original. Para una revisión completa de la historia, véase al respecto, Gil Domínguez, A., *Aborto voluntario, vida humana y constitución*, Ediar S.A. Editora, Buenos Aires, 2000.

19 El texto vigente fue aprobado por la ley 11.179 en 1921 que previó su entrada en vigencia en enero de 1922.

Según se sustenta en las siguientes secciones, esta norma prevé un permiso para abortar en casos de violación y de abuso sexual, es decir, regula lo que denominamos aquí “causal violación” del aborto no punible o para la interrupción legal del embarazo (ILE). En este caso, el acceso al aborto justificado puede exigir la prestación de servicios médicos para que accedan al aborto las mujeres de cualquier edad que han sido víctimas de una violación propia o impropia, según lo definen los artículos 119 y siguientes del Código Penal al tipificar los delitos contra la integridad sexual. Es decir que, tal como lo han interpretado los firmantes de la Declaración del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal sobre Aborto (en adelante, la “Declaración”)²⁰, difundida en septiembre de 2010 y adjunta al presente como Anexo I:

Los abortos justificados en el Código Penal Argentino desde 1922, que no necesitan autorización de jueces ni de comités médicos para su realización, son:

- a) El realizado con el consentimiento de la mujer y practicado por un médico cuando no existe otro medio para evitar un peligro para la vida o la salud –física o psíquica– de la madre.
- b) Cuando el embarazo fue causado por una violación respecto de una mujer sana mentalmente.
- c) Cuando el embarazo es producto de un acceso carnal con mujer menor de trece años.
- d) Cuando el embarazo es producto de un acceso carnal con mujer que por alguna otra razón (por ejemplo, deficiencias mentales) no pudo consentir el acto sexual, y
- f) Cuando el embarazo no es producto de acceso carnal, sino de cualquier acción no consentida contra cualquier mujer. (Declaración, párrafo 1)

Por otra parte, el reconocimiento de los derechos de las víctimas de violencia y de los permisos para abortar antes definidos, conjugado con la protección legal del derecho a la salud, conllevan una serie de obligaciones para distintos actores del sistema de salud que mandan garantizar la disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad de servicios de aborto para los casos de violación y abuso sexual²¹. En el contexto de la Ciudad de Buenos Aires, esta obligación su-

20 En el mismo sentido se habían manifestado dos años antes los docentes y abogados firmantes de la Declaración de Juristas sobre la Guía para la Atención Integral de los Abortos No Punibles emitida el 22/9/2008 y suscripta por profesores de Derecho de diversas Universidades del país. Véase al respecto, Faerman, R.; Menéndez, V., “El caso Profamilia: Un análisis de la regulación del aborto no punible en la Ciudad”. Revista Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial, Junio, 2011.

21 Ramos, S.; Bergallo, P.; Romero, M.; Arias Feijoo, A., “El acceso al aborto permitido por la

pone la aplicación de un conjunto de normas nacionales y locales que regulan la prestación de esos servicios de atención médica en cualquiera de los subsectores del sistema público de salud de la ciudad y en los distintos niveles de atención en los que pueden prestarse servicios médicos relacionados con el aborto.

En términos del derecho positivo, esas normas incluyen las que regulan: (a) en general, el funcionamiento del sistema de salud de la ciudad²² y, en particular, los programas de salud sexual y reproductiva, (b) el ejercicio de la medicina y actividades profesionales relacionadas con la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva y la atención de víctimas de violencia que requieren un aborto, (c) los derechos de los pacientes, (d) los distintos aspectos de la actuación para la atención integral de las víctimas de violencia, y que incluyen, por ejemplo, las previsiones del Código Penal, y la Ley 26.485, así como las guías de atención de víctimas de violencia (producidas por hospitales o autoridades nacionales), (e) las condiciones específicas impuestas en el sistema de salud para la realización de los abortos previstos en el artículo 86 del Código Penal que, en el caso de la CABA, emergen de la Resolución de la Subsecretaría de Salud Nro. 1174/07, (f) los deberes y las potestades de denunciar en sede civil, penal o administrativa, el conocimiento de hechos de violencia en las relaciones interpersonales y de violencia sexual, en particular, (g) el secreto profesional, y (h) la representación legal y las condiciones de acceso a servicios médicos de las mujeres menores de edad y de las mujeres con discapacidad. El Anexo II a este documento incluye un listado de las normas más relevantes específicamente referidas al aborto contempladas en estas categorías.

Según se expone en el resto del documento, estas reglas deben ser interpretadas armónicamente y a la luz de las normas de la Constitución, los tratados de derechos humanos, la jurisprudencia y otras fuentes del derecho relevantes en cada caso²³. De ellas emana la regulación de las condiciones para la prestación

ley...”, *op. cit.*

22 En la práctica, este sistema tiene componentes regulados por el gobierno nacional y otros reglados a nivel local. A su vez, el sistema de salud que opera en la ciudad se integra como varios subsistemas: el sistema de salud pública bajo la órbita de la Ciudad, las instituciones públicas bajo la jurisdicción del gobierno nacional, el sistema privado regulado nacional y localmente, y el sistema de obras sociales también con componentes nacionales (i.e., las obras sociales nacionales) y locales (i.e., OSBA).

23 En particular, respecto de la interpretación a la luz de las normas del derecho internacional de los derechos humanos en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pueden verse documentos como: (a) el reciente informe producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre *Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/8267>.

de los servicios de aborto por violación en el sistema de salud de la CABA. Servicios que además, en esta jurisdicción, deben tener especialmente en cuenta aspectos procedimentales delineados por la Resolución 1174/07.

En el año 2007, la Ciudad de Buenos Aires se convirtió en una de las jurisdicciones precursoras al regular las condiciones de acceso al aborto no punible como reacción a un conjunto de casos polémicos en los que los sistemas públicos de salud de diversas provincias habían debido procesar la solicitud de abortos en casos de peligro para la salud de las mujeres o de violación²⁴. Durante la Jefatura de Gobierno de Jorge Telerman, la Ciudad aprobó la Resolución 1174/07, mediante la cual definió de forma concisa el procedimiento a seguir para la realización de los abortos según el artículo 86 del CPN. Sin embargo, a partir de diciembre de 2007, la gestión del gobierno de Mauricio Macri no desarrolló una política sistemática para promover y controlar su aplicación a través de los efectores del sistema de salud²⁵. Si bien la aplicación de la Resolución a través de los efectores del sistema de salud todavía es dispar y poco sistemática, la existencia de la normativa es un rasgo especial de la CABA, que la ubica entre las jurisdicciones que a partir de 2007 tienen un régimen más específico que regla los servicios de ILE²⁶.

Tanto la Resolución 1174/07 como el resto de las normas federales y locales aplicables a la prestación de servicios de ILE conforman un bloque de regulacio-

pdf?view=1, consultado el 31.12.2011; (b) del mismo organismo, el documento CIDH *Estándares Jurídicos vinculados a la Igualdad de Género y los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>, consultado el 31.12.2011; (c) el informe CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/indiceacceso.htm>, consultado el 31.12.2011, y (d) el documento CIDH, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, disponible en: <http://cidh.org/women/SaludMaterna10Sp/SaludMaternaINDICE.htm>, consultado el 31.12.2011. Asimismo, para información específica sobre recomendaciones de Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas y del Sistema Americano de Derechos Humanos resulta especialmente útil el trabajo del Comité Latinoamericano de las Mujeres (CLADEM); puede consultarse el informe *Jurisprudencia internacional sobre derechos humanos de las mujeres. Argentina*. CLADEM, que contiene un detalle de la jurisprudencia más importante especialmente aplicable a la Argentina.

24 Cárdenas, E. y L. Tandeter, *Derechos sexuales y reproductivos en Argentina*, CONDERS, Buenos Aires, 2008. Disponible en: http://www.conders.org.ar/pdf/DSR_Legislacion_y_Jurisprudencia_en_Argentina.pdf, consultado el 31.12.2011.

25 Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*, op.cit.

26 Este rasgo la diferencia de la mayoría de las provincias del país ya que sólo en otras cuatro jurisdicciones existen reglas similares o más completas (Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Santa Fe).

nes que han enfrentado diversos tipos de cuestionamientos jurídicos. Desde el punto de vista de la provisión de servicios de aborto por la causal de violación, las disputas interpretativas han ido transformándose desde su vigencia y hoy se centran, al menos, en dos categorías de desacuerdos jurídicos. Estos surgen, primero, de un conjunto de *objeciones sustantivas*, planteadas con relación a la constitucionalidad y el alcance del modelo de indicaciones del artículo 86 del CPN, por un lado, y de un conjunto de *objeciones procedimentales*, que atienden a las condiciones de aplicación de la regulación de la prestación de los servicios de aborto por causal violación, por otro. Las siguientes secciones del documento sistematizan pautas para la defensa de mujeres víctimas de violación ante los dos tipos de objeciones que pueden surgir en el proceso de requerir un aborto y frente a los cuales las mujeres pueden demandar asistencia jurídica.

Dada la multiplicidad de cuestiones jurídicas que pueden surgir en torno a la causal violación, el alcance del presente documento se ha limitado teniendo en cuenta los siguientes criterios. En primer término, según lo adelantado, el documento se centra en particular, en la defensa de la demanda del aborto por la causal violación ante el sistema público de salud de la Ciudad, sin efectuar consideraciones sobre su tratamiento en los otros subsistemas de salud que funcionan en la CABA²⁷. Segundo, para mantener una extensión razonable, el documento formula de forma esquemática los argumentos, los que se complementan con referencias a fuentes que desarrollan de forma más completa las síntesis aquí esbozadas. Además, en algunos casos, el documento hace referencias a anexos que incluyen información relevante con el fin de facilitar su acceso. Tercero, el documento excluye expresamente la consideración de recomendaciones sobre la relación de defensa legal, es decir, no aborda, por ejemplo, los conflictos que podrían plantear a los responsables de la defensa ante su voluntad de ejercer la objeción de conciencia o ante dificultades para la comprensión de las decisiones de mujeres menores de edad o sus interacciones con sus representantes. Cuarto, el documento tampoco considera obstáculos legales que podrían surgir en el sistema de salud frente a la demanda de un aborto cuando esos obstáculos emergen de prácticas institucionales no vinculadas a la regulación específica del aborto. Por ejemplo, el documento no plantea problemas jurídicos como los que podrían surgir del abuso de la objeción de conciencia por parte de profesionales del sistema de salud o del

27 La defensa pública puede enfrentar también la representación de la vida en gestación frente a estos procesos. Este documento no se enfoca en esa tarea.

acoso de las mujeres cuando son internadas en el sistema de salud²⁸. El trabajo se limita, en cambio, a las cuestiones de aplicación de los procedimientos de aborto específicamente regulados sobre el tema. Finalmente, el documento no considera las especificidades que podría plantear el acceso al aborto por violación en los casos de mujeres privadas de libertad o mujeres menores de edad institucionalizadas.

2. La defensa ante los obstáculos planteados para el acceso al aborto por la causal violación

El acceso a los servicios de ILE por la causal violación puede enfrentar distintos tipos de restricciones en los que podría requerirse la asistencia legal para la defensa de la mujer víctima de violencia. Las restricciones podrían provenir, entre otros, de conductas de profesionales del sistema de salud, de la intervención de instancias de la administración pública o de planteos iniciados en sede judicial.

El siguiente listado ilustra alguna de las objeciones sustantivas y procedimentales más importantes que pueden plantearse en la defensa legal de mujeres que requieren la ILE por violación²⁹.

(a) Planteos sobre los alcances y cuestiones de derecho sustantivo sobre el régimen de ILE por la causal violación

- Cuestionamiento de la constitucionalidad del modelo de indicaciones.
- Cuestionamiento de la constitucionalidad de la causal violación.
- Interpretación restrictiva de la causal violación como sólo prevista para el caso de violación de la mujer “idiota o demente”.
- Identificación del modelo de permisos o de la causal violencia sexual como una excusa absolutoria y negación de los servicios de ILE por entender que se encuentran prohibidos y son penalizables.
- No aplicación de la causal violación a la mujer violada por su cónyuge o

28 Según lo ha reportado en varios artículos Carbajal, M., *El aborto en debate: Aportes para una discusión pendiente*, op. cit.

29 El listado ha sido construido en base a la revisión de sentencias de aborto no punible (cfr. Berghallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*, op.cit.) y noticias sobre casos de demanda de aborto por violación publicadas en el trabajo de Carbajal, M., *El aborto en debate: Aportes para una discusión pendiente*, op.cit., quien ha documentando *in extenso* las prácticas de obstrucción legal y de otro tipo en el acceso al aborto no punible.

pareja estable, mujeres en situación de prostitución, y trabajadoras sexuales.

(b) Cuestiones que pueden surgir ante los procedimientos para el acceso a la ILE por causal violación

- Falta de provisión de información o suministro de información defectuosa sobre el aborto legal y los procedimientos para obtenerlo.
- Exigencia de autorización judicial previa para realizar el aborto.
- Exigencia de requisitos médicos o legales adicionales a los previstos (por ejemplo, constataciones de comités, plazos o autorizaciones de cónyuges, etc.).
- Exigencia de denuncia de la violación como requisito previo a la realización del aborto.
- Demanda de prueba de la violación o manifestación judicial sobre el delito.
- Requerimientos en relación con la denuncia o la noticia de la violación cuando se realiza con posterioridad al aborto.
- Incumplimiento de los requisitos previstos para el otorgamiento del consentimiento informado.
- Violaciones de los deberes de confidencialidad frente a los derechos de las pacientes.
- Exigencias y formalidades excesivas e improcedentes para la acreditación de la representación de mujeres menores de edad o con discapacidad.

Si bien no serán objeto de consideración de este documento por las razones anticipadas en la sección anterior, a las objeciones anteriores suelen sumarse un conjunto de obstáculos vinculados al (a) uso abusivo de la objeción de conciencia para negar la prestación de servicios; (b) la restricción sobre las opciones legales respecto del método para realizar el aborto, y (c) la falta de cobertura médica de la atención para el aborto en los sistemas de salud contributivos (i.e., obras sociales y empresas de medicina prepaga).

Finalmente, el asesoramiento legal de las mujeres que demandan la ILE por la causal violación y que pueden enfrentar los planteos listados hasta aquí, podría exigir la defensa tanto en sede judicial, como ante procedimientos establecidos por comités hospitalarios y los ámbitos de apelación correspondientes. Asimismo, más allá de la defensa en las cuestiones relacionadas con la ILE, cuando se hubiera iniciado el proceso judicial para la investigación de la denuncia de la violación –un proceso que no requiere vinculación sustantiva con

el trámite médico de acceso a la ILE–, la asistencia legal podría demandarse también para acompañar a la víctima en los procesos relacionados con la investigación, la toma de pruebas, y la constatación de la violencia sexual. La asistencia frente a la demanda de tareas forenses relacionadas con la obtención, manejo y preservación de la prueba de la violencia sexual (intervención antes de la ILE y ante el producto del embarazo luego de la ILE) podrían también integrar este tipo de tareas.

3. Planteos sustantivos sobre la causal violación y pautas para su respuesta

La revisión de los antecedentes legales y periodísticos de varios casos que han adquirido repercusión en los últimos años³⁰, sugiere que en la ruta de la demanda de acceso al aborto por la causal violación, las mujeres pueden encontrar diversos obstáculos fundados en cuestionamientos a la sustancia del modelo de indicaciones y su alcance³¹. Estas confrontaciones pueden plantearse tanto sobre la validez constitucional de todo o partes del artículo 86 del CPN como sobre su justificación y la extensión de los permisos que contiene. Los desacuerdos sobre estos temas han dado lugar a planteos doctrinarios, legislativos y judiciales que cobraron fuerza a partir de la reforma constitucional de 1994. En los últimos años, en casos en los que mujeres o sus representantes demandaban el acceso a un aborto legal, se han evidenciado varias objeciones sustantivas sobre el modelo de indicaciones vigente.

Estas objeciones comprenden al menos dos variedades de planteos. Por un lado, abarcan las *objeciones constitucionales* (punto 3.1.) que a su vez incluyen versiones *maximalistas* y otras *parciales*. Mientras las *objeciones constitucionales maximalistas* plantean que todo el régimen de indicaciones vulnera el deber de penalización total del aborto (punto 3.1.a.)³², las *objeciones constitucionales*

30 Para una revisión de algunos aspectos legales de los casos, véase, por ejemplo, Ramos, S.; Bergallo, P.; Romero, M.; Arias Feijoo, A., “El acceso al aborto permitido por la ley...”, *op.cit.*, y Menéndez, V., “Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible” en Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

31 El documento se centra en las objeciones frente a la procedencia de la oferta de servicios de aborto pero no considera otro tipo de objeciones como las que, sin cuestionar la legalidad del modelo de indicaciones o su alcance, objetan la prestación de servicios con fundamento en el ejercicio de la objeción de conciencia. Tampoco se consideran los eventuales “deberes” de prestar el servicio en ciertas circunstancias.

32 Para quienes rechazan la posibilidad de una exención a la prohibición general del aborto, todos los permisos de aborto son inconstitucionales y deben seguir siendo inaccesibles para las mujeres en todas las circunstancias. Como lo vimos al comienzo de esta introducción, esa es la postura

parciales cuestionan la adecuación constitucional de algún permiso en particular o aspectos de su aplicación (punto 3.2.b.). Un segundo grupo de cuestionamientos sustantivos puede ser identificado como *objeciones de estructura* (punto 3.2.) que, si bien aceptan la constitucionalidad del régimen de indicaciones del artículo 86 del CPN, cuestionan aspectos de su diseño, tales como³³: (a) el *alcance de las causales de no punibilidad*, (b) el *status legal de las indicaciones*, y (c) la *legalidad de la regulación* de los servicios de aborto no punible establecida por normas como la Resolución 1174/07 de la CABA.

3.1. La constitucionalidad del modelo de indicaciones³⁴

(a) La constitucionalidad del modelo de indicaciones frente a las objeciones maximalistas

El modelo de indicaciones para el aborto ha enfrentando por lo menos dos tipos de objeciones centradas en su inadecuación constitucional. Según el cuestionamiento más estructural, que nuclea lo que he propuesto denominar *objeciones constitucionales maximalistas*, la Constitución argentina y, en especial, los tratados de derechos humanos de rango constitucional, imponen un deber de penalización total del aborto que emerge del reconocimiento de un derecho absoluto a la vida en gestación. Este tipo de objeciones se basa en una interpretación errónea de las alternativas jurídicas compatibles con los compromisos constitucionales e internacionales vigentes en materia de protección de la vida, al tiempo que reniega del conjunto de normas que justifica excepciones a la aplicación del derecho penal en los casos en que se encuentran en peligro derechos de las mujeres como los que justifican las indicaciones despenalizadas.

La lectura del derecho argentino que sustenta un mandato de penalización del aborto sin excepciones no sólo propone una descripción inexacta de la normativa vigente en el derecho internacional, sino que además contradice claramente una comprensión razonable de la protección de la vida, la igualdad y la autonomía previstas en nuestra Constitución y en nuestro sistema jurídico en general. Ni la Constitución ni los tratados o nuestras leyes exigen una pe-

revelada por algunos en varios casos litigados ante pedidos de aborto no punible.

33 Estos grupos comparten con los defensores de la estrategia a favor del cumplimiento la idea de que algunas excepciones a la penalización del aborto pueden permitirse. Pero a diferencia de ellos, adoptan posturas restrictivas sobre las permisiones.

34 El texto de esta sección se basa en la Introducción del libro Bergallo, P., *Aborto y Justicia Reproductiva*, op.cit.

nalización absoluta del aborto: una regulación de ese tipo no sería compatible con ellas. La Constitución no sólo no establece un derecho absoluto a la vida en gestación sino que, por el contrario, reconoce una serie de derechos fundamentales de titularidad de la mujer que justifican las excepciones previstas en el artículo 86 del CPN³⁵.

Al interpretar las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Convención de los Derechos del Niño (CDN), textos en los que se fundan primariamente las *objeciones constitucionales maximalistas*, algunos tribunales del país han dejado en claro la improcedencia de los argumentos que apoyan una supuesta protección absoluta de la vida en las convenciones mencionadas. Así, por ejemplo, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la indicación por violación prevista en el artículo 86 del CPN, la sentencia en AG³⁶ afirmó que “la protección del derecho a la vida consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos no es de carácter absoluto, pudiendo admitirse excepciones a la regla de protección”³⁷. En el mismo sentido se manifestaron los tribunales de la Provincia de Buenos Aires en el caso LMR³⁸, de Entre Ríos en *Defensora de P. y M.*³⁹, y Río Negro⁴⁰.

En el derecho comparado a nivel regional, esa ha sido también la interpretación de las previsiones de la CADH y la CDN realizada por los tribunales superiores de Colombia y México al pronunciarse sobre su compatibilidad con la

35 Se ha argumentado además que esas normas justifican la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en el embarazo temprano aunque esa polémica no es considerada en este documento.

36 “AG s/ medida autosatisfactiva”, Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, 8.3.2010, Expte. 21.912-f-2010.

37 *Ibidem*.

38 Sup. Corte Pcia. Bs. As. (Fallo 110:842). La Corte provincial consideró que “si bien la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional protegen el derecho a la vida desde la concepción, este principio admite excepciones y, una de ellas se encuentra regulada en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal”.

39 Sup. Trib. Just. Entre Ríos, Sala Civil y Comercial, 20 de septiembre de 2007. Publicado en Lexis N° 70040167.

40 “M., Gustavo Leandro y otra s/acción de amparo”, Sala “B” de la Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, jueces Pablo Estrabou, Francisco Antonio Cerdera y Jorge Bustamante, N° 88/88/09 (21/5/2009). En Argentina, entre otros países, se ha afirmado que: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos tolera, como casos de excepción, la interrupción del embarazo en los casos de aborto terapéutico o necesario, provocado para salvar la vida de la madre o del aborto llamado sentimental o ético, practicado sobre la víctima de una violación y del aborto eugenésico, practicado sobre la mujer idiota o demente”.

permisión del aborto en ambos países. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha declarado que el artículo 4.1. admite distintas interpretaciones y que “bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión *en general* utilizada por la Convención introduce una importante cualificación respecto de que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción”.

Sobre el reconocimiento de un derecho a la vida en gestación por la CDN, la Corte Constitucional colombiana ha interpretado que: “resulta claro entonces que este instrumento internacional (...) que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta, tampoco consigna expresamente que el *nasciturus* es una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida”⁴¹.

Así también se ha pronunciado la Corte Suprema de México al entender que “el derecho a la vida establecido en el derecho internacional no puede ser considerado de ningún modo como absoluto. La normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo la privación de este derecho fundamental es lícita”⁴².

(b) La constitucionalidad del modelo de indicaciones frente a las objeciones parciales

Además de las objeciones más amplias, en ocasiones, el modelo de indicaciones ha enfrentado *objeciones constitucionales parciales* que arguyen la inconstitucionalidad de algunos aspectos del modelo. Este es, por ejemplo, el caso de los cuestionamientos esgrimidos sobre la causal violación. En estos casos, se argumenta, por ejemplo, que como la causal violación se extiende sólo a la violación de las mujeres “idiotas o dementes”, según la norma del artículo 86 del CPN, este permiso supone el reconocimiento de una fundamentación eugénica incompatible con la Constitución.

41 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-360, 2006.

42 México, Distrito Federal. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día 28 de agosto de 2008, Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Promoventes: Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Procuraduría General de la República. Disponible en <http://informa.scjn.gob.mx/sentencia.htm>, consultado el 31.12.2011.

Ambos tipos de observaciones, las que apuntan a la inconstitucionalidad de todo el modelo de indicaciones y las que se ciñen a la constitucionalidad de un permiso amplio por violación, se han planteado en casos resueltos en la última década por tribunales provinciales del país. En particular sobre la causal violación, entre los años 2006 y 2007, los tribunales superiores de la Provincia de Buenos⁴³, Mendoza⁴⁴ y Entre Ríos⁴⁵ debieron pronunciarse ante situaciones de aborto motivadas por la violación de mujeres que sufrían algún tipo de discapacidad mental. Además, entre 2007 y 2010, tribunales inferiores de las provincias de Buenos Aires⁴⁶, Río Negro⁴⁷, y Chubut⁴⁸ fallaron ante peticiones de aborto por violación de jóvenes que no padecían un retraso mental. En este último conjunto de casos, en marzo de 2010 el Superior Tribunal de Chubut⁴⁹ avaló un aborto en caso de violación de una menor que no padecía un retardo mental basándose en el artículo 86, inciso 2 del Código. Lo mismo había concluido el año anterior un tribunal de Río Negro.

En las sentencias citadas de los tribunales superiores de la provincia de Buenos Aires, Entre Ríos, Mendoza, y Chubut los jueces han concluido que la regulación que permite el aborto por violación según el artículo 86 del CPN es constitucional. Además, en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, la mayoría de los jueces entendió que la permisión del aborto por violación de toda mujer, independientemente de que sufra o no una discapacidad mental, también es constitucional.

43 “LRM”, Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 31.7.2006, LLBA, agosto de 2006, 895.

44 “CSM y otros c/sin demandado p/Ac. de amparo s/per saltum”, Sala 1ª Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 22.8.2006, LL, 2006-E, 171.

45 “Defensora de PYM (en repr. de persona por nacer) s/medida cautelar de protección de persona”, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 20.9.2007, LLLitoral, noviembre de 2007, 1069.

46 “OMV s/víctima de abuso sexual”, Sala II, Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, 21.2.2007, LL On Line.

47 “FNM”, Sala “B” de la Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, 18.5.2009. En abril de 2010, el Juez Martín Lozada resolvió otro caso de aborto por violación en el “Incidente de solicitud de interrupción de embarazo formulado por T. N.”, en los autos principales “N., R. F. s/abuso sexual”, expte. Nro. S.3-10- 100, del registro de la Secretaría N° III del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. II, San Carlos de Bariloche, Río Negro.

48 “MP”, Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, 19.3.2010, Expte. 93/10.

49 “FAL s/ medida autosatisfactiva”, Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, 8.3.2010, Expte. 21.912-f-2010.

Dada la trascendencia de este tipo de objeciones, el Anexo III adjunto ofrece un esquema más desarrollado de los argumentos que sustentan las afirmaciones anteriores, centrándose en particular en la discusión sobre la protección de la vida en gestación con citas de fuentes diversas en los que se han formulado respuestas a las objeciones mencionadas aquí.

Los trabajos de los Profesores Nelly Minyerski⁵⁰, Martín Farrell⁵¹, y Marcelo Ferrante⁵² pueden consultarse para obtener un desarrollo mayor de los argumentos que apoyan la constitucionalidad del artículo 86 del CPN y una interpretación adecuada a los mandatos constitucionales del alcance de los permisos previstos en los mismos.

3.2. El diseño del modelo de indicaciones

(a) *Los casos comprendidos por la causal violación*

En algunos de los casos judiciales referidos *supra* se ha cuestionado la extensión de la causal violación y, a veces, junto a ella, su constitucionalidad, según vimos en el punto anterior. Los casos surgieron ante la denegación o la obstrucción de pedidos de aborto solicitados por víctimas de violación fundada, en ocasiones, en lecturas restrictivas del permiso que alegan su aplicación exclusiva a la mujer “idiota o demente”⁵³ y su improcedencia cuando la víctima de la violación no sufre una discapacidad mental. Este tipo de objeción ha operado, en algunos casos, seguida de un planteo de inconstitucionalidad de la causal violación al afirmar que, dada la definición restrictiva del permiso de aborto por violación a los casos de mujeres “idiotas o dementes”, la causal resulta fundada en razones eugenésicas incompatibles con la Constitución. Hemos visto en el punto 3.1.b. que estas objeciones fueron implícitamente rechazadas por los tribunales que las consideraron en casos en los que mujeres con alguna discapacidad demandaban el aborto.

Sin embargo, la objeciones que cuestionan el alcance de la causal violación

50 Minyerski, N., “El artículo 86 del Código Penal: Eficacia y Efectividad”, Revista Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial, Junio 2011.

51 Farrell, M., “¿Existe un derecho constitucional al aborto?”, en Bergallo, P. (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, op. cit.

52 Ferrante, M., “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en Bergallo, P. (comp.) *Aborto y Justicia Reproductiva*, op.cit.

53 Véase, Faerman, R., “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Gargarella, R. (comp.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

no siempre se acompañan con un planteo de inconstitucionalidad. A veces, simplemente se concentran en el argumento textual según el cual la norma del inciso 2 del artículo 86 se restringe a permitir el aborto por violación sólo cuando la víctima es “idiota o demente”. En sentencias como A.G., del Superior Tribunal de Justicia de Chubut, o fallos de la Provincia de Río Negro, los jueces han rechazado la razonabilidad de esta interpretación restrictiva afirmando que el permiso de aborto se extiende a toda mujer. Además, ésta es la interpretación efectuada en algunas de las normas que regulan los procedimientos de aborto no punible entre las cuales cabe destacar, la Ley XV Nro. 14 que regula el *Procedimiento a Desarrollar en los Establecimientos de Salud Pública Respecto de la Atención de los Abortos No Punibles*, y la Resolución Ministerial de Santa Fe basada en la Norma para la Atención Integral de los Abortos No Punibles elaborada para el Ministerio de Salud de la Nación.

Por otra parte, entres las opiniones doctrinarias más actualizadas recomendadas en el párrafo anterior, Ferrante⁵⁴ y Minyerski⁵⁵ han analizado los argumentos planteados en este tipo de objeciones mostrando que la interpretación más adecuada del inciso 2º del artículo 86 del CPN a la luz de la Constitución y los tratados de derechos humanos integrados a ella es la que considera el texto del permiso como extensivo a toda mujer víctima de violación. Así también lo han interpretado los firmantes de la Declaración del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal sobre Aborto, incorporada en el Anexo I.

(b) El modelo de indicaciones: Un conjunto de causas de justificación

Entre quienes aceptan la constitucionalidad de una serie de excepciones a la penalización del aborto del artículo 86 del CPN, algunos objetan el status de esas excepciones alegando que las circunstancias de no punibilidad serían instancias de *excusas absolutorias* eximentes del castigo⁵⁶. A diferencia de quie-

54 Ferrante, M., “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, *op.cit.*

55 Minyerski, N., “El artículo 86 del Código Penal...”, *op.cit.*

56 Desde el punto de vista técnico del derecho penal, una excusa absolutoria es una previsión legal que se puede utilizar para reducir, o directamente eximir, la aplicación de un castigo cuando se consuma una conducta penalizada y contraria al derecho, es decir, una conducta no permitida. En este caso la conducta es típica, antijurídica y culpable, con lo cual si bien los elementos necesarios para la existencia de delito están presentes, la pena no se aplica por alguna circunstancia particular. Este vendría a ser el caso, por ejemplo, de las normas que en distintos códigos penales de la región eximen de la pena a quienes, siendo cónyuges o parientes hasta algún grado de consanguinidad de quien haya cometido un delito, ayuden a este último a ocultarse u ocultar

nes coinciden en caracterizar los casos de no punibilidad del artículo 86 como *causas de justificación*⁵⁷ del aborto eximentes de responsabilidad, algunos juristas entienden que el artículo 86 establece tan sólo un conjunto de causales de eximición de la pena. La diferente caracterización del régimen del CPN que proponen es relevante, ya que la identificación de las causales de ILE como *causas de justificación* implica que la realización del aborto en los casos previstos no configura un delito para la mujer, los profesionales de la salud y otros partícipes, eliminando la asignación de responsabilidad. En cambio, la definición de los permisos de aborto como *excusas absolutorias*, según lo proponen las posiciones más restrictivas, supondría la configuración de una conducta delictiva frente a la que el sistema judicial sólo puede eximir la imposición de la pena a quienes expresamente se identifica en la norma penal (el médico y la mujer que consintió).

Esta distinción técnica es relevante, además, porque la estipulación de los permisos de aborto como excusas absolutorias, se arguye, implica que no correspondería regular ni ofrecer la prestación de servicios de una práctica que se estima delictiva. Es decir, la mujer, el o la médica y los restantes partícipes en la realización del aborto cuando concurren las circunstancias del artículo 86 del CPN han cometido un delito y serían responsables penalmente. Ello, aunque podrían no ser castigados si un juez así lo resuelve. Bajo esta lógica, además, normas como la Resolución 1174/07 de la CABA serían inconstitucionales.

Ahora bien, la interpretación del artículo 86 del CPN como un conjunto de causales de justificación encuentra sustento en diversos antecedentes y es la única compatible con una interpretación razonable de la norma a la luz de la Constitución. En un trabajo reciente, Minyerski⁵⁸ ha desarrollado los distintos argumentos que sustentan esta conclusión. Entre otros, afirma:

Llegado este punto resulta necesario reiterar que, cuando se dan las circunstancias reseñadas, la interrupción del embarazo ha sido excluida expresamente del tipo penal por el legislador. En este sentido es importante recordar que el derecho penal, por expreso mandato constitucional sólo interviene una vez cometida la conducta ilícita

la comisión del mismo bajo ciertas circunstancias.

57 Desde el punto de vista técnico del derecho penal una causa de justificación es una previsión legal que funciona como autorización o permiso para la consumación de una conducta tipificada, es decir, una conducta prevista con un castigo conforme a una norma penal. La permisón de esa conducta exime de responsabilidad a su autor. La legítima defensa, el estado de necesidad, y normas específicas, como las que regulan los casos de no punibilidad del aborto constituyen ejemplos de causales de justificación que establecen conductas que el individuo está autorizado a consumir.

58 Minyerski, N., "El artículo 86 del Código Penal...", *op.cit.*

y, en consecuencia, resulta innecesaria e ilegítima la actuación anticipada del Poder Judicial en orden a autorizar una práctica médica legítima o a prohibir su realización.

La caracterización del modelo de aborto no punible establecido por ese artículo como un conjunto de excusas absolutorias se ha sustentado a menudo en la apelación vaga a la autoridad de doctrinarios que afirman que se trata de excusas absolutorias o la alusión al conflicto de caracterización que sólo podría resolver el Congreso, lo cual denota una concepción formalista del derecho penal y reniega de la posibilidad de una interpretación de los casos en los que el Código establece causas de justificación. Una consideración detallada de este debate puede hallarse en trabajos como el de la Minyerski y las obras de penalistas por lo que no reproduciremos los argumentos elaborados aquí⁵⁹. La interpretación que mejor se condice con las normas de la Constitución argentina es aquella que reconoce que si bien el Código Penal no califica expresamente de causal de justificación a las circunstancias de no punibilidad de la segunda parte del artículo 86, éstas deben ser interpretadas como casos de aborto justificado, y por tanto, circunstancias que justifican la regulación de las condiciones de prestación de un servicio médico permitido que es legal. De esta conclusión se sigue además la plausibilidad de las normas administrativas y legislativas que en el último lustro se han proyectado o aprobado definiendo los procedimientos para la realización de los abortos justificados en el artículo 86 del CPN.

En el mismo sentido se han pronunciado los firmantes de la Declaración adjunta como Anexo I, para quienes el artículo 86 del CPN establece un conjunto de causas de justificación que permiten el aborto que no será punible⁶⁰. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, ante un marco constitucional similar al argentino, también flanqueado por los compromisos asumidos en los tratados de derechos humanos que integran nuestra Constitución, al referirse a las exigencias de permisión del aborto que como mínimo impone la Carta Magna de ese país, consideró en la Sentencia C-355 que:

... en los casos previstos en el artículo 124 son mucho más que excusas absolutorias o causales de impunidad legal, también llamadas causales personales de exclusión de la punibilidad y constituyen excepciones constitucionalmente obligatorias para el legislador pues si bien el fin que se busca con la penalización del aborto es proteger el principio de la vida humana, no justifica el sacrificio de la vida, la salud física

59 Véase al respecto, los comentarios sobre el tema de doctrinarios como D'Alessio, A., *Código Penal Comentado*. Buenos Aires, 2004.; Donna, E.A., "La necesidad como base del aborto justificado", en *Revista de Derecho Penal* 2, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006; Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956.

60 Véase, la Declaración en el Anexo I al presente.

y mental, la libertad de la mujer, por lo menos en las circunstancias que se estudian, es decir, la afectación de estos derechos no resulta necesaria, útil y proporcionada y por tanto no se cumple con el requisito de que el beneficio constitucional obtenido sea superior al sacrificio que impone la restricción.

Finalmente, los legisladores y funcionarios ministeriales de las provincias argentinas que aprobaron normas sobre la prestación de servicios de ILE a nivel local, como en el caso de la CABA, y cada una de las sentencias que han reiterado la improcedencia de la solicitud de autorización judicial de los abortos previstos en el artículo 86 del CPN, reflejan una comprensión del modelo de indicaciones para el aborto como un modelo de causas de justificación.

(c) La objeción sobre la legalidad de los protocolos de aborto no punible

Otro conjunto de cuestionamientos jurídicos sobre el diseño del modelo de indicaciones hace hincapié en la supuesta ilegalidad de los distintos tipos de normas que han regulado la prestación de servicios de aborto en algunas jurisdicciones provinciales. Quienes endosan estas objeciones pueden conceder que no corresponde castigar a las mujeres por el aborto realizado en las circunstancias del artículo 86 del CPN. Sin embargo, cuestionan distintos aspectos de la decisión de regular las condiciones de prestación de los servicios de aborto. Esta objeción ha surgido y puede plantearse contra la Resolución 1174/07.

En primer lugar, cuentan las objeciones ya mencionadas fundadas en la caracterización del modelo de indicaciones como uno de excusas absolutorias. Como anticipamos, de ello se deriva que el acceso al aborto no punible no debe ser suministrado ni reglado por el Estado *a priori*. En cambio, se entiende que los casos despenalizados no implican que se autorice a “cometer un delito”, y que por lo tanto el Estado no debe regular cómo acceder a servicios de aborto no punible. Quienes sostienen estas concepciones disienten con la posibilidad de reglamentar la prestación de servicios de aborto en esos casos. Al asumir que el artículo 86 no contempla causales de justificación sino excusas absolutorias, no consideran plausible la regulación de una práctica delictiva. Por esos motivos, quienes adscriben a esta concepción enfrentan iniciativas que promueven la aprobación de protocolos, directrices o legislación que regule la prestación de servicios de ILE. Ello ocurre incluso cuando estén dispuestos a aceptar la constitucionalidad de todas o algunas de las excepciones previstas en el artículo 86 del CPN. Un despliegue de este tipo de argumentos de restricción pudo observarse en las audiencias públicas organizadas por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires para discutir los proyectos de regulación local del pro-

cedimiento para los abortos permitidos en el CPN. Los trabajos de Menéndez⁶¹ y Faerman y Menéndez⁶² analizan varios de los argumentos esbozados contra la propuesta regulatoria de la Legislatura de la CABA⁶³.

Sin embargo, afirmaciones de tribunales como las vertidas en el caso AG de Chubut, donde la corte provincial instaba a la regulación de la prestación de servicios para el aborto en los casos permitidos por el artículo 86 del CPN, demuestran que nuestros tribunales no han aceptado este tipo de cuestionamientos a las regulaciones locales y entienden la procedencia de la protocolización de la provisión médica de servicios de ILE. En el mismo sentido, puede leerse la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de la CABA en el caso *Asociación Civil Pro Familia*⁶⁴, que tuvo oportunidad de pronunciarse en especial sobre la Resolución 1174/07 y dictaminó:

(t)oda vez que el acto impugnado por la entidad actora tiene por objeto simplemente establecer el procedimiento para la atención de los casos de aborto no punible en los términos previstos en el artículo 86, incisos 1 y 2 del CPN, por parte de los profesionales del subsector estatal del sistema de salud de la ciudad de Buenos Aires, corresponde concluir que, *prima facie*, el Ministerio de Salud [...] resulta en principio competente (cfr. art. 17, incisos a) y d) de la Ley 1925 de la Ciudad).

En el caso *Pro Familia*, los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de la CABA encontraron que el Ministerio de Salud local era competente para dictar la resolución objetada por los demandantes. Fundaron su conclusión en la protección constitucional del derecho a la salud integral y en las facultades otorgadas por la misma Constitución local para la conducción, el control, y la regulación del sistema de salud a las autoridades sanitarias de la CABA. Además, los jueces consideraron que la potestad regula-

61 Menéndez, V., "Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible", *op.cit.*

62 Faerman, R.; Menéndez, V., "El caso Profamilia: Un análisis de la regulación del aborto no punible en la Ciudad", *op.cit.*

63 Desde el año 2008 la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires consideró en sesiones de comisión y audiencias públicas distintos proyectos de legislación sobre aborto no punible presentados por legisladores de bloques de la oposición (cfr. Menéndez, V., "Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible", *op.cit.*). Los proyectos debatidos en audiencias públicas durante el 2008 perdieron estado parlamentario a fines de 2009. Durante el 2010 volvieron a introducirse proyectos que intentaban regular de forma más completa los servicios de ILE. Estos nuevos proyectos no lograron la aprobación necesaria para pasar al recinto y perderán estado parlamentario en diciembre del 2011. Para más información sobre los proyectos de ley y sus antecedentes puede consultarse Menéndez, V., "Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible", *op.cit.*

64 "Pro Familia Asociación Civil v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 1^{ra}, 29/5/2009.

toria del Ministerio de Salud estaba establecida en la Ley Básica de Salud 153 y su definición de las autoridades del sistema sanitario de la CABA.

En el mismo sentido también pueden interpretarse las recomendaciones recibidas por el país de los órganos de monitoreo de derechos humanos de Naciones Unidas o en un caso concreto como *LMR*, donde se recomienda al Estado argentino regular la ILE.

Ahora bien, otro tipo de objeciones contra ejercicios regulatorios a nivel local ha objetado las interpretaciones que asumen sobre su contenido. Así, por ejemplo, en el caso *Pro Familia*, los demandantes también cuestionaban la validez de la Resolución 1174/07 por su falta de previsión de la intervención de los asesores tutelares en defensa de los intereses de las personas menores de edad. Sin embargo, al dejar en claro el tribunal la improcedencia de la demanda de autorización judicial previa del aborto, rechazó implícitamente el cuestionamiento sobre la necesidad de intervención de la asesoría tutelar fuera de la instancia judicial no necesaria⁶⁵.

Un último conjunto de objeciones a la regulación de los servicios de aborto no punible a través de normas administrativas nacionales o provinciales o a partir de legislación provincial las cuestiona porque vulnerarían la competencia regulatoria federal exclusiva de supuesta titularidad del Congreso de la Nación. En esta misma línea, otros aceptan una versión apenas más amplia que toleraría la intervención del Poder Ejecutivo federal pero no de los gobiernos provinciales. Las objeciones de la *prioridad legislativa federal* o la de la *prioridad federal* plantean una cuestión de competencias en la emisión de normas que establezcan condiciones para la prestación de servicios de aborto no punible que encuentra sustento en interpretaciones también limitadas del diseño federal previsto en la Constitución y del régimen de separación de poderes que consagra. Este tipo de objeciones ha sido desplegada en debates legislativos como los propuestos en el año 2008 ante la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, pero no aparece en la defensa de casos individuales, por lo cual no profundizaremos su análisis aquí. Para una consideración más extensa de la justificación de la competencia provincial para la reglamentación de los procedimientos de ILE y la plausibilidad de su regulación en sede administrativa o legislativa puede consultarse el trabajo de Menéndez⁶⁶.

65 Faerman, R.; Menéndez, V., "El caso Pro Familia: Un análisis de la regulación del aborto no punible en la Ciudad", *op. cit.*, ofrecen mayor detalle sobre este aspecto de la discusión en el litigio.

66 Menéndez, V., "Iniciativas Regulatorias para el Acceso al Aborto No Punible", *op.cit.*

4. Los procedimientos legales para el acceso al aborto no punible

Las secciones anteriores se han centrado en presentar una serie de planteos y argumentos para su respuesta frente a quienes cuestionan en sustancia la constitucionalidad y la legalidad del modelo de indicaciones para el aborto. Sin embargo, en la práctica, los casos concretos de obstrucciones al acceso a la ILE suelen enfrentar también restricciones formuladas por actores que, tanto dentro del sistema de salud como en los ámbitos administrativos o judiciales, objetan aspectos de la aplicación de la regulación del aborto en el artículo 86 del CPN. En estos casos, la aplicación de la causal violación supone distintos tipos de desafíos en la ruta de acceso a la ILE. Estas barreras jurídicas respecto de la aplicación concreta pueden surgir, entre otros, de las exigencias listadas en el punto 2 (b) *supra*.

Según se sustenta a continuación, el documento asume que la respuesta legal adecuada frente a los obstáculos mencionados en el primer párrafo implica la defensa de las siguientes tesis:

1. Ante la noticia de la violación, los profesionales de la salud u otras autoridades notificadas deben poner en conocimiento de la víctima o sus representantes la opción del aborto legal mediante el suministro de información sobre la legalidad de la práctica y las condiciones para acceder a ella.
2. La mujer o sus representantes deben otorgar su consentimiento informado para la realización de la ILE y para ello no pueden imponerse requisitos no previstos ni formalidades dilatorias. Además, cuando existen regulaciones específicas del consentimiento, éstas deben cumplirse de forma estricta.
3. La solicitud de autorización judicial de la ILE por la causal violación es improcedente.
4. No debe demandarse una constatación médica (ni por un sólo profesional ni por equipos multidisciplinarios) de la violación como precondition para efectuar la ILE. Tampoco corresponde exigir prueba de la violación o manifestación judicial sobre ella, como condiciones para la realización del aborto.
5. La exigencia de la previa denuncia penal o de otro tipo para la realización de la ILE por la causal violación resulta improcedente.
6. El personal del sistema de salud debe respetar la confidencialidad de la información vinculada a las decisiones de las mujeres y el procedimiento de ILE.
7. No corresponde imponer requisitos excesivos para la representación de

las mujeres menores de edad y las mujeres con discapacidad mental ante la demanda de la ILE por causal violación.

8. Los deberes de los profesionales de la salud de denunciar o notificar la toma de conocimiento de hechos de violencia luego de la realización de la ILE son limitados a ciertas circunstancias y deben siempre ejercerse con responsabilidad.

Las siguientes secciones ofrecen una breve consideración de los argumentos más relevantes que sustentan las conclusiones adelantadas en el listado anterior.

4.1. El deber de información sobre las opciones de ILE y los procedimientos para su realización

Las mujeres que demandan acceso al aborto por la causal violación tienen derecho a recibir información veraz, oportuna, clara y completa sobre la legalidad de la ILE por violación y los procedimientos para acceder a ella, los mecanismos de investigación y sanción de la violencia sexual, y las funciones desempeñadas por el sistema de salud. El Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violencia Sexual emitido por el Ministerio de Salud de la Nación (presentado en diciembre de 2011) establece los pasos a seguir y los deberes de información de los distintos actores que podrían tomar noticia de los casos de violencia. Además, el protocolo prevé expresamente que cuando el embarazo es producto de una violación:

se encuentra contemplado como una de las causales legales de interrupción del embarazo en el Código Penal de la Nación. En embarazos producto de una violación debe informarse sobre la posibilidad de acceder al Aborto No Punible (ANP) y garantizarlo en caso de solicitud. Los procedimientos establecidos en detalle se encuentran en la Guía Técnica de Atención Integral de los Abortos No Punibles del Ministerio de Salud de la Nación. (p. 20)⁶⁷

En el documento *Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸ ofrece una revisión exhaustiva de los estándares internacionales y regionales aplicables respecto de la obligación de entregar información

67 No consideraremos aquí las disputas planteadas sobre la validez de la Guía referenciada por esta norma. En el caso de la CABA la referencia aquí formulada debe leerse aludiendo a la normativa prevista en la Resolución 1174/07.

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *Acceso a la Información en Materia Reproductiva*, op.cit.

oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa en materia reproductiva. Al respecto, según el documento:

(l)a CIDH considera que para garantizar el acceso a la información en materia reproductiva, los Estados miembros de la OEA deben abstenerse de censurar, ocultar o desvirtuar información. Asimismo, conforme a las obligaciones de respeto y garantía que la CIDH impone, y bajo los principios de igualdad y no discriminación, los Estados deben garantizar que las mujeres tengan acceso a información oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa en materia reproductiva, que incluye información sobre los servicios de salud sexual y reproductiva que se ofrecen legalmente⁶⁹.

Asimismo, en referencia al caso *Paulina* planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra México, la Comisión ha considerado en el Informe mencionado en el párrafo anterior que:

Como ejemplo de esta situación, el 8 de marzo de 2002, la CIDH recibió una petición en la que se alegó la violación de los derechos humanos de la niña Paulina Ramírez Jacinto, quien fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada, y fue obstaculizada por las autoridades estatales para ejercer su derecho a interrumpir dicho embarazo según lo establecido por ley mexicana. Entre los métodos empleados para disuadirla de practicarse un aborto legal, se le proporcionó tanto a ella como a su madre información incompleta y errónea sobre la intervención médica y sus consecuencias. El caso fue resuelto por acuerdo de solución amistosa de fecha 8 de marzo de 2006. En dicho acuerdo la CIDH señaló que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. La CIDH viene acompañando el cumplimiento del acuerdo⁷⁰.

La provisión de información y, en especial de aquella sobre el procedimiento de ILE, deberá ser sensible a las distintas identidades y posiciones de las mujeres. Sobre el derecho a recibir información por ciertos grupos en situaciones de vulnerabilidad, ha afirmado recientemente la Relatoría de Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos:

(r)esulta de particular importancia hacer énfasis en el derecho de acceso a la información en cabeza de grupos o sujetos vulnerables o marginados, para quienes este derecho es condición esencial de satisfacción de sus necesidades básicas. Así, por ejemplo, los Estados deben hacer esfuerzos para garantizar especialmente a los sectores más pobres de la población el derecho de acceso a la información sobre mecanismos de participación, programas sociales y otras formas de satisfacción de sus derechos fundamentales; los grupos étnicos y culturales tienen derecho a que el

69 *Ibídem*, p. 92.

70 *Ibídem*, párr. 91.

Estado diseñe políticas destinadas a adaptar el derecho de acceso a sus necesidades culturales, como por ejemplo, a su lengua; y las mujeres en toda la región tienen derecho a que el Estado les garantice plenamente el derecho de acceso a la información sobre sus derechos sexuales y reproductivos a través de su difusión masiva y especializada, por ejemplo, en todos los centros de atención básica⁷¹.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos le ha señalado a nuestro país en el caso *LNP* de una niña de la comunidad Qom que:

El Comité considera asimismo que el trato recibido por la autora por parte del personal judicial, policial y médico descrito denota un incumplimiento del Estado de su obligación de adoptar las medidas de protección requeridas por la condición de menor de la autora reconocida en el artículo 24 del Pacto⁷².

Asimismo, el Comité ha hecho notar que al no comunicar a la autora su capacidad de constituirse en querellante y al ofrecer información íntegramente en español y sin interpretación a pesar de que tanto ella como otros testigos tenían problemas de comunicación en dicho idioma, “se ha violado el derecho de la autora a acceder a los tribunales en condiciones de igualdad reconocido en el párrafo 1 del artículo 14”⁷³.

4.2. El consentimiento informado para la realización de la ILE y los requisitos procedimentales

El artículo 2 de la Resolución 1174/07 establece que en los supuestos del artículo 86 del CPN, los profesionales intervinientes efectuarán la interrupción del embarazo cumpliendo con lo previsto en la norma del CPN y las exigencias de consentimiento informado reguladas en la CABA por la Ley Básica de Salud Nro. 153, su Decreto Reglamentario Nro. 208/01 y su modificatorio el Decreto Nro. 2316/03, y la Resolución Nro. 2384/06. En el 2008, además, la Resolución 437/08 estableció el formulario para la toma del consentimiento informado en el sistema de salud pública de la CABA. La Resolución establece la responsabilidad de los Directores de los efectores del sub-sistema público de salud de la CABA para informar sobre la Resolución y hacerla cumplir.

Adicionalmente, en el caso concreto del aborto por violación, el artículo 9

71 Relatoría para la Libertad de Expresión, *Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión*, 2010, párrafo 92, página 31. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Agenda%20Hemisférica%20Español%20FINA%20con%20portada.pdf>, consultado el 31.12.2011.

72 *LNP*, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 11 de agosto de 2011, párrafo 13.4.

73 *Ídem*, párrafo 13.5.

de la Resolución 1174/07 regula los requisitos impuestos para la atención de víctimas menores o con discapacidad mental cuando sus representantes demandan la ILE. Así, ese artículo requiere constancia del consentimiento informado, que deberá ser prestado por el representante legal y acreditado mediante “documentación correspondiente” (Artículo 9, inciso [a]); y la declaración de insania con firma certificada o el dictamen de los profesionales de salud mental del equipo interdisciplinario (Artículo 9, inciso [b]).

Además, estas normas sancionadas por la Ciudad deben leerse hoy en consonancia con las normas de la Constitución, los tratados de derechos humanos y las provisiones específicas de los artículos 6 a 11 de la Ley de Derechos de los Pacientes Nro. 26.529, que establecen los estándares federales que regulan el consentimiento informado, y la reciente normativa de salud mental establecida por la nueva Ley de Salud Mental Nro. 26.657. Un análisis pormenorizado de este marco normativo excede el alcance de este documento. Sin embargo, los requisitos exigidos por la legislación local mencionada deben ser actualizados y especificados según las pautas de las normas de superior jerarquía mencionadas en este párrafo. Por otro lado, tal como se detalla más adelante en el punto 4.7., estas normas deben ajustarse a las previsiones contempladas para los casos del consentimiento de mujeres menores de edad o con discapacidad mental y sus representantes, respectivamente.

4.3. La improcedencia de intervenciones y autorizaciones judiciales o administrativas como requisitos previos al aborto

La Resolución 1174/07 establece claramente la improcedencia de la autorización judicial de los abortos no punibles. El artículo 2 de la Resolución prevé que los abortos del artículo 86 del CPN deben realizarse “conforme a las reglas del arte de curar y sin requerir autorización judicial”. Además, las sentencias de tribunales de provincias del país que han enfrentado pedidos de autorización judicial de abortos previstos en el artículo 86 del CPN, incluyendo la de la Sala de la Cámara Contencioso administrativa de la CABA en el caso *Pro Familia*, han reiterado contundentemente que no corresponde el requisito previo de judicialización de dicha autorización. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado al gobierno argentino en el caso *LMR*, que la judicialización indebida para la obstrucción de la realización de la ILE representaba “una injerencia arbitraria en la vida privada de L.M.R.” y que “la ilegítima injerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico podría ser considerado una violación del derecho a la intimidad de

aquella”. Por ello, el Comité entendió que “se produjo una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto”⁷⁴.

En el derecho comparado, sobre la imposición de barreras indebidas que obstruyen el acceso a los servicios de ILE en los casos permitidos por la ley, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que:

Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras: Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido[...] Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción [...] Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos [...] Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas [...] Suscribir pactos –individuales o conjuntos– para negarse a practicar la interrupción del embarazo [...] Aco-gerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos(as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados(as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos [...] Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el estatus de profesionales de la salud [...] Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico –en este caso la práctica del aborto inducido– no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente [...] No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. (T-388/09). (En Lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia. WLW. 2010.)

La opción médica de requerir un equipo interdisciplinario. Según la Resolución 1174/07, el profesional a quien se requiere la práctica de la ILE tiene la potestad de “requerir la asistencia de un Equipo Interdisciplinario” que deberá funcionar según lo regula el Capítulo IV de la misma Resolución. Si bien en los casos de violación no habría razones médicas para justificar el ejercicio de esta opción, la Resolución no es clara en este aspecto. Si el profesional decidiera ejercer la opción

74 LMR, Comunicación No 1608/2007 al Gobierno de Argentina, Comité de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2011.

de requerir la intervención de un equipo, esa decisión debería justificarse sin implicar la imposición de arbitrariedades o demandas con fines dilatorios. Para ello se deberán seguir los pasos previstos en ese Capítulo IV, pero en ninguna circunstancia corresponderá establecer exigencias adicionales a las allí contempladas. El carácter opcional de la intervención del Equipo Interdisciplinario es ratificado además en el artículo 7, donde la Resolución vuelve a dejar en claro que los equipos interdisciplinarios “(s)ólo intervendrán cuando el profesional interviniente considere necesario su opinión en virtud de las características del caso”.

Para el caso excepcional en el que el profesional interviniente eligiera ejercer su opción de convocar a un Equipo Interdisciplinario frente a la demanda de un aborto por violación, el Equipo deberá asistirlo actuando según lo previsto en los artículos 13 y 14 de la Resolución. Esta misma norma establece que el comité deberá pronunciarse en 5 (cinco) días hábiles, y que si hubiera desacuerdos será el Director del Hospital quien decidirá la cuestión, pudiendo convocar a un Comité de Ética. Una vez adoptada una decisión por parte del Director, ésta deberá ser notificada a la mujer o a su representante, según el caso.

Si bien la Resolución no prevé otra instancia de apelación sobre la decisión del Director del Hospital, ésta podría ser cuestionada según las normas que regulan los procedimientos administrativos en los organismos de la CABA⁷⁵.

En cualquier caso, debe aclararse que la opción por la intervención del Equipo Interdisciplinario no podría suponer que la participación demande: (a) la constatación o prueba de la violación como precondition para efectuar la ILE, (b) el ejercicio de valoraciones sobre las decisiones o conductas de la víctima, o (c) la interferencia en las opciones disponibles para las mujeres o sus representantes cuando fueran mujeres menores de edad o con discapacidad mental.

Los mencionados hasta aquí son los únicos requisitos previstos en la normativa aplicable en la CABA y, en su cumplimiento, las partes deberán respetar además de las reglas del arte de curar el principio de debido proceso y las garantías sustantivas y procedimentales que se aplican a la actuación de los empleados públicos.

De la aplicación de los estándares del debido proceso a los procedimientos previos a la realización de la ILE requerida por una víctima de violación o sus representantes se seguirán entonces las siguientes pautas. Primero, el principio de legalidad implica la improcedencia de requisitos adicionales a los previstos

75 Por razones de espacio, remitimos aquí al régimen general aplicable a los recursos administrativos en la CABA.

por las normas que regulan el acceso a la ILE y el deber de los profesionales de la salud y funcionarios del sistema de salud de ceñirse estrictamente a los procedimientos previstos para la realización de la ILE, separando y desvinculando aquellos establecidos como requisitos para la realización de la ILE de los correspondientes a la investigación y sanción de la violencia sexual.

Asimismo, en el desarrollo de los trámites adicionales como los que podrían implicar el involucramiento de un Equipo Interdisciplinario a pedido del profesional actuante, el principio de legalidad restringe las imposiciones de cargas adicionales y formas procesales extra como condición de la realización de la ILE. Por tanto, no deberán exigirse requisitos como evidencia de la violación o constataciones de los dichos de la víctima. En los casos del procedimiento establecido por el Capítulo IV de la Resolución 1174/07, la aplicación práctica de ese procedimiento debe ceñirse de forma estricta a los pasos establecidos en la normativa sin generar interferencias adicionales. En segundo lugar, durante el curso del procedimiento ante el Equipo Interdisciplinario, deberá respetarse el derecho de la mujer que solicita la ILE a defender su reclamo, presentar argumentos, y pruebas para contribuir a la toma de decisiones del Equipo, si ella lo considerara necesario. En tercer lugar, el principio de celeridad también regirá el procedimiento ante el Equipo Interdisciplinario, por lo cual deberán eliminarse todas las dilaciones injustificadas generadas en el procedimiento o los trámites administrativos relacionados con él, que deberán además llevarse a cabo en el plazo previsto por la Resolución, de forma rápida y sin demoras desmedidas. Cuando fueran necesarias instancias de apelación de la decisión del Equipo Interdisciplinario, el Director del Hospital, el Comité de Ética o alguna otra autoridad, las instancias de apelación también deberán respetar el principio de celeridad. En ese sentido, se pronunció el Comité de Derechos Humanos en el caso LMR al observar que “los recursos judiciales promovidos internamente para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo fueron resueltos favorablemente para L.M.R. con el fallo de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, para llegar a ese resultado la autora debió pasar por tres instancias judiciales, el período del embarazo se prolongó de varias semanas, con las consecuencias que ello implicaba para la salud de L.M.R. y motivó que, finalmente, tuviera que acudir a su realización de manera clandestina. Por estas razones el Comité considera que la autora no dispuso de un recurso efectivo y que los hechos descritos configuran una violación del artículo 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto”⁷⁶.

⁷⁶ LMR, op.cit., párrafo 17, página 12.

4.4. La improcedencia del requerimiento de denuncia de la violación como requisito previo al aborto

Ninguna norma del CPN establece el deber de denunciar la violación como un deber de la víctima mayor de edad ni exige que la denuncia sea efectuada como un requisito previo a la realización de la ILE por la causal violación. Es más, según el artículo 72 del CPN, el delito de violación es un delito dependiente de instancia privada. Es decir, que el CPN ha previsto que es potestad de la mujer mayor de edad efectuar la denuncia. No se justifica que esa potestad se convierta en una exigencia cuando la víctima de violación embarazada demanda al sistema de salud la ILE. Éste tampoco es un requisito previsto en la CABA por la Resolución 1174/07. A diferencia de las normas que regulan la realización de la ILE en los casos del artículo 86 del CPN en otras jurisdicciones, en la CABA la Resolución mencionada no prevé la exigencia de ningún tipo de denuncia previa para la realización del aborto en los casos permitidos.

Sobre la improcedencia del requisito de denuncia previa se han pronunciado también los firmantes de la Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, quienes afirman claramente que “la mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo” (Declaración, página 2).

Ahora bien, una vez realizado el aborto es posible que en los casos de víctimas menores de edad o mujeres con discapacidad resulten de aplicación un conjunto de normas que establecen la potestad o la obligación de denunciar la violación. Estas circunstancias se consideran en el siguiente punto, pero resulta importante aclarar aquí que dichas exigencias no se condicen en ningún caso con la demanda de la denuncia de la violación como requisito para realizar la ILE.

4.5. La denuncia de la violación o la comunicación a las autoridades en caso de mujeres menores de edad o con discapacidad mental

El artículo 72 del CPN establece que la violación es un delito dependiente de instancia privada. Sin embargo, el mismo artículo prevé que se deberá proceder de oficio cuando el delito hubiera sido “cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador”. Y la misma norma prevé que “(c)uando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél”. Y si como consecuencia del delito se hubieran producido la muerte

de la víctima o lesiones gravísimas (según el artículo 91 del CPN), el delito se torna de acción pública.

Surge entonces el interrogante sobre las potestades y los deberes de denunciar penalmente o notificar a las autoridades a cargo de la protección de víctimas de violencia el delito de violación luego de prestar el servicio de ILE. En estos casos, entonces, es importante definir cuáles son los derechos de las víctimas, sus tutores y representantes, y cuáles los deberes y potestades de los funcionarios públicos, los profesionales de la salud, y los operadores de justicia. Establecer esas potestades y deberes exige una interpretación armónica de las normas constitucionales, las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables al caso, y las reglas específicas a nivel federal y de la CABA sobre temas diversos. Una selección de las normas más relevantes aplicables al caso se adjunta como Anexo II al presente.

En el caso de la CABA, surge entonces que frente a la sospecha de una situación de violencia sexual:

- (a) Los profesionales de la salud deben informar claramente los alcances de sus deberes de guardar secreto profesional y sus deberes de denunciar la violación, cuando las normas expresamente exigen romper la guarda de confidencialidad.
- (b) Los profesionales de la salud deben informar a las víctimas mujeres mayores de edad que es su *potestad* efectuar la denuncia del delito y que nadie puede hacerlo en su reemplazo, salvo las excepciones expresamente previstas y listadas en los siguientes puntos f.(i). y f.(ii).
- (c) Los profesionales de la salud deben informar a los tutores, guardadores o representantes legales que cuando la víctima es incapaz o menor de 18 años pero mayor de 14 años es *potestad* de aquellos (tutores, guardadores o representantes legales) efectuar la denuncia penal de la violación. En estos casos, los profesionales de la salud *no deben* efectuar denuncia penal, salvo las excepciones que se identifican a continuación en el punto (f).
- (d) Los profesionales de la salud deben informar a los tutores, guardadores o representantes legales que cuando las víctimas menores tienen entre 18 y 14 años o son incapaces, los tutores, guardadores o representantes legales *deben* denunciar la situación de violencia a *las autoridades administrativas* correspondientes.
- (e) Los profesionales de la salud deben informar a los tutores, guardadores o representantes legales que cuando las víctimas son menores de 14 años,

los tutores, guardadores o representantes legales *deberán* denunciar penalmente la violación.

(f) La denuncia penal de la violación *puede* ser efectuada por cualquier persona, y *debe* ser efectuada por los profesionales de la salud, funcionarios públicos y administrativos cuando:

- (i) De la violación resulta la muerte de la víctima, o
- (ii) La víctima sufre lesiones gravísimas (según se las describe en el artículo 91 del Código Penal).
- (iii) La víctima no tuviera padres, tutor ni guardador.
- (iv) El profesional de la salud actuante tuviera sospecha fundada sobre la comisión de la violación por un ascendiente, tutor o guardador de la víctima menor de 18 años o incapaz.
- (v) Las víctimas fueran menores de 14 años o incapaces.

(g) Los profesionales de la salud deberán informar a las mujeres mayores de 14 años que en los casos en los que la denuncia de la violación hubiera sido efectuada por un tercero, previo asesoramiento legal, la víctima podrá expresar si desea instar la acción penal respecto del hecho del cual tomó conocimiento la autoridad judicial. Sólo si ella así lo manifiesta se le podrá requerir a la víctima que ratifique o rectifique los hechos denunciados por el tercero. Si la víctima no deseara instar la acción penal, la denuncia deberá archivarse pudiendo, posteriormente, la víctima rectificar su voluntad.

(h) Los profesionales de la salud deben informar a los tutores, guardadores o representantes de la víctima que cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, la fiscalía *tendrá la potestad* de actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de la víctima.

(i) Según las normas que regulan la atención integral de los casos de violencia interpersonal, violencia familiar y la protección integral de niñas y mujeres con discapacidad, los profesionales siempre tendrán el *deber de notificar* a las autoridades administrativas correspondientes la sospecha de la situación de violencia sufrida por víctimas menores o con una discapacidad.

4.6. La protección de la confidencialidad

El derecho de las mujeres a la confidencialidad conlleva (i) el deber de guar-

dar secreto sobre toda la información suministrada a los profesionales de la salud y en el contexto de otros trámites y procedimientos requeridos para acceder a la ILE; (ii) el deber de preservar la confidencialidad sobre la identidad de las mujeres involucradas en los trámites administrativos o judiciales; y (iii) el deber de abstenerse de denunciar el delito cuando las normas aplicables no lo exigen expresamente.

En particular, el derecho de las mujeres a la confidencialidad sobre la información generada en el procedimiento para acceder a la ILE por violación implica el deber de proteger la privacidad de toda la información personal contenida en las historias clínicas y en los expedientes administrativos y judiciales que pudieran crearse, incluyendo especialmente la reserva de la identidad de la mujer. Para ello, los profesionales de la salud y los terceros intervinientes deben garantizar la no divulgación y el secreto sobre el nombre de las mujeres y cualquier otro dato personal revelado en el proceso de acceso a la ILE.

Por otro lado, según se ha detallado en el punto anterior, las exigencias de denuncia o de dar noticia de un potencial entorno de violencia en los casos de mujeres menores de edad o con alguna condición de discapacidad surgen de la lectura armónica de una serie de normas que regulan la acción penal, los deberes de denunciar, y los deberes de confidencialidad, así como de las circunstancias de excepción frente a ellos.

Sobre los deberes de confidencialidad médica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en el caso *De la Cruz Flores* que:

la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”⁷⁷.

4.7. La información y el consentimiento de mujeres menores de edad

Más allá de las normas citadas en el punto 4.2, que regulan la provisión del consentimiento informado en el sistema de salud de la CABA, cuando la información y el consentimiento corresponde a mujeres menores de edad resultan aplicables las previsiones de la Ley Nacional 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley de la CABA 114, de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en especial cuan-

⁷⁷ Artículo 97. *Caso De la Cruz vs Perú*. CIDH. 2004.

do regulan los derechos de las pacientes menores de edad, y las Resoluciones 1252/05 y 1253/05 del Ministerio de Salud de la CABA. Ellas deben leerse a la luz de las normas de la Constitución y de los tratados de derechos humanos que consagran la protección de distintos derechos de las personas menores de edad.

Un análisis exhaustivo para armonizar las diversas normas aplicables a la regulación del consentimiento de las menores de edad en el acceso a servicios de salud, en general, y de ILE, en particular, excedería la extensión de este documento. Las normas vigentes que regulan el tema en el sistema de salud de la CABA requieren una lectura integradora que permita superar su atomización y los problemas de interpretación que sugieren⁷⁸. Por tanto, nos limitamos aquí a señalar que, según el texto de las Resoluciones más específicas relacionadas al consentimiento informado de personas menores de edad en el sistema de salud de la CABA:

- La Ciudad debe garantizar la prestación de servicios de salud integrales a los niños, niñas y adolescentes cuando éstos los requirieran de su sistema público de salud (Resolución 1252/05).
- En la toma del consentimiento deben reconocerse “las capacidades del niño/a y adolescente para comprender la información suministrada por el profesional actuante, y para otorgar su consentimiento sobre la realización de estudios y tratamientos indicados” (artículo 4 de la Resolución).
- Cuando las personas menores de edad se presentaran sin un acompañante adulto deberá seguirse el procedimiento previsto en el artículo 5 de la Resolución. Si según la evaluación de un equipo interdisciplinario no reunieran las capacidades suficientes para ejercer su derecho a la salud, en ese caso, la norma exige la convocatoria de un referente adulto y si el comité no hubiera sido convocado, exige a los profesionales de la salud la convocatoria de los adultos. Para el caso en que aquellos no se hubieran presentado, el artículo prevé el deber de establecer contacto con la Guardia Permanente del Consejo Asesor de Derechos de Niños/as y Adolescentes (CDNNyA).
- Según la Resolución 1253/05, debe asegurarse el acceso a los servicios de salud a las personas menores de edad sin documentos o con documentos que hubieran sido objetados cuando concurrieran al sistema de salud de la CABA con o sin la compañía de un adulto.

78 Al respecto pueden consultarse los artículos compilados en García Méndez, E., *Infancia de los derechos y de la justicia*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Todos estos requisitos son aplicables para la recepción del consentimiento de las personas menores de edad cuando éstas solicitaran el acceso a la ILE por violación. Además, estos requisitos deben ser leídos en consonancia con las previsiones de los tratados de derechos humanos y las pautas para la interpretación dictadas por los órganos de aplicación que se han manifestado expresamente sobre el consentimiento de las personas menores de edad respecto de su salud. El Anexo IV al presente contiene una descripción sumaria de las principales referencias al consentimiento de personas menores de edad en estas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, en el documento *Causal Salud*, elaborado por un conjunto de instituciones y especialistas en materia de salud sexual y reproductiva en América Latina, se sintetizan algunos estándares que podrían guiar el suministro de información y la verificación del consentimiento de las personas menores de edad. En ese sentido el documento aclara que las menores de edad, como mínimo:

- (i) deben recibir información de acuerdo a su nivel educativo, social y cultural, de manera amigable para favorecer su comprensión; (ii) la capacidad para decidir terminar un embarazo que genera riesgo para su salud o su vida debe ser evaluada en cada caso concreto; (iii) se deben agotar todos los esfuerzos para que la menor pueda tomar la decisión directamente en ejercicio de su autonomía, (iv) las menores no pueden ser obligadas a informar o solicitar el consentimiento de terceros.

El mismo documento prevé que cuando la representación de la menor de edad que solicitara el aborto ante el sistema de salud estuviera a cargo de sus familiares, tutores o encargados, el acceso de información de quienes las representen debe respetar los mismos estándares previstos más arriba. Esa representación no puede quedar a cargo de personas cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los de las menores de edad⁷⁹.

4.8. El consentimiento y la representación de mujeres con discapacidad mental

La representación de mujeres con discapacidad mental embarazadas es regulada por un conjunto de normas del Código Civil a las que deben incorporarse hoy las previsiones de la nueva Ley de Salud Mental 26.657 sancionada en el 2009. Un análisis detallado de dichas normas y su interpretación armónica a la luz de las previsiones y estándares del derecho internacional de los derechos humanos excedería los objetivos de este documento. Dada la complejidad de las situaciones que podrían presentarse y la multiplicidad de criterios en las

⁷⁹ González Veléz, A.C. (comp.), *Causal Salud, interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*, IPPF/RHO, New York, 2008, p. 187.

normas y la jurisprudencia vigente, hemos considerado conveniente reproducir algunos de los criterios recomendados en el documento *Causal Salud* antes citado. Según el mismo, en el caso de la ILE requerida ante la violación de mujeres con alguna condición de discapacidad, el suministro de información y la verificación del consentimiento de ellas o sus representantes, si este fuera necesario, deberá realizarse teniendo en cuenta como mínimo: (i) el deber de proporcionarles información a las víctimas con alguna condición de discapacidad por medios adecuados a sus limitaciones; (ii) el deber de atender, en principio, exclusivamente a la voluntad de las mujeres con alguna condición de discapacidad en relación con las decisiones vinculadas con la actuación administrativa o judicial; (iii) si fuera imposible que la mujer exprese su voluntad, quien la ley defina para representarla (familiar, tutor, o encargado) deberá actuar ante los profesionales de la salud, siguiendo la alternativa que mejor se compadece con el ejercicio de los derechos de la mujer. Si las normas dispusieran que la representante legal debe sustituir la voluntad de la mujer con alguna condición de discapacidad se deberá garantizar el acceso de información de quien las represente⁸⁰. La representación no podrá estar a cargo de quien se encuentre en conflicto con intereses de la mujer con alguna condición de discapacidad⁸¹.

80 En la Sentencia T-988/07, la Corte Constitucional colombiana ha detallado las condiciones de suministro de información y tratamiento de las mujeres con discapacidad física, psíquica o sensorial que también tienen derecho a una ILE. Al respecto, véase el extracto de la sentencia en “Lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia”, WLW. 2010.

81 González Veléz, A.C. (comp.), *Causal Salud, interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*, op.cit., p. 185.

.CAPÍTULO VI.

DEFENDERSE DEL FEMICIDIO

Por Luciana Sánchez y Raúl Salinas***

* Luciana Sánchez es Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Es fundadora de COPADI (Colectivo para la Diversidad), y trabaja en Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto.

**Raúl Salinas es Maestrando en Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Es Coordinador de la Unidad Especial de Investigación de la desaparición de niños como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y fundador de COPADI.

Defenderse del femicidio

Por Luciana Sánchez y Raúl Salinas

1. Los 90: críticas a la legítima defensa desde el paradigma de la violencia doméstica

A principios de los 90, el feminismo legal produjo un recorte en el análisis de la procedencia de la legítima defensa e identificó una serie de restricciones discriminatorias en los casos de las mujeres imputadas por el homicidio de sus parejas o ex parejas varones. Son paradigmáticas las investigaciones de Elena Larrauri¹ sobre “...el trato judicial que reciben las mujeres maltratadas víctimas de violencia doméstica que matan a sus maridos”². La jurista destaca la falta de fundamentación con que suele rechazarse la legítima defensa e identifica los sesgos contra las víctimas de violencia doméstica definidos en los criterios jurisprudenciales del derecho penal español, alemán, latinoamericano y del *Common Law*.

Larrauri documenta que el argumento más usado para rechazar la procedencia de la legítima defensa en estos casos es la “falta de actualidad en la agresión”, en el sentido de “estar produciéndose”. En otras palabras, no se considera que la agresión sea ilegítima si se trata de un ataque en curso. Más aún, si falta este requisito, los tribunales consideraban procedente la agravante de alevosía. Larrauri critica esta valoración, ya que la actualidad de la agresión no es un requisito autónomo sino condicionado por la necesidad³. Del mismo modo debe valorarse la inminencia, que el texto legal argentino no exige expresamente:

1 Larrauri, Elena y Varona, Daniel, *Violencia doméstica y legítima defensa*, E.U.B., Barcelona, 1995.

2 Larrauri, Elena, “Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal”, en *Jueces para la democracia*, 3, Ed. Jueces para la democracia, Madrid, 1994, p. 1.

3 *Ibidem*.

Es correcto exigirla si con este término se designa el requerimiento de un signo de peligro inmediato para el bien jurídico. Pero no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre agresión y defensa⁴.

Al respecto, Larrauri considera que en estos casos “la mujer se ve prácticamente siempre en la situación de matar de un modo alevoso”⁵. Por ello:

[s]i el requisito se interpreta como que el ataque sea inminente lo que sucede entonces es que el tribunal necesita considerar el conocimiento específico de la mujer para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias previas la mujer podía pensar que el ataque era inminente... [esto] choca con la declarada jurisprudencia que entienden generalmente que en las causas de justificación no pueden interpretarse de acuerdo a un juicio individualizado debiendo respetarse el standard del ‘hombre medio’...⁶

En cuanto a la racionalidad del medio empleado, los rechazos se basan en: dilucidar si la mujer que se enfrentó con un arma a su marido tenía ánimo de matar o existía exclusivamente un ánimo de lesionar [...] los tribunales acostumbran a afirmar el dolo de matar basándose fundamentalmente en la zona del cuerpo afectada y el arma utilizada [...] Sin embargo, parece claro que este razonamiento, creíble cuando la constelación es una pelea entre hombres, pierde plausibilidad cuando quien se enfrenta es una mujer a un hombre. Ya que en efecto en este segundo caso los tribunales deberían pensar que aun cuando quisiera lesionar, la mujer debería utilizar un arma de grandes proporciones. Esto es, para el hombre la alternativa “golpear con las manos” o “matar con un arma” es plausible, pero para la mujer esta alternativa cuando se enfrenta a un hombre es inexistente⁷.

Asimismo, Roxin identifica otros sesgos, consistentes en exigir a las imputadas tolerancia frente a la violencia doméstica, en la forma de deberes especiales: irse u optar por un medio menos lesivo; en estos casos “[...] de la mujer que se encuentra sometida a continuos malos tratos de su marido [...] puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse”⁸.

Finalmente, Larrauri identifica que los malos tratos continuados sobre la

4 Zaffaroni, Eugenio *et al*, *Derecho penal parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

5 Larrauri, Elena, “Género y derecho penal”, 2002, ponencia disponible en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_interinteres/ponencia%20elena%20larrauri.pdf, p. 8.

6 *Ibidem*, p. 7.

7 Larrauri, Elena, 1994, p. 1.

8 Di Corleto, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, en *Revista de derecho penal y procesal penal Lexis Nexis*, N° 5/2006, mayo 2006, p. 6, hace referencia a Roxin, Claus, *Derecho penal. parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 652.

mujer son interpretados por los tribunales para afirmar que cuando ella reacciona lo hace por venganza y no busca sólo defenderse sino matar, con lo que no dan por cumplido el requisito de falta de provocación suficiente⁹. Roxin también señala que los tribunales exigen a las imputadas tolerar la violencia doméstica en el sentido de no reaccionar; cualquier reacción excluye la falta de provocación suficiente. En dicho sentido, Julieta Di Corleto recoge un sector importante de la doctrina que sostiene “que sobre todo en el matrimonio y en las relaciones paterno-filiales ‘...existe una obligación de sacrificarse más elevada [...] [p]or tanto, al repeler ataques, p.ej. de un cónyuge, la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida, o aceptar menoscabos leves en sus bienes, antes de lesionar bienes existenciales del agresor’ ...”¹⁰.

2. Cambio de paradigma: de la violencia doméstica a la tortura

Frente a estos sesgos, el feminismo legal trabajó en el ámbito internacional para equiparar la violencia doméstica a la tortura. La autora paradigmática es, en este tema, Rhonda Copelon¹¹, quien destaca que “el abuso de la mujer por su compañero es una de las formas más comunes y peligrosas de violencia basada en el género” y explica que la “violencia doméstica” contiene los elementos de la tortura: “Aunque es ampliamente practicada, la tortura es condenada universalmente como una de las formas más nefandas de violencia y, por consiguiente, proporciona un marco de referencia para examinar la gravedad de la violencia doméstica”¹². Según Copelon:

Cuando se define a la tortura en los instrumentos [internacionales de derechos humanos] obligatorios, generalmente implica cuatro elementos críticos: (1) dolor

9 Larrauri, Elena, 1994, p. 2.

10 Di Corleto, Julieta, 1997, p. 5, hace referencia a Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4ª edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 236 – 240; Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición corregida, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 488-489; Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 230; Jescheck, Hans –Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª edición corregida y ampliada, Ed. Comares, Granada, 1993, pp. 310-311. Jescheck sostiene que en el caso de estrechas relaciones personales: “el deber de actuar consideradamente y preservar de daño a la otra parte es aquí tan destacado que el agredido no puede emplear un medio defensivo posiblemente mortal, cuando, por su lado, sólo tiene que temer una lesión corporal leve”.

11 Copelon, Rhonda, “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, en Cook, Rebecca (editora), *Derechos humanos de la mujer, perspectivas nacionales e internacionales*, Pro-familia, Bogotá, 1997, p. 110. Disponible en <http://www.ujed.mx/ovsyg/documentos/Biblio%20-%20Terror.pdf>.

12 *Ibidem*, p. 115.

y sufrimiento físico o mental severos; (2) infligidos en forma intencional; (3) para propósitos específicos; (4) con alguna participación oficial, ya sea activa o pasiva¹³.

La autora analiza cómo la violencia doméstica cumple con cada uno de estos elementos.

En su análisis de la violencia doméstica, Copelon recoge las críticas desarrolladas a lo que ella identifica como dos esencialismos. Uno de esos esencialismos consiste en ver “la tortura con una serie de características fijas, no afectadas por diferencias de contexto que pueden ser políticas, sociales, económicas y culturales, así como de género”¹⁴. El otro esencialismo, que denomina “esencialismo feminista”, “...postula una ‘perspectiva femenina’ sin tener en cuenta diferentes posiciones raciales, de clase, culturales y sexuales que transforman el género y definen diferencias entre las mujeres”¹⁵.

En este contexto, las teorías de la dinámica del maltrato utilizadas para explicar el sometimiento de los prisioneros de guerra son utilizadas por psicólogos y abogadxs para explicar del mismo modo el sufrimiento causado a las mujeres como consecuencia de vivir en una relación de maltrato:

Lenore Walker describe un ciclo de maltrato que comienza con una violencia física limitada y sigue con remordimiento y cuidados intensos [...] que son seguidos [...] por una violencia mayor y menos remordimiento o “tiempo compensatorio”. El proceso de maltrato, ya sea físico, psicológico o ambos, con frecuencia produce ansiedad, depresión y falta de sueño. Puede producir estados extremos de dependencia, debilidad y temor, así como los mismos síntomas intensos que conforman el estrés postraumático experimentados por víctimas de violencia oficial así como por las víctimas de violación¹⁶.

Walker aplicó el concepto de “impotencia aprendida” para explicar los efectos de la violencia doméstica, en particular su pasividad e impotencia frente a las agresiones.

Para Copelon es posible identificar métodos tanto físicos como psicológicos de tortura y sus análogos en el contexto de la violencia doméstica, reconociendo la imposibilidad de separarlos en términos de sus objetivos y efectos en la práctica:

13 *Ibidem*.

14 Copelon, Rhonda, 1997, p. 111, cita a Spellman, Elizabeth V., *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*, Beacon Press, Boston, 1988.

15 *Ibidem*.

16 Copelon, Rhonda, 1997, p. 118, cita a Walker, Lenore E., *The Battered Woman*, Harper & Row, Nueva York, 1979, entre otros.

Al igual que la tortura, la violencia doméstica con frecuencia implica alguna forma de brutalidad física que normalmente va en aumento. Los métodos de violencia íntima se asemejan a los métodos comunes de tortura, e incluyen golpes con las manos o con objetos, morder, escupir, dar puños, patear, cortar, acuchillar, estrangular, escaldar, quemar y los intentos de ahogar a la persona. Las consecuencias incluyen el dolor y el sufrimiento físico y mental, la desfiguración, las incapacidades temporales y permanentes, el aborto, el mutilamiento y la muerte [...] la violación y el abuso sexual se presentan en muchas formas [...] algunas mujeres son amenazadas con mutilación [...] y sufren desfiguración permanente [...] La violencia doméstica también hace que las mujeres teman por su vida y con buenas razones¹⁷.

Respecto de la brutalidad psicológica, ella consiste en:

angustia, humillación, debilitamiento y temor causados por la brutalidad física, la violación, el abuso sexual, por las amenazas de tales brutalidades y las amenazas de muerte, y por métodos de privación sensorial y estrés y manipulación diseñados para quebrar la voluntad [...] La angustia y la desintegración del yo pueden lograrse a través de métodos que atacan el cuerpo tanto pasiva como activamente [...] [por ejemplo] forzar [...] a adoptar posiciones tales como pararse contra una pared durante periodos prolongados [...] la privación del sueño, el hambre [...] El control de las funciones orgánicas y la desnudez forzada...[...] Otros métodos dependen totalmente de lo psicológico [...] a través de amenazas de muerte [...] falsas ejecuciones, obligan a escuchar los gritos de otros que están siendo torturados [...] las amenazas de abusar de sus hijos o abusar de ellas frente a sus hijos [...] aislamiento, castigos arbitrarios e impredecibles, recompensas intermitentes y alternación de brutalidad activa y pasiva [...] para agotar la resistencia y manipular la dependencia...¹⁸

A fin de contrarrestar el esencialismo sobre la tortura, Copelon se apoya en diferentes instrumentos y organismos internacionales de derechos humanos: la Convención Interamericana y la Convención de Naciones Unidas sobre tortura, que “define la tortura incluyendo el sufrimiento tanto mental como físico y suaviza la distinción entre tortura y maltrato”; el Comité de Derechos Humanos, que “ha considerado las amenazas de muerte o de grave daño físico como tortura” y que “en la práctica, tan sólo ocasionalmente ha separado las prohibiciones de tortura y maltrato y nunca con suficiente especificidad...”¹⁹.

17 *Ibidem*, p. 116. En igual sentido, Dworkin, Andrea, *Life and Death*, Virago press, Nueva York, 1997.

18 Copelon, Rhonda, 1997, p. 117. Ver también Vila, María Cristina: “Aspectos psicológicos de la problemática y consecuencias para la salud de la mujer”, en APDH, *Violencia familiar, mujer golpeada II*, Buenos Aires, 1996, referido por Hasanbegovic, Claudia, “El mismo horror, la misma responsabilidad. Perspectiva de género sobre la tortura”, en *Revista del Tribunal Superior de Justicia de Chubut*, año 6, nro. 24, septiembre de 2011, p. 55.

19 Copelon, Rhonda, 1997, cita a J. Herman Burgers y Hans Danelius: *The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

A fin de contrarrestar el esencialismo feminista, Copelon incorpora la crítica que señala que el concepto de “impotencia aprendida” refuerza los estereotipos de pasividad, debilidad, disfunción y pérdida de iniciativa y supone “un prejuicio, con frecuencia por motivos de raza y clase, contra las mujeres que no parecen ser indefensas...”²⁰, el cual excluye la legítima defensa en estos casos y eclipsa la lucha activa de las víctimas de violencia doméstica por cambiar su situación y sobrevivir.

Copelon intenta soslayar estos prejuicios desplazando el concepto de impotencia aprendida hacia una consideración de las restricciones de la mujer para irse:

Las mujeres carecen de medios económicos y sistemas de sustento para encontrar refugio y ver por sí mismas y por sus hijos [...] a medida que la violencia aumenta [...] las mujeres maltratadas incrementan sus esfuerzos por buscar ayuda [...] los autores atribuyen la no obtención de ayuda a la insuficiencia de la respuesta y los recursos comunitarios²¹.

Dentro de las restricciones refiere la relevancia del “ataque de la separación”, identificado por Martha Mahoney:

... en el momento de la separación o el intento de separación —para muchas mujeres el primer encuentro con la autoridad de la ley— la búsqueda de control del maltratador, con frecuencia se torna más agudamente violenta y potencialmente mortal²².

Como resultado de este proceso, en 2000, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas indicó que la violencia doméstica puede originar a la violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a malos tratos, a tenor del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y remarcó la necesidad de que los estados adopten medidas “cuando los miembros de la familia mantengan encerrada a la mujer y la importancia de velar por que se exija que haya procedimientos probatorios justos”²³.

En 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos examinó el caso de María da Penha, víctima de violencia física y psicológica a manos de su

20 Copelon, Rhonda, 1997, p. 118, hace referencia, en este punto, al trabajo de Elizabeth M. Schneider, “Describing and Changing: Women’s Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering”, en *Women’s Rights Law Reporter*, 9, 1986, entre otras.

21 Copelon, Rhonda, 1997, p. 119.

22 Copelon, Rhonda, 1997, p. 119, se refiere a Martha Mahoney, “Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation”, en *Michigan Law Review*. Volume: 90. Issue: 1, 1991, p. 1.

23 Véase CAT/C/QAT/CO/1, párr. 22., Human Rights Committee general comment No. 28 (2000) on article 3 (The equality of rights between men and women), párr. 11.

marido desde 1983 (intentó asesinarla por lo menos en 2 oportunidades, y la dejó parapléjica a los 38 años). Quince años después no había concluido la investigación; la Comisión Interamericana sostuvo que las leyes no eran adecuadas y que el Estado había incurrido en responsabilidad por no haber actuado con la debida diligencia, y además que “la falta de eficacia judicial discriminatoria crea un clima que propicia la violencia doméstica, ya que la sociedad no ve muestras de voluntad en el Estado, en tanto que representante de la sociedad, de adoptar medidas eficaces para castigar esos actos”²⁴.

3. Siglo XXI: *jus cogens*, de lo internacional a lo local. Violencia doméstica como tortura

Actualmente, la violencia doméstica es reconocida como una forma de tortura. En otras palabras, actos de violencia de género, como la violencia doméstica y la violación sexual, constituyen graves violaciones a los derechos humanos calificables como tortura. A su vez, entre las diversas conductas que atentan gravemente contra la integridad de las personas, la tortura constituye la expresión más severa y su total prohibición tiene el carácter de norma imperativa de *jus cogens*. Ello da cuenta de la entidad de los bienes jurídicos lesionados y de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados tales como la debida diligencia en la prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción de los responsables y reparación integral para las víctimas²⁵.

En 2006, la Red Feminista Centroamericana contra la Violencia Hacia las Mujeres presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los argumentos sostenidos por Copelon; consideró que:

... el terror íntimo que viven las mujeres produce víctimas que superan a aquellas de las dictaduras más brutales, no es neutra frente al género, severa y repetida es abrumadoramente iniciada por el hombre e infligida sobre la mujer, no se trata de una violencia aislada, aleatoria o explicable por las características anormales del abusador o la víctima o por la disfunción de la familia, por todo ello la violencia doméstica puede ser entendida como tortura, porque los elementos de ésta pueden ser aplicados a la violencia doméstica...²⁶

24 CIDH, *Caso María da Penha v. Brasil*, No. 12.051, 16 de abril de 2001.

25 Copelon, Rhonda, 1997, p. 131.

26 CIDH, Audiencia Temática, Violencia Doméstica en Centroamérica, 125° período extraordinario de sesiones, organizada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y organizaciones pertenecientes a la Red Feminista Centroamericana contra la Violencia hacia las Mujeres, Comisión Interamericana de DDHH, Guatemala, Audiencia Regional sobre Vio-

En 2008, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes señaló en su informe ante la Asamblea General de la ONU que la violencia doméstica es una forma de tortura:

45 [...] En la violencia doméstica, como en la tortura, se suele dar una escalada que a veces resulta en la muerte o en la mutilación de las mujeres o en su desfiguración permanente. Las mujeres con las que se emplea esa violencia [...] padecen de depresión, ansiedad o pérdida de la autoestima y se sienten aisladas. En realidad, la mujer maltratada puede padecer los mismos síntomas intensos propios del estrés postraumático, según se observa en las víctimas de tortura oficial y en las víctimas de violación. Otro paralelo entre el maltrato en privado de la mujer y la tortura, que remite al elemento de impotencia, es la intención de mantener a la víctima en un estado permanente de temor a una violencia imprevisible, con lo que se trata de someter a la persona y de despojarla de su capacidad de resistencia y autonomía, con el objetivo último de dominarla totalmente.

Posturas similares han sido desarrolladas desde el Comité contra la Tortura de la ONU²⁷. En su Observación General No. 2 sobre aplicación del artículo 2 por los Estados Partes²⁸, y con referencia a la protección de las personas y los grupos que resultan vulnerables a causa de la discriminación o la marginación, señaló:

22 [...] La condición femenina se combina con otras características o condiciones distintivas de la persona, como la raza, la nacionalidad, la religión, la orientación sexual, la edad o la situación de extranjería, para determinar las formas en que las mujeres y las niñas sufren o corren el riesgo de sufrir torturas o malos tratos, y sus consecuencias. Las situaciones en que la mujer corre riesgo incluyen la privación de libertad, el tratamiento médico, particularmente en el caso de las decisiones relacionadas con la reproducción, y los actos de violencia cometidos por sujetos privados en comunidades y hogares [...] Tanto los hombres como las mujeres y los niños y las niñas pueden ser víctima de infracciones de la Convención por su disconformidad real o aparente con las funciones que determina la sociedad para cada sexo...

La Corte IDH también ha generado avances en torno al reconocimiento de la violencia sexual como tortura. Así lo hizo en 2006 en los casos del *Penal*

lencia Doméstica en Centroamérica, disponible en http://www.alianzaintercambios.org/files/doc/1167172566_1167167473_Introduccion%20y%20conclusiones%20CIDH.pdf, p. 2. Los pronunciamientos de los órganos de supervisión de los diferentes instrumentos internacionales tienen vital importancia para su aplicación en el ámbito local, y la CSJN ha reconocido en diferentes ocasiones su carácter de fuente interpretativa, conf. casos “Girolodi” (sentencia del 7/4/1995), “Arana” (sentencia del 19/10/1995), “Bramajo”(sentencia del 12/09/1996), y concordantes.

27 CAT, *V.L vs. Suiza*, Comunicación No. 262/2005, 22 de enero de 2007. Párr. 8.10.

28 Documento CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

*Miguel Castro Castro*²⁹ (párr. 310-312), y en 2010 en los casos de *Fernández Ortega*³⁰ y *Rosendo Cantú*³¹. Con referencia a los requisitos para su configuración, la Corte señaló en *Rosendo Cantú* (párr.118):

...esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos.

Similares consideraciones efectuó en el *Caso Fernández Ortega* (párr. 128)³².

4. La legítima defensa desde el paradigma de la violencia doméstica como tortura

El reconocimiento normativo de la violencia doméstica como tortura impacta directamente sobre los estándares de procedencia de la legítima defensa en los casos de imputadas por homicidio.

a. Agresión ilegítima

La Comisión Interamericana de DDHH “estableció que la ineffectividad judicial general crea un ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”³³.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

30 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Sentencia de 30 de Agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

31 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Sentencia de 31 de Agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

32 Con relación al criterio teleológico, la Corte IDH señaló en los casos Cantú (párr. 117) y Fernández Ortega (párr. 127) que “considera que, en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”. Asimismo reconoció que “es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas” (*Caso Rosendo Cantú*, párr. 114; *Caso Fernández Ortega*, párr. 124).

33 CIDH, “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3/11/ 2011, en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>. Allí sostuvo la Comisión: “La importancia de los fallos judiciales identificados en este informe se

El Observatorio Adriana M. Zambrano³⁴ contabilizó que de enero a diciembre de 2011, 282 mujeres fueron asesinadas en Argentina por violencia de género. Dieciséis eran niñas menores de 12 años. Seis de cada diez feminicidas eran maridos, novios o ex parejas de las víctimas, el 12% había sido acusado por maltratos, tenía exclusión del hogar o prohibición para acercarse a su pareja o ex pareja. El 56% de los asesinatos se cometió en la casa de ella o en el espacio de convivencia.

Es en este contexto que reclamamos “un estándar adecuado de legítima defensa” para las mujeres víctimas de violencia doméstica que matan a sus agresores³⁵. Para Julieta Di Corleto, uno de los fundamentos de esta adecuación es el reconocimiento de la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar como:

... una de las manifestaciones más evidentes de la desigualdad entre los géneros y debe ser concebida como una forma de control que incluye violencia física, sexual o psicológica. Una vez que este tipo de violencia es entendida como una forma de control, el concepto permite connotar cualquier acto de intimidación o agresión que no necesariamente está concebido como un delito penal³⁶.

analiza partiendo del desarrollo de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos vinculados con la igualdad de género y los derechos de las mujeres; en particular, las pautas jurídicas fijadas por el sistema relacionadas a la violencia y a la discriminación contra las mujeres. La CIDH considera que es un momento crucial y propicio para dicho análisis considerando el desarrollo significativo del precedente del sistema interamericano vinculado a la igualdad de género en los últimos 10 años; proceso impulsado por diversos pronunciamientos basados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana”); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la “Declaración Americana”); y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante la “Convención de Belém do Pará”), entre otros instrumentos interamericanos”. La Comisión IDH emitió una serie de recomendaciones concretas orientadas al Estado para abordar las necesidades individuales de la víctima y el patrón general de tolerancia, incluyendo: “1) completar rápida y efectivamente el procesamiento penal del responsable de la agresión y tentativa de homicidio en perjuicio de la víctima; 2) llevar a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad por irregularidades o retardos injustificados que impidieron el procesamiento rápido y efectivo del responsable; y tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes; 3) adoptar, sin perjuicio de las eventuales acciones contra el responsable civil de la agresión, medidas necesarias para que el Estado asigne a la víctima adecuada reparación simbólica y material por las violaciones aquí establecidas, en particular su falla en ofrecer un recurso rápido y efectivo; y 4) continuar y profundizar el proceso de reformas que eviten la tolerancia estatal y el tratamiento discriminatorio respecto a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil, entre otras recomendaciones”, *op. cit.*, p. 8.

34 Disponible en www.lacasadelencuentro.org, <http://veintitres.infonews.com/nota-3807-sociedad-Maldito-machismo.html>

35 Di Corleto, Julieta, 2006, p. 4.

36 *Ibidem*.

Como acertadamente apunta Rioseco Ortega:

... la agresión ilegítima no significa violación delictiva de un derecho, puesto que la legítima defensa tiene lugar para evitar un mal injusto; hay agresión antes de que el bien atacado sea violado y antes de que el ataque constituya un delito; ilegítima no quiere decir delictiva, sino acción emprendida sin derecho. Es suficiente toda amenaza de lesión de un bien jurídico mediante una conducta humana; no se requiere una acción de lesión final (dolosa)³⁷.

Más explícitamente, el reconocimiento de la violencia doméstica como tortura no debe interpretarse como la exigencia de probar la comisión, por parte del occiso, del delito de tormentos, acorde al Art. 144 Ter del CPN (u otro), como un requisito de procedencia de la legítima defensa.

El estándar adecuado es que la violencia doméstica que opera como una agresión ilegítima que antecede la legítima defensa no posee la exigencia de ser un delito, una agresión física, ni de muerte. Puede tratarse de violencia sexual o psicológica: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém Do Pará”) define violencia contra las mujeres como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”³⁸. La ley 26.485/2009, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, define que es violencia doméstica contra las mujeres:

37 Rioseco Ortega, Luz, “Culminación de la violencia doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas: Defensas penales posibles”, en Alda Facio (compiladora), *Género y derecho*, Lom./La morada, 1999. Disponible en http://www.observatoriojyg.org/index.php?option=com_content&view=article&id=180&Itemid=342

38 Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, *op. cit.*, p. 23. “Cabe destacar el reproche jurídico que merece la violencia doméstica –como especie de la violencia de género– en el sistema jurídico internacional, regional, nacional y provincial. Así ha sido considerada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una violación de los derechos humanos (Informe Final No. 54/01 del caso 12.051, 16 de abril de 2001, caratulado Maria da Penha Maia Fernandes (Brasil) [...]) El estándar normativo por excelencia en la materia viene dado por el concepto de violencia contra la mujer del art. 1 de la Convención de Belém do Pará. La problemática de la violencia familiar se debe interpretar en el marco del sistema de protección de los derechos humanos internacional e interamericano, lo que conlleva el examen de las implicancias del incumplimiento de los compromisos internacionales por parte de los Estados, en los casos en que las políticas, la legislación y la jurisprudencia no se adecuen efectivamente a dicha normativa”, Caso Nro. 31.258, “B., M.P. c/G., R.A. s/protección contra la violencia familiar”, Tribunal de Familia No. 3, Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Pcia. de Buenos Aires, 20 de julio de 2006.

...aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia (art. 6, inc a).

En cuanto a la actualidad de la agresión, la existencia de un ataque físico en curso no es necesaria para la procedencia de la legítima defensa. Copelon entiende que en los casos de violencia doméstica la actualidad también está dada por "...la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico [que] son generalmente determinantes..."³⁹. Rioseco precisa que en los casos de violencia doméstica:

...estamos en presencia de una agresión permanente, por acción y omisión, de carácter físico y o psicológico, que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro, tanto para su vida como para la de sus hijos/as, frente a la cual podría ejercer la legítima defensa en cualquier momento...⁴⁰.

La frecuencia puede ser considerada como continuidad, reiteración o permanencia. En la dinámica de la violencia doméstica sabemos que las amenazas no son remotas: se convierten tarde o temprano en realidad y/o constituyen en sí una grave agresión psicológica⁴¹.

[L]a mujer no está obligada a esperar que ya no quede otra salida para reaccionar [...] no debe esperar ser herida de muerte o golpeada brutalmente para reaccionar en su

39 Copelon, Rhonda, 1997, p. 131.

40 Luz Rioseco Ortega, 1999. Explicitamos que no son exigibles los estándares de delito continuado para evaluar la frecuencia de la violencia. Coincidimos con Rioseco en que Soler soslaya de manera inequívoca este tema cuando "señala que lo que debe ser actual es la situación de peligro en el momento de la reacción [...] que 'la agresión ilegítima puede consistir o no en un acto súbito e instantáneo y crear, en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste el peligro'", Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tomo I, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1973, p. 349.

41 Comisión IDH, "Estándares Jurídicos...", 2011, p. 24. "[L]a violencia tiene sus manifestaciones físicas y psíquicas y es un mal que lesiona la sociedad y a los miembros de la familia, haciendo insostenible la vida en común. La violencia puede ser conceptualizada como el 'uso de la presión y la fuerza por una de las partes intervinientes, para lograr vencer la voluntad de la otra'. Se considera violencia física a las heridas, hematomas, contusiones, excoriaciones, empujones, etc. La violencia en sus diferentes ámbitos está prevista en la Convención de Belém do Pará como un acto deplorable, la cual reconoce el derecho de toda mujer al respeto de su integridad física, psíquica y moral, asimismo existe la norma especial para proteger estos hechos que no deben quedar impunes".

defensa [...] La mujer que ha vivido por muchos años la violencia, está permanentemente amenazada en el bien jurídico vida e integridad física, tanto antes como durante y después de la agresión misma [...] en estos casos el peligro es un estado durable...⁴².

Este estándar alcanza las constelaciones de casos que Larrauri identificaba como problemáticas desde el abordaje tradicional de la legítima defensa, que las excluía: aquellos calificados por la doctrina y jurisprudencia alemanas como “homicidios con alevosía”, y por el *common law* como “homicidios defensivos”⁴³. En estos casos, el argumento tradicional para rechazar la procedencia de la legítima defensa era que las acciones de la imputada indican planificación y premeditación que excluyen la actualidad. La legítima defensa no se planteaba, o bien la fiscalía se oponía argumentando que el homicidio fue premeditado y que la intención de la imputada era de matar y no defensiva. Actualmente, los estándares de legítima defensa reconocen que:

cuando algunas mujeres matan a raíz de la violencia familiar prolongada, para hacerlo tienen que tomar medidas o hacer planes con el fin de proteger sus vidas [...] una persona puede tener motivos razonables para creer que su conducta es necesaria, aun si “responde a un daño que no es inmediato, o su respuesta implica el uso de la fuerza por encima de la fuerza involucrada en el daño o la amenaza de daño”⁴⁴.

b. Necesidad racional del medio empleado

La doctrina penal mayoritaria entendió durante mucho tiempo que era posible limitar o excluir “el derecho de defensa necesaria entre esposos, y [...] prescrib[ir] que, en la medida de lo posible, el amenazado debería eludir la agresión o recurrir al medio más suave”⁴⁵.

42 Rioseco Ortega, Luz, 1999. En el mismo sentido, Di Corleto apunta que exigir a la víctima de violencia doméstica “...esperar a que la agresión se manifestara en forma más enérgica hubiera significado sacrificar cualquier posibilidad de defensa”, 2006, p. 10. Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, p. 28. La jurisprudencia también ha reparado que: “Todos los elementos antes descritos, configuran antecedentes suficientes y claros para señalar que la denunciante ha sido víctima de episodios de violencia intrafamiliar psicológicos a lo largo de gran parte de su vida conyugal, lo que demuestra otra característica propia de la violencia intrafamiliar, cual es su cronicidad, habitualidad y permanencia a lo largo de tiempo. Se debe tener presente además, el concepto de ‘escalada de la violencia’, que se refiere al proceso de ascenso paulatino de intensidad y duración de la agresión en cada ciclo consecutivo, esto quiere decir que cada vez se va acortando la distancia entre cada etapa, las que por el hecho de ser un ciclo se repetirán una y otra vez siguiendo el mismo orden”, RIT F- N° 192-2008, RUC- 20 de octubre de 2008, Tribunal de Familia, Chile.

43 Larrauri, Elena, 1994, p.1.

44 Kirkwood, Debbie, *et al*, *Review of the Offence of Defensive Homicide*, Victoria, Australia, 2010, p. 8.

45 Di Corleto, 2006, p. 5; Bacigalupo, Enrique, *op.cit.*, nota 11, p. 55.

En la actualidad, el reconocimiento de la violencia doméstica como tortura hace que no se pueda exigir cualquier tipo de deber de tolerancia, de menor lesividad, o de acreditar debilidad o pasividad. Así, tolerar determinada cantidad o frecuencia de ataques no es un piso o requisito de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, ni de ninguna manera exigible. Tampoco puede ponerse un piso o requerir una determinada intensidad o tipo de violencia doméstica, ni que quien se defiende hubiera optado por un medio o un resultado menos lesivo a su alcance, o que hubiera estado indefensa, sin haber adoptado medidas de seguridad. Finalmente, tampoco es exigible un ataque físico en curso para considerar racional la necesidad de defenderse de la violencia doméstica matando al torturador. La grave lesividad de la violencia doméstica ha sido normativamente reconocida, y la frecuencia de la violencia doméstica da cuenta de la inminencia del peligro.

En el contexto de violencia doméstica definido por la Ley 26.485, durante un ataque físico que se está produciendo el peligro es cronológicamente inmediato para el bien jurídico, bien vida, integridad física, etc. En estos casos, no es parte del estándar o de modo alguno excluyente de la eximente la acreditación de frecuencia (antecedentes, daños duraderos o transitorios, etc.) de violencia doméstica.

En el mismo contexto, en los casos en que la violencia doméstica es frecuente (continua, reiterada o permanente), que constituyen la gran mayoría, no es exigible para considerar racional la necesidad del medio empleado que se trate de violencia física, ni que el homicidio se lleve a cabo durante un ataque físico que se está produciendo. La necesidad racional del medio empleado no puede condicionarse exclusivamente sobre la base de aspectos objetivos:

No se trata aquí de una mera medición cuantitativa de la intensidad o dañosidad de los actos defensivos, porque los medios no son racionales ni irracionales, sino que lo “racional” califica al juicio sobre la necesidad de defenderse con ese medio. Son las posibilidades concretas de impedir o repeler la agresión las que resultan dirimentes...⁴⁶

El estándar adecuado sobre la necesidad racional del medio empleado implica el conocimiento específico de la imputada para evaluar la concurrencia efectiva del peligro y las posibilidades concretas de repeler o impedir la agresión, el riesgo: “...la necesidad de la defensa debe valorarse siempre *ex-ante* y no *ex-post*, es decir desde el punto de vista del sujeto en el momento en que

46 A., P. D., Trib. Nac. Oral Crim., n. 9, San Juan, sentencia del 07/12/2006.

se defiende...”⁴⁷. En este sentido, se reconoce que las víctimas de violencia retrasan su defensa a un momento donde ésta pueda ser efectiva, pues “...ésta deberá, casi por definición, aprovecharse de alguna situación en la cual [el torturador] esté indefenso y su capacidad de defensa esté disminuida”⁴⁸. Frente a la violencia doméstica “...sugerir que una mujer, para tener éxito en confirmar su inocencia debe defenderse inmediatamente contra el abuso de su abusador, es inapropiado”⁴⁹. El conocimiento que la imputada, testigxs directos del hecho o de hechos anteriores, y expertxs tienen sobre la violencia doméstica, sus signos, consecuencias, modos de comisión, etc., ayudan a establecer qué conocimiento tuvo la imputada respecto de la inminencia y gravedad de la conducta lesiva.

A estos fines pueden ser útiles los marcos explicativos ofrecidos por el “síndrome de la mujer golpeada” o la “teoría de la sobreviviente”, particularmente en contextos donde los tribunales son reticentes a reconocer la gravedad de la violencia doméstica, lo que provoca un sesgo en la valoración de la prueba sobre la necesidad racional del medio empleado. Debe entenderse que estos síndromes no son exigencias, pisos ni requisitos, sino marcos útiles a fin de ampliar el conocimiento de los tribunales en términos de lo exigido por la Ley 26.485, entre otros, en su art. 16:

Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado; [...] i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos.

La teoría de la sobreviviente reconoce “que las mujeres maltratadas responden al abuso con la búsqueda de ayuda, la cual resulta en gran medida insatisfecha; y que las mujeres aumentan su búsqueda de ayuda cuando aumenta el peligro para ellas mismas y sus niñxs”⁵⁰. Frecuentemente, estos fracasos en la búsqueda de ayuda incluyen repetidos rebotes de diversas instituciones de la sociedad, lo que

47 Zaffaroni, Eugenio *et al*, *Derecho penal parte general*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

48 Larrauri, Elena, 1994, p. 1.

49 Robertson Stainsby, Debra, *The Tales We Tell: Exploring the Legal Stories of Queensland Women Who Kill*, Queensland University of Technology, Faculty of Law, School of Justice, 2003, p. 139.

50 Dutton, Mary Ann, *Battered Women's Strategic Response to Violence: The Role of Context. Survivors, Perpetrators, and Their Children*, capítulo 7.

puede llevar a creer que las sobrevivientes no tienen más medios que protegerse a sí mismas en cualquier forma que puedan hacerlo (violencia reactiva):

Desde una perspectiva jurídica de género las historias de violencia sufridas por mujeres, sus frustradas peticiones de ayuda a la policía o a los tribunales, el daño que dicha violencia les ha provocado a nivel emocional y el deterioro de su calidad de vida configuran un panorama que da cuenta de un conjunto de mujeres que matan a sus agresores arrastradas a una situación límite de defensa de sus vidas [...] una mujer maltratada ha visto denegado sistemáticamente un conjunto de derechos evidenciando así una falla en el sistema de protección de los mismos. Cuando una mujer maltratada llega a asesinar a su pareja agresora es, en parte importante, porque la respuesta institucional ha sido precaria...⁵¹

La Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y sus pares provinciales, recibieron en casi tres años de funcionamiento 22 mil denuncias entre Capital Federal, Tucumán, Santiago del Estero y Salta. El 67% de las denuncias fueron por agresiones físicas y el 13% por ataques sexuales. El 81% de los agresores eran parejas o ex parejas heterosexuales. El informe 2011 de la OVD elaboró la categoría “nivel de riesgo”; el cual estima que en el 68% de los casos, el riesgo es medio y alto, y en el 8% hay riesgo altísimo. En todos estos casos se dictan medidas cautelares⁵². En este contexto:

[l]a mayoría de las mujeres que matan a un compañero violento después de una larga historia de abuso creen que no tienen otra alternativa. Con el fin de sobrevivir pueden matar al agresor mientras está dormido o incapacitado. En estos casos, las mujeres realizan una serie de medidas para llevar a cabo y encubrir el asesinato. En la mayoría de los casos las mujeres han tratado de buscar la ayuda de la policía, que no respondió adecuadamente⁵³.

El síndrome de la mujer golpeada, también conocido como ciclo de la violencia o desamparo aprendido, se refiere esencialmente a las características que aparecen en las mujeres que han sido abusadas física y psicológicamente por sus parejas o ex parejas heterosexuales, en un ciclo de violencia: “una mujer maltratada es una mujer que está repetidamente sometida a cualquier tipo de

51 Rioseco Ortega, Luz, 1999.

52 Estadísticas de la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, octubre 2011. <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>, citadas en Diario Tiempo Argentino <http://tiempo.info-news.com/notas/preocupa-alarmanete-crecimiento-de-violencia-de-genero-2011>.

53 Kirkwood, Debbie, *et al*, 2010. Esta autora identifica que en Victoria, Australia, las imputadas en estos casos se declaran “invariablemente [...] culpables de homicidio sin premeditación o [...] culpable de homicidio en el juicio. En consecuencia, son condenadas a penas de prisión relativamente cortas o no privativas de libertad, y a pesar de ser inocentes tienen que vivir con una condena por homicidio...”, disponible en <http://home.vicnet.net.au/~rhog/legal.htm>.

fuerza física o psicológica ejercida por un varón con el fin de forzarla a hacer algo que él quiere que ella haga sin ningún tipo de respeto por sus derechos”⁵⁴. Según este análisis, el patrón típico de la violencia consiste en tres fases recurrentes de abuso: una etapa de la construcción de las tensiones, una fase aguda de golpes que se caracteriza por explosiones incontrolables de violencia brutal, y una etapa de descanso y comportamiento tranquilo y amoroso del torturador, junto con las peticiones de perdón, hasta poner a la víctima en una situación en la que cree que sus únicas opciones son soportar, atacar o suicidarse:

La posibilidad de que la violencia pueda estallar en respuesta a ciertos actos suyos la lleva a tratar de evitar la conducta precipitante [...] el hecho de que la violencia pueda estallar en cualquier momento y por cualquier razón crea en la mujer una ansiedad y un temor permanentes, un complejo juego de apaciguamiento, resistencia y supervivencia⁵⁵.

La dependencia económica y emocional, el miedo y la inacción, conocidos en psicología como desamparo aprendido “...es consecuencia de que las mujeres víctimas de violencia no sólo pierden la capacidad de ejercer un control sobre sus propias vidas, sino que incluso pierden la capacidad de defenderse y no pueden detener las agresiones”⁵⁶.

La Ley 26.485 establece:

Siempre que fuere posible el/la juez/a interviniente podrá requerir un informe efectuado por un equipo interdisciplinario para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre. Dicho informe será remitido en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas, a efectos de que pueda aplicar otras medidas, interrumpir o hacer cesar alguna de las mencionadas en el artículo 26. El/la juez/a interviniente también podrá considerar los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro, evitando producir nuevos informes que la revictimicen (art. 29).

También podrá considerar informes de profesionales de organizaciones de la sociedad civil idóneas en el tratamiento de la violencia contra las mujeres. No hay que confundir los daños psíquicos, que pueden ser permanentes o transitorios y sirven para acreditar tortura, con los trastornos mentales permanentes o transitorios eximentes de culpabilidad, ni con el temor insuperable del estado de necesidad exculpante.

54 Disponible en http://www.umich.edu/~clemency/clemency_mnl/ch1.html.

55 Copelon, Rhonda, 1997, p. 128.

56 Di Corletto, 2006, p. 6.

c. Falta de provocación suficiente

La provocación es anterior a la agresión y no puede ella misma configurar una agresión. De acuerdo con Zaffaroni:

...no basta el carácter provocador de la acción para excluir la justificación [...] es menester que ésta sea suficiente. Su suficiencia dependerá de dos caracteres, uno positivo y otro negativo. a) El primero es la previsibilidad de que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante. Esta previsibilidad debe estar dada de modo tal que las más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta. b) Por otra parte, en el cálculo de previsibilidad anterior no deben computarse las características personales del agresor negativas para la coexistencia, como matonismo, agresividad, hábitos pendencieros, irascibilidad, etc.⁵⁷

Aquí también, el reconocimiento de la violencia doméstica como tortura impacta en la interpretación tradicional sobre el alcance de estos requisitos.

Tengamos en cuenta que en los casos de violencia doméstica y sexual la tendencia es minimizar la gravedad de la tortura⁵⁸ y culpar a la víctima. Así, la doctrina tradicional interpretaba los requisitos de la falta de provocación suficiente entendiendo que las mujeres siempre provocaban, que para no hacerlo debían ser pasivas y sumisas, y no demostrar ningún tipo de odio, rabia, resentimiento u hostilidad hacia el torturador. Paradójicamente, esta actitud pasiva y sumisa era considerada como excluyente efectiva de la falta de provocación suficiente de quien se defiende, pero también se consideraba que si la víctima de violencia doméstica permanecía en esa situación era corresponsable del peligro, y por tanto no podía alegar falta de provocación suficiente. Los tribunales no aceptaban:

...que después de haber pasado por tantas agresiones, en ese momento determi-

57 Zaffaroni, Eugenio R., Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro, *Manual de derecho penal - parte general*, Ed. Ediar, 1° edición, Buenos Aires, 2005, pp. 484/5.

58 Comisión IDH, "Estándares Jurídicos.", 2011, p. 25: "El Supremo Tribunal Federal de Brasil mantuvo al respecto [...] El artículo 7 de la ley citada revela lo que se entiende por violencia doméstica o familiar contra la mujer: no sólo es violencia física, pero también es psicológica, social, patrimonial y moral. De ahí se concretó el texto constitucional, con la finalidad de mitigar, por cuanto se muestra imposible el remediar por completo lo que acontece ahora en Brasil [...] Tengo como de alcance linear y constitucional lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley n° 11.340/2006, lo que al final es consistente con la premisa de Ruy Barbosa de que 'La regla de la igualdad consiste en favorecer desigualmente a los desiguales, según su desigualdad [...] Tratar con desigualdad a iguales, o a desiguales con igualdad, sería desigualdad flagrante, y no igualdad real'. El enfoque atiende el orden jurídico constitucional, con miras a un avance cultural, en el necesario combate de estadísticas vergonzosas de desprecio a la mujer como célula básica de su familia [Traducción de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH]", Supremo Tribunal Federal, 24 de marzo de 2011, Constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Maria da Penha, Brasil.

nado, en esas circunstancias particulares, [la imputada] respondió de la manera en que lo hizo. Incluso, parecería que existe una contradicción entre el “desamparo aprendido” y la respuesta violenta que provoca la muerte del marido...”⁵⁹

Actualmente, los conocimientos sobre la violencia doméstica y las características de la tortura muestran que para el torturador el umbral de provocación es muy bajo, y es cada vez más bajo y arbitrario, además de reconocer que no hay ningún deber especial de tolerancia por parte de la víctima. Asimismo, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, derivar que “...a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso...” ella se había sometido libremente a la violencia “...no sólo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido”⁶⁰. Se reconoce que para la imputada “en la decisión de no abandonar el hogar influye la dependencia económica y emocional”⁶¹, así como la impunidad de la violencia doméstica, generalizada y en su propio caso:

...[e]l consentimiento del Estado a la violencia doméstica se manifiesta de diversas formas, en algunas con un disimulo muy sutil [...] las leyes civiles que parecen no tener mucho que ver con la violencia afectan también a la capacidad de la mujer de protegerse a sí misma y de defender sus derechos. Las leyes que restringen el derecho de la mujer al divorcio o la herencia o que le impiden obtener la tutela de sus hijos, recibir compensación pecuniaria o poseer bienes sirven para hacerla dependiente del varón y restringir su capacidad de abandonar una situación de violencia⁶² [...] los Estados deben responder de complicidad en la violencia contra la mujer cuando promulgan y aplican leyes discriminatorias susceptibles de dejarla atrapada en el maltrato. El Estado también puede incurrir en responsabilidad si en su derecho interno no brinda protección adecuada frente a toda forma de tortura o maltrato en el hogar⁶³.

El segundo requisito, las características negativas del agresor, eran interpretadas como una justificación de la conducta del varón (celos, impulsividad, agresividad, crueldad, etc.), consideradas características esenciales de la virilidad. Desde esta concepción:

...comúnmente se afirma que la mayoría de los hombres que abusan de sus [...] com-

59 Di Corleto, 2006, p. 13.

60 L., M.C. s/ homicidio simple, CSJN, 1 /11/2011, L. 421. XLIV, rec. extraordinario, consid. 5, voto Dra. Elena Highton, cc. voto Dra. Carmen Argibay.

61 Di Corleto, 2006, p. 6.

62 UNIFEM, *Not a Minute More: Ending Violence against Women*, Nueva York, 2003, p. 43.

63 Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Informe presentado el 15 de enero de 2008 ante la Asamblea General de la ONU, párr. 46.

pañeras no actúan en forma intencional, sino impulsiva. Desde el punto de vista legal, esta supuesta pérdida de control no exonera los actos violentos en términos generales [...] Por otra parte, la afirmación de que la violencia doméstica es producto de la pérdida de control de los impulsos ha sido fuertemente criticada [...] “El maltrato, ya sea premeditado o no, es un comportamiento voluntario” y “debe verse como un intento de producir una situación deseada” [...] los hombres con frecuencia planean su ataque, [...] normalmente exhiben un excelente control de sus impulsos en otros contextos, sus principales o únicos blancos son sus compañeras o hijos...”⁶⁴

Actualmente, el estándar es:

...en los contextos tanto de tortura oficial como del maltrato doméstico, la malicia individual no es necesaria y la pérdida de control no es justificatoria. Centrarse en la intención de quien comete el acto violento oscurece la severidad del sufrimiento amenazado o infligido, perdonando al perpetrador en lugar de reconocer a la víctima [...] la afirmación de que el maltrato es simplemente un desahogo impulsivo es un aspecto de la despolitización de la violencia doméstica contra la mujer⁶⁵.

De esta manera, si bien la proporcionalidad de los bienes involucrados por las conductas lesiva y defensiva no es una exigencia legal, como identifica Di Corleto “...a nivel hermenéutico sí se ha acudido a la idea de ponderación de bienes para descalificar la aplicación de la legítima defensa en casos de manifiesta desproporción entre los bienes puestos en juego”⁶⁶. En particular, en los casos de violencia psicológica o física indirecta, o en aquellos donde no hay una agresión física en curso, no debe dejarse margen de discreción, ya que si se minimiza la violencia doméstica, se puede considerar que no se cumple con la falta de provocación suficiente. En palabras de Di Corleto, estos argumentos llevan a, por ejemplo “exigir que una mujer soporte una violación cuando el único medio de defensa disponible a su alcance pone en riesgo la vida de su agresor”⁶⁷. Se reconoce que:

...aunque las manifestaciones de la fase de acumulación de tensión del ciclo de la violencia hayan pasado [...] el peligro subsiste y aumenta de acuerdo se va acercando la fase del estallido de la violencia y de acuerdo a la espiral de la violencia. Además, la mujer afectada [...] está más sensible y alerta para rotular muchos hechos, que para otras personas no significarían nada especial, como peligro...⁶⁸

La intención requerida en la violencia doméstica es la general de realizar el acto que previsiblemente cause sufrimiento.

64 Copelon, Rhonda, 1997, p. 122.

65 *Ibidem*, p. 120.

66 Di Corleto, 2006, p. 12.

67 *Ibidem*.

68 Copelon, Rhonda, 1997, pp. 120 y 121.

5. Legítima defensa por violencia de género: de la excepción a la regla

Como hemos visto, la mirada tradicional del sistema penal para la procedencia de la legítima defensa en casos de imputadas por homicidio consiste en una doble exigencia, hoy extra legal, para el reconocimiento de su inocencia. Por una parte, la exigencia de estar siendo torturada; por otra, que la imputada se comporte y la defensa encuadre su accionar dentro de estereotipos de femineidad normativa. Este estándar inalcanzable se organiza con la hegemonía médica-psiquiátrica y los prejuicios de operadorxs jurídicxs basados en la justificación de la violencia por parte de los varones; el acento en el carácter patológico de las mujeres, su inferioridad, su responsabilidad en el inicio de un ciclo de violencia y por no huir del torturador. Quienes no conforman este patrón normativo pueden ser condenadas aun a pesar de haber sido torturadas, o de haberse defendido legítimamente.

En estos casos, tanto la acusación como la refutación de la prueba de descargo se dirigen a cuestionar la credibilidad de la imputada en base a estereotipos. Encontramos que los organismos del orden y la fiscalía siguen acusando a las mujeres, travestis, lesbianas y trans y promoviendo su condena, aun cuando hay elementos contundentes que demuestran la presencia de tortura y un marco normativo vigente al respecto⁶⁹. En su mayoría, las defensas no referencian estándares o normas en esta materia, manuales y protocolos locales que guíen la discrecionalidad fiscal y judicial: el encuadre de la estrategia defensiva en torno a estereotipos de femineidad normativa reemplaza el testimonio experto, los estándares de derechos humanos, e incluso los síndromes (como el de la mujer golpeada o la violencia reactiva). Las principales consecuencias de la discriminación de

69 Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, p. 79. “Otros aspectos innovadores del informe de fondo en el caso de Karen Atala para la discriminación por razones de género se relacionan a: a) la incorporación de la orientación sexual dentro de la frase ‘otra condición social’ establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana; y b) la aplicación de un estándar de escrutinio estricto a toda diferencia de trato basada en la orientación sexual de una persona, dado que se presume como sospechosa. En el caso concreto, luego de aplicar un examen o test estricto, la CIDH observó que existía un fin legítimo por parte del Estado –la necesidad social imperiosa de proteger el interés superior de las hijas de Karen Atala en su condición de niñas– en sus acciones, sin embargo, consideró que no existió una relación lógica de causalidad de medio a fin y, por lo tanto, las decisiones judiciales que se analizaron no cumplieron con el requisito de idoneidad, constituyendo ‘distinciones arbitrarias e incompatibles con la Convención’. Por tal motivo, la CIDH finalmente consideró irrelevante referirse a los demás aspectos del test. El informe asimismo presenta estándares innovadores sobre el alcance del derecho a la privacidad, a la protección de la familia, los derechos de los niños y las niñas, y el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial”, CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Karen Atala e Hijas, Caso No. 12.502, 17 de septiembre de 2010.

género ejercida por el sistema penal son la falta de exhaustividad en el análisis de la prueba, tramitación de investigaciones tendenciosas y parcializadas, y fuerte presencia de estereotipos y prejuicios que conducen a realizar interpretaciones y valoraciones arbitrarias. Estas discriminaciones se tratan de compensar desde la defensa mediante planteos que representan al extremo la femineidad normativa, los cuales colisionan con el axioma de libertad y el principio de incoercibilidad: “De ahí que se parta de una víctima debilitada, sin autoestima y atemorizada, incapaz de tomar decisiones por sí misma y necesitada de una ayuda intensa para reencauzar su vida y encontrar una salida a la violencia...”⁷⁰. A pesar de las variaciones en los hechos, la autoría material no es controvertida, y surge fundamentalmente del relato de la imputada durante su declaración.

La sociedad, y en particular el sistema de justicia penal, han desarrollado este marco de heterosexualidad obligatoria/femineidad normativa, considerado universalmente aplicable a todas las mujeres en base a ideas esencialistas⁷¹. La justicia penal organiza sus estereotipos a partir de las categorías de “mujer honesta”, “mujer mendaz”, “mujer instrumental”, “mujer co-responsable” y “mujer fabuladora”⁷². Para Larrauri, el derecho penal no sólo refleja las ideas que una sociedad tiene de las mujeres, sino que también:

...construye una determinada imagen, esto es, refuerza una determinada visión de cómo son las mujeres. Desde este punto de vista el código penal puede reforzar los estereotipos respecto de qué son las mujeres y en este sentido contribuir a dificultar su superación [...] transmitir una determinada imagen de mujer es regular, canalizar, de forma indirecta, el comportamiento que se observará hacia ellas⁷³.

De esta manera, se construye desde el sistema de justicia penal un paradigma que reifica la violencia doméstica, para naturalizar otras violencias de género (lesbo trans homofobia, explotación, crímenes políticos)⁷⁴. Así lo expresó en

70 Laurenzo Copello, Patricia, “La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres”, en Defensoría General de la Nación, *Discriminación y género, las formas de la violencia*, 2010, p. 155, disponible en www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/832

71 Sobre el concepto de heterosexualidad obligatoria, ver Wittig, Monique, *El pensamiento heterosexual*, Ed. Egales, España, 2006, original en francés publicado en 1978.

72 Defensoría General de la Nación, *Discriminación de género en las decisiones judiciales, Justicia Penal y Violencia de Género*, 2010, disponible en www.mpd.gov.ar/articulo/downloadAttachment/id/1074.

73 Larrauri, Elena, 2002.

74 “En el relato de las chicas trans suele aparecer la expulsión de la casa familiar; los chicos trans, en cambio, cuentan encierros. Las casas familiares se revelan como celdas en las que los padres pueden ejercer la tortura sistemática y el control que la heteronormatividad patriarcal les propone y

2006 la Red Feminista Centroamericana contra la Violencia hacia las Mujeres ante la Comisión IDH:

Coincidimos en que Belém do Pará es el instrumento más importante. Sin embargo a partir de su conceptualización, en la que se entiende violencia contra las mujeres como la que ocurre en el ámbito conyugal, doméstico o familiar, se han dejado de lado otras manifestaciones de violencia en otros espacios, desvirtuándose los contenidos y alcances de la Convención [...] esa interpretación ha dado lugar [...] a una situación de vacío jurídico-conceptual en materia de violencia contra las mujeres [...] ha derivado en enfoques familistas, biologicistas o religioso fundamentalistas que refuerzan relaciones de dominio y subordinación entre víctimas y agresores. Esos enfoques con frecuencia son utilizados en el abordaje de la violencia en instituciones del Estado y organizaciones de la sociedad civil [...] Lo anterior, más el concepto de que las leyes son genéricamente neutras abre puertas para la victimización y revictimización de las mujeres por parte de sus agresores, ante el silencio o complicidad de las instituciones a través de los procesos de aplicación de la ley⁷⁵.

La reivindicación que hace el sistema penal de la femineidad normativa y la heterosexualidad obligatoria, tiene por resultado la cárcel efectiva para “las otras”, quienes no encajan en el modelo de sumisión. Son válidas, en este sentido, las consideraciones hechas sobre otros contextos en relación al funcionamiento racista y lesbofóbico del complejo carcelario industrial:

Como resultado, vemos que hay un número desproporcionado de mujeres afrodescendientes, de pueblos originarios y latinas condenadas a muerte en los Estados Unidos. Las afroamericanas representan el 32% [...] el 10% son latinas, el 55% son blancas y el 2% son nativas americanas. Esto nace [...] en lo que llamamos el “síndrome de la defensa del síndrome de la mujer maltratada” [...] el síndrome de la mujer golpeada habla de cómo las mujeres golpeadas a menudo pasan por una fase de indefensión aprendida, son pasivas y no pueden abandonar la situación, para luego recurrir a matar a sus abusadores, porque esa es la única salida. Lo que hemos visto es que ese síndrome, esta defensa, no funciona para las mujeres afroamericanas ya que los miembros del jurado son incapaces de ver las mujeres afroamericanas como vulnerables, como pasivas [...] Lograr que las mujeres reciban pena de muerte se trata de demostrar que no se ajustan a sus roles de género establecidos. Así que otro de los fenómenos que estamos viendo es el de argumentar que la acusada es lesbiana. Un efecto de esto es que el 40% de las mujeres condenadas a muerte han sido acusadas de ser lesbianas o son lesbianas visibles. Obviamente que es un número desproporcionado de mujeres lesbianas o bisexuales condenadas a muerte. Los fiscales quieren retratar a mujeres acusadas como lesbianas porque es una forma cultural abreviada

habilita. Que el Estado y la justicia apañan y sostienen en silencio esa situación sobre los cuerpos de sus hijos parece cierto”, Viera, Bruno, “Tropas en el Gondolín”, en *El Teje*, primer periódico travesti latinoamericano, Nro 5, Buenos Aires, noviembre de 2009, p. 6. Disponible en http://www.rojas.uba.ar/img/libros/el-teje/teje_05.pdf.

75 CIDH, Audiencia Temática, Violencia Doméstica en Centroamérica, 2006.

para decir que es una mujer que odia a los varones. Por lo tanto, si ella mató a un varón, es porque es de sangre fría, no es normal, es desviada, es patológica. Lo que vemos es que con el fin de deshumanizar a las mujeres se las desfeminiza diciendo que son lesbianas, cuanto más camionera, más chongo, más masculina o trans, mejor⁷⁶.

No todas las personas experimentan del mismo modo la experiencia de la violencia ni cuentan con idénticas posibilidades para elaborarla: es central tener en consideración el contexto de la imputada. De la misma manera, la agresión no genera automáticamente reacciones emocionales, síntomas psicológicos o enfermedades mentales diagnosticables:

[E]l concepto de indefensión aprendida puede generar imágenes estereotipadas de mujeres maltratadas, que luego se utilizan para excluir a las mujeres maltratadas que se desarrollan de manera competente en otros ámbitos de la vida. La aceptación general del concepto de indefensión aprendida puede hacer que sea difícil convencer a un jurado que una mujer que tiene un negocio o es organizada y capaz en otras áreas sufre del síndrome de la mujer golpeada⁷⁷.

Desde una perspectiva lesbofeminista negra se critica:

...la teoría del síndrome de la mujer golpeada se basa en las conductas estereotipadas de las mujeres blancas [...] Según [esta teoría], las mujeres que sufren el desamparo aprendido tienen actitud pasiva y suave, sumisa, emocional y dependiente. El síndrome de la mujer golpeada es de utilidad limitada para las mujeres negras [...] debido a los estereotipos generalizados, reforzados por los medios de comunicación, que las mujeres son dominantes, sexualmente agresivas, asertivas, hostiles e inmorales, y físicamente más fuertes que las mujeres blancas. Estas imágenes hacen que sea difícil para tribunales y jurados atribuir a mujeres, lesbianas, trans y travestis negras actos de defensa propia en virtud de “indefensión aprendida” [...] la proporción de mujeres negras condenadas por matar a sus maridos abusivos en relación con las mujeres blancas es de 2:1⁷⁸.

76 Mogul, Joey L., *Lesbians and the Death Penalty: Comments from “Race, Class, Gender and the PIC”* (traducción libre), disponible en http://womenandprison.org/sexuality/view/lesbians_and_the_death_penalty_comments_from_race_class_gender_and_the_pic/. Otro hecho significativo son los fundamentos de la condena (2011) al asesino de Natalia Gaitán, el padrastro de su pareja lesbiana, que vivía a 1 cuadra. El Tribunal consideró que la lesbofobia no había sido probada y la eliminó completamente de su análisis, salvo para revictimizar a Natalia diciendo que estaba deprimida por ser lesbiana, admitiendo como prueba un hisopado anal y vaginal que demuestra la ausencia de semen en el cuerpo de la víctima (la mataron de un tiro en el pecho), y considera relevante destacar “...que Pepa lo invitaba a pelear a Daniel (el imputado) con ella, y éste le respondía que no, porque para él, ella era una mujer [...] Natalia Gaitán estaba invitando a Torres a pelear y ese pedido era acompañado con insultos, que en vista de la invitación previa y de su posición física, más parecían destinados a lograr que aceptara el convite, que a ofenderlo o agredirlo...”. La defensa material del imputado sostuvo que éste actuó en legítima defensa, ya que “se había asustado y quiso defender a su familia”.

77 Mogul, Joey L., *op. cit.*

78 Allard, Sharon, *Rethinking the Battered Woman Syndrome: A Black Feminist Perspective*. Ver

En atención a esto, en los casos de imputadas por homicidio es necesario cuidar que no se asimilen las consecuencias de la tortura o signos de la tortura (depresión, ansiedad, pérdida de la autoestima, aislamiento, y síntomas intensos propios del estrés postraumático, impotencia, la mantención de la víctima en un estado permanente de temor a una violencia imprevisible, sometimiento y despojo de su capacidad de resistencia y autonomía) con los requisitos de procedencia de la legítima defensa. Hacerlo implica limitar la procedencia de la legítima defensa al cumplimiento por parte de la imputada de exigencias extra-legales, asimilables a deberes especiales de permanencia, tolerancia e indefensión frente a la agresión ilegítima, vinculados a la femineidad normativa y violatorios del principio de incoercibilidad, integridad personal y no discriminación⁷⁹.

Asimismo, es necesario que la defensa pública trabaje en particular en la aplicación sistemática de estos estándares de legítima defensa en todos los casos de violencia de género, no sólo en aquellos calificables como violencia doméstica. Vemos que en la actualidad estos estándares de legítima defensa se aplican de manera sesgada: los casos en que se considera esta estrategia de defensa son de mujeres heterosexuales, con niñxs a cargo, que se defienden durante un ataque de violencia doméstica. No existe ninguna razón legal que justifique este resultado discriminatorio. Los estándares no deben transformarse en privilegios de clase, racistas, de género, hay que trabajar en eliminar estos sesgos y que la legítima defensa se aplique a todos los casos de violencia de género.

6. Debida diligencia y producción temprana de prueba de descargo

Si la imputada es mujer, niñx, trans, travesti, lesbiana, homo, bi o intersexual, la violencia de género juega un rol en el caso; identificar ese rol y ponerlo en juego forma parte del derecho a una defensa técnica idónea. El análisis interseccional debe ser siempre tenido en cuenta por la defensa penal: dado el carácter racista y heteronormativo del sistema penal, la defensa debe también identificar y poner en juego el racismo, la lesbofobia, transfobia, etc. Sobre este aspecto, la CIDH:

...ha comenzado a destacar en sus estándares el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede

también Gienno, Beatriz, *La construcción de la lesbiana perversa*, GEDISA, 2008.

79 Defensoría de Casación, Provincia de Buenos Aires, <http://www.defensapublica.org.ar/jurisprudencia/LEGITIMA-DEFENSA.pdf>, p. 1.

sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros. Este principio ha sido establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, dado que la discriminación y la violencia no siempre afectan en igual medida a todas las mujeres; hay mujeres que están expuestas al menoscabo de sus derechos en base a más de un factor de riesgo. Algunos ejemplos destacados por la CIDH son la situación preocupante de las niñas y las mujeres indígenas en la garantía y el ejercicio de sus derechos⁸⁰.

En el *Caso Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* “[l]a Comisión también concluyó que el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se había agravado por la falta de consideración del Estado de su condición de indígena, y de su cosmovisión e idioma distinto en la respuesta judicial a los hechos”⁸¹. En el caso “Campo Algodonero”:

El 16 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana encontró al Estado responsable por varias violaciones a la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará [...] la Corte encontró violaciones al deber general de garantizar los derechos humanos de las tres víctimas al no actuar con la debida diligencia requerida para proteger sus derechos a la vida, a la integridad personal, su libertad personal y su derecho a vivir libres de violencia, e investigar de forma adecuada y efectiva las desapariciones y homicidios. La Corte también encontró violaciones a los derechos de las víctimas a vivir libres de discriminación en base a su género; los derechos del niño de dos de las víctimas; así como la violación al derecho a la integridad personal, y el acceso a la justicia de los familiares de las víctimas⁸².

La calificación de la violencia contra las mujeres, niñas, trans, lesbianas, travestis como grave atentado contra sus derechos humanos y tortura genera varias consecuencias sobre las obligaciones de los Estados. En tal sentido, el

80 Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, p. 19. “La CIDH en sus informes temáticos también ha destacado la obligación reforzada de los Estados de adoptar medidas de protección hacia grupos de mujeres en particular riesgo a violaciones de sus derechos humanos en base a más de un factor combinado con su sexo, incluyendo las niñas, las afrodescendientes, las indígenas, las migrantes, y las defensoras de derechos humanos, entre otros grupos”, CIDH, Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, OEA/SER.L/V/II.124 Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006.

81 Informe de Fondo N° 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2/4/2001, párr. 85, cit. por Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, p. 10.

82 Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, p. 14; CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero: *Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez vs. los Estados Unidos Mexicanos*, (Casos 12.496, 12.497 y 12.498), 4 de noviembre de 2007, párr. 139-251; Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 2-4. 40.

Comité contra la Tortura de la ONU, en su Observación General No. 2 sobre aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, refirió:

18 [...] cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas⁸³.

El sistema de justicia penal ha vedado históricamente el uso de la legítima defensa a las lesbianas, mujeres, trans, niñxs y travestis. Actualmente, el marco normativo hace que la tendencia jurisprudencial sea reconocer su procedencia. Este reconocimiento y su transformación en estándares insoslayables para lxs operadorxs judiciales es, sin duda, un progreso frente a la anterior subutilización, la vaguedad e insuficiencia de la prueba y argumentación de descargo y la arbitrariedad en la valoración de la prueba, todas ellas prácticas discriminatorias que aún no han sido erradicadas del sistema de justicia.

El Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, ha comprobado que:

En los casos de mujeres víctimas de violencia que son imputadas de delitos contra las personas o la integridad sexual –ya sea porque asesinan o agreden a sus parejas, o resultan co-imputadas de las lesiones, muerte o abusos sexuales de sus hijos menores– la mirada discriminatoria de la justicia es evidente. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos identificó a la instancia de investigación como una etapa crucial en casos de violencia contra las mujeres⁸⁴.

La demanda de debida diligencia está en directa relación con la capacidad

83 Documento CAT/C/GC/2, del 24 de enero de 2008.

84 Disponible en <http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/webinforme09.pdf>, p. 292. CIDH, Acceso a la Justicia de las mujeres víctimas en las Américas, disponible en <http://www.cidh.org/publi.espanol.htm>.

del Estado para desterrar la impunidad generalizada respecto de la violencia de género. La CIDH ha dicho:

...la falta de debida diligencia para aclarar y castigar esos delitos [de violencia de género] y prevenir su repetición refleja el hecho de que los mismos no se consideran como problema grave. La impunidad de esos delitos envía el mensaje de que esa violencia es tolerada, lo que favorece su perpetuación⁸⁵.

La convención de Belém do Pará obliga al Estado a “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos” (art. 7). Con relación a las imputadas por homicidio, la debida diligencia en la prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción de los responsables y reparación integral para las víctimas de violencia de género requiere, en nuestro contexto, la prestación pública de la defensa penal adecuada desde las instancias iniciales del proceso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene un conjunto de pronunciamientos “destacando el vínculo entre la discriminación y la violencia contra las mujeres y el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos”⁸⁶.

Según la ley 26.485:

Los/as funcionarios/as policiales, judiciales, agentes sanitarios, y cualquier otro/a funcionario/a público/a a quien acudan las mujeres afectadas, tienen la obligación

85 Informe sobre los derechos de las mujeres en Ciudad Juárez, México, “El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación”, OEA/ser: L/VII, 117, Doc. 44, 7 de marzo de 2007.

86 Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011. En el caso María Da Penha, “La CIDH en su decisión de fondo encontró que el caso individual de Maria da Penha se enmarcaba en un patrón general de tolerancia del Estado y de ineficiencia judicial ante casos de violencia doméstica. La Comisión fue enfática en declarar que la obligación del Estado de actuar con debida diligencia va más allá de la obligación de procesar y condenar a los responsables, y también incluye la obligación de ‘prevenir estas prácticas degradantes’”, p. 7. En igual sentido, Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, p. 35, Nº 151462/16.115, “Fiscal c/ C E p./ Coacción”, San Rafael, Mendoza, 14 de agosto de 2009, Argentina: “me permito recordar que como funcionarios del Poder Judicial, estamos alcanzados por los deberes establecidos en la ‘Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer’ o ‘Convención de Belém Do Pará’, que fuera adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de julio de 1994, ratificada por nuestro País el 5 de julio de 1996 y convertida en Ley nacional Nº 24.632 [...] Ese Documento Internacional, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y a sus libertades fundamentales. Consecuente con esta premisa, tiene por fin prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra ella. Por lo que sus normas, en casos en los que se sustentan problemáticas como las aquí consideradas, deben aplicarse con las adecuaciones correspondientes”.

de informar sobre: a) Los derechos que la legislación le confiere a la mujer que padece violencia, y sobre los servicios gubernamentales disponibles para su atención; b) Cómo y dónde conducirse para ser asistida en el proceso; c) Cómo preservar las evidencias” (art. 36).

Ya que la producción de prueba de descargo está vinculada a la inocencia o a la aminoración de las consecuencias penales para la imputada, se debe garantizar la presentación de esta información en etapas tempranas del proceso y su producción no puede ser rechazada arbitrariamente⁸⁷. Debe considerarse también el principio de celeridad en la obtención de la prueba, ya que el esclarecimiento de los hechos debe ser atendido sin exceder el plazo fijado para ello. Es exigible una defensa proactiva, que procure la producción de prueba de descargo sin aguardar pasivamente la actividad acusatoria. Ello no solamente para buscar la solución del caso dentro de un plazo razonable y en la etapa procesal más temprana posible, sino también para evitar que se malogre evidencia de imposible producción posterior (como registros de lesiones, estado emocional, escena del hecho).

Asimismo, la Ley 26.485 hace exigibles, en los casos de imputadas víctimas de violencia de género, medidas preventivas urgentes en favor de la imputada y su familia, por ejemplo, para asegurar que el entorno del agresor no tome represalias, o para asegurar los bienes de la imputada:

a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5° y 6° de la presente ley... (art. 26).

Sin embargo, estas obligaciones se violan frecuentemente. Es revelador el informe presentado en 2008 por la Comisión Provincial por la Memoria, “Acceso a la justicia de las mujeres detenidas en la provincia de Buenos Aires”, que señala que en la provincia:

...se encuentran 846 mujeres y niñas detenidas [...] [que] representan el 3% de la población carcelaria [...] El estado generalizado y persistente de indefensión en la que se encuentran las mujeres detenidas, está determinado por la falta de contacto con sus defensores y los jueces [...] y también por la invisibilidad absoluta en el procedimiento penal de la violencia que han sufrido muchas de las mujeres detenidas, que fueron el contexto de los hechos que penalmente se les reprocha –fundamentalmente en relación a los hechos cometidos por sus parejas sobre sus hijos– [...] Muchas de las mujeres detenidas en las cárceles bonaerenses han sido víctimas de violencia intrafamiliar. Algunas de ellas han silenciado

87 Maier, J.B.J., *Derecho procesal penal*, Tomo I, Fundamentos, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 585.

sus historias; otras han asesinado a sus agresores. Muchas de estas víctimas además, han sido encontradas como coautoras o cómplices de los delitos que sus agresores han cometido. Para la justicia penal, esa situación de coerción queda absolutamente invisibilizada⁸⁸.

Finalmente, las víctimas de violencia de género imputadas de delitos tienen el derecho a contar con asistencia para preservar su salud física y psíquica: “En toda instancia del proceso se admitirá la presencia de un/a acompañante como ayuda protectora ad honórem, siempre que la mujer que padece violencia lo solicite y con el único objeto de preservar la salud física y psicológica de la misma”⁸⁹.

7. Valoración arbitraria de la prueba de descargo en instancias tempranas del proceso

El deber de debida diligencia también demanda que la política de persecución y juzgamiento actúe de acuerdo con criterios de derechos humanos. El reconocimiento explícito de los derechos humanos de mujeres, travestis, trans y lesbianas impacta sobre la política de persecución penal. La protección de ciertas personas o poblaciones marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. El Estado debe velar porque, en el marco de las obligaciones que ha contraído en virtud de la Convención contra la Tortura:

21 [...] sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual, discapacidad mental o de otro tipo, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad, en particular las personas acusadas de delitos políticos o actos terroristas, los solicitantes de asilo, los refugiados u otras personas que se encuentran bajo protección internacional, o cualquier otra condición o factor distintivo adverso. Por lo tanto, los Estados Partes deben garantizar la protección de los miembros de los grupos que corren mayor peligro de ser torturados, enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección...⁹⁰

88 Malacalza, Laurana, Jaureguiberry, Inés y Caravelos, Sofía Helena, *Acceso a la justicia de las mujeres detenidas en la provincia de Buenos Aires*, Comité Contra la Tortura, de la Comisión provincial por la Memoria/ Colectivo de investigación y Acción Jurídica, 2008, p. 3, disponible en <http://www.comisionporlamemoria.org/comite/mujeres/01.pdf>.

89 Ley 26.485, art. 25.

90 Comité contra la Tortura de la ONU, Observación General No. 2 sobre aplicación del artículo

Asimismo, la ley 26.485 establece que lxs juezxs tienen la obligación de proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia (art. 30).

Sin embargo, al analizar los casos de imputadas por homicidio se advierte que llegan a juicio, incluso a instancias superiores, una gran mayoría de casos que no deberían hacerlo, con resultado dispar. Ello revela que la prueba de descargo no es tenida en cuenta tempranamente por el Ministerio Público Fiscal ni por lxs juezxs, y muchas veces tampoco es tenida en cuenta la abundante prueba que en este sentido se produce en juicio.

Es necesario atacar expresamente los prejuicios sexistas y racistas que afectan negativamente la valoración de la prueba de descargo tanto en instancias iniciales como en los juicios, así como dentro del derecho a impugnar las decisiones. Por una parte, estos prejuicios minimizan la relevancia de la violencia de género. Cuando los organismos del orden y la fiscalía no consideran la violencia de género una violación grave, pueden omitir prueba relevante:

Los casos [...] ponen de manifiesto la forma en que la falta de exhaustividad en el análisis de la prueba evidencia la ausencia de esfuerzos dirigidos a efectuar una investigación seria y efectiva de los hechos denunciados. Otros casos directamente evidencian la tramitación de investigaciones tendenciosas y parcializadas, con fuerte presencia de estereotipos y prejuicios que conducen a realizar interpretaciones y valoraciones arbitrarias. El análisis fragmentado del relato de las víctimas y demás elementos colectados resulta particularmente desalentador, ya que conlleva la descontextualización de las características propias de las relaciones entre agresores y mujeres agredidas y oculta la discriminación en que se origina la violencia⁹¹.

Esta minimización se evidencia en el uso excesivo de la prisión preventiva, fundado en el también excesivo uso de agravantes en los casos de homicidio. Como resultado, “[e]l uso excesivo e infundado de la prisión preventiva en las mujeres es aún mayor que en el caso de los hombres, mientras que el 74% de la población masculina detenida se encuentra bajo la prisión preventiva, el porcentaje de las mujeres con prisión preventiva es del 86.6%”⁹².

Por otra parte, los prejuicios afectan negativamente la valoración de la credibilidad de las mujeres que denuncian haber sufrido hechos de violencia:

La reiteración de episodios de violencia constatada [...] demuestra las consecuencias que tiene un accionar judicial que descree y desatiende los relatos de violencia

2 por los Estados Partes, documento CAT/C/GC/2 del 24 de enero de 2008.

91 Defensoría General de la Nación, *Justicia penal y violencia de género, discriminación de género en las sentencias judiciales*, 2010, p. 81.

92 Comité contra la Tortura, Malacalza *et. al.*, 2008, p. 1.

efectuados por mujeres. La perpetuación de la impunidad brinda mayor seguridad al agresor, quien reconoce la inmunidad con la que puede tratar a su víctima⁹³.

Los estereotipos:

...influyen en las decisiones del Poder Judicial, muchas veces en perjuicio de las mujeres. Las sentencias de los tribunales emplean conceptos referidos a la moral privada para definir los márgenes de la violencia conyugal y los delitos sexuales. En otros casos, las decisiones destacan la ausencia de elementos independientes al relato de la víctima que permitan corroborarlo. El análisis de estas decisiones permite detectar que ellas se construyen sobre estereotipos que atribuyen a las mujeres el rol de “mentir”, “fantasear” o “fabular” y utilizar el derecho penal con el fin de “perjudicar” o de “mantener una apariencia”⁹⁴.

Esta falta de credibilidad lleva a exigir prueba de descargo superabundante, que corrobore permanentemente el relato de la imputada y lxs testigxs a su favor, la cual puede ser difícil de obtener por miedo⁹⁵, desidia o la propia situación en que se desarrollaron los hechos.

En los casos de violencia de género, tanto la acusación como la refutación de la prueba de descargo se dirigen a cuestionar la credibilidad de la imputada en relación con la necesidad racional del medio empleado o la falta de provocación suficiente, en base a evidencia sobre la situación puntual de inferioridad o deposición del ataque en que se encontraba la víctima al ser asesinada: borracho, dormido, el peligro no era inminente o ya había cesado, el ataque no era letal. Cuando se trata de casos donde la tortura no es evidente (por ejemplo, no hay violencia física), la prueba sobre hechos anteriores de violencia no es considerada relevante, y los antecedentes de violencia sexual no siempre son valorados como lo exige el marco de derechos humanos. Finalmente, cuando la agresión no es calificable como tortura, o no se inscribe como violencia doméstica, es muy difícil que un tribunal considere que la legítima defensa es procedente, si la imputada es una lesbiana, mujer, trans o travesti.

Si bien en este trabajo no analizamos directamente los casos de imputadas por homicidio de sus hijxs, en este punto es destacable que tampoco en estos casos la fiscalía cuestiona la veracidad de la violencia de género calificable de

93 Defensoría General de la Nación, *Justicia penal y violencia de género, discriminación de género en las sentencias judiciales*, op. cit., p. 60.

94 *Ibidem*, p. 87.

95 El decreto reglamentario 1011/2011, establece: “Durante el juicio no se recibirá declaración a quienes gocen de reserva de identidad si no es indispensable. En esos casos, se extremarán los cuidados para resguardar al/la testigo” (art. 21).

tortura, sino que la acusación y refutación de la prueba de descargo se apoyan en la existencia de un deber y un papel todopoderoso de las mujeres en relación a sus hijos, ciertamente extralegal. Son demasiado frecuentes las acusaciones y condenas por homicidios agravados por el vínculo por omisión, en los que se condena a mujeres víctimas de tortura por los homicidios de sus hijos cometidos por varones heterosexuales de su entorno íntimo, la "...invisibilidad absoluta en el procedimiento penal de la violencia que han sufrido muchas de las mujeres detenidas, que fueron el contexto de los hechos que penalmente se les reprocha --fundamentalmente en relación a los hechos cometidos por sus parejas sobre sus hijos--..."⁹⁶. Una forma de revertir estos argumentos del Ministerio Público, usada de manera efectiva por el Comité contra la Tortura de la CMP de Provincia de Buenos Aires consiste en:

...visibilizar la violencia de la que había sido víctima (la imputada) y lograr que los operadores judiciales la valoraran como condicionante de su conducta. Para ello, se diseñó una estrategia de intervención tendiente, en primer término, a acompañar el proceso de subjetivación de la víctima. Ella pudo entonces reconocer su historia de violencia, lo que le permitió enfatizar esta situación en su declaración. El trabajo se articuló con psicólogas y trabajadoras sociales de la U.33 de Los Hornos. Además, se propuso la intervención de especialistas en violencia intrafamiliar que, a través de informes y dictámenes presentados en la causa, contextualizaron sus efectos. En el momento de la audiencia penal, los abogados de este Comité [Contra la Tortura] interrogaron a los testigos con el objetivo de que profundizaran la descripción de la situación de violencia que ya constaba en la causa. Finalmente, la fiscalía desistió de la acusación utilizando los argumentos planteados por la Defensa y el Tribunal [la] absolvió...⁹⁷

En cualquier caso, para prevenir la valoración o rechazo arbitrario de la prueba de descargo, es importante hacer exigible la facultad judicial de "solicitar o aceptar en carácter de *amicus curiae* la colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres" (art. 38, ley 26.485). Pueden presentar *amicus* tanto organizaciones públicas como privadas⁹⁸.

96 Comisión Provincial por la Memoria, *op. cit.*, 2009, p. 130.

97 Comité Provincial por la Memoria, Informe Anual 2009, disponible en <http://www.comision-porlamemoria.org/comite/informes/webinforme09.pdf> p. 292. Coincidentemente, M.S.P., Lexis N° 70049865, C. Penal de Venado Tuerto, Santa Fe, 05/08/2008, SJA 7/1/2009. JA 2009-I-306 y A., S. D., Lexis N° 35021764, C. Penal Rosario, sala 2ª, 18/04/2008.

98 Según la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/2012, estos y otros recursos pueden ser solicitados al Consejo Nacional de las Mujeres, si bien hay una obligación transversal de brindarlos en todas las áreas del Estado.

8. Comentarios finales

En virtud de los hallazgos presentados, puede ser de utilidad monitorear el uso de la legítima defensa en los juicios que se producen contra imputadas trans, travestis, mujeres y lesbianas, para determinar si, y en qué medida, los cambios legislativos y estándares internacionales son aplicados.

Asimismo, también lo es el impulso de la capacitación del cuerpo de defensorxs públicxs en violencia de género, a fin de garantizar a las imputadas una defensa técnica idónea y la aplicación sistemática de la legítima defensa, identificando correctamente los casos, presentando más y mejor prueba de descargo y fundando los recursos adecuadamente. En el caso de mujeres, travestis, trans y lesbianas imputadas por homicidio, la idoneidad de la defensa se vincula con la incorporación de conocimientos sobre los elementos propios de la violencia de género para hacer valer adecuadamente los derechos de la imputada a ser oída, controlar la prueba de cargo, producir la prueba de descargo, valorar la prueba y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una decisión favorable⁹⁹.

99 Maier, J.B.J., *op. cit.*, p. 547.

.CAPÍTULO VII.

GÉNERO, DROGAS Y SISTEMA PENAL

ESTRATEGIAS DE DEFENSA EN CASOS DE MUJERES “MULAS”

Por Gabriel Ignacio Anitua y Valeria Alejandra Picco***

* Gabriel Ignacio Anitua es Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, y profesor adjunto regular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología, UBA. Es Secretario Letrado de la DGN, a cargo de la Unidad de Letrados Móviles ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico.

**Valeria Alejandra Picco es Master en Criminología y Sociología Jurídica por la Universidad de Barcelona. Se desempeña en la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

Género, drogas y sistema penal

Estrategias de defensa en casos de mujeres “mulas”

Por Gabriel Ignacio Anitua y Valeria Alejandra Picco

I. Introducción

Los problemas asociados al tráfico internacional de estupefacientes son complejos y poseen implicancias globales. Afectan a la calidad de vida de la población y están asociados a diversas formas de exclusión social y a la debilidad institucional de los gobiernos¹. Sin embargo, a pesar de la gravedad y a la omnipresencia de estos conflictos en la agenda política de los Estados y en los medios de comunicación, se conoce poco sobre las personas involucradas en ellos. Como resultado, las concepciones sobre las mujeres que intervienen en los eslabones más bajos de la comercialización y el tráfico de sustancias estupefacientes se basan en suposiciones y estereotipos que, por un lado, dificultan la adecuada comprensión de los factores sociales, económicos y culturales que determinan su incursión en esta actividad y, por otro, producen efectos particularmente perversos para aquéllas, devaluándolas o asignándoles roles estigmatizados en la sociedad.

En las últimas décadas, el número de mujeres encarceladas por delitos vinculados al comercio de drogas se ha incrementado drásticamente en todo el mundo. Este incremento coincide con profundas modificaciones en el panorama político global, que rediseñaron el mapa planetario y el tipo de vínculo entre los países; con la implementación de políticas económicas y de reformas estructurales que transformaron las condiciones generales de la organización social del trabajo; y con notables cambios en los patrones de consumo de sustancias estupefacientes. Tal incremento también coincide con la emergencia de nuevos modelos familia-

1 Arriagada, Irma y Hopeyhayn, Martín, “Producción, tráfico y consumo de drogas en América Latina”, Serie Políticas Sociales, N° 41. Santiago de Chile, CEPAL, 2000, p. 5.

res y roles asociados a ellos, que hacen que las mujeres se conviertan en protagonistas de una gran variedad de circuitos económicos, legales e ilegales².

En este escenario, la participación de mujeres en operaciones relacionadas con el narcotráfico se ha convertido en una de las principales causas de criminalización femenina en los países de América Latina, desplazando a los delitos que tradicionalmente eran considerados típicamente femeninos, como el aborto, el infanticidio, la prostitución y el homicidio. La guerra contra las drogas se ha convertido en una guerra contra las mujeres, en especial, contra las mujeres pobres y extranjeras, y esto constituye un factor determinante en la situación penitenciaria femenina en nuestro país y en gran parte de los países del mundo³.

En Argentina, la mayoría de las mujeres privadas de libertad están detenidas, precisamente, por la comisión de delitos asociados con las drogas. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, desde que se asumió la competencia parcial en esa materia, se observa un crecimiento tanto de números absolutos como relativos de la población femenina reclusa. Así, se ha denunciado:

[que] continúa primando la utilización sistemática de la prisión preventiva por parte de los operadores judiciales y sigue aumentando la cantidad de mujeres (y de mujeres madres) detenidas en cárceles bonaerenses, fundamentalmente a partir de la desfederalización de los delitos relacionados con estupefacientes. Desde diciembre de 2005, casi se duplicó la cantidad de mujeres detenidas, constituyendo la principal causa de prisionización femenina en la Provincia⁴.

Como señala Alejandro Corda, desde que algunas provincias asumieron esa competencia, aumentó sensiblemente el número de mujeres presas (además, a un ritmo más acelerado que el de hombres: entre 1989 y 2008, la cantidad de hombres detenidos aumentó un 112 %, y el incremento de mujeres fue de un 271 %, en general procesadas por vender droga al menudeo)⁵.

2 Sassen, Saskia, *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Madrid, Traficantes de Sueños, 2003, p. 41.

3 Bloom, Bárbara, Owen, Bárbara y Covington, Stephanie, "Women Offenders and the Gendered effects of Public Policy", en *Review of Policy Research*, N° 21, 2004, p. 38.

4 Comité Contra la Tortura - Comisión Provincial por la Memoria, *Informe anual 2011*, p. 222. Para una crítica extensa del impacto de la asunción de competencia provincial sobre esta materia en el aumento del encarcelamiento de mujeres, véase Comité Contra la Tortura - Comisión Provincial por la Memoria, "Desfederalización en materia de estupefacientes: su impacto en la criminalización de las mujeres", en *Informe anual 2010*, p. 231; ambos documentos disponibles en www.comisionporlamemoria.org

5 Corda, Alejandro, *Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina*, Buenos Aires, Asociación Civil Intercambios-UBA, 2011.

Todo esto es más visible en la jurisdicción federal, dada la competencia que posee en materia de tráfico y, en especial, en materia de contrabando, que es el ámbito en el que se utiliza a las mujeres como correos de drogas. Según una investigación publicada en abril de 2011 por el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Defensoría General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación, el 68,2% de la población reclusa femenina en los centros penitenciarios federales está procesada o condenada por la comercialización, el tráfico o el contrabando de estupefacientes, mientras que el 16,2 % está detenida por delitos contra la propiedad y el 14,2 % por delitos contra las personas⁶. Estos datos no sólo permiten entender el impacto que han tenido las políticas antidrogas en la criminalización de las mujeres, sino también en la diferenciación de los perfiles delictivos entre ellas y los hombres.

Diversos estudios muestran que los delitos vinculados con las drogas tienen lugar en el marco de complejas redes y jerarquías sociales que trascienden las fronteras geopolíticas. Los puestos o roles más bajos tienen una mayor exposición al poder punitivo del Estado. Estos roles son desempeñados, en su mayoría, por mujeres que tienen condiciones de alta vulnerabilidad socioeconómica. El hecho de que ellas desempeñen los roles inferiores en las redes de comercialización es paralelo a las condiciones de pobreza que padecen dentro del sistema social⁷. A su vez, las investigaciones revelan que las mujeres que entran en el mundo del tráfico constituyen un grupo especialmente vulnerable en relación con el resguardo de sus derechos. Al tratarse de un colectivo estigmatizado y pauperizado, que no suele conseguir que sus necesidades de asistencia y patrocinio jurídico sean cubiertas por abogados particulares, la adecuada defensa de sus derechos constituye uno de los grandes retos de la defensa pública.

Por esa razón, este trabajo busca comprender la situación de las mujeres imputadas por la comisión de delitos relacionados con drogas y plantear algunas estrategias legales que permitan reducir su vulnerabilidad frente al sistema penal. Para ello, no se examinarán casos concretos, sino que se hará especial referencia a los problemas de género implícitos en las historias de vida y en el contexto económico, social y cultural de las mujeres que incursionan en el contrabando de drogas como correos; problemas que incluyen, entre otras situaciones, el engaño, la coacción, el estado de necesidad y la trata de personas.

6 Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres privadas de libertad. Los alcances del castigo*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 30.

7 Cf., *Ibidem*, p. 25.

II. El enfoque de género y la defensa pública de las mujeres en conflicto con la ley penal

Las condiciones institucionales necesarias para la efectiva protección de los derechos humanos constituyen un tema prioritario en la agenda de los distintos órganos que integran el sistema de administración de justicia. En este contexto, el Ministerio Público de la Defensa es un actor esencial debido a su capacidad de intervención en la definición de estrategias legales que aseguren la inviolabilidad de la defensa en juicio, el acceso a la justicia y la protección frente a graves violaciones de derechos y garantías fundamentales.

La reforma de la justicia penal, que ha tenido lugar en los últimos años en numerosos países de América Latina, ha significado una nueva etapa para los servicios de defensa pública. Los cambios procesales y los compromisos internacionales asumidos por los Estados en materia de protección de derechos humanos han generado un clima propicio para el crecimiento cuantitativo y cualitativo de estos servicios⁸. En distintos países, se han consolidado modelos de asistencia jurídica gratuita que parten de una noción robusta de la defensa pública. De acuerdo con estos modelos, no basta con la mera provisión de una defensa técnica adecuada; es necesario, además, que existan mecanismos institucionales que aseguren el acceso a la justicia y que contemplen las necesidades propias de los sectores más vulnerables⁹.

Los problemas de desigualdad social que caracterizan a los grupos sociales más desprotegidos han sido identificados por los órganos internacionales de protección de derechos humanos como trabas al acceso a la justicia. Así, en la Opinión Consultiva 16/99, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si

8 Para un análisis completo de las implicancias que ha tenido el proceso de reforma procesal en América Latina, véase, entre otros trabajos, Langer, Máximo, "Revolución en el proceso en el penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia", Santiago de Chile, Centro de Estudios de las Américas, 2008, disponible en www.cejamericas.org

9 López Puleio, María Fernanda, "Acceso a la justicia: los retos de una defensa pública con perspectiva de género", en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia, (coords.), *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, Colección: Género, derecho y justicia, N° 7, México, Editorial Fontamara, 2011, p. 239.

no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹⁰.

Resulta indiscutible que la tarea asumida por los Ministerios Públicos de la Defensa de la región puso en evidencia nuevos desafíos vinculados con la asistencia y la protección de personas en condición de vulnerabilidad. Tal como señala María Fernanda López Puleio, el desafío actual de la defensa pública consiste en “constituirse como la ley del más débil; no sólo contra la ley del más fuerte en lo económico, político, social o procesal, sino también, contra la de aquellos que permanecen todavía insensibles ante los reclamos y necesidades de los que menos tienen”¹¹.

Uno de estos desafíos es la implementación de estrategias institucionales cuyo objetivo sea asegurar el adecuado acceso a la justicia de los sectores más vulnerables, entre ellos, el grupo de las mujeres en conflicto con la ley penal¹². Estas últimas enfrentan notorias desigualdades ante la justicia, y no sorprende que muchas veces estén desprotegidas cuando requieren asistencia jurídica en el ámbito penal, si se tiene en cuenta que históricamente han estado en inferioridad de condiciones en el ámbito sociocultural. Los obstáculos que enfrentan para acceder a los recursos judiciales idóneos y efectivos son particularmente críticos, ya que integran un colectivo que, con frecuencia, sufre varias formas de discriminación combinadas, y que se halla expuesto al menoscabo de sus derechos por causa del sexismo que aún incide en las prácticas judiciales.

La incorporación del género como categoría analítica representa un desafío intelectual para los operadores del Ministerio Público de la Defensa, en tanto

10 Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, N°. 16, párr. 119.

11 López Puleio, Fernanda, “Acceso a la justicia penal y defensa pública. Modelos para armar”, en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia, (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Colección Género, derecho y justicia, N° 6. México, Editorial Fontamara, 2011, p. 165.

12 Una muestra de la asunción de estos nuevos desafíos por parte del Ministerio Público de la Defensa ha sido la creación de la Comisión sobre Temáticas de Género en el ámbito de la Defensoría General de la Nación. La Comisión tiene la tarea de denunciar las prácticas de discriminación contra las mujeres en la justicia, asumiendo un rol activo en la elaboración de estrategias para neutralizarlas, en especial, en los casos de mujeres víctimas de violencia o mujeres en conflicto con la ley penal (cf. Resolución DGN N° 1154).

obliga a examinar en forma distinta los contenidos de relevancia jurídica que han sido descuidados por la enseñanza universitaria; a reevaluar las categorías dogmáticas con las cuales se resuelven los problemas penales; y a reflexionar sobre las consecuencias que tiene el abordaje tradicional de los conflictos de quienes requieren asistencia y patrocinio jurídico para salvaguardar sus derechos.

Un tema de vital importancia es la incorporación de la perspectiva de género en el campo de las defensas penales. Este último constituye un espacio pretendidamente neutral, donde aún perviven categorías y prácticas discriminatorias, originadas en la existencia de patrones sociales y culturales androcéntricos. Existen estudios comparados sobre los criterios que utilizan los operadores jurídicos en las causas que involucran a las mujeres que transgreden la ley. Estos estudios revelan que, para obtener una pena más benévola o para alcanzar una absolución, los abogados suelen utilizar argumentos que refuerzan el estereotipo de la mujer como enferma o loca, así como el papel de madre y cuidadora del hogar¹³. Por otra parte, también demuestran que algunos litigantes ni siquiera evalúan la posibilidad de incluir en su estrategia de defensa consideraciones de género, ya que las encuentran poco relevantes y ajenas a lo jurídico¹⁴.

La sistemática exclusión de los factores de género que intervienen en la creación y aplicación del derecho ha permitido sostener la apariencia de que las estrategias legales son diseñadas y adoptadas a partir de criterios lógicos y epistemológicos, esto es, según criterios de racionalidad neutrales. Sin embargo, hace ya tiempo que el dogma positivista de la neutralidad del derecho fue cuestionado. Como consecuencia, ello debería conducir a que cualquier intervención jurídica a favor de las mujeres incluya la posibilidad de criticar muchos de los instrumentos y de las prácticas jurídicas clásicas. La inclusión de la perspectiva de género en el ámbito específico de las defensas penales permite descubrir estereotipos que se encuentran naturalizados (y que son, por tanto, invisibles), o bien identificar los efectos negativos que poseen algunas normas y criterios hermenéuticos que sirven de sustento para el mantenimiento de la violencia y la discriminación que sufren las mujeres¹⁵.

13 Roberts, Dorothy E., "Foreward: The Meaning of Gender Equality in the Criminal Law", en *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85-1. Chicago, Northwestern University, 1994, p. 10.

14 Defensoría Penal Pública & Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, *La perspectiva de género en la defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal chileno: un estudio exploratorio. Informe final de resultados*. Santiago de Chile, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, 2005, pp. 100-101.

15 Chiarotti, Susana, "Aportes al derecho desde la teoría de género", en *Otras Miradas*, año/vol. 6.

Por ello, los servicios de defensa pública deberían prestar especial atención al diseño de estrategias legales bajo una perspectiva de género y, más allá de la independencia técnica de cada defensor público, deberían propiciar estándares de actuación que respondan a esta perspectiva y que sean compatibles con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de protección de los derechos de las mujeres¹⁶.

III. Drogas y criminalización femenina. El caso de las mujeres “mulas”

La ceguera frente a las cuestiones de género en los estudios sobre drogas hace que la participación de las mujeres en la comercialización, tráfico y contrabando quede en una suerte de limbo de representación y que el género, como categoría analítica y estructura significativa de relaciones de poder, no haya sido introducido en forma adecuada ni al análisis ni al debate¹⁷.

Tradicionalmente, las escasas referencias sobre la posible vinculación entre las mujeres y las drogas se limitaban a señalar el patrón de consumo, así como sus posibles consecuencias en el núcleo familiar, y la salud mental y física de la mujer, en especial en su función reproductora. A partir de los años setenta del siglo pasado, cuando comenzó a observarse un incremento de mujeres procesadas y condenadas a penas de prisión por la comisión de delitos asociados al negocio de estupefacientes, surgieron explicaciones teóricas que consideraban a los procesos de modernización y/o transformación social como una variable importante para comprender esta forma de criminalidad femenina, y que analizaban el fenómeno desde la determinación individual¹⁸.

De manera reciente, gracias al aporte de la teoría legal feminista, las investigaciones sobre delincuencia femenina comenzaron a tomar en cuenta los condicionamientos estructurales y la particular situación de las mujeres involucradas en estos hechos delictivos. Entre los estudios criminológicos, se destacan los trabajos pioneros de Rosa del Olmo, en los que se examinan las repercusiones específicas de la inserción de mujeres en el tráfico de drogas en la

Mérida, Universidad de los Andes, 2006, pp. 6-22.

16 López Puleio, Fernanda, “Acceso a la justicia: los retos de una defensa pública con perspectiva de género”, *op. cit.*, p. 248.

17 Torres Angarita, Andreína, *Drogas, cárcel y género en Ecuador: La experiencia de mujeres “mulas”*. Quito, FLACSO - Abya Yala, 2008, p. 28.

18 Del Olmo, Rosa, “Droga y criminalización de la mujer”, en *¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*. Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 1992, pp. 157 y ss.

investigación de la criminalidad femenina en Latinoamérica. En esos estudios, la autora considera la situación cultural, política y económica del continente y concluye que esta situación explica la mayor participación femenina en el negocio de las drogas y la existencia de importantes diferencias en el modo en el que incursionan hombres y mujeres en el mercado internacional de drogas¹⁹. Como señala Del Olmo:

...aquí también es objeto de discriminación de parte del hombre, sobre todo cuando trabaja por su cuenta. La mujer no va a ocupar lugares gerenciales ni siquiera intermedios sino que su participación va a estar limitada a papeles secundarios: trabajar como transportista de pequeñas cantidades de drogas, en muchas ocasiones dentro de su propio cuerpo, lo que comúnmente se conoce como trabajo de “mulas”; a cambio de una insignificante cantidad de dinero, si se toma en consideración la magnitud de las ganancias de este negocio. De este modo, el hombre está involucrado pero permanece frecuentemente impune, beneficiándose del trabajo ilegal de la mujer²⁰.

En efecto, mientras los hombres tienen más posibilidades para desempeñarse como intermediarios, reclutadores o comerciantes, las mujeres, por lo general, se insertan como correos de drogas o circunstanciales vendedoras de pequeñas cantidades en sus domicilios. Constituyen los eslabones más visibles de la cadena del tráfico y, por ende, corren mayores riesgos de detección y aprehensión²¹. De este modo, las desventajas y la discriminación que se observan en el mercado en general, también se trasladan al mercado ilegal de drogas. Este último reproduce las condiciones de inequidad y discriminación que se dan en el mercado de trabajo, las cuales no se expresan sólo en las diferentes tasas de participación y desocupación que tienen mujeres y varones, sino también en la calidad del empleo al cual acceden. En definitiva, el género marca una fuerte diferenciación entre las experiencias de hombres y mujeres implicados en el tráfico de estupefacientes, al mantener intactas las estructuras patriarcales que determinan que las mujeres continúen desempeñándose en los niveles ocupacionales más precarios y con menos oportunidades de “movilidad ascendente”.

Ahora bien, la “mula” se define como la persona que realiza un trabajo de transporte de drogas. A diferencia de las personas que distribuyen o trafican, no desempeña roles empresariales más allá de las funciones de traslado que le son asignadas y, en general, no tiene mayores responsabilidades dentro de las redes

19 Campbell, Howard, “Female Drug Smugglers on the U.S.-Mexico Border: Gender, Crime, and Empowerment”, en *Anthropological Quarterly*, vol. 81, n° 1, 2008, pp. 233-267.

20 Del Olmo, Rosa, “Droga y criminalización...”, *op. cit.*, p. 159.

21 Harper, Rosalyn, Harper, Gemma y Stockdale, Janet, “The Role and Sentencing of Women in Drug Trafficking Crime”, en *Legal & Criminological Psychology*, 2002, pp. 101-114.

de tráfico, sea porque maneja poca información, porque transporta cantidades relativamente pequeñas de drogas, o bien porque en muchas ocasiones se trata de personas engañadas y/o utilizadas para hacer este trabajo. La palabra “mula” tiene una fuerte connotación negativa y peso simbólico, ya que se asocian los atributos del animal de carga -terquedad, brutalidad y fortaleza física- con las características de las personas que hacen este tipo de actividades. Esta analogía caracteriza la naturaleza y las cualidades exigidas por la actividad que realizan los correos de drogas y, a su vez, da cuenta de la posición subordinada en la que se ubican estas personas dentro de la configuración de las operaciones del tráfico²².

A pesar de que el fenómeno de las “mulas” no es nuevo ni exclusivo de las mujeres, en los últimos años hubo cambios en la intensidad del fenómeno, en las personas involucradas y en las tecnologías utilizadas en éste, así como en el imaginario de quienes se dedican a combatir esta forma de actividad delictiva.

Las mujeres que participan en las actividades ilegales como “mulas” ocupan hoy un lugar central en el comercio transfronterizo de sustancias estupefacientes. Por un lado, el hecho de que las redes de distribución de drogas constituyan, más que estructuras altamente jerarquizadas, redes empresariales pequeñas, con estructuras horizontales y sin jerarquías claras, puede ser una de las razones principales de la intervención de las mujeres, de manera exitosa, en hechos de contrabando. Por otro lado, en zonas de baja presencia o control del Estado, el contrabando de pequeñas cantidades de drogas se constituye fácilmente en una estrategia de supervivencia adoptada por mujeres que son jefas de hogar y por mujeres de bajos ingresos, que terminan abandonando sus ocupaciones previas dado que el tráfico de drogas ilegales les provee ingresos sustancialmente mayores²³.

Asimismo, la imagen de la mula es una figura paradigmática en donde se encarnan las características negativas que desde siempre se le han atribuido al narcotráfico, pero también los signos de fragilidad propios de una víctima. Como explica María Cristina Dorado en su estudio sobre mensajeras colombianas de droga, la figura de la “correo” es producto de la falsa división entre traficantes (considerados personajes peligrosos) y consumidores (considerados personajes vulnerables)²⁴. No es extraño observar que los operadores del siste-

22 Torres Angarita, Andreína, *Drogas, cárcel y género en Ecuador: La experiencia...*, op. cit., p. 45.

23 Arriagada, Irma y Hopeyhayn, Martín, “Producción, tráfico y consumo...”, op. cit., p. 18.

24 Dorado, María Cristina, “Mujeres latinoamericanas detenidas en Europa. El caso de Colombia”, en Del Olmo, Rosa (coord.), *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Cara-

ma penal suelen contaminar la acusación contra las “mulas” por el hecho ilícito con sentimientos de compasión que en raras ocasiones se traducen en una respuesta penal beneficiosa para la mujer.

Diversos estudios comparados muestran que las mujeres que incursionan en el tráfico como “mulas” comparten ciertos rasgos específicos como la condición de extranjeras, la juventud, la maternidad, la pobreza y la falta de educación. Para Marcela Lagarde, es posible identificar dos tipos de mujeres que se involucran en el tráfico de drogas. Las mujeres que comenten delitos al lado de sus hombres, y que son detenidas y apresadas junto con ellos; y las que son conminadas al delito por los hombres. Así, las mujeres que se implican en el comercio ilegal de sustancias estupefacientes no funcionan solas, sino que siempre actúan al lado de hombres que las “protegen”, pero que en verdad las usan. Se trata, como explica Lagarde, de un grupo en particular desaventajado que, por lo general, no ha hecho sino obedecer los patrones culturales de sometimiento y dominación masculina²⁵.

Aun cuando estas mujeres presentan perfiles con ciertos rasgos similares, suelen estar motivadas por un amplio y variado rango de circunstancias, aspiraciones y deseos, que se insertan en un marco de opciones que van desde la coerción a la libre elección. Los informes especializados manifiestan que no existe un único factor explicativo de la inserción de las mujeres en el tráfico trasfronterizo de sustancias estupefacientes:

...si bien la mayoría de las mujeres se involucra en estas actividades por necesidad o por haber sido víctimas de engaño o coacción, algunas lo hacen porque han sido cooptadas por redes de tratantes y narcotraficantes, y otras lo hacen porque lo consideran un trabajo, o bien porque tienen la falsa esperanza de hacer dinero fácil²⁶.

cas: Editorial Nueva Sociedad, p. 79.

25 Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas*. México UNAM, 2003, pp. 654 y ss.

26 Fleetwood, Jennifer, “Drug Mules in International Cocaine Trade: Diversity and Relative Deprivation”, en *Prison Journal Service*, N° 192, 2010, p. 5. Para un mirada alternativa y crítica sobre la importancia que se le asigna a la violencia en las operaciones del mercado de las drogas, véase Denton, Barbara y O’Malley, Pat, “Gender, Trust and Business: Women Drug Dealers in the Illicit Economy”, en *British Journal of Criminology*, vol. 39, 1999, pp. 513-530. Las autoras afirman que a pesar de que generalmente los atributos que se consideran necesarios para manejarse en el mundo de las drogas están asociados con características masculinas, como la violencia y la agresividad, ciertos valores considerados “femeninos” ayudan a las mujeres a mantenerse firmes dentro de un ambiente tan hostil como es el de la venta y tráfico de drogas. Específicamente, las autoras destacan la importancia de que las mujeres sean capaces de generar confianza y respeto no sólo en relación con sus clientes, sino también frente a sus proveedores.

IV. Marco normativo aplicable a las “mulas”

La práctica del envío de drogas camufladas en el cuerpo o equipaje de una persona ha sido objeto de tratamiento jurídico penal desde los años setenta del siglo XX, debido al incremento de los controles fronterizos y aduaneros, y a la intensificación de las políticas de la lucha contra el narcotráfico. No obstante, desde el punto de vista teórico, no existe todavía una clara definición de lo que se debe entender por “correos de drogas”. La doctrina comparada suele distinguir dos tipos de correos, los que se encargan del transporte de la droga desde un país productor hasta un país consumidor y los que se ocupan del transporte dentro del mercado consumidor²⁷.

Dado que estas categorías no dejan de ser problemáticas, puesto que un correo podría incluirse tanto en la categoría de tráfico como en la de contrabando de sustancias estupefacientes, a los fines de este trabajo se entenderá que esta expresión designa únicamente a las personas (mujeres, en su gran mayoría) que realizan la actividad de transporte clandestino y transfronterizo de drogas. En esta definición, el carácter “transfronterizo” y “clandestino” del transporte es imprescindible, pues sólo así puede realizarse la acción de importación o exportación que es relevante en nuestro ordenamiento jurídico para la configuración del tipo penal de contrabando.

Cientos de mujeres, en su mayoría extranjeras, son detenidas cada año por servir como correos o “mulas” para el transporte internacional de sustancias estupefacientes. La actividad de estas mujeres encuadra en la modalidad típica de contrabando prevista en el artículo 866 de la Ley N° 22.415. El régimen legal contemplado en el artículo 6 de la Ley N° 23.737 sólo se aplica, en nuestro país, a los casos en los que la introducción de la sustancia ha sido legítima y ha existido un desvío ulterior indebido. Este régimen involucra, mayormente, a mujeres argentinas²⁸.

La ley aduanera argentina establece, en el artículo 863 del Código Aduanero (C. A.), que incurre en el delito de contrabando “quien, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control

27 Ambos, Kai, Doves Pais, Antonio, Cornills, Karin y Van de Rey, Ingrid, “El tratamiento penal de los correos de drogas en Alemania, Dinamarca, Países Bajos y España”, en *Revista Nueva Doctrina Penal* 1997/A. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 371.

28 Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión...*, op. cit., p. 31.

sobre las importaciones y las exportaciones”. Las funciones del control aduanero no tienen que ver aquí, exclusivamente, con el control del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los importadores y exportadores de mercaderías, sino con el respeto por las prohibiciones absolutas de importar o exportar mercaderías. Esas prohibiciones están relacionadas con la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la sociedad, cuya importancia suele ser fundamental, como ocurre con la protección de la salud pública.

El impedimento o entorpecimiento del ejercicio del control aduanero suele concretarse por medio de diversas modalidades. Algunas consisten en llevar drogas escondidas en maletas o en otros objetos; otras modalidades son mucho más riesgosas, pues implican la utilización del propio cuerpo del correo de drogas como un vehículo para el tráfico. La variante más conocida de este último tipo consiste en ingerir cápsulas de látex con drogas en su interior (principalmente cocaína y heroína), que luego son expulsadas al llegar a destino.

La casuística demuestra una gran inventiva que evoluciona constantemente. En el caso específico de las mujeres, se utiliza también la introducción de drogas en sus vaginas como un medio para camuflarlas, lo que implica el uso del sexo para la concreción del tráfico. Otras técnicas, menos comunes pero más discretas, consisten en introducir las drogas en el cuerpo de manera quirúrgica, como si fuera un implante, por ejemplo, en los senos o glúteos de una mujer. Así, desde aquellos casos registrados por las primeras investigaciones criminológicas sobre el tema, se ha pasado a una metodología diversa y compleja que sorprende día a día a los operadores policiales y judiciales²⁹.

La jurisprudencia ha entendido que el comportamiento de las “mulas” constituye casi siempre un delito de contrabando. Los casos judiciales son resueltos mediante la verificación de la concurrencia de determinados presupuestos jurídicos, rígidamente establecidos por la ley o por la consolidación de criterios de interpretación normativa que, en apariencia, facilitan la solución del problema, como si éste tuviese una única respuesta posible y de aplicación general³⁰. Sin em-

29 Sobre mujeres “mulas” venezolanas en Gran Bretaña a principios de los noventa, véase Wigglesworth, Carlota, “‘Mulas’ venezolanas en Londres víctimas del tráfico de drogas”, en *Revista Electrónica Bilingüe*, N° 7, 1996. Disponible en www.analitica.com. Sobre traficantes colombianos en Holanda hacia fines de la misma década, véase Zaitch, Damián, *Trafficking Cocaine: Colombian Drug Entrepreneurs in the Netherlands*, La Haya, Kluwer Law International, 2002; sobre mujeres ecuatorianas en tiempos más recientes, véase Torres Angarita, Andreína *Drogas, cárcel y género...*, op. cit.

30 Young, Iris Marion, “The Generality of Law and the Specifics of Cases: A Comment on Elizabeth Schneider”, en *University of Pittsburgh Law Review*, N° 57, 1996, pp. 549 y ss.

bargo, una proporción considerable de las mujeres que incursionan en el delito de contrabando de estupefacientes no plantea necesariamente un riesgo para la sociedad, y su encarcelamiento no ayuda, sino que dificulta su reinserción social. Muchas terminan en la cárcel como resultado directo o indirecto de los múltiples niveles de discriminación y maltrato a los que se ven sometidas. En consecuencia, es preciso implementar estrategias legales de defensa que tengan en cuenta sus antecedentes y las razones que las han conducido al delito, así como las medidas necesarias para que sean tratadas con equidad en el sistema de justicia penal.

V. Estrategias de litigio con enfoque de género

El diseño de estrategias de litigación con enfoque de género resulta un punto de partida para el replanteo del modo en que habitualmente se aplica e interpreta el derecho penal. Más aún, evidencia cómo las defensas penales clásicas suelen estar basadas en patrones estereotipados de comportamiento masculino que dificultan su utilización por parte de las mujeres³¹. Por ejemplo, en las etapas iniciales del movimiento de mujeres maltratadas, el feminismo reconoció la necesidad de definir ciertas categorías de estrategias legales y de caracterizar ciertas experiencias de mujeres maltratadas para demostrar que éstas constituían un colectivo específico en condiciones de vulnerabilidad, que podía reafirmar sus derechos y reclamar por ellos ante los tribunales de justicia³². La implementación de estrategias legales género sensitivas plantea cuestiones cruciales sobre cómo incorporar los aportes de la teoría y los métodos legales feministas al proceso de elaboración de las defensas en un caso judicial.

Los enfoques que proporciona la teoría legal feminista son múltiples y dependen del tipo de feminismo que se adopte. Así, mientras el feminismo clásico o liberal se basa en la idea de que hombres y mujeres son iguales en derechos y oportunidades, y adopta un abordaje crítico contra las normas jurídicas que excluyen a las mujeres; el feminismo cultural o de la diferencia parte de la exigencia de que el orden jurídico debe reconocerle a las mujeres sus derechos como sujetos diferentes, tomando en cuenta sus puntos de vista y sus necesidades particulares. Por otra parte, mientras el feminismo radical concentra sus esfuerzos en denunciar el

31 Nicolson, Donald, "What the Law Giveth, it also Taken Away: Female-Specific Defences to Criminal Liability", en Nicolson, Donald y Bibbings, Lois, *Feminist Perspectives on Criminal Law*. Londres, Cavendish Publishing, 2000, p. 175.

32 Schneider, Elizabeth, "Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y desarrollo de estrategias", en Di Corleto, Julieta, (comp.), *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires, Editorial Librería, Red ALAS, 2010, p. 24.

modo en el que la subordinación y el sistema de dominación patriarcal violenta a las mujeres en el ejercicio de su autonomía y en la reivindicación de sus derechos; el feminismo postmoderno critica las apelaciones esencialistas (en las que frecuentemente ha incurrido la teoría feminista del derecho) y afirma que existen otros factores, además del género, que victimizan y oprimen a las mujeres³³.

Ahora bien, más allá de lo expuesto, si bien es clave cuestionar la aplicación e interpretación del derecho desde cualquiera de estos abordajes, resulta más importante tener en claro que cualquiera sea el enfoque teórico feminista que se escoja para la fundamentación de la estrategia de defensa, este enfoque debe ser útil para la descripción de las experiencias de las mujeres en conflicto con la ley penal y, simultáneamente, para relacionar las múltiples formas de violencia que padecen con los problemas sociales más amplios de subordinación y de abuso de poder y control³⁴. En el contexto de las mujeres involucradas en actividades de contrabando de drogas, esto implicará comprender que las circunstancias que llevan a las mujeres a incursionar en el tráfico como correos o “mulas” son únicas para cada una y, además, implicará explorar los condicionamientos estructurales que empujan a las mujeres a participar en esta forma de criminalidad.

Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de diseñar una estrategia de litigio con enfoque de género se vincula con la identificación de las normas y prácticas jurídicas que favorecen el mantenimiento de relaciones de poder a favor de un grupo social en detrimento de otro. Para ello, es útil preguntarse de qué forma el derecho silencia las experiencias y valores que parecen más típicos de las mujeres que de los hombres, y en qué medida o por qué razón las leyes y la jurisprudencia pueden conllevar desventajas para las mujeres. Realizar preguntas cuyas respuestas expliciten las repercusiones que las normas y las prácticas jurídicas tienen en lo referente al sexo y al género sirve para desenmascarar la falsa neutralidad y objetividad con las que se caracteriza al derecho³⁵. En el caso de las mujeres que se insertan en el delito de contrabando como correos de drogas, esta metodología supone analizar el impacto diferenciado que poseen sobre hombres y mujeres las

33 Para un estudio de las diversas corrientes del feminismo véase, entre otras obras, Levit, Nancy y Verchick, Robert, R. M., *Feminist Legal Theory*, Nueva York, New York University, 2006; Chamallas, Martha, *Introduction To Feminist Legal Theory*. Nueva York, Aspen Publishers, 2003; Jaramillo Sierra, Isabel C., “La crítica feminista al derecho. Estudio Preliminar”, en West, Robin, *Género y teoría del derecho*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2004.

34 Minow, Martha y Spelman, Elizabeth, “In Context”, 63 *Southern California Law Review*, 1990, p. 1597.

35 Bartlett, Katherine T., “Feminist Legal Methods”, 103 *Harvard Law Review*, 1990, p. 829.

normas penales que castigan el contrabando de drogas, así como las particulares motivaciones que explican la participación de las mujeres en este delito.

Asimismo, relacionado con lo anterior, es prioritario entender que los ideales de objetividad y neutralidad que se atribuyen al derecho propician el mantenimiento de estándares que están basados en lo masculino y que permanecen firmes a causa de ser aceptados sin sentido crítico, como universales por naturaleza. Estos estándares tienden a estereotipar y a relegar a las mujeres a formas de trabajo mal pagadas y poco valoradas, y a descalificar sus contribuciones materiales, incluyendo las que realizan como madres y amas de casa³⁶. Esto último significa que cualquier análisis de la normativa y de la jurisprudencia aplicable a los casos de mujeres imputadas por delitos de contrabando de drogas debería poner especial atención al importante papel que juega la criminalización de estas mujeres en la reproducción de las condiciones de opresión que ellas enfrentan. El derecho penal cumplió, y cumple, un rol primordial en la perpetuación de la falta de recursos y de poder que afrontan las mujeres. Ellas no hubieran podido ser históricamente devaluadas y privadas de toda autonomía con respecto a los hombres, de no haber sido sometidas a un intenso proceso de degradación social y control disciplinario por parte del poder punitivo³⁷.

Por último, cabe destacar que la elaboración de estrategias de defensa depende de las características del ordenamiento legal aplicable, del sistema de administración de justicia existente y de la fase procesal en la que se encuentra una causa judicial. En razón de ello, no resulta una tarea sencilla formular un esquema casuístico, fijo y predeterminado de defensas penales, ni un esquema de casos hipotéticos a los cuales aplicarlas. Tampoco es fácil remitir a antecedentes jurisprudenciales, ya que, a pesar de la existencia de planteos de defensa de diversa índole, en los pocos casos en que se obtuvo una absolución o sobreseimiento, o bien una reducción de la pena, los tribunales han recurrido a soluciones de compromiso como la del beneficio de la duda (art. 3 del Código Penal de la Nación) o la de la aplicación de lo previsto en la figura del “arrepentido” (art. 29 ter Ley 23.737)³⁸. En consecuencia, a continuación se analizarán, a manera de ejemplos

36 Este análisis puede abordarse con mayor profundidad y detalle en MacKinnon, Catharine, A., “Feminismo, marxismo y método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista” en García Villegas, Mauricio, Jaramillo Sierra, Isabel y Restrepo Saldarriaga, Esteban (comps.), *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá. Ediciones Uniandes, 2006, pp.193-221.

37 Federici, Silvia, *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid, Traficantes de Sueños, 2010.

38 No obstante, también debe reconocerse que en muchos de esos casos influyeron otras razones

o sugerencias, algunas de las problemáticas de género que atraviesan los casos de mujeres implicadas en las actividades de contrabando de drogas.

VI. Los casos de violencia

VI.1. Las mujeres “mulas” en situación de coacción

Muchas mujeres suelen ser forzadas a transportar drogas acondicionadas en el interior de sus equipajes, a reclamar maletas que no les pertenecen y a ingerir cápsulas que contienen estupefacientes. En todos estos supuestos se configuran situaciones de chantaje e intimidación que generalmente se extienden a sus familiares y seres queridos, e incluyen graves amenazas contra la vida y la integridad física.

Distintas investigaciones sugieren la existencia de situaciones de violencia como elemento configurativo de las experiencias de mujeres implicadas en los eslabones más bajos del tráfico internacional de drogas, en particular, de aquellas que no toman una decisión voluntaria. En estos casos, la función estratégica de las mujeres es la de ser meros vehículos de traslado, o bien sujetos “prescindibles” del mercado internacional de drogas, antes que la de su capacidad de ser agentes autónomas y exitosas en las actividades del tráfico³⁹.

Se considera que la noción de violencia significa “forzamiento” o “intimidación”⁴⁰. En esa línea, el Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) declara que la violencia contra las mujeres es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y la define como “cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado”⁴¹.

en el fuero íntimo de los jueces.

39 Fleetwood, Jennifer, “Mules and Middlemen: Towards a Theory of the Role of Gender in Drug Trafficking”, University of Edinburgh, Mimeo, cit. en Torres Angarita, Andreína, *Drogas, cárcel y género...*, op. cit., p. 41.

40 Femenías, María Luisa, “Violencia sexo-género: el espesor de la trama”, en Laurenzo, Patricia, Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana (coords.), *Género, violencia, y derecho*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 43.

41 Cf. Art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En sentido similar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer define a la violencia como:

...todo acto basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener por resultado un daño o sufrimiento físico sexual o psicológico para la mujer así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada⁴².

En el mismo orden de ideas, la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer sostiene que la violencia de género es aquella dirigida contra las mujeres por el sólo hecho de ser mujeres, pero además agrega aquellas manifestaciones de abuso y opresión que las afectan de manera desproporcionada, como las prácticas que entrañan sometimiento, violencia o coacción⁴³.

En el ámbito internacional, se ha indicado que para analizar la severidad del sufrimiento físico o mental que padece una mujer víctima de violencia:

...se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que estos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales...⁴⁴

En el ámbito nacional, la llamada Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género (Ley N° 26.485) establece que constituye violencia contra las mujeres:

...toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...⁴⁵

42 Cf., Art. 1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución 48/104, del 20/12/1993.

43 En tal sentido, el Comité de la CEDAW ha afirmado: “Las actitudes [...], según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos [...]. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales”, cf. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 19, 1992.

44 Cf., Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 113.

45 Cf. Art. 4 de la Ley 26.485.

Se advierte, entonces, que las definiciones sobre violencia de los instrumentos internacionales y nacionales mencionados incluyen todos aquellos actos que provocan daños o sufrimientos físicos y mentales, las amenazas y las coacciones. Estas últimas constituyen una forma de violencia psicológica que ejerce extorsión y genera formas de sumisión que pueden provocarles daño a las mujeres y que actúan sobre su libertad de acción y decisión.

VI.2. Las consecuencias jurídicas del actuar bajo coacción

En los casos de coacción, es evidente que la libertad de las mujeres aparece desplazada en virtud de la violencia ejercida por quienes integran las redes de narcotráfico. En consecuencia, es importante analizar en qué medida ellas merecen el reproche penal.

En términos generales, es posible afirmar que las situaciones de coacción de las que son víctimas las “mulas” permiten entrever, de manera más o menos clara, la presencia de varios de los elementos constitutivos del estado de necesidad exculpante e, incluso, en determinados casos, del justificante⁴⁶. En efecto, la coacción puede configurar un caso de justificación (artículo 34, inciso 3°, del Código Penal de la Nación) o uno de exculpación (artículo 34, inciso 2°, segunda parte, del Código Penal de la Nación); esta respuesta depende de la presencia (o no) de los restantes presupuestos de estas causales que impiden la verificación de existencia de un hecho delictivo. Ante la presencia de un estado de coacción, el deslinde entre dichas causas de exención dependerá de la circunstancia de si el bien salvado es o no es mayor que el lesionado⁴⁷.

Según el artículo 34, inciso 3° del Código Penal, obra en estado de necesidad justificante quien causa un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño. La afirmación de un estado de necesidad justificante requiere, entonces, que exista un peligro de sufrir un mal; que este peligro sea inminente; que la con-

46 Se ha discutido ampliamente en la doctrina argentina sobre la naturaleza jurídica, ubicación sistemática en la teoría del delito y razones de la exención de pena de las conductas típicas realizadas bajo coacción. Un punto esencial del debate, de especial interés en lo que aquí respecta, es el de si la coacción configura exclusivamente una causa de exclusión de la culpabilidad (art. 34 inc. 2 segunda parte del Código Penal) o si, al estar presentes ciertas circunstancias, puede dar lugar a un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3° Código Penal). La doctrina argentina tradicional sostenía que la coacción siempre era un problema del nivel de la culpabilidad. Sin embargo, en la actualidad, ni la doctrina ni la jurisprudencia siguen esta concepción. Véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 713-714.

47 Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pp. 141 y ss.

ducta en estado de necesidad sea adecuada y, además, necesaria para evitar ese peligro; y, por último, que el mal causado sea menor que el mal evitado.

La existencia de un peligro para las mujeres que son forzadas a contrabandear drogas bajo la amenaza de sufrir un grave daño contra su vida o integridad física, o contra la de sus familiares, parece indudable. Lo mismo ocurre con la inminencia del peligro que se les presenta a estas mujeres ante el incumplimiento del traslado de las drogas de un país a otro, ya que el peligro amenazante puede concretarse en cualquier momento. En estos casos se presenta una situación prototípica de lo que en doctrina se conoce como “peligro permanente”. Según Roxin, hay peligro permanente cuando “una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa”⁴⁸.

La doctrina nacional ha entendido por peligro inminente la situación en la cual el mal puede concretarse en cualquier momento y ha señalado que esa posibilidad no es sólo de índole temporal, sino material; o bien que la inminencia es independiente de todo criterio cronológico, y es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto, aunque se trate de peligro continuo⁴⁹. En los casos de las “mulas”, las situaciones coercitivas creadas por la repetición constante y sistemática de las amenazas, que en muchos casos van acompañadas por persecuciones y hostigamientos, tornan innecesario que en el momento previo de la comisión del delito se renueven explícitamente las amenazas de sufrir un mal en caso de negarse a efectuar la conducta exigida.

Por otra parte, la conducta en estado de necesidad debe ser adecuada y necesaria para evitar el peligro. El primer requisito se refiere a la idoneidad del medio para evitar el peligro, y el segundo, a que la persona debe utilizar el medio menos lesivo entre aquellos idóneos. En el caso de las mensajeras de drogas, la negativa a colaborar para importar o exportar sustancias estupefacientes trae aparejado el aumento de la probabilidad de ser asesinadas o sometidas a múltiples formas de maltrato físico, como lesiones y violaciones; o bien de ser testigos de la perpetración de esas conductas, o de otras igualmente graves, contra sus seres queridos. En este contexto, la concreción del traslado transfronterizo de la droga termina siendo un medio eficaz, dado que suele disminuir la probabilidad de que esos riesgos se concreten.

48 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, Editorial Civitas, 1997, § 16-18, p. 680.

49 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 605.

En cuanto a la consideración de si la conducta es necesaria para conjurar el peligro, debe tenerse en cuenta que las mujeres que son víctimas de violencia y coacción ven seriamente constreñidas sus opciones. En general, estas mujeres sólo pueden cumplir la conducta que en cada caso se les exige o se espera de ellas. Estas conductas son, en la situación concreta, las únicas posibles para salvaguardar la vida y la integridad física, entre otros bienes que pueden ser objeto de amenazas. Para demostrar el cumplimiento del requisito de que la acción ha sido “necesaria” en el caso concreto, es útil evaluar la severidad del sufrimiento físico y mental padecido o amenazado. Esta evaluación contextual, además, resulta válida para demostrar que la mujer mula no suele disponer de un medio menos lesivo e igualmente idóneo para disipar el peligro inminente que la amenaza.

Por último, para la configuración de esta eximente es necesario verificar si, con su conducta, las mujeres implicadas en este tipo de delito han salvado un bien mayor que el lesionado, que en estos casos consiste en el adecuado ejercicio del control aduanero referido a las prohibiciones de importar o exportar sustancias estupefacientes. El ordenamiento jurídico nacional no prevé de manera expresa que el bien salvado sea sustancialmente mayor que el sacrificado; se refiere sólo a un mal para evitar otro mayor. La doctrina dominante reconoce que la ponderación de bienes en el estado de necesidad no debe tomar en cuenta únicamente el valor en abstracto de los bienes jurídicos en juego; también deben tenerse en cuenta factores tales como la intensidad de afectación concreta de los bienes jurídicos, el significado funcional o simbólico de los bienes afectados, y otros sacrificios y consecuencias de la afectación.

Si en el caso concreto no pudiera afirmarse que el interés salvado es en esencia más valioso que el sacrificado, la solución del problema podría buscarse, eventualmente, en el plano de la culpabilidad, por medio de la causal de exculpación prevista en el artículo 34, inciso 2°, del Código Penal de la Nación. Esta causal opera ante la paridad entre el interés sacrificado y el interés salvado, e incluso cuando el primero es mayor que el segundo; siempre, claro está, que exista la situación de presión psíquica que funda la inexigibilidad de una conducta distinta a la prohibida. En estos supuestos, no se trata de analizar si los comportamientos imputables a las “mulas” pueden considerarse permitidos por el orden jurídico, sino de determinar si la reducción de libertad que éstas sufren impide que el Estado les formule un reproche penal por no haber actuado de otro modo. Por supuesto que la cuestión se refiere, entonces, a la inexigibilidad de otro comportamiento, y no a que su acto haya sido conforme a derecho.

Por cierto, cuando la jurisprudencia ha querido eximir de responsabilidad a quienes contrabandean sustancias estupefacientes bajo coacción se inclina más por la exculpación que por la justificación, considerando que estas situaciones producen en las “mulas” un estado anímico que altera su voluntad, capaz de configurar un supuesto de miedo insuperable. Con todo, su concurrencia ha sido apreciada de manera restrictiva, y en aquellos casos en los que no se ha considerado, ha sido por falta de acreditación de la situación de peligro inminente o persistente, o bien porque se asimila la eximente de miedo insuperable con la incapacidad psíquica, lo cual produce una confusión entre el contenido de las eximentes.

Para configurarse como causal de inculpabilidad el miedo debe ser insuperable y, en principio, el sujeto no debe tener la obligación de soportarlo. Innumerables testimonios revelan que la participación de muchas mujeres en los delitos de tráfico y contrabando de drogas, lejos de ser la consecuencia de una voluntad libre y espontánea, es el resultado de la existencia de un temor fundado en la posibilidad real de verse agredidas, en cualquier momento, por las personas que las reclutan y les entregan la droga para contrabandear.

La doctrina tradicional estima que el carácter insuperable del miedo ha de regirse o medirse con un criterio objetivo. Esta posición es discutible, ya que la estimación debería realizarse en función de las condiciones personales del agente, y no según una pretendida objetividad que acude a una figura de la imaginación. La exigibilidad se vincula, siempre, con una persona concreta, y en una situación y una circunstancia también concretas. Las mujeres víctimas de coacción suelen atravesar un proceso psicológico complejo que se desarrolla en el contexto de una violencia cíclica. Esto determina que la mujer no sólo viva en un ambiente de temor constante, sino que también pueda aprender a prever episodios de violencia, por lo que es capaz de identificar los factores que llevan a la violencia del agresor⁵⁰. Detectar este proceso es clave, ya que permite comprender por qué, a pesar de que la agresión no se está produciendo en un determinado momento, la mujer la percibe como inminente.

La jurisprudencia comparada exhibe una opinión flexible sobre el criterio temporal que debe utilizarse para analizar la inminencia o permanencia del peligro en estos casos específicos. Así, en un caso reciente, la Corte Suprema de Justi-

50 Esto es lo que en EE.UU. se denomina como “síndrome de la mujer maltratada” y que ha servido, en ocasiones, para excluir la responsabilidad penal de las mujeres que matan a sus parejas en base a la apreciación de un trastorno o enajenación mental transitoria; véase, por ejemplo, Larrauri, Elena y Verona, Daniel, *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona, Editorial EUB, 1995, pp. 23-28.

cia de Canadá resolvió que el requisito de inmediatez, contenido en la sección 17 del Código Criminal (que regula los supuestos de “coacción”), es violatorio de los derechos a la vida, la libertad y la seguridad personal de la imputada, protegidos por el artículo 7° de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, debido a que significaría que no se puede utilizar la defensa en situaciones en las cuales la amenaza se dirige contra un tercero o ésta implica un daño futuro⁵¹.

Otra de las características de este proceso psicológico es que las mujeres maltratadas desarrollan un sentimiento de “indefensión aprendida”, que afecta la percepción de la realidad y que puede llegar a tener relevancia en el ámbito de la culpabilidad. Si una mujer se percibe como indefensa y se siente imposibilitada de acudir a la justicia, es probable que frente a la situación de coacción reaccione impulsada por el miedo y no pueda superarlo. Uno de los argumentos que ha esgrimido la jurisprudencia para negar la concurrencia del miedo insuperable es el de atribuir un supuesto carácter subsidiario, exigiendo al agente, por ejemplo, el deber de huida o el de acudir a otros medios, como la denuncia de los abusos ante las autoridades. Al respecto, conviene tener presente que esta exigencia no deriva del texto normativo, pues, de exigirse, se perdería de vista la naturaleza subjetiva de la exculpante, ya que un sujeto aterrorizado difícilmente puede realizar un análisis de la situación

51 El caso *R. v. Ruzic*, resuelto en el año 2001 por la Corte Suprema de Canadá constituye un *leading case* para los supuestos que aquí se analizan. Marijana Ruzic era una muchacha yugoslava de 21 años de edad que vivía en Belgrado con su madre. Un hombre la había amenazado con hacerle daño, a menos que ella le ayudara a contrabandear heroína a Canadá. El hombre la acechó por algún tiempo y comenzó a amenazarla, llegando a agredirla violentamente. Ruzic finalmente voló a Canadá. Fue arrestada en el Aeropuerto Internacional Pearson, de Toronto, por la importación ilegal de heroína. En el juicio ella declaró que había cometido el delito por encontrarse en una situación de coacción. El uso de este tipo de descargo, en virtud del artículo 17 del Código Penal canadiense, sólo procede cuando una persona “comete un delito bajo compulsión por las amenazas de muerte inmediata o lesiones corporales de una persona que está presente cuando el delito es cometido”. Ruzic dijo que no había tenido otra opción y que tanto la vida de ella como la de su madre estaban en riesgo. También afirmó que no podía ir a la policía porque creía que era una institución corrupta y que ello no sería de ninguna ayuda. El testimonio de expertos corroboró esta creencia de los ciudadanos yugoslavos de no confiar en la policía y de temer la incapacidad de ésta para protegerlos. Sin embargo, su estrategia de defensa fallaba por cuanto ella no estaba bajo la amenaza de “muerte inmediata o daño corporal”, y porque el hombre que la había amenazado no estaba “presente cuando se cometió el delito”. Ruzic cuestionó la constitucionalidad del artículo 17 del Código Penal canadiense por violar su derecho a la seguridad personal, consagrado por el artículo 7 de la Constitución. El juez estuvo de acuerdo con la imputada y, por lo tanto, la absolvió. Luego, el recurso del fiscal fue desestimado por el Tribunal de Apelaciones de Ontario. El 20 de abril de 2001 la Corte Suprema de Justicia de Canadá confirmó la absolución.

para verificar las distintas posibilidades con que cuenta a fin de escapar de la situación que lo aterra.

Por lo demás, debe señalarse que el hecho de que puedan existir muchas mujeres que opten por sacrificarse al exponerse a un altísimo riesgo con tal de no participar en hechos delictivos, ello no puede tener ninguna relevancia en la valoración jurídica de quienes no siguen ese camino. Aun cuando, desde el punto de vista psicológico, siempre cabe la posibilidad fáctica de actuar conforme a la norma, lo cierto es que el derecho no exige comportamientos heroicos.

VII. Los casos de vulnerabilidad

VII.1. Las mujeres “mulas” en situación de pobreza

Existe un amplio consenso sobre la importancia del factor económico, en particular de las condiciones de pobreza, como causa de la incidencia de las personas en la comisión de delitos asociados al tráfico de estupefacientes.

Entre diversos enfoques, es posible definir a la pobreza como un fenómeno social y económico, con componentes culturales y políticos, en el cual las personas y los hogares se encuentran privados de medios y oportunidades esenciales por diferentes causas y procesos⁵². Tal situación se manifiesta en la falta de ingresos y de recursos productivos suficientes para garantizar condiciones de vida sostenibles; en el desempleo o la precaria inserción laboral; en el hambre, la desnutrición y la mala salud; en la falta de acceso o el acceso limitado a la educación; en la carencia de vivienda o la vivienda inadecuada; en la falta de seguridad; y en la discriminación, entre otras manifestaciones.

La pobreza es una cuestión compleja, íntimamente vinculada con la vulnerabilidad. La vulnerabilidad posee dos dimensiones: una externa y objetiva, que se refiere a los riesgos externos a los que puede estar expuesta una persona,

52 Esta definición de la pobreza coincide con la noción de pobreza propuesta desde el denominado *enfoque de las capacidades*. Según este enfoque, la pobreza equivale a algún grado de privación que impide a las personas el desarrollo pleno de sus capacidades y, en última instancia, de su libertad. En otras palabras, supone una situación de carencia de recursos que impide a las personas desarrollarse básicamente, es decir, permanecer vivas y gozar de una vida larga y saludable; reproducirse y transmitir su cultura a las generaciones siguientes; interactuar socialmente, acceder al conocimiento y gozar de libertad de expresión y pensamiento, Sen, Amartya, K., “Capacidad y bienestar”, en Sen, Amartya y Nussbaum, Martha (comps.), *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 54-83.

una familia o un grupo; y otra dimensión interna y subjetiva, que se refiere a la falta de recursos de las personas para enfrentar esos riesgos, sin estar sometidas a ciertas pérdidas. A su vez, la vulnerabilidad se expresa de varias formas: como desamparo institucional desde el Estado; como fragilidad e indefensión ante los cambios originados en el entorno; y como inseguridad permanente que obstaculiza la posibilidad de actuar para lograr mejores niveles de bienestar⁵³.

Desde la década del ochenta del siglo pasado, algunas feministas comenzaron a analizar los fenómenos de la pobreza y la vulnerabilidad desde una perspectiva de género. Así, identificaron una serie de hechos que afectaban de manera específica a las mujeres; señalaron que había más mujeres que sufrían estas condiciones que hombres y, a su vez, observaron que existía un aumento de la pobreza de las mujeres debido al incremento de los hogares monoparentales y con jefatura femenina.

Para dar cuenta de este conjunto de fenómenos, el feminismo acuñó el concepto de “feminización de la pobreza”, que puso en evidencia la necesidad de reconocer que hombres y mujeres sufren la pobreza de manera diferente y que el género es un factor que incide y aumenta las posibilidades de padecerla. En este sentido, la probabilidad de ser pobre no se distribuye al azar en la población. La división del trabajo por sexo determina la desigualdad en las oportunidades que las mujeres tienen para acceder a los recursos materiales y sociales, así como para participar en la toma de las decisiones políticas, económicas y sociales. Las mujeres no sólo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación⁵⁴.

Muchas de las mujeres que incursionan en el delito de contrabando de estupefacientes suelen ser víctimas de profundas condiciones de pobreza y vulnerabilidad, así como de la falta de escrúpulos de quienes se aprovechan de forma sistemática y sin riesgo propio de tales situaciones. Los motivos económicos concretos y definidos como causantes de la participación femenina en actividades de contrabando de drogas son la necesidad del pago de tratamientos médicos para un miembro de la familia o de deudas acumuladas, el desempleo y la responsabilidad por el mantenimiento de los hijos⁵⁵.

53 Busso, Gustavo, “Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del Siglo XIX”. Santiago de Chile, CEPAL-CELADE, 2001, pp. 8 y ss.

54 CEPAL – UNIFEM. Serie Mujer y Desarrollo N° 52, “Entender la pobreza desde la perspectiva de género”. Santiago de Chile, 2004, pp. 18. Disponible en www.eclac.cl/publicaciones/xml/5/14795/lcl2063e.pdf.

55 Dorado, M. Cristina, “Desventajas del castigo penal exclusivo a las colombianas, mensajeras de

Los rasgos que caracterizan a este grupo de mujeres están definidos por su edad y su clase social, así como por la diversidad de orígenes nacionales. Respecto del estado civil, muchas de ellas son solteras o madres de niños y/o niñas pequeños/as, que no cuentan con el apoyo de sus parejas y se involucran en el tráfico para cumplir el rol asignado socialmente, es decir, un papel ligado al cuidado del hogar y la maternidad. María Noel Rodríguez afirma:

...es necesario indicar que el tráfico de drogas es una actividad que suele permitir a las mujeres seguir desempeñando los papeles asignados culturalmente de madre, esposa y ama de casa, y que reporta ingresos imposibles de conseguir por otras vías, sean trabajos formales o informales...⁵⁶

En suma, resulta evidente que se trata de un grupo paradigmático de mujeres que simplemente intenta sobrevivir por medio de los recursos disponibles aunque sean ilegales y arriesgados. Los casos judiciales dejan al descubierto que este grupo de mujeres contrabandea corriendo el riesgo de sufrir consecuencias nefastas para ellas y sus familiares más cercanos. Mal informadas y confiadas en que lograrán cumplir con la tarea, suelen hacer arreglos para el cuidado de sus hijos con sus madres, vecinos o parientes cercanos, que se encuentran también en condiciones económicamente precarias, sin posibilidades de ofrecerles a los niños educación ni una alternativa a su situación económica⁵⁷.

VII.2. Las consecuencias jurídicas de actuar motivadas por situaciones de pobreza

Es evidente que la comercialización, el tráfico y el contrabando de drogas no son las únicas manifestaciones de la pobreza económica como móvil del delito. Con todo, como hemos visto, la pobreza sí es un factor paradigmático en la mayoría de los casos penales que involucran a mujeres que actúan como “mulas”.

Al examinar este tipo de casos, se debe prestar atención al marco o escenario en el que se comete el delito. En otras palabras, es necesario entender la trasgresión de la norma como un acto que cobra sentido en el contexto de alienación y privación relativa en el que se desarrolla. Si, como afirma Nicola

drogas en Europa”, en Martín Palomo, M. Teresa, Miranda López, M. Jesús y Vega Solíz, Cristina (eds.), *Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión*. Madrid, Instituto de Investigaciones feministas - Universidad Complutense de Madrid, 2005, pp. 301- 370.

⁵⁶ Rodríguez, María Noel, “Mujer y cárcel en América Latina”, en Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Fundación para el Debido Proceso Legal, *Violencia contra las mujeres privadas de la libertad en América Latina*, México, 2004, p. 10.

⁵⁷ Dorado, M. Cristina, “Desventajas del castigo penal exclusivo a las colombianas...”, *op. cit.*, p. 328.

Lacey, ciertos grupos de infractores están constituidos por personas cuyos derechos básicos han sido violados, y que han sufrido abusos y carencias sin que el Estado los proteja, estas circunstancias deben ser un factor relevante a la hora de determinar no sólo la naturaleza, sino la propia justificación del castigo⁵⁸.

Roberto Gargarella ha puesto en discusión la propia legitimidad del derecho penal en estas condiciones de alienación y privación relativa⁵⁹. En esta línea, sigue en especial a algunos autores anglosajones, como Anthony Duff, para quien existen precondiciones de la responsabilidad criminal que impiden la actuación de la justicia penal en situaciones de injusticia social grave. Para este último autor:

...a menos que estas condiciones estuvieren satisfechas una persona podría ser llamada ante la justicia para que un juez decidiera sobre su inocencia o culpabilidad, concluyéndose que no se trata de que no sea culpable, ni que no tenga la capacidad penal para responder por ello, ni que no pueda entender lo que hizo, sino que no puede ser juzgado por ese hecho⁶⁰.

Ahora bien, aun cuando se le dé legitimidad a un proceso penal seguido contra alguien que ha actuado bajo severas condiciones de privación, dichas condiciones deben ser consideradas y tener consecuencias de índole normativa. Desde esta perspectiva, la pobreza y la vulnerabilidad no sólo son un mal, sino que constituyen problemas jurídicos que deben ser atendidos por el derecho. Una posible forma de hacerlo es acudir a la eximente de estado de necesidad exculpante; otra alternativa consiste en disminuir el reproche penal de la autora del delito al considerar una modalidad de culpabilidad atenuada.

De todas formas, también debe admitirse que en estos supuestos bien podría alegarse una verdadera causal de justificación. La aplicación extensiva o progresiva de la eximente de estado de necesidad a ciertos casos de penuria económica no debería suscitar mayores inconvenientes. Los problemas penales exigen extraer

...las soluciones socialmente más flexibles y justas de las situaciones más conflictivas, entendiendo que cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a alguien que se ha equivocado de algún modo [...] los problemas son de naturaleza político-criminal y no pueden ser resueltos con el automatismo de los conceptos teóricos⁶¹.

58 Lacey, Nicola, "Social Policy, Civil Society and the Institutions of Criminal Justice," en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 26, p. 14.

59 Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2008.

60 Duff, Anthony, *Punishment, Communications and Community*. Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 246.

61 Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 44.

No obstante, es claro que esto último es bastante difícil ya que la jurisprudencia y la doctrina han sido, desde siempre, reacias a admitir la concurrencia de un estado de necesidad justificante en las causas de tráfico de drogas, por considerar que tales conductas poseen una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pudiera afectar al agente. Para Margarita Martínez Escamilla, el continuo desconocimiento del estado de necesidad justificante en los delitos de tráfico de estupefacientes ignora la realidad social de los hombres y las mujeres que incurrir en estas conductas delictivas. La autora señala que la confrontación de bienes jurídicos en pugna, exigida tradicionalmente por la dogmática penal, no es real porque en algunos casos el bien jurídico que se defiende podría ser superior al de la salud pública; más aún, éste podría estar afectado de manera concreta y no por una amenaza potencial⁶².

Otra alternativa que brinda la consideración de la situación de pobreza es la de utilizar la vulnerabilidad como categoría dogmática que modifica la culpabilidad. Hay fundamento para ello en el artículo 41 del Código Penal de la Nación, cuando se exige que para graduar la pena se tome en cuenta la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos. Esto último es así pues

...la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho [...] con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar una situación de vulnerabilidad en el que el sistema penal ha concentrado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad⁶³.

Entonces, la culpabilidad debe construirse de forma tal que impida que el reproche penal supere el esfuerzo personal realizado para colocarse en la concreta situación de vulnerabilidad frente al poder punitivo, considerando las posibilidades de criminalización secundaria, lo que incluye no sólo la fácil detección por parte del personal policial o aduanero, sino también la captación por la organización delictiva, la posición de clase o escala social de la mula y su condición de mujer, circunstancia que, en los supuestos de tráfico de estupefacientes, en la actualidad influye negativamente.

62 Martínez Escamilla, Margarita, "Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el tribunal supremo español", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. N° 20/21. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2008, pp. 513-557.

63 Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 626.

Así, la culpabilidad permite excluir el reproche o, en algún caso, atenuarlo incluso por debajo del mínimo legal. Al respecto, Eugenio Zaffaroni indica que debe ponderarse la eficacia de otras respuestas no punitivas que se ajusten al caso, o bien la viabilidad de una de menor contenido punitivo en resguardo del principio de *última ratio*, dado que:

...los mínimos penales no tienen otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos, cuantas veces sea necesario para evitar lesionar el principio de humanidad, que es un imperativo del derecho internacional de los derechos humanos. Es que cuando a nivel de previsión abstracta o, en el caso concreto y por circunstancias particulares del mismo, la pena repugne a elementales sentimientos de humanidad, o implique una lesión gravísima para la persona en razón de las circunstancias, la agencia judicial, en función del principio republicano de gobierno, tiene que ejercer el poder de prescindir de la pena o de imponerla por debajo del mínimo legal, lo que es jurídicamente admisible, puesto que puede ser supra-legal, pero infra-constitucional⁶⁴.

VII.3. Las mujeres “mulas” en situación de engaño

Las mujeres que incursionan en el delito de contrabando en calidad de “mulas” son especialmente susceptibles, a causa de distintos factores económicos, culturales y en particular de género, a ser víctimas de engaño por parte de personas implicadas en las redes de comercialización y tráfico de estupefacientes en carácter de reclutadores/as, vendedores/as o intermediarios/as⁶⁵.

Sin embargo, el análisis de las causas judiciales revela que muchas mujeres engañadas han recibido condenas producto de investigaciones en las que no se ha examinado la relevancia jurídica de esos particulares contextos de acción. Por otra parte, en los escasos procesos penales en los que sí se tienen en cuenta las situaciones de engaño, éstas no son abordadas por los operadores jurídicos como un ejemplo del accionar utilizado de forma habitual por las redes de narcotráfico.

En el caso concreto de las “mulas”, las situaciones de engaño no son el resultado de situaciones de grave amenaza, ni tampoco de estados de inconsciencia. Las modalidades y gravedad del engaño varían según las historias. Algunas mujeres son inducidas a transportar regalos u objetos que, sin saberlo, contienen drogas camufladas; o bien sustancias que aparentan tener una naturaleza distinta, según la información que les brinda quien les suministra el material.

64 Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 248 y ss.

65 Sudbury, Julia, “Mules, Yardies and Other Folk Devils: Mapping Cross Border Imprisonment in Britain”, en Sudbury, Julia, *Global Lockdown: Race, Gender and the Prison Industrial Complex*. Londres, Routledge, 2005, p. 323.

También hay casos graves en los cuales, además del encubrimiento de información, entran en juego otros elementos, como el uso de las relaciones amorosas como vehículo de engaño⁶⁶.

VII.4. Las consecuencias jurídicas de actuar bajo engaño

El engaño sobre la naturaleza del viaje y los efectos prohibidos que se trasladan provocan en las mujeres un error sobre el conocimiento de los elementos del tipo objetivo del delito de contrabando de estupefacientes. En estos casos el error tiene por efecto que las mujeres no sepan que realizan la concreta acción típica castigada por la ley aduanera.

Según el artículo 34, inciso 1º del Código Penal de la Nación, no es punible “...el que no haya podido en el momento del hecho por (...) error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto...”. Es sabido que la configuración de un error de tipo elimina el dolo, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa, si se trata de un error vencible y siempre que se encuentre prevista la estructura típica para el delito en cuestión, lo que no sucede en el caso del delito de contrabando.

La doctrina define al dolo como la voluntad realizadora del tipo penal, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración⁶⁷. Para dar cabal cumplimiento al requisito cognitivo es necesario que el conocimiento sea efectivo, quedando fuera todo conocimiento potencial, es decir la mera posibilidad de conocimiento, como así también todo conocimiento inconsciente, ya que no puede configurar dolo nada que no esté en la conciencia como parte de ésta.

Por ende, es claro que en los casos de contrabando de estupefacientes el dolo debe abarcar tanto el conocimiento de la naturaleza de la carga como el fin de impedir o dificultar el adecuado ejercicio de las funciones de control aduanero. Cuando esto no sucede, debido al engaño u otra forma de manipulación, no puede configurarse “el querer” de la realización del tipo objetivo de contrabando, y, en consecuencia, la conducta es atípica. Son casos en que hay tipicidad objetiva pero no hay tipicidad subjetiva porque falta la intención. Por lo tanto, el efecto del error es la no punibilidad.

66 Fleetwood, Jennifer, “Drug Mules in International Cocaine Trade: Diversity and Relative Deprivation”, *op. cit.*, p. 7.

67 Zaffaroni, Eugenio, R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 497.

En la práctica, la falta de dolo suele ser de muy difícil acreditación. No obstante ello, su inexistencia puede deducirse de ciertos datos coyunturales, como las características particulares del caso en cuanto a la forma de captación de la mujer y el modo de acondicionamiento de la sustancia; la existencia o no de antecedentes penales; la ausencia de razones que avalen el conocimiento del propósito real del viaje; y las condiciones de vulnerabilidad de la imputada (nivel educativo y socioeconómico).

En tal sentido, el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará exige a los estados tomar especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad que puedan sufrir las mujeres. De la misma forma se manifiestan las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. Tanto la Convención como las “100 Reglas” constituyen un piso para poder evaluar si en un caso concreto concurren factores de vulnerabilidad, y por ende, su interpretación, a la luz del principio pro homine, debe tender siempre a ampliar las situaciones no contempladas específicamente en informes y documentos internacionales, tal como ocurre con las mujeres “mulas”, víctimas de engaño.

VIII. Otras formas de violencia y vulnerabilidad

VIII.1. La situación de las mujeres “mulas” víctimas de trata de personas

Las mujeres objeto del delito de trata constituyen uno de los grupos más susceptibles a la explotación y a grave conculcación de los derechos humanos y al sometimiento a condiciones de trabajo similares a la esclavitud. Con frecuencia, a raíz de las diversas formas de violencia y vulnerabilidad de las que son víctimas, son obligadas a contraer matrimonio mediante arreglos comerciales; a realizar trabajos femeninos en condiciones de explotación en el servicio doméstico, en las tareas agrícolas o en los talleres de fábricas; a prostituirse y a contrabandear sustancias estupefacientes⁶⁸.

Los informes especializados en el tema destacan específicamente que “la trata suele estar relacionada con otras actividades delictivas, como el tráfico

68 UNPFA, *Estado de la población mundial 2006. Hacia la esperanza: Las mujeres y la migración internacional*, disponible en www.unpfa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2006/

de drogas”⁶⁹ y “la utilización de las víctimas como ‘mulas’ de drogas”⁷⁰. En efecto, muchas mujeres emigran de sus hogares con promesas de un trabajo y de una vida mejor hechas por personas con suficiente experiencia para convencerlas sobre las posibilidades de terminar el viaje y asegurarles que los riesgos son mínimos. Precisamente, el traslado de un país a otro es un paso imprescindible y un tramo característico del delito de trata de personas, pues en general se capta a las víctimas en una región para explotarlas en otra. El hecho de que muchos tratantes decidan explotar a las mujeres en un lugar distinto de aquel en el cual se las captó, por ejemplo, en el país desde donde partirán cargando sustancias estupefacientes, se debe a que su traslado suele ser necesario para alejarla de los vínculos sociales y afectivos que eventualmente podrían auxiliirla.

Por otra parte, muchas mujeres migrantes, en especial aquellas que provienen de países pobres, suelen ser víctimas de la utilización de estrategias de control –como el engaño– por parte de las redes de trata. Estas estrategias se utilizan en la etapa de reclutamiento, cuando los tratantes establecen un mecanismo de acercamiento con la víctima para lograr que acepten la propuesta mediante ofertas de trabajo, noviazgo, matrimonio y mejores condiciones de vida; y también durante la fase de traslado y explotación, cuando aquéllos despliegan métodos de control sobre la víctima y logran que, bajo su dominio, llegue a cometer delitos⁷¹. Los testimonios y las causas judiciales revelan que algunas mujeres extranjeras suelen ser acogidas por personas con quienes mantienen algún tipo de relación afectiva o personal. Estas personas no sólo les ofrecen refugio o un lugar en el que alojarse, sino también la comida y el dinero para que puedan solventar algunos gastos mínimos mientras dura su permanencia en el país. La carencia de familiares o conocidos, el desamparo material, y, en ciertas ocasiones, el desconocimiento del idioma, coloca a estas mujeres en posiciones de total subordinación y posibilita que sean inducidas a realizar trabajos ilegales.

69 ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, A/HRC/10/16, del 20 de febrero de 2009, párr. 51 y conclusiones.

70 ONU, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Juan Miguel Petit, Misión al Paraguay, 2005.

71 UNODC-Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el Tratamiento del Delincuente, *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas*, 2009, p. 8.

VIII.2. Las consecuencias jurídicas de actuar bajo situación de trata

De acuerdo con el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (más conocido como Protocolo de Palermo), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2000, por trata de personas se entenderá:

...la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esta explotación incluirá como mínimo la explotación sexual de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Desde esta perspectiva, la trata de personas es considerada como una grave violación a los derechos humanos. Al respecto, la Relatora Especial sobre la Trata de Personas de Naciones Unidas ha establecido que la trata representa la negación de prácticamente todos los derechos humanos: el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de la persona; el derecho de no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libertad de circulación; el derecho a fundar un hogar y una familia; el derecho al mayor nivel posible de salud; y el derecho a la educación⁷². En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que la trata de personas, incluso la realizada con fines de explotación sexual, constituye una violación al artículo 8° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁷³.

Uno de los rasgos que caracterizan el delito de trata de personas es el fenómeno de la explotación. Por explotación se entiende la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo por medio de la participación forzada de una persona en actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral. El Protocolo de Palermo no incorpora un concepto específico sobre explotación; únicamente indica las conductas que pueden estar incluidas en este concepto: “Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servi-

72 ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 22/12/2004, disponible en www.daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/169/31/PDF/.

73 Al respecto, citamos por medio de Interights, “E.C.H.R. Rantsev v. Cyprus, Interights written submission”, disponible en http://www.interights.org/app/webroot/userimages/file/Rantsev_brief_%20FINAL_%2029October2008.pdf.

cios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos⁷⁴.

En Argentina, la sanción de la Ley sobre Protección y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a la Víctima incorporó al ordenamiento jurídico nuevos tipos penales que pretenden abarcar todos los eslabones de la cadena de la trata. La nueva legislación se ajusta, en buena medida, a lo prescripto por el Protocolo de Palermo, y define a la trata de personas como violatoria de la libertad personal, aun cuando en alguna de sus modalidades también importe la afectación a la integridad sexual o la integridad física de la víctima.

Con el título “Delitos contra la Libertad”, la ley incorporó al Código Penal los artículos 145 bis y ter, que reprimen la trata de personas mayores y menores de dieciocho años. La trata de personas mayores de edad fue incluida en el artículo 145 bis del Código Penal, que establece:

El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de tres a seis años.

A su vez, la trata de personas menores de 18 años fue incluida en el artículo 145 ter del Código Penal, que prescribe:

El que ofreciere, capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, será sancionado con prisión de cuatro a diez años. La pena será de seis a quince cuando la víctima fuere menor de trece años.

Un gran número de casos de contrabando de drogas que involucran a mujeres, tal y como se concretan actualmente en muchas partes del mundo, suelen reunir los requisitos para ser considerados producto de trata. Es raro hallar un caso de contrabando donde los motivos que llevan a las mujeres a insertarse en el mercado ilegal de las drogas no incluyan, como mínimo, un abuso de poder y/o un abuso de su situación de vulnerabilidad. Dicho de manera sencilla, el camino que lleva a incursionar en estos delitos rara vez se caracteriza por el pleno ejercicio de derechos por parte de las víctimas o por la obtención de oportunidades adecuadas.

74 Cf., art. 3.1. del Protocolo de Palermo.

La captación, el transporte y la recepción, así como el engaño y el abuso de una situación de vulnerabilidad con fines de explotación concurren, sobre todo, en casos de contrabando que involucran a mujeres extranjeras. La situación de desamparo material en la que se encuentran en sus países de origen las convierte en un blanco fácil para que alguien las reclute y las persuada de realizar actividades ilegales como mensajeras de drogas.

Cabe destacar que este tipo de consideración llevaría a incluir bajo el delito de trata de personas a una multiplicidad de conductas que en la actualidad son analizadas como simples casos de contrabando. En este sentido, es útil recordar que el ordenamiento jurídico argentino establece numerosas medidas de protección para las personas damnificadas, como la no punibilidad de las víctimas de trata por la comisión de cualquier delito que derive de haber sido objeto de esta forma de criminalidad organizada, prevista por el artículo 5 de la Ley 26.364.

Si bien la doctrina ha cuestionado la norma⁷⁵, ésta contiene algunos supuestos de no punibilidad, no previstos en el Código Penal de la Nación, que permiten pensar en formas diferentes de culpabilidad, novedosas para la legislación argentina. Como explica Julieta Di Corleto:

...la ley parece reconocer que la persona sometida a trata puede estar en una posición similar a la de quien obra por miedo insuperable. En función de ello, la exclusión de la pena estaría basada en la coerción a la que se ve sometida la víctima y su consecuente limitación para tomar decisiones en forma libre. Ahora bien, a la luz de los medios comisivos contenidos en la norma incluida en el artículo 145 bis del Código Penal no sería imposible imaginar supuestos en los que una persona sometida a trata delinca, ya no en razón de la violencia o coacción a la que es sometida, sino que como consecuencia de la situación de vulnerabilidad que la llevó a esclavizarse, sin que ello necesariamente importe en cada caso un supuesto de temor reverencial o miedo insuperable⁷⁶.

Más allá de las dificultades probatorias que podría implicar el planteamiento de una excusa absolutoria como la prevista por la ley de trata, lo cierto es que

75 Un sector de la doctrina ha cuestionado la norma por entender que su amplitud puede favorecer a que las personas que han cometido graves delitos busquen su impunidad haciéndose pasar por víctimas de trata; otro, por entender que esta eximente general contiene supuestos ya contemplados en el artículo 34 del Código Penal. Sin embargo, como explica Julieta Di Corleto, su aplicación al caso concreto sólo requerirá que se tomen los recaudos particulares para establecer si se está ante una persona que fue damnificada por la trata. Di Corleto, Julieta, "Trata de personas con fines de explotación", en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, Año V, N° 6 – Abril 2011, pp. 83-104.

76 *Ibidem*, pp. 103-104.

esta estrategia de defensa podría abrir las puertas al reconocimiento de nuevas formas de analizar el estrato de la culpabilidad, en tanto la ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal. Por lo demás, esta estrategia de defensa permitiría otorgar una protección adecuada a las víctimas de trata, no sólo en razón del reconocimiento de sus derechos, sino también como una forma de garantizar una adecuada persecución penal de ese delito.

IX. Conclusión

Los planteos desarrollados en este trabajo procuran mostrar que los factores sociales, económicos, políticos y culturales que inciden en la vida de las mujeres “mulas” son, precisamente, los que enmarcan y explican los delitos que cometen y de los que ellas mismas son víctimas. Las estrategias legales descriptas permiten, a su vez, que los operadores judiciales visibilicen que estas mujeres, en muchas ocasiones, se involucran en el contrabando de drogas a partir de graves situaciones de violencia y vulnerabilidad.

No creemos que sea necesario insistir en la idea de que se debe reconocer que el género y las representaciones de género que asignan roles específicos a las mujeres cumplen un papel estratégico y funcional en las dinámicas del tráfico y contrabando internacional de drogas. Sin embargo, creemos que sí es necesario seguir insistiendo en la idea de que es importante que la defensa, como servicio público, continúe abogando, día tras día, por el reconocimiento del valor jurídico que posee el género para el adecuado tratamiento judicial de estas mujeres. Sólo así podremos demostrar que el más elemental sentido de justicia se opone a que las personas que delinquen para escapar de situaciones de maltrato, manipulación, miseria y explotación obtengan las mismas respuestas penales que quienes delinquen en plenas condiciones de autonomía y libertad.

.CAPÍTULO VIII.

LA EXPULSIÓN ANTICIPADA DE MUJERES EXTRANJERAS PRESAS CON SUS HIJOS

(UNA ALTERNATIVA PARA EVITAR EL ENCARCELAMIENTO DE LOS
NIÑOS O LA SEPARACIÓN DE ÉSTOS DE SU MADRE, CUANDO LA
PRISIÓN DOMICILIARIA NO ES UNA OPCIÓN POSIBLE)

*Por Rubén A. Alderete Lobo**

* Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, Defensor -ad hoc- a cargo de la Defensoría Oficial de Ejecución Penal Nro. 1.

La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos

**(Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o
la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domici-
liaria no es una opción posible)**

Por Rubén A. Alderete Lobo

1. Introducción

De las diversas formas que adopta la violencia de género, el encarcelamiento es una de las más intensas. En rigor, la cárcel es, en sí misma, una herramienta violenta y constituye una de las manifestaciones más extremas del poder estatal. Las consecuencias perniciosas que las mujeres sufren por estar privadas de su libertad se intensifican en varios aspectos diferenciados, entre los cuales, sin duda, la posibilidad de cumplir el encierro junto con sus hijos se destaca especialmente.

La realidad muestra que las mujeres, en general, asumen como natural el estereotipo social del rol materno; a las mujeres presas, además, esto les ocasiona un sufrimiento que se anexa a la aflicción por la pena. Para ellas, el fracaso en el desempeño de ese rol, los obstáculos que la cárcel les presenta para ser “buenas madres”, son también una “pena” accesoria que va de la mano del encarcelamiento¹.

Comprender acabadamente este aspecto de lo que implica el encarcelamiento de mujeres es central para el tratamiento adecuado y el abordaje de los problemas y conflictos jurídicos que plantea la situación de las madres presas. La mayoría de los operadores jurídicos y otros actores cuyo desempeño se re-

¹ Cf. CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en Prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 151.

laciona con la cárcel carecemos de esta perspectiva en el ejercicio de nuestras funciones. Esta grave falencia provoca consecuencias y afectaciones a derechos fundamentales de las mujeres privadas de libertad que podrían evitarse o revertirse. La incorporación del enfoque de género en el tratamiento de la conflictividad carcelaria es un paso trascendental para garantizar los derechos de las mujeres privadas de libertad, que resulta ineludible para quienes tenemos a nuestro cargo bregar por la defensa, materialización y respeto de esos derechos.

En este trabajo no pretendemos –ni sería posible– aportar elementos que permitan incorporar este enfoque para solucionar el universo de problemáticas específicas de las mujeres encarceladas. Sólo intentaremos brindar algunas herramientas útiles que pueden servir de base para encarar la defensa técnica desde una perspectiva de género y, con ello, reforzar la argumentación jurídica de los planteos que cotidianamente se realizan ante los tribunales.

La propuesta de este ensayo, entonces, partirá de una situación jurídica conflictiva específica que carece de solución en la normativa interna, pero que podría hallarla desde una interpretación constitucional basada en la incorporación de la perspectiva de género y de las normas de derecho internacional que, como desarrollaremos aquí, hoy son pauta hermenéutica del art. 18 de la Constitución Nacional. Se trata de la situación de mujeres extranjeras presas con sus hijos en cárceles de nuestro país, y que carecen de todo vínculo social y/o afectivo con nuestro medio. La expulsión del país que la Dirección Nacional de Migraciones decreta en contra de estas mujeres, sumada a la imposibilidad material que tienen de acceder a modalidades alternativas como la prisión domiciliaria, generan afectaciones de especial gravedad que intentaremos aquí solucionar con una propuesta concreta: el retorno inmediato de las mujeres en esta situación a su país de origen, sin observancia de plazo alguno.

2. El conflicto de intereses estatales que plantea la situación de mujeres extranjeras condenadas a prisión que se encuentran en situación migratoria irregular

La existencia de personas de nacionalidad extranjera en conflicto con la ley penal representa, para el Estado, un choque de intereses que debe ser resuelto mediante el diseño de políticas públicas coherentes. Por un lado, se plantea la cuestión vinculada con la medida en que deben reprimirse las conductas llevadas a cabo por personas extranjeras en situación irregular y, por el otro, la pretensión de satisfacer intereses derivados de la política migratoria del Estado. En otras palabras, los extranjeros condenados por delitos en nuestro país en-

cierran, para el Estado, un problema complejo que yuxtapone sus necesidades punitivas con su propósito de mantener vigentes ciertas pautas en materia de admisión y permanencia de migrantes en nuestro territorio².

Como se advierte, el problema no es sencillo. Mientras el Estado se propone, inicialmente, encarcelar a las personas extranjeras que realizan conductas contrarias a la ley penal, al mismo tiempo dicta en su contra órdenes administrativas de expulsión del país con prohibición de regreso.

La imposibilidad de llevar a cabo conjuntamente ambas decisiones ha generado la creación de un mecanismo previsto en la ley 25.871³ que autoriza la ejecución del acto administrativo de expulsión cuando la persona haya cumplido la mitad de la condena.

El artículo 64 de la ley 25.871 dispone lo siguiente:

Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de:

a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente.

El análisis del texto legal permite identificar tres requisitos objetivos para la procedencia de la ejecución inmediata del extrañamiento, a saber: *a)* que el acto administrativo de expulsión esté firme; *b)* que el condenado haya cumplido en privación de libertad el tiempo mínimo de ejecución que le permitiría ser incorporado al régimen de salidas transitorias (artículo 17. I de la ley 24.660);

2 Un tercer aspecto, que no trataremos aquí por su complejidad y el sinnúmero de problemas que lo rodean, es todo lo relacionado con las razones por las que el Estado Argentino decide expulsar migrantes del territorio y el procedimiento que utiliza para ello. Es importante tener presente que muchas de las órdenes que dicta la Dirección Nacional de Migraciones están dirigidas contra personas que tienen vínculos directos y afianzados en nuestro país. Ello se produce, además, por medio de procedimientos administrativos en los que la oportunidad real del sujeto pasivo de resistir el acto de expulsión es prácticamente nula. No abordamos esta problemática en este ensayo, fundamentalmente, porque nuestra propuesta centra su atención sólo en el ejercicio de la defensa penal. Esto no significa negarle importancia al universo de problemas que se presentan en el dictado de las órdenes administrativas de expulsión, ni que este aspecto deba quedar afuera del esquema de exigencias dirigidas al Estado en el diseño de su política migratoria, la que se debe sostener bajo el respeto irrestricto del conjunto de derechos humanos reconocidos en nuestro sistema constitucional.

3 Ley de Política Migratoria Argentina, sancionada el 17 de diciembre de 2004 (B.O. 21/1/2005).

c) no poseer un proceso abierto que implique su detención, u otra condena pendiente (artículo 17.II de la ley 24.660).

Al mismo tiempo, la consecuencia jurídica más importante del acto de expulsión es que éste da por cumplida la pena de prisión que venía cumpliendo el sujeto pasivo del extrañamiento.

Se advierte, en principio, que el artículo 64 de la ley 25.871 se relaciona directamente con un aspecto del procedimiento previsto para la expulsión del país de una persona extranjera en situación irregular. La misma ley, en su artículo 1º, se encarga de sostener esta afirmación, pues establece que “la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas se rigen por las disposiciones de la presente ley y su reglamentación”. Sólo en forma tangencial, aunque no por ello irrelevante, la norma contiene una disposición que interesa en especial al derecho penal, dado que se ocupa de establecer consecuencias jurídicas al acto de expulsión que repercutirán en la manifestación de mayor importancia del ordenamiento punitivo; o sea, en la pena.

El desarrollo que ha tenido la aplicación práctica del instituto obliga a revisar la conveniencia de realizar una tajante distinción entre la naturaleza del acto administrativo de extrañamiento y la ejecución de la pena que padece la persona extranjera cuya situación fue declarada irregular. Esa diferenciación, relacionada con cada decisión y sus consecuencias, tiene repercusiones relevantes en cuanto al deslinde de facultades entre, por un lado, el órgano judicial que controla el cumplimiento de la pena, y, por el otro, el órgano administrativo que pretende materializar el extrañamiento ya dictado dentro de su órbita específica de actuación.

El problema de la determinación de los roles de la Administración y del Poder Judicial para hacer efectiva la expulsión de personas condenadas plantea, inicialmente, determinar si se trata o no de una disposición administrativa en esencia, porque regula la oportunidad para que la Dirección Nacional de Migraciones haga efectivo lo resuelto en un acto dictado dentro de su esfera de competencia. Una separación total de las facultades de uno y otro órgano del Estado llevaría a considerar que el dictado y la efectivización del extrañamiento correspondería a la autoridad administrativa. El juez penal, en principio, no podría intervenir en esta decisión ni disponer sobre si es oportuno realizar el acto, porque su avocación a la cuestión estaría vinculada con la decisión inicial del órgano administrativo.

En definitiva, según esta perspectiva, la Dirección Nacional de Migraciones sólo requeriría el auxilio de la autoridad judicial para expulsar del país a una

persona que cumple condena. El Poder Judicial carecería, entonces, de jurisdicción para impedir el extrañamiento por cualquier razón ajena a tales exigencias, o bien, por el contrario, para forzar a la administración a proceder a ello.

Como se adelantó, el desarrollo que ha tenido en nuestro medio esta cuestión, luego de siete años de la sanción de la ley de Política Migratoria Argentina, exige repensar esta tajante distribución de roles. El frío análisis normativo y de competencias parecía considerar correcto, en una etapa incipiente de la aplicación del instituto, el deslinde absoluto de la intervención de cada actor. Sin embargo, hoy la cuestión parece exigir un criterio bastante más laxo que englobe, o al menos comprometa, puntos de contacto centrales entre la política migratoria y criminal del Estado.

La concepción tradicional del acto administrativo de expulsión indica que éste consiste en una facultad discrecional del órgano administrativo migratorio. Esta concepción significa, ni más ni menos, negar al sujeto pasivo toda facultad de reclamar la materialización de su expulsión; en otras palabras, negar el carácter de *derecho subjetivo* a dicho acto. Este problema ha sido identificado por Dibur para quien, como aparece redactado el artículo 64, el interno condenado extranjero podría solicitar, en forma directa o indirecta, su propia expulsión para eludir la ejecución penal⁴. Esta posibilidad que otorga la norma significa, según el autor, “que se deja en manos del condenado la decisión de poner fin, sin más, a la pena impuesta, hecho éste que se enmarca en lo absolutamente antijurídico”⁵. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación parece avalar este criterio desde que ha admitido que la potestad para legislar sobre admisión, permanencia y expulsión de extranjeros y controlar el cumplimiento de tales disposiciones se halla implícitamente reconocida en el texto constitucional como derivación natural de la soberanía del Estado⁶.

Es cierto que la idea de que exista un “derecho” a la expulsión puede parecer, en cierto modo, exagerada; fundamentalmente porque expulsar a una persona del territorio y prohibirle su regreso (en ocasiones, en forma perpetua) es una de las manifestaciones más extremas del poder del Estado. Sin duda que, luego de las facultades de encarcelar, la posibilidad de expulsar de su territorio a personas extranjeras y prohibirles temporaria o definitivamente su regreso

4 Cf. Dibur, José Nicasio “El artículo 64 de la ley de Política Migratoria Argentina: Una norma inconstitucional”, en *La Ley*, suplemento del miércoles 4 de mayo de 2005.

5 *Ibidem*.

6 Cf. CSJN, fallos 151:211, 164:344.

es la potestad más violenta que se reservan los Estados, más aún en un mundo cada vez más globalizado como el que nos toca vivir.

Sin embargo, al repensar la cuestión y al analizar el impacto práctico que ha tenido en nuestro medio la instrumentación del extrañamiento anticipado de extranjeros condenados, se torna imprescindible rever el criterio. Existen razones de peso para abandonar aquella concepción tradicional que sugiere que la expulsión es un acto absolutamente discrecional del Estado.

En nuestro caso, Argentina ha “optado” a través de esta ley por privilegiar sus intereses migratorios por sobre los punitivos, ya que acepta resignar la mitad de la sanción penal impuesta en aras de lograr que la persona extranjera sea devuelta a su país de origen. Esto implica que a partir de la existencia de la expulsión prevista en la ley 25.871, los diferentes órganos del Estado que participan en el procedimiento se encuentran *obligados* a lograr que los extrañamientos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones se materialicen en los términos que la ley ha fijado.

Si bien puede discutirse, si se quiere a nivel doctrinario, si esta norma genera –o no– un “derecho” a la expulsión, esta controversia de exclusivo interés dogmático no puede autorizar a los órganos administrativos y judiciales a permanecer impávidos frente a la existencia de personas detenidas por sobre el plazo que la ley previó para que se produzca su expulsión del país. El Estado argentino ha orientado, a través de la ley 25.871, una voluntad clara de que estas personas sean devueltas a su país de origen sin exceder el cumplimiento de la mitad de la condena. Si a eso le sumamos la voluntad expresa exteriorizada del sujeto pasivo de la decisión de expulsión, claramente estamos frente a un caso en el que todos los actores participantes están de acuerdo con la solución.

La realidad de la aplicación del instituto ha demostrado que las personas extranjeras que se encuentran presas en nuestro país ven en este mecanismo una salida que permite reducir los efectos del encarcelamiento y el retorno al medio libre en su país de origen. Esto ha sido reafirmado en un importante pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el que se sentó el criterio de que la expulsión contenida en el artículo 64 inciso “a” de la ley 25.781 persigue hacer cierto el derecho a la resocialización y en pos de ello propugna que el extranjero sea devuelto a la sociedad que le es afín⁷.

7 Cf. CNCP, Sala I, “Chukura O’Kasili, Nicholas s/rec. de inconstitucionalidad”, c. 5795, rta. 28/2/2005.

Frente a la magnitud del derecho en juego, que pone sobre el tapete la estructura básica sobre la cual se apoya la ejecución de la pena en nuestro país⁸, parece claro que el compromiso del Poder Judicial y su actuación para garantizar el desarrollo adecuado y tempestivo de los trámites de expulsión es innegable, y debe ser reclamado enérgicamente.

3. La situación particular de las mujeres extranjeras presas con sus hijos

La situación de las mujeres extranjeras encarceladas con sus hijos resulta aún más delicada y, en principio, aparenta no encontrar solución normativa en nuestro ordenamiento infraconstitucional. El art. 195 de la ley 24.660 autoriza a que las mujeres puedan retener a sus hijos en el establecimiento penitenciario hasta los cuatro años de edad. Luego, el niño debe egresar del sistema carcelario.

Para las mujeres extranjeras con hijos menores de 4 años, que sus niños permanezcan en la cárcel no es una opción sino, más bien, una circunstancia inevitable. La falta de arraigo y de relaciones con personas de nuestro entorno genera que sean las únicas que puedan cuidar de sus niños y, en consecuencia, éstos se ven forzados a sufrir el encarcelamiento con ellas.

No cabe duda de que del abanico de posibilidades que se presentan para evitar la destrucción del vínculo materno-filial que propone el encarcelamiento de mujeres madres, la permanencia de los niños en la cárcel es la menos deseable y la que ha suscitado mayores embates. Un niño de hasta cuatro años que vive en un establecimiento penitenciario, sin duda alguna, está también “preso” y recibe, por una suerte de propiedad transitiva, la misma condena que su madre⁹.

Incluso si se intenta obviar el impacto dañino del encierro en sí mismo, el fenómeno de la prisionización y las características de una institución total como la cárcel alcanzarían para generar consecuencias irreparables en los pequeños. Las distintas formas de violencia que adopta el encarcelamiento, la falta de privacidad, la conflictiva relación que la lógica de la cárcel plantea entre el

8 El artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. A su vez, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

9 Cfr. Kalinsky, Beatriz y Cañete, Osvaldo, “La maternidad encarcelada. Un estudio de caso”. Centro Regional de Estudios Interdisciplinarios sobre el Delito, Junín de los Andes, Neuquén, p. 3. Disponible en <http://www.cereid.org.ar/pdf/Maternidad-encarcelada-un-estudio-de-caso.pdf>.

personal y las presas, la administración del tiempo y las actividades, las normas de seguridad del establecimiento, las formas de comunicación, los “ruidos de la cárcel”, entre muchos otros factores, son condicionantes de la forma en que los niños viven su infancia¹⁰.

Por otra parte, como se dijo, la alternativa que representa la salida de la cárcel de los niños a cargo de una persona responsable que posea una vinculación familiar o socio-cultural con el niño y con la madre no es posible en la situación de mujeres extranjeras, precisamente, por la inexistencia de un referente de esas características. Esto genera que la única llave para la salida de los niños de la cárcel sea su institucionalización o bien su forma matizada que es el acogimiento a través de una familia sustituta, decisiones que se adoptan mediante procedimientos en los que no se tiene en cuenta la opinión de las madres. Estas opciones generan consecuencias irreparables para los niños extranjeros quienes, además de la pérdida del contacto con su familia de origen, deben sufrir también una crisis en su identidad cultural, muchas veces la pérdida de su idioma, y también las consecuencias de la adaptación a un entorno social muy diferente del cual luego serán abruptamente separados ni bien su madre quede desvinculada del proceso penal que la retiene en la cárcel, y se proceda a su expulsión del país.

Las consecuencias perniciosas de esta situación también se proyectan en las mujeres. Ellas cargan con el estereotipo social del rol materno, asumen con pesar el reproche por no haber respondido a esa expectativa y sufren particularmente la desvinculación de sus hijos con culpa, lo que intensifica la aflicción que la propia pena implica. En este sentido, la mujer extranjera madre sufre más, ya que no puede participar en la decisión del destino de sus hijos debido a las limitaciones de su condición de persona no insertada en nuestro entorno. Está obligada a aceptar dejar a sus niños “al cuidado de extraños” y a soportar los efectos de la pérdida total de vínculos –incluso indirectos– del niño con su familia e identidad cultural.

Es central destacar que esta desvinculación adquiere, para las mujeres extranjeras presas, el carácter de inevitable cuando los niños superan los cuatro años de edad. En ese momento, la normativa penitenciaria local es tajante al prohibir la permanencia de los niños junto con su madre en el establecimiento, por lo que son forzadas a separarse de ellos hasta que se produzca el acto de

10 Para ampliar información sobre las críticas dirigidas a la permanencia de niños y niñas en prisión junto a sus madres véase INMUJERES MÉXICO y Unicef, *Niñas y niños invisibles. Hijas e hijas de mujeres reclusas*, México, 2002, p. 62 y ss.

expulsión que los retornará a su país de origen. Cualquier relación se deteriora cuando las personas involucradas están separadas y no tienen forma de mantenerse en contacto constante. Para los niños de padres encarcelados, el contacto limitado que tienen con su progenitor(a) que está en la cárcel, la inadecuada calidad del contacto, y la estigmatización y vergüenza asociadas con el hecho de ser hijo o hija de un preso, hace que mantener la relación con su progenitor(a) sea muy difícil¹¹. Estas dificultades que, en general, sufren los hombres y mujeres encarcelados al separarse de sus hijos, se exagera en el caso de mujeres extranjeras que por la falta de vínculos con nuestro país son las únicas que pueden encargarse de sus hijos.

4. La solución que da el derecho interno es inaccesible en estos casos. La imposibilidad material de obtener la prisión domiciliaria

Como es sabido, la ley 26.472 ha ampliado los supuestos de procedencia del régimen de prisión domiciliaria incluyendo expresamente, en lo que nos interesa aquí, el supuesto de mujeres madres de un hijo menor de 5 años de edad (art. 32, inc. “f” de la ley 24.660). La exposición de motivos de la modificación se refiere a que se intenta con ella evitar que la sanción trascienda al individuo responsable penalmente (principio de intrascendencia penal). En los fundamentos del proyecto también se destaca que la privación de la libertad afecta sensiblemente al niño. En este aspecto, se expresó que:

...el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo...¹²

Esto demuestra, sin lugar a discusión, que el Estado argentino evidenció, por medio de la sanción de la ley 26.472, su preferencia por que las mujeres madres en

11 Cf. Robertson, Oliver, “El impacto que el encarcelamiento de un/a progenitor/a tiene sobre sus hijos”, Serie *Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas*, Quaker United Nations Office, abril de 2007, p. 20.

12 Cf. Biblioteca del Congreso de la Nación, Dirección de Referencia Legislativa “Proyecto de Ley Régimen de Detención Domiciliaria. Fundamentos”, p. 6.

conflicto con la ley penal permanezcan junto con sus niños pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra. Pero, además, y más importante aún, se inclinó a garantizar este vínculo prioritariamente fuera de los muros de la cárcel.

Aun así, como bien sabemos los que cotidianamente intentamos lograr el acceso de las mujeres presas a esta modalidad alternativa al encierro carcelario clásico, existen muchas dificultades para ello. Problemas vinculados con los domicilios propuestos; juicios desfavorables acerca de los referentes y personas que habitan en él y sobre el vínculo materno-filial; utilización de criterios peligrosistas; creación pretoriana de limitaciones no legales vinculadas con la naturaleza de los hechos imputados; evaluación de riesgos procesales que ya presuponen el encarcelamiento preventivo y que se reutilizan para negar su morigeración; entre muchas otras trabas, terminan relativizando esta preferencia del legislador por evitar la prisión de las mujeres madres y de sus niños.

No obstante, cabe decir que todos estos obstáculos derivados del margen de apreciación que han asumido los operadores involucrados en la decisión son, potencialmente, pasibles de ser sorteados. Los fallos arbitrarios pueden ser anulados; los pronunciamientos dictados en clara violación al principio de legalidad material pueden ser objeto de impugnación; los informes sociales pueden ser cuestionados y confrontados con otros; las opiniones de la administración y del Ministerio Público Fiscal son susceptibles de ser controvertidas; en fin, todas estas dificultades admiten líneas de acción que permitan el acceso al régimen de atenuación del encierro consagrado en la norma.

Sin embargo, la situación de las mujeres extranjeras privadas de libertad junto con sus hijos presenta un problema que excede cualquier criterio restrictivo que pueda esbozarse y que plantea una realidad, *a priori*, inmodificable para los actores involucrados: la falta absoluta de arraigo y vínculos familiares y sociales que permitirían a las mujeres acceder al régimen que la ley argentina garantiza para quienes se encuentran en su situación. La inexistencia de un domicilio es, en este sentido, un obstáculo difícil de superar. Más aún si se tiene presente que, en esta materia, por “domicilio” no debe entenderse sólo la existencia de un mero espacio físico, sino que se trata de que los niños crezcan junto a su madre en un “hogar”, en un marco de contención en el que el desarrollo de su personalidad y el resguardo de su identidad cultural estén garantizados.

Esta imposibilidad material genera una situación de desigualdad patente frente a la cual la normativa infraconstitucional aparenta mostrarse indiferente. La realidad ubica a las mujeres extranjeras presas con sus hijos en una situación sin salida que les imposibilita acceder a la modalidad por la que el Estado

argentino ha optado y las obliga a mantener a sus hijos presos, institucionalizados o a cargo de familias de acogimiento. Todo esto ocurre pese a la particular situación de vulnerabilidad de las mujeres extranjeras y de sus hijos, quienes se ven forzados a compartir el encierro con su madre o a desvincularse de ella (con todo lo que ya explicamos que implica esto para los niños extranjeros).

A causa de la falta de previsión legal de la situación planteada y la recurrente referencia a una imposibilidad material no imputable al Estado, se admite la situación de ilegitimidad y especial agravamiento de las penas para estas mujeres, además de su trascendencia a los niños que se encuentran con ellas. Ello les ocurre, irónicamente, a mujeres a las que el Estado argentino ya decidió expulsar del país, resignando una parte importante de la respuesta penal para asegurarse de su salida y no reingreso. Mujeres con sus niños que de ninguna forma serán reinsertados en nuestro entorno social y cuya ejecución de la pena (la mitad de ella, por cierto) carece absolutamente de validez porque posee sólo una finalidad retributiva –quizás con algunos matices preventivos generales– en contra de la reinserción social que proclaman los Pactos Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional.

5. Algunas normas que protegen a las mujeres y niños extranjeros atrapados en la situación descripta

Con la intención de aportar herramientas normativas útiles que reflejan la entidad de las afectaciones que genera la situación particular denunciada, y facilitar su acceso para lograr su cese, mencionamos aquí algunas normas que protegen a estas mujeres y a los niños que están a su exclusivo cuidado y que pueden ser utilizadas para reclamar una solución jurisdiccional a la problemática.

Desde su preámbulo, la Convención Sobre los Derechos del Niño reconoce a la familia “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”. Ésta debe “...recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...”.

Al mismo tiempo, se reconoce que el niño, para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, teniendo en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

El artículo 3 reza:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, el art. 7 prevé que el niño "...tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos..."

El artículo 8 prevé, finalmente, que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluso la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

En la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana (17/2002 "Condición Jurídica y derechos Humanos del Niño 28/8/02), se afirmó:

El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a "la protección de la sociedad y el Estado", constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

Esta orientación es recogida también en la legislación interna. Así, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen.

El art. 3 de esta norma también define que el interés superior del niño consiste en la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley. Entre ellos debe respetarse especialmente el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural (inc. c).

Finalmente, cierra contundentemente sentando el criterio de que cuando exista un conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

La ley nacional también consagra en forma expresa, en su artículo 11, que los niños y niñas:

Tienen derecho a [...] crecer y desarrollarse en su familia de origen [...] aún cuando [...] pesara sobre cualquiera de ellos [los familiares] denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas,

niños y adolescentes que consagra la ley [...]. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

También existen muchas normas en nuestro orden normativo que reconocen el derecho a mantener vínculos familiares, especialmente el materno-filial, y el deber del Estado de proteger a la familia. En nuestro sistema constitucional se consagra el derecho a mantener los vínculos familiares y no sufrir injerencias arbitrarias en la vida familiar (arts. 5 DADDH; 12 Y 16 DUDH; 11 Y 17 CADH; 17 PIDCyP; y, 9, 27.2 y 27.3 CDN), el deber del Estado de proteger a la familia (arts. 14 bis CN; 23 PIDCyP; 10 PIDES; 17 CADH; 6 DADDH; art. 16 DUDH), y una protección especial a la maternidad (arts. 75, inc. 23 CN; 7 CADDH; 25.2 DUDH; 10.2 PIDES; Preámbulo y arts. 1, 4.b y 5.b CEDAW), para ello las distintas autoridades deben adoptar las medidas que sean necesarias, (arts. 75, inc. 23 CN; 2 CADH; 2.2 PIDCyP; 2 Y 3 CEDAW) incluidas, entre ellas, las medidas judiciales.

La afectación que la pena tiene en relación con los niños que se encuentran en esta situación vulnera, asimismo, el principio de intrascendencia de la pena, consagrado en el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por último, en cuanto a la particular aflicción que implica para las madres la situación que aquí exponemos, cabe mencionar que el Estado argentino se comprometió a adoptar medidas para proteger a las mujeres privadas de libertad, en atención a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran (art. 9, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer). Por otra parte, no cabe duda de que, por su intensidad, los agravamientos descriptos implican, para estas mujeres, un trato cruel expresamente prohibido por el art. 5.2 de la CADH, así como también un avasallamiento de su integridad psíquica y moral (art. 5.1 CADH).

Todas estas disposiciones son aptas para denunciar ante la jurisdicción el incumplimiento del programa constitucional al no adoptar un temperamento frente a la situación de mujeres extranjeras presas con sus hijos. Evidenciar, por medio del marco normativo adecuado, la afectación de derechos que trae consigo la situación que aquí analizamos constituye un paso indispensable para abrir el camino hacia una decisión que ponga fin a esa lesión.

6. La solución al problema. El aporte de las reglas de Bangkok

Vimos hasta aquí que el encarcelamiento de mujeres extranjeras con sus hijos genera afectaciones particularmente intensas que el Estado argentino se ha

comprometido a evitar. También quedó demostrado que la prisión domiciliaria, herramienta legal que el Congreso brindó para satisfacer el interés superior de los niños y evitar un incremento punitivo ilegítimo de las mujeres encarceladas, no es eficaz en estos casos por la imposibilidad material de su concreción.

De esto se deduce que hay mujeres privadas de libertad que, por su condición de extranjeras sin vínculos en el país, se encuentran presas con sus hijos, o bien separadas de ellos, cuando en situaciones similares, las mujeres argentinas pueden acceder a un régimen de atenuación del encierro carcelario. Se hizo particular referencia aquí también a lo grave que es para los niños extranjeros la separación de su madre, quien resulta ser, además, la única persona con la que poseen un vínculo familiar, cultural y, muchas veces, también idiomático. Finalmente, también se concluyó que ello ocurre en el marco de un desinterés absoluto por parte del Estado de integrar a las mujeres extranjeras presas a nuestra sociedad, pues dispone medidas de expulsión del país y prohibición (muchas veces definitiva) de reingreso, que sólo exigen el cumplimiento de la mitad de la pena y dan por cumplido el resto con la materialización del extrañamiento.

Frente a esto cabe preguntar: ¿es posible admitir, desde el punto de vista constitucional, las violaciones a derechos fundamentales que se verifican en estos casos, en aras de hacer cumplir sólo una porción de pena, cuando el interés del Estado es priorizar su política migratoria por sobre su interés represivo?

La respuesta es no, indudablemente. El Estado argentino asume un costo altísimo y genera afectaciones desproporcionadas a la respuesta punitiva que se reserva que, además, se halla desprovista de finalidad legítima por carecer de toda orientación de reinserción social en el caso concreto. Desde que el interés final del Estado es devolver a la mujer a su país de origen y prohibirle el reingreso a nuestro territorio, es evidente que la mitad de la pena que pretende hacer cumplir sólo puede motivarse en fines retributivos o preventivos generales, que nuestro programa constitucional no tolera en la etapa ejecutiva de la sentencia.

Es por ello que para evitar el resultado ilegítimo de la imposibilidad material de estas mujeres de acceder con sus hijos a un régimen de atenuación (que con certeza procedería en el caso de las personas argentinas o con vínculos y arraigo en nuestro país), corresponde que la autoridad judicial autorice la inmediata ejecución del acto de expulsión, sin consideración de plazo alguno, declarando, eventualmente, la ilegitimidad constitucional de éste en el caso concreto¹³.

13 Existe un pronunciamiento judicial ejemplar en el que se procedió de esta forma y se autorizó la expulsión anticipada, sin observancia del plazo previsto al efecto, en el caso de una mujer española

6.a. El aporte de las reglas de Bangkok a la solución que se propone. Su jerarquía como pauta hermenéutica de interpretación del art. 18 de la CN

El 21 de diciembre de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Este cuerpo normativo contiene pautas actuales que contribuyen a adoptar la solución que creemos correcta en la hipótesis aquí planteada. En efecto, las Reglas prevén exigencias específicas en materia de mujeres extranjeras con sus hijos que favorecen el reintegro de éstas cuanto antes a su país de origen.

La Regla 53 dispone, por un lado: “Cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello”. Argentina firmó varios convenios internacionales bilaterales en materia

que se encontraba sufriendo una enfermedad terminal y no podía acceder a la prisión domiciliaria por su condición de extranjera no residente. El Juez de Ejecución del Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 3 resolvió en este caso: “Si bien la ley 25.871 en su art. 64 autoriza a la autoridad migratoria a la expulsión del extranjero condenado por sentencia firme, declarando irregular su permanencia en el territorio nacional en tanto y cuanto cumpla la mitad de la condena y en el caso el requisito temporal no se da, una interpretación *pro homine* y sistemática de los arts. 495 inc. 2 del CPN; 1, 16, 23, 32 y 33 de la ley 24.660 y normas de jerarquía constitucional citadas *supra*, autorizan a esta judicatura a perforar la rigidez dogmática, privilegiando el principio de humanidad de las penas y el respeto al ser humano que tiene un irrenunciable derecho natural, superior y anterior a cualquier normativa jurídico procesal a que su vida se extinga honorablemente, en ámbito alejado de las degradantes dificultades carcelarias [...] Es así que la anticipación de la expulsión corresponde como consecuencia de la aplicación del art. 495 inc. 2 del ritual y principios constitucionales de naturaleza humanitaria que autorizan este *pronuntiatio juris* mantener privado de su libertad a quien tal encierro compromete ineluctablemente el escasísimo margen de vida que le queda por estar afectado en el estadio último de una enfermedad fatal e irreversible, podría implicar no sólo un castigo sino también una mortificación, consecuencias éstas vedadas por el art. 18 de la C.N. Igual crueldad -innecesaria por cierto- acarrea la espera del requisito temporal [...] en ese contexto hermenéutico habré de expedirme disponiendo en definitiva la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a HIGUERO PIZARRO, María Teresa y la expulsión anticipada de la nombrada, fundado en el caso concreto por las circunstancias especiales apuntadas, siendo que el derecho a morir con dignidad se sustenta en principios humanitarios con soporte constitucional resultando superiores al requisito temporal contemplado en el art. 64 de la ley 25.871, salvaguardando así el derecho a la vida y a la salud de la condenada...” (Cf. Tribunal Oral en lo Penal Económico Nro. 3, Leg. 21 “HIGUERO PIZARRO, María Teresa s/Ejecución de la pena” rta. 14/5/2010).

de traslado de condenados¹⁴ y ha regulado, por medio de la ley 24.767¹⁵, la posibilidad de celebrar convenios “ad hoc”, por vía diplomática, con cualquier país que haya condenado a un nacional argentino a pena privativa de la libertad, o viceversa. Sin embargo, la realidad práctica de estos convenios ha cedido en gran medida frente a la decisión de Argentina de ordenar expulsiones antes del agotamiento de la pena. El motivo de ello es que el trámite diplomático que implica el cumplimiento de una pena dictada en el extranjero es sumamente burocrático y que, generalmente, se alcanza la mitad de la condena antes de que los Estados hayan terminado de pronunciarse sobre la aplicación del convenio.

Con todo, la decisión unilateral de Argentina de favorecer sus intereses en materia migratoria y resignar su pretensión punitiva, privilegiando la expulsión del país de las personas extranjeras en conflicto con la ley penal, debe generar una interpretación amplia de esta norma que obligue a las autoridades a proceder al reintegro inmediato de la mujer con hijos a su país de origen, de acuerdo con los mecanismos internos creados al efecto. Esto significa, en el caso de Argentina, admitir, si es necesario, la expulsión del país antes del plazo previsto en el art. 64 de la ley 25.871; ésta es la solución que proponemos en este ensayo. Es la única forma de que la disposición normativa que introducen las Reglas de Bangkok no pierda eficacia, más aún cuando lo que busca, en esencia, es que la mujer extranjera no sea separada de sus hijos.

Por otro lado, la misma regla prevé: “En caso de que se deba retirar de la prisión a un niño que viva con una reclusa extranjera no residente, se deberá considerar la posibilidad de reubicar a ese niño en su país de origen, teniendo en cuenta su interés superior y en consulta con la madre”. Esto muestra la preocupación específica de la comunidad internacional por la situación de los niños que deben ser separados de sus madres en contextos distintos a su iden-

14 Los países con los que Argentina tiene firmado acuerdos en esta materia son, en orden cronológico, los siguientes: España, ratificado por ley 24.036, sancionada el 27/11/91 (BO, 17/1/92); México, ratificado por ley 24.035, sancionada el 27/11/91 (BO, 17/1/92); Paraguay, ratificado por ley 24.812, sancionada el 23/4/97 (BO, 26/5/97); Venezuela, ratificado por ley 24.041, sancionada el 28/10/98 (BO, 1/12/98); Bolivia, ratificado por ley 24.996, sancionada el 1/7/98 (BO, 29/7/98); Panamá, ratificado por ley 25.305, sancionada el 7/9/2000 (BO, 13/10/2000); Perú, ratificado por ley 25.178, sancionada el 22/9/99 (BO, 26/10/99); Brasil, ratificado por ley 25.306, sancionada el 7/9/2000 (BO, 13/10/2000); Costa Rica, ratificado por ley 25.729, sancionada el 26/2/2003 (BO, 25/3/2003); Chile, ratificado por ley 26.003, sancionada el 16/12/2004 (BO, 13/1/2005); República Dominicana, ratificado por ley 26.252, sancionada el 25/4/2007 (BO, 22/5/2007); y Canadá, ratificado por ley 26.251, sancionada el 25/4/2007 (BO, 22/5/2007).

15 Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, sancionada el 18/12/96 (BO, 16/1/97).

tividad cultural y social, además de la carencia de vinculación familiar y afectiva. Es decir, esta regla favorece la solución que aquí propugnamos, máxime cuando, cabe insistir en ello, Argentina ha adoptado una postura radical en cuanto a no disponer medidas de reinserción social para con las personas extranjeras que recibieron condena, y priorizar su expulsión, condonando la mitad de la pena impuesta. No tiene ningún sentido tomar medidas para devolver al niño a su lugar de origen y retener a su madre, sobre quien el Estado evidenció un desinterés absoluto en que permanezca en nuestro país. La interpretación armónica de todas las normas que mencionamos antes indica que lo que más se ajusta a derecho es devolver al niño junto con su madre y evitar así las numerosas afectaciones que ya señalamos.

La regla 57 también favorece nuestra solución ya que ordena a los Estados que, en el marco de sus ordenamientos jurídicos, elaboren “medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y *sus responsabilidades de cuidado de otras personas...*” (el destacado es mío). Este compromiso está dirigido fundamentalmente a generar políticas públicas por parte de los distintos poderes del Estado, lo que debe alcanzar también a las resoluciones judiciales. En este sentido, se exige que la intervención jurisdiccional recurra a todas las herramientas de nuestro ordenamiento jurídico interno, que se analicen detenidamente los conflictos constitucionales y los derechos en juego, para dar una solución adecuada y legítima a la situación de mujeres extranjeras presas con sus hijos.

Finalmente, en la misma dirección, la regla 58 dispone: “...no se separará a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena....” También se prevé que: “Al adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado de otras personas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social” (Regla 63). En nuestro sistema, los beneficios penitenciarios (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida) se materializan siempre a partir de la mitad de la condena y exigen, en todos los casos, arraigo y domicilio en el país. De acuerdo con ello, en estos casos, la ejecución anticipada de una orden de expulsión vigente, firme y consentida, constituye una medida que sustituye a la sanción penal y se transforma en la única herramienta eficaz para evitar la prisionización del niño o su separación de su madre.

Es importante destacar que las Reglas de Bangkok no pueden resultar intrascendentes para nuestro ordenamiento desde que la Asamblea General las ha declarado “complementarias de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas”¹⁶. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado en el fallo “Verbisky”¹⁷:

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad.

Cuando la Corte utiliza el art. 18 de la CN para transformar a las Reglas Mínimas en un estándar respecto de las personas privadas de libertad, está asignando en forma indirecta rango constitucional a dichas normas en tanto les concede la función de nutrir y dar contenido específico al derecho constitucional de tener condiciones carcelarias dignas, que el art. 18 citado prevé para todas las personas alojadas en lugares de privación de libertad en nuestro país.

El estándar de la Corte respecto de la importancia de las Reglas Mínimas no fue azaroso. Por el contrario, se relaciona con el grado de participación que tuvo nuestro país en la confección de las Reglas Mínimas del año 1955. Argentina tuvo un papel relevante en la elaboración del documento y designó como delegados oficiales para asistir al Primer Congreso de las Naciones Unidas en Materia de Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes a quien entonces era Director Nacional de Institutos Penales y Profesor de la Escuela Penitenciaria de la Nación, Roberto Pettinato, y al Inspector General de Institutos Penales y Profesor de la Escuela Penitenciaria de la Nación, Juan Carlos García Basalo.

En el decreto de designación se destacaba:

...esa reunión será una continuación de los congresos organizados anteriormente por la ex Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, organismo cuyas funciones fueron transferidas a la organización de las Naciones Unidas y del cual formó parte la República Argentina hasta el momento de su disolución [...]. Que en el último congreso organizado por esa comisión que tuvo lugar en La Haya en agosto de 1950 y en la sesión final de la misma que se llevó a cabo en Berna en 1951, la delegación argentina intervino activamente en el estudio de los temas que serán reexaminados en esta oportunidad...¹⁸

16 Cf. Observaciones preliminares de las Reglas de Bangkok, especialmente los puntos 2 y 3.

17 CSJN, Fallos 328:1146.

18 Cf. Merlo, Carlos Alberto, *Del cabildo hasta la demolición de la penitenciaría nacional. Resumen*

A su vez, en los dos años anteriores (1953 y 1954) se habían celebrado en Argentina dos congresos penitenciarios importantes, cuya idea y organización estuvieron a cargo de Roberto Pettinato. En el último de ellos, llevado a cabo en la ciudad de Resistencia, provincia de Chaco, se aprobaron reglas para el tratamiento de los internos que tuvieron trascendencia mundial al ser presentadas al año siguiente en el Congreso de Ginebra y que influyeron decididamente en la conformación de las Reglas Mínimas¹⁹. Argentina tuvo un lugar destacado en el congreso y presentó, además, el trabajo de Roberto Pettinato “El sistema de semilibertad en las colonias penales argentinas”²⁰.

Entonces, la contribución argentina fue más que relevante ya que envió a dos de los más prestigiosos penitenciaristas de la época, reconocidos en el ámbito mundial, cuyo peso y opinión eran importantes. De acuerdo con ello, la incorporación de las Reglas Mínimas que efectuó la Corte no se puede criticar desde una supuesta escasa vinculación política con su elaboración. La doctrina penitenciaria nacional asigna el carácter de fuente del derecho penitenciario a estas Reglas y reconoce su autoridad²¹. A su vez, la Corte al referirse a ellas hizo expresa referencia al grado de participación de Argentina en su conformación²², de modo que nuestro país tiene una tradición de un fuerte compromiso con la recepción y cumplimiento de estas normas, de las cuales las Reglas de Bangkok son complementarias y superadoras.

7. Conclusiones

El análisis hecho en este breve ensayo nos permite sintetizar las siguientes conclusiones:

La existencia de personas de nacionalidad extranjera en conflicto con la ley penal representa, para el Estado, un conflicto de intereses (punitivos y migratorios) que debe ser resuelto por aquél mediante el diseño de políticas públicas coherentes.

de historia penitenciaria, Servicio Penitenciario Federal, Buenos Aires, 2005, p. 203.

19 Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1983, Tomo V, p. 147.

20 Cf. Marcó Del Pont, Luis, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor, México, 1984, p. 104.

21 Cf. Cesano, José Daniel, *Estudios de Derecho Penitenciario*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 38-46.

22 “La República Argentina tuvo un papel protagónico en el establecimiento de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos, en el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, de Ginebra, en 1955...” (véase considerando 39).

Una separación total de las facultades de la Dirección Nacional de Migraciones y del Poder Judicial resulta inconveniente, a la luz del desarrollo que ha tenido la aplicación del instituto, y se exige un criterio que englobe, o al menos comprometa, puntos de contacto centrales entre la política migratoria y la política criminal del Estado.

Argentina ha optado, mediante esta ley, por privilegiar sus intereses migratorios por sobre los punitivos, desde que acepta resignar la mitad de la sanción penal impuesta en aras de lograr que la persona extranjera sea devuelta a su país de origen. Esto implica que a partir de la existencia de la expulsión prevista en la ley 25.871, los diferentes órganos del Estado que participan en el procedimiento se encuentran obligados a lograr que los extrañamientos dictados por la Dirección Nacional de Migraciones se materialicen en los términos que la ley ha fijado.

Para las mujeres extranjeras con hijos menores de 4 años, que sus niños permanezcan en la cárcel no es una opción sino, más bien, una circunstancia inevitable. La falta de arraigo y de relaciones con personas de nuestro entorno, genera que sean las únicas que puedan cuidar de sus niños y, en consecuencia, éstos se ven forzados a sufrir el encarcelamiento con ellas.

Por medio del instituto de la prisión domiciliaria, el Estado argentino ha evidenciado su preferencia por que las mujeres madres en conflicto con la ley penal permanezcan junto con sus niños, pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra. Pero, además, y más importante aún, se ha inclinado por garantizar este vínculo prioritariamente fuera de la cárcel.

La falta absoluta de arraigo y vínculos familiares y sociales impide materialmente a las mujeres extranjeras presas con sus hijos acceder al régimen que la ley argentina garantiza para quienes se encuentran en su situación, lo cual les imposibilita acceder a la modalidad por la que el Estado argentino ha optado, y las obliga a mantener a sus hijos presos, institucionalizados o a cargo de familias de acogimiento. Todo esto ocurre pese a la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres extranjeras y de sus hijos, quienes se ven forzados a compartir el encierro o desvincularse de ellas.

Desde que el interés final del Estado es devolver a la mujer a su país de origen y prohibirle el reingreso a nuestro territorio, es evidente que en la mitad de la pena que pretende hacer cumplir sólo puede motivarse en fines retributivos o preventivos generales, que nuestro programa constitucional no tolera en la etapa ejecutiva de la sentencia.

Es por ello que para evitar el resultado ilegítimo de la imposibilidad material

de estas mujeres de acceder con sus hijos a un régimen de atenuación (que procedería indudablemente en el caso de personas argentinas o con vínculos fuertes y arraigo en nuestro país), corresponde que la autoridad judicial autorice la inmediata ejecución del acto de expulsión, sin consideración de plazo alguno, declarando, eventualmente, la ilegitimidad constitucional de éste en el caso concreto.

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) contienen normas actuales que contribuyen a adoptar la solución que creemos correcta en la hipótesis aquí planteada, y deben ser consideradas como pauta hermenéutica del art. 18 de la CN.

.ANEXOS.

Anexos al Capítulo V

Por Paola Bergallo

I. Declaración del Consejo Directivo de la AAPDP sobre ABORTO

Abortos justificados en la ley vigente.

Los abortos justificados en el Código Penal Argentino desde 1922, que no necesitan autorización de jueces ni de comités médicos para su realización, son: A) el realizado con el consentimiento de la mujer y practicado por un médico cuando no existe otro medio para evitar un peligro para la vida o la salud –física o psíquica– de la madre. B) Cuando el embarazo fue causado por una violación respecto de una mujer sana mentalmente. C) Cuando el embarazo es producto de un acceso carnal con mujer menor de trece años. D) Cuando el embarazo es producto de un acceso carnal con mujer que por alguna otra razón (por ejemplo, deficiencias mentales) no pudo consentir el acto sexual, y E) Cuando el embarazo no es producto de acceso carnal, sino de cualquier acción no consentida contra cualquier mujer.

Abortos Justificados en el Código Penal Argentino.

Con total independencia del debate sobre la legalización de ciertos supuestos de aborto, ante la proliferación de análisis y decisiones que confunden a la opinión pública, nos vemos obligados a explicar cuál es la ley vigente respecto de abortos que están justificados en el Código Penal desde 1922. Proliferan los “opinólogos” y se han tomado decisiones –como denuncias a magistrados que se han limitado a aplicar la ley– basadas en creencias que carecen de control académico, que mezclan niveles de análisis (moral, religión, medicina, salud pública, política, leyes vigentes, legislación comparada, teorías de la pena, etcétera) y omiten de manera audaz la consideración de las gravísimas consecuencias jurídicas y sociales a las que llevan. Ante tal situación y con el fin de prevenir que la aplicación de

estas ideas produzca más daño social, la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal se ve en la necesidad de poner de manifiesto:

El Código Penal Argentino, desde 1922 y con todas sus modificaciones, en su artículo 119, prevé varias clases de accesos carnales que pueden conducir a embarazos: 1) acceso carnal violento o coaccionado (violación propia); 2) acceso carnal sobre una mujer menor de trece años, sin violencia o coacción (violación impropia); 3) acceso carnal no violento ni coactivo, sobre una mujer que por otras razones no pudo prestar su consentimiento válidamente, en la cual encuadrarían las que eran llamadas “idiotas o dementes” (violación impropia). Además, 4) también son punibles las conductas abusivas que puedan llevar a un embarazo, sin necesidad de acceso carnal tradicional, bajo la categoría de abusos sexuales gravemente ultrajantes, por ejemplo una inseminación artificial forzada.

Ante la existencia de los otros supuestos, está claro que el primero se refiere sólo a las víctimas que no tienen problemas mentales para disentir el trato sexual. También que en los casos 2 y 3, al no ser válido el consentimiento cualquier acceso carnal ya es una violación (impropia), sin necesidad de violencia o coacción. En cambio, si la víctima es mujer “insana” o menor de trece años y es accedida con violencia o intimidación, el hecho será violación propia (supuesto 1), porque la violencia física o mental no distingue entre personas menores y mayores, o sanas e insanas de mente.

El artículo 86 del Código permite o justifica el aborto realizado con el consentimiento de la mujer y practicado por un médico para todos los supuestos anteriores, a los que se suma el general de cuando no existe otro medio para evitar un peligro para la vida o la salud –física o psíquica– de la madre. En este último supuesto, se pueden incluir los casos de anencefalia del feto.

En concordancia con el sistema de los abusos sexuales ya vistos, diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiotas o dementes”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazo, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Como todo acceso carnal sobre una mujer con dichas deficiencias mentales es considerada ya una forma [de] violación (la impropia del supuesto 3), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación” también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, “violación” se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no “idiotas ni dementes”. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su con-

sentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia, supuesto 2).

Cualquier mujer que se encuentre en tales circunstancias puede realizarse un aborto justificado, impune. En el caso de las deficientes mentales e incapaces (que no pueden consentir el acto) se requiere la autorización de sus representantes legales, y no el del violador, pese a ser el padre.

Es innecesario (además de grotesco) exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. Esto es así desde 1922 cuando no se conocía la prueba del ADN. La mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique.

Como cualquier causa de justificación, no requiere autorización judicial alguna. Ni siquiera de pretendidos comités de ética médica, porque la soberanía proviene de la ley (arts. 44 y 75, inc. 12° CN), y no de determinados profesionales más o menos ilustrados. No estará obligado a practicarlo el médico con objeciones de conciencia.

No existe conflicto alguno entre cláusulas de jerarquía constitucional y estos permisos legales para producir abortos. El deber estatal de proteger la vida desde la concepción no obliga a criminalizar a todas las personas que la suprimen en cualquier caso. Ocurre lo mismo con la legítima defensa o supuestos de estado de necesidad exculpante, desde tiempo inmemorial. El legislador es soberano (como sucede en Alemania y ahora en España). Quienes predicán el castigo sin excepciones, demuestran una fe desmedida en la pena como si el castigo protegiera a los nasciturus en estos casos.

No se trata de predicar el aborto; sino que, simplemente, el legislador ha declarado la inconveniencia de aplicar una pena en estas situaciones, y esto está explicado en cualquier manual de derecho penal argentino desde hace 90 años.

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2010

Javier Augusto De Luca
Presidente de la AAPDP
www.aapdp.com.ar

Noticia publicada el 07/09/2010 en la categoría Novedades (Novedades)

II. Principales normas federales y locales para definir la regulación de distintos aspectos del alcance y el procedimiento para la realización de los abortos legales en caso de violación en la CABA

Normas federales

- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable Nro. 25.673.
- Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nro. 26.061.
- Ley de Derechos de los Pacientes Nro. 26.529.
- Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales Nro. 26.485.
- Decreto PEN 1011/10 regulatorio de la Ley Nro. 26.485.
- Ley de Salud Mental Nro. 26.657.
- Ley de Ejercicio Profesional de la Medicina Nro. 17.732.
- Protocolo para la Atención Integral de Personas Víctimas de Violencia Sexual.
- Guía de recomendaciones para la atención integral de adolescentes en espacios de salud amigables y de calidad.

Normas de la Ciudad de Buenos Aires

- Resolución de la Subsecretaría de Salud Nro. 1740/07. Guía para la Realización de Abortos No Punibles.
- Ley Básica de Salud Nro. 153, su Decreto Reglamentario Nro. 208/01 y su modificatorio el Decreto Nro. 2316/03.

- Resolución Nro. 2384/06 sobre Consentimiento Informado.
- Resolución Nro. 437/08 sobre Consentimiento Informado.

III. La protección constitucional de la vida en gestación

Quienes interpretan la existencia de una protección constitucional del derecho a la vida en gestación como un derecho absoluto aluden, en general, a tres tipos de argumentos: uno textual, otro originalista, y un tercero de tipo moral. Este último, que en verdad combina afirmaciones morales y científicas, asume que la persona humana, sujeto de derechos, comienza en la unión de los gametos y la consiguiente definición del ADN. La combinación de estas tres ideas fundamenta, según esta concepción, un derecho a la vida en gestación que, según se argumenta, exigiría una penalización total del aborto.

La protección de la vida humana es un valor contemplado en nuestro marco constitucional, de forma implícita en el texto de la Constitución y expresamente en el de los tratados que la integran. Pero nuestro programa constitucional no es compatible con una protección absoluta o constante de la vida humana a través de todos los estadios de su desarrollo como el pretendido por quienes postulan una protección omnimoda y constante de la vida en gestación equivalente a la vida de la persona nacida.

Si comenzamos por el texto de la Constitución, es claro que éste no contiene alusiones explícitas a un valor, interés o derecho a la vida, sino que, según lo ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de la Nación, el derecho a la vida es considerado un derecho no enumerado. Además, cabe señalar que la noción de persona aparece en el plexo constitucional como referencias a las personas nacidas en tanto titulares de derechos. Algunos alegan, sin embargo, que la incorporación del texto de la CADH y la CDN en 1994 tuvo como efecto la expansión de la protección del derecho a la vida, ahora sí, como derecho protegido “desde la concepción”. Empero, la referencia al derecho a que se respete la vida, en general, desde la concepción en el artículo 4.1 de la CADH tampoco conlleva al reconocimiento de la titularidad de un derecho absoluto a la vida en gestación y mucho menos a la exigencia de penalizar totalmente el aborto para protegerlo. Más bien, el precepto citado lleva exactamente a la conclusión opuesta. Tal como está redactada, la segunda frase del artículo 4.1 contiene una especificación menos estricta del deber de protección derivado del reconocimiento de un derecho a la vida. La referencia

“y en general”, fue introducida a sugerencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de conciliar las diversidades entre los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la Convención en la protección de la vida en gestación. Según Medina (2005), la Conferencia Especializada de 1969 mantuvo la propuesta de la Comisión a pesar de las críticas y las demandas de reforma que postulaban una protección de la vida en gestación mayor o su total exclusión. Como resultado, la norma vigente establece una protección más moderada y menos categórica de la vida antes del nacimiento que la protege sólo “en general”.

En este sentido, la CIDH, en el caso *Baby Boy* (Resolución N° 23/81, Caso 2141, Estados Unidos) ha dicho:

30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.

De otro lado, la CDN no reconoce un derecho a la vida de titularidad de la persona antes de nacer. Las referencias a los niños y niñas efectuadas en el texto de la Convención para garantizar sus derechos suponen el nacimiento. La CDN no sólo no se refiere al comienzo de la vida en ninguna parte de su texto, sino que durante su redacción, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas no logró alcanzar un consenso sobre los textos propuestos que extendían la definición de niño desde la concepción. A raíz de ello, la Comisión resolvió no pronunciarse sobre la cuestión¹.

Pero además, la declaración interpretativa formulada por la Argentina respecto del artículo 1 de la CDN no puede modificar el alcance del derecho internacional respecto de la Argentina. Ello porque el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional definió el reconocimiento de status constitucional a éste y otros tratados de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, de las cuales no se infiere una protección absoluta de un derecho a la vida antes del nacimiento que justifique, además, la restricción total del aborto².

1 Fillippini, L., “Los Abortos No Punibles en la Reforma Constitucional de 1994”, en Bergallo, P. (comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

2 Un desarrollo completo de esta idea puede hallarse en Fillippini, L., “Los Abortos No Punibles

Un párrafo especial merece la pretensión originalista que alega que la intención de los constituyentes de 1994 fue introducir una defensa de un derecho superior a la vida. Durante dicha Convención algunos convencionales propusieron incorporar al texto de la Constitución la referencia expresa a la protección de la vida desde la concepción³. Sin embargo, la revisión de las distintas posiciones esgrimidas por los constituyentes indica que no hubo acuerdo sobre la inclusión de una cláusula referida a la protección de la vida en gestación en el plexo constitucional. Por otra parte, tal como lo ha señalado Filipini⁴, no surge de las constancias de los debates constitucionales que los convencionales cuestionaran el modelo de indicaciones vigente en el CPN cuya constitucionalidad muchos de los casos revisados objetaban.

En la defensa de un derecho a la vida en gestación desde la concepción se invocan también razones independientes de las referencias textuales o la intención constituyente. Se argumenta, tal como lo ha hecho la Corte Suprema en *Portal de Belén*, que el óvulo fecundado o embrión es un ser humano digno de protección constitucional y legal. Según el tribunal y quienes esbozan este argumento, la vida es el resultado de la continuidad del proceso biológico que se inicia con la unión de los gametos y que determinaría la identidad genética de un individuo único y, por tanto, la existencia de un sujeto de derechos.

Pero los límites de este argumento son múltiples porque: (a) presupone la posibilidad de resolución del desacuerdo sobre los criterios morales relevantes para resolver la determinación del comienzo de la existencia del ser humano, (b) asume que esa capacidad puede residir en el sistema judicial, (c) identifica al criterio genético como único relevante para definir la existencia de un individuo, y (d) abraza una visión del criterio genético puesta en cuestión por el paradigma científico imperante.

En primer lugar, la determinación del comienzo de la vida humana es una cuestión de gran complejidad. Su abordaje serio requiere comenzar llamando la atención sobre lo implausible que resulta descansar en una determinación exclusivamente jurídica del comienzo de la vida del ser humano. La determinación del momento en el que comienza la vida es una cuestión en la que entran en juego consideraciones de tipo legal, ético, médico, biológico y científico sobre las que no existe acuerdo. No es un asunto meramente

en la Reforma Constitucional de 1994", *op.cit.*

3 Fillippini, L., "Los Abortos No Punibles en la Reforma Constitucional de 1994", *op.cit.*

4 *Ibidem*.

científico porque exige la determinación de las propiedades relevantes para la valoración de la información científica y la ciencia no provee criterios para delimitar cuáles serán esas propiedades relevantes. Puede afirmarse lo mismo de la pretensión de llevar adelante una determinación jurídica autónoma del comienzo de la vida.

Tampoco existe acuerdo ético sobre cuál o cuáles son las propiedades morales relevantes para definir la existencia de vida humana. Según Mary Anne Warren⁵, las teorías éticas ofrecen criterios diversos para valorar la cuestión: la capacidad de sentir, la viabilidad, la capacidad de moverse, la conformación del ADN, por ejemplo. La ciencia, que tampoco ofrece respuestas unívocas, sólo ha logrado describir y, sin precisión absoluta, los distintos fenómenos considerados relevantes por las teorías éticas.

En segundo lugar, dada la complejidad de una determinación de este tipo, el proceso judicial es un ámbito muy limitado para dirimir la cuestión. Los seres humanos no han logrado alcanzar un acuerdo. Por ello, los tribunales de otros países, en general, han postergado la discusión o se han declarado incompetentes. Ilustrativas de esta posición son las afirmaciones de la Corte Constitucional de Colombia:

considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión.⁶

En tercer lugar, el criterio genético es sólo uno de los criterios disponibles y, como vimos, no existen razones para preferirlo frente a las otras opciones también valiosas desde el punto de vista moral y biológico. Pero además, del hecho de que el cigoto y luego el embrión puedan desarrollarse hasta convertirse en un ser humano nacido y, por tanto, en una persona, no se sigue su titularidad de un derecho a la vida y, menos, claro está, que ella exija la penalización del aborto para su protección. La continuidad del proceso de desarrollo de la vida humana no implica que todos los estadios de ese proceso sean equivalentes entre sí ni suponen la igualdad jurídica entre el óvulo fecundado, el cigoto, el embrión, el feto y el ser humano nacido. La concepción que identifica identidad

5 Warren, M. A., "El aborto", en Peter Singer (comp.), *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C355/06. Despenalización Parcial del Aborto.

genética con identidad del sujeto de derecho no es una tesis jurídica ni es la tesis adoptada por nuestra Constitución o los tratados de derechos humanos, que por otra parte, no se manifiestan sobre el tema.

El argumento según el cual la existencia de una vida humana es idéntica en los distintos estadios del desarrollo desde la unión de los gametos –que sería el momento a partir del cual puede identificarse genéticamente al individuo– no encuentra sustento siquiera en el conocimiento de la embriología. Según se ha demostrado de manera científica, de hecho, la constitución de una persona no está determinada por el material genético del óvulo fertilizado. Bascuñán Rodríguez⁷ describe el estado del conocimiento sobre este proceso claramente:

(u)n embrión puede llegar a nacer, pero también puede desarrollarse de otro modo. Lo más probable es que se pierda, sin que llegue a desarrollarse en sentido alguno. También es posible que de él se originen dos embriones. Estos gemelos pueden desarrollarse independientemente y llegar a nacer. Pero puede que uno de ellos termine siendo un quiste en el cuerpo del otro. Finalmente, es posible que el embrión se desarrolle como una mola, que nunca llegará a nacer. Incluso es posible que esa mola se desarrolle como un cáncer para la mujer. Todas estas posibilidades están presentes en el embrión preimplantacional. Considerarlo *ex ante* como un ser idéntico a una persona, atendiendo a la identidad genética, es desde un punto de vista biológico tan justificado como considerarlo un ser idéntico a un quiste o un cáncer.

El embrión se diferencia de las células y tejidos que comparten la misma identidad genética por su potencialidad de convertirse en un ser humano. Ello sucederá sólo si ciertas condiciones temporales y espaciales se verifican. Pero ocurrirá únicamente cuando se haya concretado la diferenciación y especificación necesaria para la conformación del organismo humano. “La potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad, en el sentido de la individualidad ontológicamente presupuesta por la condición de persona”⁸. El embrión no tiene capacidad autónoma de desarrollarse como individuo. Por ello, no puede reconocerse la existencia de un individuo sujeto de derechos como se pretende en la discusión que busca prohibir la anticoncepción hormonal de emergencia como forma de aborto, tal como en su momento lo había planteado la Corte Suprema en el caso *Portal de Belén*. Tampoco ofrece esta teoría genética fundamento para la penalización total del aborto, según defienden quienes pretenden completar con ella los argumentos textualistas y origi-

7 Bascuñán Rodríguez, A., “La píldora del día después en la jurisprudencia”, Estudios Públicos 95, 2004, disponible en: <http://www.direitogv.com.br/casoteca/subportais/raiz/r95%20bascunan%20pildoradiadespues03.pdf>, consultado el 31.12.2011.

8 *Ibidem*.

nalistas revisados para negar también el acceso al aborto no punible y justificar la penalización de la práctica en el embarazo temprano.

Una lectura integradora de la Constitución de 1994 propone, en cambio, que la legislación puede establecer distintos niveles de protección de la vida intrauterina. La protección de ese valor aumenta a medida que la vida en gestación evoluciona. En algún punto se convierte en un interés que debe protegerse como derecho, cuando la individuación ya ha ocurrido. Los criterios para fijar ese momento son disputados, pero en cualquier caso, la protección de la vida intrauterina a partir de ese momento nunca podría garantizarse mediante el reconocimiento de un derecho absoluto o constante que evite su ponderación frente a los derechos de las mujeres también en juego. Además, en sus alternativas para la protección de la vida en su etapa de gestación, nuestra Constitución de ningún modo incluye la exigencia del recurso al derecho penal como herramienta para asegurarla. Menos aún implica la Constitución que el derecho penal sea el único recurso para proteger la vida en gestación o que dicha protección deba ser constante a través del embarazo sin establecer diferencias entre el primer mes y el último de la gestación. Más bien, varias normas de la Constitución y los tratados de derechos humanos resguardan los derechos de las mujeres en base a los principios de igualdad y autonomía.

IV. El consentimiento informado de las personas menores de edad: pautas para su interpretación en el derecho internacional de los derechos humanos

1. El consentimiento informado en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño se ha manifestado en tres observaciones sobre el consentimiento informado de las personas menores de edad en relación con su salud. En la primera resolución en la que el Comité enfrentó el tema, la Observación General Nro. 3 del año 2003¹, se pronunció sobre el problema del VIH y las personas menores de edad estableciendo que *“el derecho a que se tenga debidamente en cuenta su opinión (art. 12)”* debería ser parte de los derechos *“que orienten el examen del VIH/SIDA a todos los niveles de prevención, tratamiento, atención y apoyo”*. En la misma Observación, el Comité estableció pautas sobre el acceso a la información de las personas menores de edad y consideró que *“Sólo podrán aplicarse medidas adecuadas para combatir el VIH/SIDA si se respetan cabalmente los derechos del niño y del adolescente”* que incluyen *“el derecho a información y material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental (art. 17)”* y *“el derecho a la vida privada (art. 16)”*, entre otros.

Asimismo, al pronunciarse específicamente sobre el consentimiento de las personas menores de edad, el Comité observó que:

el niño acudirá más fácilmente a servicios que lo comprendan y lo apoyen, le faciliten una amplia gama de servicios e información bien adaptados a sus necesidades, le permitan participar en las decisiones que afectan a su salud, sean accesibles, asequibles, confidenciales y no supongan juicios de valor, no requieran el consentimiento parental ni sean discriminatorios.

Al mismo tiempo, la Observación instó a los Estados para que respeten la privacidad y la confidencialidad de los menores consultando su voluntad en los procedimientos, especialmente en el test de VIH:

1 CRC/GC/2003/3.

se alienta a los Estados Miembros a que velen por que los servicios de salud contraten personal calificado que respete cabalmente el derecho del niño a la vida privada (art. 16) y a no sufrir discriminación respecto del acceso a la información sobre el VIH, por que el asesoramiento y las pruebas de detección se lleven a cabo de manera voluntaria, por que el niño tenga conocimiento de su estado serológico con respecto al VIH, tenga acceso a servicios confidenciales de salud reproductiva y, gratuitamente o a bajo coste, a métodos o servicios anticonceptivos, así como a recibir, cuando sea necesario, cuidados o tratamientos en relación con el VIH, incluida la prevención y el tratamiento de problemas de salud relacionados con el VIH/SIDA, por ejemplo, la tuberculosis o las infecciones oportunistas.

El Comité abordó la cuestión del consentimiento informado de las personas menores de edad en su Observación General Nro. 4 adoptada en 2003 y referida a *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*². La Observación General llama la atención sobre la importancia de las cuestiones de salud sexual y reproductiva durante la adolescencia que califica como una etapa de

rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos.

En esta oportunidad, el Comité volvió a referirse a las capacidades evolutivas para decidir al afirmar:

El Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos. Tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, de acuerdo con su edad y madurez y proporcionarles un entorno seguro y propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse. Los adolescentes necesitan que los miembros de su entorno familiar les reconozcan como titulares activos de derecho que tienen capacidad para convertirse en ciudadanos responsables y de pleno derecho cuando se les facilita la orientación y dirección adecuadas.

Asimismo, esta Observación General consideró expresamente el derecho de los menores maduros a decidir de manera autónoma luego de ser escuchados:

Antes de que los padres den su consentimiento, es necesario que los adolescentes tengan oportunidad de exponer sus opiniones libremente y que esas opiniones sean

2 CRC/GC/2003/4.

debidamente tenidas en cuenta, de conformidad con el artículo 12 de la Convención. Sin embargo, si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del “interés superior del niño” (art. 3).

Por otro lado, esta recomendación debe leerse en consonancia con la propuesta de que los adolescentes “a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los padres o de otras personas”, puedan “solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial”.

La Observación General Nro. 12 del año 2009, incluye el tercer pronunciamiento del Comité relacionado con el consentimiento informado de las personas menores de edad al referirse al derecho a ser escuchado.

En esta oportunidad, el Comité ha reconocido que el derecho a ser escuchado incluye la consideración sobre todos los asuntos que afectan a las personas menores de edad, incluyendo su salud y, en particular, su salud sexual y reproductiva. Además, ha aclarado específicamente que escuchar con eficacia a las personas menores de edad demanda tener en cuenta el contexto y entorno que no debe ser “intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”.

Sobre el derecho de las personas menores de edad a ser escuchadas al adoptar sobre su salud, el Comité ha reconocido que:

La realización de las disposiciones de la Convención exige el respeto del derecho del niño a expresar su opinión y a participar en la promoción del desarrollo saludable y el bienestar de los niños. Esta norma es aplicable a cada una de las decisiones relativas a la atención de salud y a la participación de los niños en la formulación de políticas y servicios de salud”.

2. El consentimiento informado en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En su Observación General Nro. 14 sobre el Derecho a la Salud, emitida en el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera especialmente la salud de las personas menores de edad haciendo hincapié en el derecho a decidir sobre los asuntos que las afectan, recibir información y recibir un respeto adecuado de la privacidad. En relación con los adolescentes, el Comité ha considerado además que:

23. Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su

salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

Anexo al Capítulo VI

Por Luciana Sánchez y Raúl Salinas

Violencia Reactiva. Casos recientes, nuevas historias

Los casos recientes muestran cómo los tribunales, defensorxs y fiscalxs han ido haciendo efectivo el cambio de paradigma registrado en sus estrategias y decisiones¹. A continuación presentamos resúmenes de algunas sentencias recientes sobre víctimas de violencia doméstica imputadas por homicidio de sus parejas o ex parejas, para dar cuenta del estado de situación actual en la jurisprudencia.

Esperamos que estos resúmenes, además de reflejar los avances jurisprudenciales, resulten útiles a fin de identificar ejemplos concretos de prueba de descargo y argumentos efectivos para el reconocimiento de la inocencia, en general, por vía de la legítima defensa. Ello así, puesto que la defensa requiere la reconstrucción de la historia a través de la reinterpretación de la prueba de cargo y el ofrecimiento de una historia alternativa, una reconstrucción de los eventos, basado en sus percepciones (de la defensa, testigxs de descargo, examen cruzado, etc.), de acuerdo a los criterios legales de inocencia.

Como se verá, en todos los casos la fiscalía cuenta la historia de una mujer que mata porque estaba enojada, era agresiva, y actúa intencionalmente. En comparación, las opciones para la defensa son numerosas, dado que el propósito principal de la estrategia de defensa es producir una duda razonable.

Una defensa que no reconoce la violencia doméstica como tortura no producirá casi prueba de descargo, apenas sí contará la historia de una mujer victimizada o perturbada en su salud mental de manera permanente o transitoria. Este enfoque “patologiza a (la imputada) y/o intenta reposicionarla como feme-

1 Al respecto, véase el Capítulo VI “Defenderse del femicidio”.

ninamente apropiada”², lo cual resulta altamente inefectivo o de hecho imposible, como se observa en la enorme mayoría de los casos, especialmente para aquellas imputadas cuya defensa está a cargo del Estado, dada la selectividad racista, lesbo y transfóbica del sistema penal. La habilidad del tribunal para valorar esta historia se basa “en su habilidad para interpretar la información, en su evaluación de la situación, en las percepciones sobre quién cuenta la historia [...] la dificultad de la [...] acusada es que las historias que son utilizadas en los tribunales asumen que la experiencia y el significado son universales...”³. “Cuando las estrategias de defensa de mujeres imputadas incluyen la historia de la violencia de género sufrida, ésta suele ser minimizada y excluida mediante el ejercicio sexista de la discreción judicial [...] Esta situación se agrava si los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente o no se han obtenido condenas, lo que es la regla en contextos de impunidad estructural frente a la violencia de género”⁴. En este contexto, si la defensa no puede patologizar a la imputada o reposicionarla como femininamente apropiada, ni siquiera plantea la legítima defensa: va directo por la mitigación.

Una defensa que reconoce la tortura desafía la versión del ministerio público, redefiniendo los elementos, reconstruyendo las acciones centrales, y proveyendo descripciones alternativas. En estrategias como ésta, la historia se apoya en el marco normativo sobre violencia doméstica, el énfasis se pone en la prueba sobre la violencia doméstica, su frecuencia, gravedad, etc., no se utiliza ningún tipo de evidencia de carácter⁵, pero sí se presentan pericias y testimonios expertos para acreditar la tortura como tal, sus *modus operandi*, lesividad, signos, leyes, que suelen sobrepasar ampliamente los mínimos exigidos por los requisitos de procedencia de la legítima defensa⁶. En algunos de los casos rese-

2 Robertson Stainsby, Debra, *The tales we tell: exploring the legal stories of Queensland women who kill*, Queensland University of Technology, Faculty of Law, School of Justice, 2003, p. 67.

3 Robertson Stainsby, Debra, *op. cit.*, 2003, p. 32.

4 Arduino, Ileana y Sánchez, Luciana, “Proceso penal acusatorio y derechos humanos de las mujeres”, en Rodríguez, Marcela y Asensio, Raquel (compiladoras), *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2009, p. 71.

5 La defensa puede objetar la prueba de carácter que la fiscalía pretenda ofrecer sobre la imputada o que el tribunal fije estándares destinados a determinar cuánta violencia era exigible que la imputada tolere antes de matarlo o cuánto se habían restringido sus opciones.

6 En particular, interesan los signos psicológicos de tortura: depresión, ansiedad, pérdida de la autoestima, aislamiento, y síntomas intensos propios del estrés postraumático, impotencia, la man-tención de la víctima en un estado permanente de temor a una violencia imprevisible, sometimiento y despojo de su capacidad de resistencia y autonomía. A estos efectos resulta de suma utilidad

ñados, este tipo de defensa logra ser tan contundente que la fiscalía no cuestiona la violencia doméstica, su frecuencia, gravedad, motivo por el cual se torna muy cuestionable que haya sostenido las acusaciones. En estos casos, la fiscalía debe instalar en la mayoría del tribunal la convicción más allá de la duda de que la imputada no mató en legítima defensa, ni bajo emoción violenta, ni en una posición no punible de subordinación. Por su parte, la defensa arrimará los datos que permitan instalar y sostener la duda fundada, razonable y seria, y reunir elementos de juicio que demuestren su presencia, al menos con suficiente verosimilitud como para generar un grado de probabilidad suficiente⁷. Copelon estima que:

[e]ntender la violencia doméstica a través del lente de la tortura debe contribuir a trasladar la carga de responsabilidad de la víctima al victimario [...] no sólo para hacerle justicia a las mujeres maltratadas, sino también para reconocer que las raíces de esta violencia se encuentran en la desigualdad estructural y la subordinación de la mujer⁸.

En virtud de ello, recordamos que la Ley 26.485, de “Protección Integral de la Mujer” (reglamentada mediante el decreto 1011/2010), establece un principio de amplitud probatoria “...para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos [...] tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6° y 31)”⁹.

La producción de prueba de descargo está vinculada a la inocencia o la aminoración de la consecuencia penal para la imputada. Como queda claro en el caso L.,M.C., de la CSJN (2011, ver infra), esta prueba no puede descartarse arbitrariamente, ni su producción adecuada durante la investigación, y menos en la valoración judicial: para la CSJN, la producción de esta prueba y su admisión en juicio es insoslayable.

el empleo del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, conocido bajo el nombre de Protocolo de Estambul, y la Guía práctica del protocolo de Estambul para psicólogos. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf>. También, International Rehabilitation Council for Torture Victims, 2009, disponible en www.irct.org/Admin/Public/DWSDownload.aspx?File=%2Ffiles%2Ffiler%2Fpublications%2Fpsychological_sp_web_red.pdf.

7 B., E. R., C. Penal Rosario, sala 4ª, 17/11/2010, ver infra.

8 Copelon, Rhonda, “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, en Rebecca Cook (editora), *Derechos Humanos de la Mujer; perspectivas nacionales e internacionales*, Profamilia, Bogotá, 1997, disponible en <http://www.ujed.mx/ovsyg/documentos/Biblio%20-%20Terror.pdf> p. 136.

9 CSJN, L., M.C. s/ homicidio simple, 1 /11/2011, L. 421. XLIV.

a) B., V. legítima defensa y cese de la prisión preventiva, ofrecimiento temprano de la prueba de descargo¹⁰

La fiscalía acusó a B., V. de homicidio agravado por el vínculo. La defensa apeló el auto de prisión preventiva bajo el fundamento de que la imputada actuó en legítima defensa propia y de su hijo menor de edad (Art. 34 inc 6 y 7 CP). Subsidiariamente planteó exceso en la legítima defensa, por exceso en el medio empleado para impedir o repeler la agresión (art. 35 CP).

Prueba de descargo:

Declaración indagatoria prestada en sede judicial:

Refiere que su marido llegó a su casa en evidente estado de ebriedad y que se mostraba irritable [...] inmediatamente comenzó a discutir con ella por la comida y con [...] su hija L. de 18 años [...] que se encontraba con su bebé. Que la discusión fue tornándose cada vez más violenta, al punto que Sr. C. le arrojó a su hija, que intentaba refugiarse en su habitación, una botella de vino. Señala que comenzó a gritar “acá mandó yo” y la agarró del brazo. En ese momento su hijo, de 13 años de edad, se interpuso entre ambos [...] Allí interviene también su otra hija, D. y nuevamente su hijo J. M. quien le dice a su padre “pégame a mí”. Es en ese momento en que ella tomó cuchillo que se encontraba en la mesa y se lo clavó a (C.). Enseguida llamaron una ambulancia [...] Cuenta, asimismo la encausada, que efectuó varias denuncias en contra de C. por amenazas y lesiones, mas nunca prosperaron [...] refiere que temió por la vida de su hijo, que tenía miedo que se lo mate y que sólo quiso defenderlo.

Testimonios directos sobre el hecho que corroboran el relato de la imputada: por la defensa se escuchan 4 testigos directos de los actos específicos de violencia:

Lo antes referido encuentra sustento en las declaraciones testimoniales de las hijas de la pareja, presentes en el momento del hecho [...] A mayor abundamiento, deponen dos vecinas que pudieron escuchar cómo acontecieron los hechos que aquí se investiga. Así la Sra. G... y la Sra. P... afirman haber escuchado gritos y rotura de vidrios, así como también al Sr. C. decir “ahora van a ver quien manda acá” y luego, los desgarradores gritos de los hijos (sic) decir “basta papá, basta”.

Constancia médica de lesiones físicas actuales: “El precario médico de fs. 16 determina las lesiones sufridas por la Sra. B., las que concuerdan con su relato en tanto ésta refiere que la víctima la tenía sujeta del brazo.”

10 Cámara de Apelaciones y Garantías Penal de La Plata, Sala 2°, La Plata, 19 de marzo de 2009. Causa Nro. B 14.826. Sala integrada por Ricardo Szelagowski, Sergio Almeida y Laura Lasaga. *A quo*, Juan Pablo Masi. Defensa particular, Mariano Loza Colomer.

Pericia sobre la escena del hecho:

La pericia de levantamiento de rastros [...] da cuenta que en la vivienda, más precisamente en el comedor, había fragmentos de botella de vidrio, observándose sobre la pared manchas de coloración violácea símil a la producida por bebidas alcohólicas (vino tinto), coincidiendo también con el relato efectuado por la imputada de autos.

Testimonios directos sobre hechos anteriores de violencia (frecuencia):

Las hijas de la pareja, presentes al momento del hecho [...] son contestes en cuanto su padre agredía sistemáticamente a su madre y a ellos [...] su madre temía por su vida y ellas también. [...] [P]resta declaración un vecino, que posee un [...] almacén, al que concurría toda la familia. Recuerda que en una oportunidad trasladó a la Sra. B. al hospital Gutiérrez pues tenía un importante tajo en la cabeza, ya que su concubino la había golpeado con un equipo de audio [...] varias veces vio a la nombrada y a sus hijas con golpes. En igual sentido declara otra vecina que vivía en una casilla lindante al interior vivienda de la imputada, quien manifiesta haber escuchado múltiples situaciones de violencia, y haber visto a la imputada con severos golpes”.

Valoración en la sentencia:

[C]on la precariedad de esta etapa procesal, pueden concluir los suscriptos que la Sra. V. B. se defendió de una agresión ilegítima y no provocada, por parte de su concubino que comenzó arrojando una botella de vino y luego continuó con golpes hacia ella y sus hijos, poniendo de este modo en riesgo no sólo su vida sino también la de su hijo menor que intentó protegerla, utilizando el único elemento que tenía inmediatamente a su alcance, tratándose éste de un cuchillo tramontina, obedeciendo ello a que el incidente se produjo mientras el grupo familiar intentaba almorzar [...] de un modo que a primera vista aparece como racional [...] su conducta estaría alcanzada por la justificante [...] Siendo ello así, se encuentra ausente el requisito del art. 146 inc. 1 del C.P.P.¹¹ [...] corresponde disponer el cese de la medida de coerción [...] RESUELVE: Hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa de la encausada B., y disponer el cese de la medida de coerción, debiendo hacerse efectiva la libertad en la instancia de origen, por los fundamentos expuestos en el considerando (arts. 146 inc. 1º -a contrario- 147, 210, 439 del C.P.P. y 34 incisos 6º y 7º del C.P.).

En cuanto al requisito de agresión ilegítima, el planteo de legítima defen-

11 Medidas de Coerción. Art. 146, Condiciones. “El órgano judicial podrá ordenar a pedido de las partes medidas de coerción personal o real cuando se den las siguientes condiciones: 1.- Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar”. Art. 147, (Texto según Ley 13.260) “Cese de la medida.- En caso de advertirse la desaparición de una o más condiciones, en cualquier etapa del proceso, el órgano judicial podrá disponer a pedido de parte o de oficio, el cese inmediato de la cautela oportunamente dispuesta. Si la petición obedeciera a una reevaluación del mérito de la prueba respecto de la imputación, ésta podrá ser formulada hasta el inicio de la audiencia de debate”.

sa es directo porque cuando suceden los hechos el ataque estaba ocurriendo: la imputada estaba siendo atacada por el torturador, quien inició el ataque y amenazó explícitamente con ataques inminentes a sus hijas/os. La defensa logró probar *prima facie* la existencia del ataque y su inicio por la víctima, con la declaración de la imputada y otros testigos directos, el precario médico y el levantamiento de rastros. La gran cantidad de prueba que avalan el relato de la imputada y su acogida por el tribunal dan cuenta de cómo, tanto la defensa como el propio tribunal, resuelven neutralizar el prejuicio estructural sobre la credibilidad de las mujeres.

Respecto de la necesidad racional del medio empleado, la imputada se defendió con un cuchillo tramontina de agresiones con puños y patadas durante un ataque. Aunque sin hacer referencia al ciclo de la violencia o a la tortura, la defensa marcó la escalada de la agresión (indagatoria), y usa antecedentes (testimonios) en que la imputada acudió a la justicia y al sistema de salud para terminar con la violencia, medidas que no funcionaron, a fin de explicar la conducta de la imputada. El tribunal dejó claro que no es exigible la identidad ni proporcionalidad del medio, o la opción por un medio menos lesivo; alcanzó conque, desde la percepción de la imputada, ese fuera el único medio inmediatamente a su alcance para defender su integridad y la de sus hijxs, aunque la ley no exige que sea el único medio, sino uno racional. No consideró que la racionalidad se viera afectada por las condiciones de ebriedad en que se encontraba la víctima. Por el contrario, la ebriedad de la víctima fue valorada con relación a la falta de provocación suficiente por parte de la imputada, junto con intentos de ella y del grupo familiar de eludir la violencia.

b) R. R., J. s/homicidio r/víctima, si me pegás no te duermas¹²

La imputada mató a la víctima mientras dormía (legítima defensa indirecta). La defensa no planteó la legítima defensa. Solicitó que la conducta sea calificada como homicidio preterintencional (Art. 81, inciso 1, letra b CP):

...el Sr. Defensor en sus alegaciones afirmó, reiteradamente, que su defendida nunca tuvo la intención de matar, es decir que no obró con el dolo que la figura de Homicidio simple, escogida por la Fiscalía, exige. También dijo que, debido a los constantes malos tratos que sufrió por parte de la víctima, tuvo mucho tiempo para

12 Cámara en lo Penal, Puerto Madryn, Provincia del Chubut, 26 de febrero de 2009, Carpeta N° 1.001/08, Legajo N° 7.462/08. Integran el Tribunal de Juicio Leonardo M. Pitcovsky, Rafael Luchelli y Silvia S. Martos. La fiscal es Marcela Perez y la defensa particular está a cargo de Ricardo Sartor y Bárbara Aranda. La imputada es una mujer boliviana de 58 años.

elaborar cómo matarlo y no lo hizo, habiendo obrado movida por un impulso para parar momentáneamente la situación.

El tribunal condenó a V.P.A. por homicidio simple a 8 años de prisión, a cumplirse bajo arresto domiciliario (Ley 26.472).

¿Qué elementos consideró determinantes el tribunal?

Sin dejar de lado que el Sr. Defensor no ha planteado en ningún momento de su alegato la posibilidad que su defendida haya obrado bajo el amparo de un tipo permisivo, voy a analizar la existencia o no de una causa de justificación [...] toda vez que no han habido elementos que pudieran acreditar signos de pelea entre P. A. y R. R., debo descartar de ese modo la posibilidad de una legítima defensa [...] Además, para el caso que la misma hubiera estado por sufrir, en forma inminente al momento del hecho, alguna agresión ilegítima, la circunstancia que la víctima estuviera acostado hace que el medio que habría utilizado para repeler esta supuesta agresión futura se torna absolutamente irracional.

El tribunal no consideró que la agresión sexual, el aislamiento y la violencia doméstica sostenidas por años configuraran agresión ilegítima actual:

Esa noche R. R. vino borracho y le empezó a pegar, la agarró de los pelos, a manosear. La imputada le pedía que duerma, que el chico estaba también despierto, pero él le decía que quería comer, le pedía que cocine. En el momento en que la trató mal, la víctima se recostó en la cama existente en el living y empezó a mensajearse con una supuesta mujer. Agregó que no tenía la intención de hacer eso pero como él la trataba de animal ella hizo eso [...] También debo decir, que dado que ha surgido de lo relatado por la testigo [...] que cuando la acusada quiso remediar su falta de instrucción intentando aprender a leer y escribir, tuvo que abandonar sus estudios por los requerimientos de la víctima.

No hay signos de pelea, dice, por lo que el tribunal descarta un ataque en curso: “Refuerza mi convicción lo testimoniado por el médico policial [...] quien señala que al revisar a V. P. A. cuando fue detenida no pudo constatar lesiones en la nombrada”.

Si el mal hubiera sido inminente, dice, el medio empleado es irracional:

Leído el informe y oído en la audiencia el facultativo, se debe colegir que el líquido que se le arrojó estaba en ebullición [...] y que la víctima estaba acostada no habiendo podido realizar ninguna maniobra útil para impedir que acaeciera el hecho. La cantidad de agua que le arrojara, la temperatura en que se localizaba dicho líquido y la posición en que se encontraba la víctima hacen como fácilmente representable lo que finalmente aconteciera, el deceso de R. R.

Este último informe es usado para confirmar que el ataque no estaba en curso, y que si había un ataque, el agresor había depuesto su actitud y se encontraba indefenso, que lejos de encontrarse en una situación donde su única

alternativa era matarlo, la imputada pudo elegir otra cosa en ese momento y no lo hizo (dolo).

En cuanto a este elemento, al no haber agresión ilegítima, el tribunal valora el dolo por fuera de un contexto de legítima defensa:

Tomando por cierto lo declarado por la imputada en el debate, entiendo que la misma no obró con dolo directo de matar sino con dolo eventual (aspecto conativo) y que el conocimiento que tuvo que el medio elegido, podía ocasionar el fallecimiento de R. R. si bien no puedo asegurar que fuera actual, al menos era, más allá de toda duda, actualizable. Digo esto porque le asiste razón a la Sra. Fiscal General cuando señala que cualquier persona sabe, por escasa o nula instrucción que tenga, los efectos del agua hirviendo.

Finalmente, el tribunal hace consideraciones respecto de la falta de provocation suficiente y de la existencia de alguna causal de inculpabilidad, descartando ambas:

...debo valorar los testimonios de la Psicóloga Forense [...] y el Médico Forense [...] para analizar si existió, al momento del hecho, alguna causa de inculpabilidad. Ambos profesionales señalan que la imputada tiene rasgos impulsivos. Es una persona con un gran primitivismo rodeada de un ambiente familiar enfermizo. La Lic [...] reseña en su informe y en su testimonio que la Sra. V. P. A. tiene un nivel intelectual fronterizo. Es analfabeta. Con posibilidad de emergencia de altos niveles impulsivos agresivos, prevaleciendo el tipo de respuesta conductual desajustada, heteroagresiva, explosiva, desorganizada. Con proclividad a irrupciones emotivas. Ha sufrido por parte de su marido situaciones diarias de grave maltrato físico y psicológico”.

A pesar de ello, tanto la psicóloga forense como el médico forense señalan que la Sra. A. pudo comprender la criminalidad de sus actos, por lo que el tribunal entendió que “no resulta de aplicación la eximente establecida en el Art. 34 inc. 1° del C.P.”.

Reiteramos que en el caso se tienen por probados ataques previos graves, así como la existencia de una discusión en curso. Además:

La psicóloga forense ha explicado que la imputada vive actualmente con su hijo J.C. de 27 años, quien sufre de retraso mental y parálisis cerebral. No puede caminar sólo ya que se pierde, debiéndole acompañar siempre su madre. Debe usar pañales ya que no puede controlar sus esfínteres. La acusada le debe ayudar en la alimentación y en la higiene básica. La testigo [...] explica que J. C. fue paciente de Salud Mental y cuando se buscó un referente para la contención del joven su madre fue la única persona que se mostró predispuesta para el tratamiento ya que no quería su internación. La testigo cree que sería terrible separar a César de su madre.

Aun así, prevalece en el tribunal –y la defensa– una visión del hecho que

descarta la legítima defensa, ignorando por completo la inminencia de la tortura. Mejorar la prueba de descargo sobre violencia de género hubiera sido relevante para poder ofrecer al tribunal otro contexto: la violencia doméstica se ejerce de manera continuada y múltiple, un ataque sucede a otro, y la imputada identifica esas situaciones de peligro. En los casos de legítima defensa, este tipo de prueba es relevante ya sea que los ataques anteriores sean similares o no, puesto que informa sobre cómo la mujer que es agredida evalúa el peligro, si el agresor cumple con sus amenazas, etc. En este caso, hubiera servido para probar la continuidad del peligro y la necesidad –y racionalidad– de la acción realizada para repelerlo. En esta sentencia también observamos el uso de estereotipos racistas, que perjudicaron a la imputada, quien era vista por el agresor como un animal, y por el tribunal también. Quizás hubiera mejorado la situación de la imputada desde la pericia psicológica, incluyendo preguntas específicas respecto de consecuencias y signos de tortura que ayudaran a correr el velo racista del tribunal¹³.

c) P. V., P. M., violencia económica¹⁴

El Tribunal Oral Criminal de Junín N° 1 condenó a P. M. P. V. a 8 años de prisión, accesorias legales y costas, por encontrarla autora penalmente responsable del delito de homicidio simple. La defensa no planteó la legítima defensa, sino directamente emoción violenta en el recurso de casación (inobservancia y quebrantamiento de los arts. 210, 371 inc. 4 y 373 CPP. Bs. As): “...una valora-

13 En mayo de 2007, la CIDH presentó el caso de Inés Fernández Ortega ante la Corte Interamericana “alegando la responsabilidad internacional del Estado por la violación, tortura y falta de acceso a la justicia para Inés Fernández Ortega, mujer indígena de 27 años de la comunidad Méphaa (comunidad tlapaneca), en Guerrero, México. La Comisión y los representantes sostuvieron que a pesar de que la víctima denunció el delito ante las autoridades, éstas no llevaron a cabo la investigación y sanción de la víctima con la debida diligencia. Asimismo, alegaron que las autoridades encargadas incurrieron en varias formas de discriminación combinadas en contra de la víctima, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica. De forma general, destacaron los retos adicionales que enfrentan las mujeres indígenas víctimas de violencia para tener un acceso adecuado y efectivo a la justicia, cuando son víctimas de violencia sexual”. Comisión IDH, “Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3/11/ 2011, p. 15, disponible en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ES-TANDARES%20JURIDICOS.pdf>.

14 Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala I, sentencia del 17 de mayo de 2007. Tribunal integrado por Benjamín Ramón Sal Llangués, Carlos Ángel Natiello y Horacio Daniel Piombo. Defensor particular, Carlos E. Torrens.

ción integral de la prueba no llevaría a [...] adjudicarle culpabilidad plena, sin ninguna clase de atenuante a su conducta...” sino a la “figura de la culpabilidad disminuida [...] o sea la emoción violenta que establece el art. 81 inc. 1 CPen”. El fiscal, en cambio, “califica de sólida y carente de fisuras a la sentencia en crisis. Replica también que el hecho de presentarse en el lugar munida de un arma blanca, esperar largo tiempo la salida de su ex pareja y que la víctima estuviera desarmada lo llevan a que la única adecuación penal es la seleccionada por el a quo”. El tribunal resolvió casar la sentencia y declaró aplicable la figura atenuada de emoción violenta, disminuyendo la pena y fijándola en 3 años de prisión (arts. 79 a contrario, 81 inc. 1a CP; 210, 373, 448, 450, 451, 456 párr. 1º, 460, 530 y 531 CPP Bs. As.).

¿Qué elementos consideró determinantes el tribunal?

Los reiterados hechos de violencia económica de la que era objeto la imputada a manos de la víctima no son considerados por el tribunal como constitutivos de violencia doméstica o agresión ilegítima, sino como detonantes de una emoción violenta:

Si la imputada ha sido veraz como lo han afirmado los expertos, entonces la conducta que puso [la víctima] para disparar ese estado es –en ese contexto– de entidad suficiente para encontrar excusables las circunstancias en que se verificara el hecho. Creo que el marco de autodeterminación que en el evento administró la imputada estaba francamente disminuido, rayano con la invalidación”.

En cuanto al estado emocional de la imputada durante los hechos, los resultados de las pericias psicológicas son contundentes:

...la acusada sufrió un estado de emoción intensa que dio paso a una agresión descontrolada, coincidiendo en los lineamientos de su descripción con la caracterización que sobre la emoción violenta hace Marianetti, José E...¹⁵ al señalar que ésta constituye una reacción vivencial anormal que altera el equilibrio psicoanímico y que se expresa como un paroxismo emocional, con bloqueo intenso del pensamiento reflexivo y de afectación de la voluntad [...] que es aguda, expresada por una vivencia psicotraumática, que se expresa a través de una conducta impulso agresiva, que culmina con una acción violenta.

También se considera relevante su estado psíquico posterior, revelador del desamparo aprendido, aunque esta circunstancia no es relevada explícitamente en relación con la violencia doméstica. La Lic. Bruno, de la asesoría pericial del departamento judicial de Junín, sostiene que la imputada:

¹⁵ Marianetti, José. E., *Emoción violenta. Interrelaciones psiquiátrico psicológica-jurídica*, Ed. Jurídicas Cuyo, 1999.

se muestra desde un principio con un fuerte estado psicoafectivo angustioso, desconcertada, como extrañada respecto de la situación en que se encuentra transitando [...] con dificultades para iniciar un diálogo, y denotando un profundo estado de abatimiento general [...] se destacan la referencia a su hija mayor, fruto de una pareja anterior que se ha ido a vivir con la madre de la imputada...

A mayor abundamiento, la profesional precisa:

el diagnóstico que marca la clínica y la técnica, y que habla de un yo estructuralmente débil, pero con posibilidades de defensa cuando se trata de defender sus afectos, como por ejemplo, sus hijos, todo en la base de una dependencia afectiva, una tendencia al sometimiento pasivo en la necesidad de ser reconocida, en una persona con tendencia introversiva constante [...] la imputada ama a la víctima pues ha sido ésta quien la ha “significado”, le ha dado “un valor”.

La misma entrevista refiere al desencadenamiento de la violencia doméstica, en su modalidad de violencia económica¹⁶, y en los medios que la imputada arbitra para superarla:

Destaca un primer tiempo de vida tranquila hasta que la víctima, ya pareja de la imputada cambia la actitud, pierde el trabajo y ya le cuesta, a la vez que se preocupa poco, por conseguir otro para el sustento de la familia, en tanto que también comienza con más salidas y a ausentarse de la casa y el núcleo familiar. La entrevistada compensa esta situación con varias cosas como la ayuda económica de su suegro [...] recogen cartones para poder venderlos y con la adjudicación de un plan Jefas y Jefes de hogar, puede afrontar de algún modo las necesidades de sus hijos [...] Da cuenta de que el día anterior a los hechos el imputado [...] le faltó un dinero -\$250- que le había demandado cinco meses de ahorro para festejarle el cumpleaños a esa hija que había decidido no vivir con ella [...] vive esta situación con remordimiento y que por ello era de importancia trascendental el poder cumplir con pedidos de su hija como lo era el pedido de festejo del cumpleaños, pedido que en realidad iba mucho más allá de sus reales posibilidades, pero que implicaba reparar en cierto modo lo que entendía como una falta materna, es decir el no poder criarla [...] no era la primera vez que le sustraía dinero, pero que en las anteriores oportunidades, en razón de su conformación personal y la dinámica de esa pareja, no había hecho nada.

A pesar de este reconocimiento, finalmente señala a la conducta de la víctima no como un acto defensivo, sino como:

...un hecho cometido por una persona que se inscribe en su historia y estructura como extemporáneo a las posibilidades de su psiquismo y descontextualizado de lo

16 La Ley 26.485, de “Protección Integral de la Mujer” (reglamentada mediante el decreto 1011/2010) define los diversos tipos de violencia a la que puede ser sometida una mujer así como también las distintas modalidades en que suele ser ejercida (artículos 5° y 6°); y pone en cabeza de los poderes del Estado la obligación de adoptar políticas y generar los medios necesarios para lograr los fines perseguidos por la norma (artículo 7°).

que diagnósticamente pudiera pensarse como producción conductual de esta persona y que una conjunción presentificada de historia, afectividad enajenada y especial circunstancia permitieron el irreparable suceso. El perito psiquiatra de la misma asesoría pericial, coincidiendo en un todo con las afirmaciones de la licenciada Bruno concluye diciendo que “al momento del hecho hubo un estado emocional de bronca que movilizó su conducta, no pudiendo representarse el daño que podía causar”¹⁷.

En este caso, ni la defensa ni los tribunales tuvieron en cuenta la posibilidad de reconocer en el caso la legítima defensa contra una violencia económica sostenida y grave contra la imputada, ya que no la visibilizan como tal. Los peritos no hicieron referencia alguna a la violencia doméstica ni a la situación de violencia económica como un tipo de violencia psíquica. La minimización de esta violencia llevó al tribunal a no considerar la agresión como ilegítima, y al no haber agresión física, mucho menos entendió que se trataba de una agresión permanente calificable de tortura, o que el medio fuera racional, entendiendo el homicidio como un caso de legítima defensa indirecta. Probablemente también en este caso hubiera sido útil complementar los peritajes con testimonio experto en derecho y violencia de género, a fin de asegurar la consideración de dichos marcos normativos aplicables al caso, los cuales han sido a nuestro entender arbitrariamente dejados de lado¹⁸. En función de ello, y a fin de probar la existencia de agresiones previas que ya no exhiben signos físicos o bien sometimientos y consecuencias mentales y emocionales, es que puede apelarse a una pericia psicológica.

17 Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan, con fuente en Roxin, Jescheck y Frías Caballero, que “Una neurosis grave puede causar inimputabilidad e incluso hasta involuntabilidad, sin perjuicio de lo cual cabe reconocer que es más frecuente que las neurosis den lugar a un estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto o a un error de tipo psíquicamente condicionado”. (Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000 p. 687.

18 Comisión IDH, “Estándares Jurídicos...”, 2011, *op. cit.*, p. 26; RIT F- N° 192-2008, RUC- 20 de octubre de 2008, Tribunal de Familia, Chile: “Esta sentencia versa sobre una denuncia por violencia intrafamiliar presentada por A.C.F.A. contra su cónyuge A.R.A.A. La víctima denuncia a su cónyuge por actos de violencia intrafamiliar presuntamente cometidos durante su matrimonio de 37 años, los cuales han hecho insostenible su situación familiar. Señala que su cónyuge ‘se encuentra en estado de ebriedad, circunstancia que aumenta su agresividad, y a pesar de haberse sometido en reiteradas ocasiones a tratamientos, finalmente éstos quedan inconclusos’. La víctima finalmente denunció los hechos por una amenaza de muerte del agresor, solicitando una medida cautelar de retiro inmediato del hogar común, y la prohibición de acercamiento a su domicilio particular y laboral [...] El Tribunal condenó al acusado de violencia intrafamiliar de carácter psicológico y otorgó la medida cautelar solicitada. En sus consideraciones, el Tribunal hace un análisis pormenorizado del problema de la violencia doméstica enfatizando su ‘cronicidad, habitualidad y permanencia a lo largo del tiempo’, y estableciendo un vínculo entre la violencia psicológica, física y sexual en dicho contexto”.

d) L., M.C. s/homicidio simple. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 1º de noviembre de 2011, L. 421. XLIV, recurso extraordinario interpuesto por el Defensor Pedro Eugenio Despouy Santoro.

El 3 de junio de 2005 a las 23 hs., la imputada mató a S.D.S. de un puntazo asestado con un destornillador, en la zona del tórax. La víctima convivía con ella y era padre de sus hijos. La Corte Suprema de Justicia de Catamarca no hizo lugar al recurso de casación interpuesto por el defensor contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de esa jurisdicción, que condenó a la imputada a 12 años de prisión por homicidio simple. Contra esa resolución, la defensa planteó el recurso extraordinario: "...si bien los tribunales descartaron la legítima defensa porque no existió agresión ilegítima, ya que, según los testigos, M.C.L. no estaba golpeada, de manera contradictoria, reconocieron que las fotografías incorporadas a la causa y un informe médico daban cuenta de sus lesiones".

La CSJN dejó sin efecto la sentencia recurrida y determinó que el tribunal de origen dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a la doctrina fijada en el fallo, que reconoce la legítima defensa de la imputada. La principal crítica que tanto el dictamen de la procuración como la CSJN hacen al fallo de la Corte de Justicia de Catamarca, es que "obvió o no consideró debidamente elementos probatorios esenciales para resolver el recurso de casación" (Fallos: 328:3399), privilegiando de manera arbitraria prueba de cargo y desestimando arbitrariamente prueba de descargo, fundando la sentencia de una manera ilógica. El dictamen de la procuración abunda en ejemplos de prueba producida o faltante en el caso y la forma en que debió ser valorada por el sistema de justicia en las diferentes instancias.

Una de las críticas es que se obviaron pruebas fundamentales para establecer el estado físico y psíquico de la imputada, que corroborasen su versión de haber "matado sin querer cuando se defendía de una golpiza, circunstancia que no fue analizada y valorada en su digna dimensión".

¿Qué elementos consideró determinantes el tribunal?

- En una foto se aprecia que a los pies del cuerpo de la víctima había un palo de escoba partido a la mitad en forma reciente y con manchas de sangre:

Y como la autopsia no da cuenta de ninguna otra lesión que no fuera [...] el puntazo mortal [...] debió plantearse la cuestión de si el golpe del brazo izquierdo de L. que muestra la foto de fojas [...], no habría sido hecho por un golpe con este palo, ya que [...] el hematoma está limitado por dos líneas paralelas compatibles, según la experiencia, a una agresión con este objeto. Lo que debió leerse en conjunto con

el golpe que se constató en el dorso de la mano del mismo brazo izquierdo y que configura una clara lesión defensiva. Evidencia que debió meritarse con lo que la misma imputada declaró en el sentido de que S. “me pegó con un palo de escoba, yo me defendí, no sé qué es lo que agarré para defenderme [...] me empezó a golpear de vuelta con el palo de escoba”.

- El médico legista examinó a la mujer en el servicio de obstetricia del Hospital a las cuatro horas del homicidio, e informó sobre las importantes lesiones:

flogosis y herida contuso cortante que compromete labio superior e inferior [...] hematoma lineal importante en cara externa de brazo izquierdo; dolor y hematoma en dorso de mano izquierda e impotencia funcional de dicha mano, lesiones éstas producidas por golpes con o contra elemento contundente; excoriaciones en miembros inferiores (rodillas) lesiones producidas por roce o fricción con o contra superficie dura y rugosa (arrastre); se objetiva también hematoma importante en región parietal izquierda, lesión producida por golpe con o contra elemento contundente. La causante presenta una gestación de entre el 5° y 6° mes. Todas las lesiones son recientes, tiempo de curación estimado en 28 días con 15 días de incapacidad, salvo complicación...

Todas las lesiones que la imputada dice haber sufrido de manos de su pareja, y que el magistrado describe una por una, fueron verificadas por el médico legista.

- Las lesiones se ven a simple vista en las fotos que sacó la policía.

- Si bien no se agregó la historia clínica como prueba ni se hicieron peritajes forenses, sí consta en la investigación que L. fue llevada de inmediato al Hospital:

donde quedó alojada por una semana [...] en el Servicio de Obstetricia (después fue trasladada a su casa para cumplir con el arresto domiciliario), lo que habla de la necesidad asistencial de la joven [...] con mayor razón debió dilucidar, teniendo en cuenta las demás evidencias, si el motivo de la internación de L., con un embarazo de cinco meses, obedeció a la crisis nerviosa y a las lesiones que presentaba, ya que otro problema de salud no tenía, según lo refleja el informe médico de ese entonces [...] que constató su buen estado general.

- Asimismo, la procuración consideró información pública del diario local La Unión para complementar la ausencia del peritaje forense y la historia clínica, que publicó información sobre el motivo de internación.

- El informe médico reporta sobre las condiciones psíquicas de la imputada unas 15 horas después de su aprehensión: “Según informe de la psicóloga, se encuentra en estado de crisis emocional. Por lo tanto no puede declarar”. La imputada cursaba:

una situación de crisis de angustia por efecto del suceso traumático acontecido. Manifiesta no haber sido su intención asesinarlo, sino que fue producto de repetidos episodios de violencia física y verbal de los que fue víctima por parte de él. Demuestra sentirse muy afectada y que los recuerdos del hecho le vuelven constantemente a su mente. El año pasado refiere haber perdido un embarazo por el abuso físico realizado por su pareja, esta vez sintió que su vida y la del bebé estaban en riesgo, y reaccionó sin medir las consecuencias, en medio de una pelea, en que era golpeada y amenazada su vida.

- En el acta inicial de actuaciones firmada por dos testigos, el fiscal, el secretario y los policías instructores, ellos dejaron constancia de que “esta alteración nerviosa ya había sido constatada por las mismas autoridades preventoras, cuando, al acudir a su casa, decidieron llevarla al hospital”.

- Al día siguiente del hecho, el médico de la policía informó al juzgado que L. “no se encuentra en condiciones de ser trasladada a la sede del juzgado”, y que “se le puede tomar declaración únicamente en el nosocomio”. Esta situación se reiteró 3 días después, y agregó que se encontraba recibiendo tratamiento psicológico.

- Se ordenó una pericia psiquiátrica que nunca fue completada. En el primer informe, la médica especializada en psiquiatría y coordinadora del departamento específico del Cuerpo Interdisciplinario Forense del Poder Judicial de Catamarca indicó, cuando habían pasado casi tres meses del hecho, que:

...todavía Cecilia L. estaba deprimida, seguramente por el puerperio, y con una actividad psíquica pasiva, por lo que se postergaba la entrevista [...] cursa angustia y dolor por los hechos que ocurrieron y que transcurren en un estado de emoción violenta [...] no se observan parámetros que denoten falta de control de los impulsos.

No hay estudios de las facultades mentales de L. ni constancias de que se le practicó el tratamiento psicológico aconsejado “...que podrían haber echado luz sobre [...] si padecía el síndrome de la mujer golpeada o abusada por su pareja”. La procuración estimó que los informes no eran lo suficientemente completos:

...no se explicó qué pruebas psicológicas se hicieron, ni qué método se aplicó, ni, aunque ello no formaba parte de manera explícita de los puntos de la pericia, si la personalidad de la victimaria se compadecía con la de una mujer abusada o golpeada; pero lo cierto es que esa falencia, no remediada en el juicio, exigía que se prestara una especial atención a las conclusiones de los médicos y se las sometiera a un análisis global.

- Se cuenta con el dictamen del perito de parte quien coincidió con que la imputada presentó “un cuadro depresivo tipo reactivo” y concluyó:

se puede interpretar la conducta homicida de la imputada dentro del marco de

la relación de opresión, de sometimiento utilizando el opresor una violencia sistemática para lograr su objetivo: la subordinación ciega. En estos vínculos alienantes y enajenantes en que la asistida no era dueña de sus acciones, la respuesta de ella a esa violencia no puede entenderse más que como una reacción emocional violenta.

- También consta la testimonial de G. sobre la frecuencia de la violencia doméstica y hechos anteriores:

...en varias oportunidades tuvieron discusiones fuertes, como cuando discutieron y ella rompió el microondas que éste le había regalado, lo que provocó que Sergio le pegara en esa oportunidad [...] cuando se peleaban ella se iba y volvía a los días, la única pelea fuerte que me enteré que tuvieron, fue la primera mencionada, a raíz de que ella lo denunció.

-Según 4 declaraciones testimoniales:

la puerta de la casa estaba cerrada con llave y la mujer, al parecer, no tenía ninguna copia, dos autos dificultaban el acceso, la ventana tenía rejas, y L., pese a sus intentos, no podía salir y gritaba pidiendo auxilio [...] como habría sido (la víctima) quien provocó el encierro, correspondía preguntarse qué rol cumplía ella en la pareja, respuesta que debió dar el órgano revisor a la luz de esta circunstancia, los dictámenes psiquiátricos, la conducta de la mujer después del hecho, y lo que ella misma explica en su indagatoria...

- El acta inicial dice que la ventana quedó “dañada en la parte media por la supuesta presión efectuada desde el sector interno hacia fuera [...] el día anterior al hecho no estaba rota, según el testigo G.”

Ante estas falencias:

el a quo aceptó, sin crítica alguna, dos tesisuras de la cámara de juicio [...] La de privilegiar, de manera arbitraria, lo que dijeron algunos testigos, en cuanto a que no vieron lastimada a la imputada [...] La de tomar lo que dijeron los testigos N..., G... y B..., en el sentido de que L., inmediatamente después del hecho, y habiendo ya salido de la casa, tropezó y cayó al piso, para extraer, en perjuicio de la imputada, la conclusión hipotética, y contradictoria respecto a la afirmación anterior, de que en esa caída pudo haberse hecho las lastimaduras que se constataron.

Tampoco el a quo consideró el menoscabo de salud de la imputada ni las condiciones psíquicas en las que se hallaba, que fueron descartadas “sin citar o basarse en estudios científicos, ni dar una explicación clara del porqué de esta interpretación parcial, infundada y prejuiciosa en contra de la imputada”. El argumento que descarta los informes por estar basados exclusivamente en entrevistas con la imputada, por lo que no serían “pericias en sentido estricto”:

no parece consistente, ya que aun cuando la inspección mental se hubiera ceñido a lo que la paciente relató, no se explica por qué en este caso no ocurrió lo que suele ocurrir en la práctica psiquiátrica, donde se da una confrontación entre el criterio de verdad intrínseca de lo que dice el paciente, y el análisis formal de su discurso, dialéctica en la que el médico encuentra su diagnóstico.

Por el contrario, los testimonios en contra de la imputada son de oídas, y provienen de vecinos no muy cercanos.

El voto de la Dra. Highton de Nolasco pone de relieve:

...en el fallo en crisis se expresa que aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del occiso respecto de la imputada, ha sido ésta quien [...] se sometió a ella libremente [...] de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo [...] del concurso de su voluntad [...] y [...] por esa razón, no puede invocarla para defenderse...

El *a quo* obvió completamente la Convención de Belém do Pará y la Ley 26.485, de Protección Integral de la Mujer (reglamentada mediante el decreto 1011/2010), en virtud de la cual:

...aquella afirmación del *a quo* para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso —a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario—, deriva que L. se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido.

La Dra. Argibay:

...comparte y hace suyas las consideraciones vertidas por la señora Ministra doctora Highton de Nolasco, en cuanto señala la palmaria contradicción de una afirmación del *a quo*, referida al libre sometimiento de la imputada a la alegada agresión ilegítima de parte del occiso, con las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer (“Convención de Belem do Pará”) y de la ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer (cfr. Puntos 3° a 5° de su voto).

Si bien en este caso la imputada se defendió de un ataque físico en curso, los estándares fijados por la procuración y la corte son aplicables a otros casos de violencia doméstica. Resultan especialmente útiles el reconocimiento de la frecuencia de la violencia doméstica, incluyendo la violencia psicológica y sus consecuencias, así como las aclaraciones en torno a los medios de prueba de esta violencia y su validez. También los testimonios y constataciones de violencia física indirecta: el reconocimiento de la ilegitimidad del encierro al que era sometida la imputada por la víctima.

e) C., C.S. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Penal, sentencia del 9 de junio de 2011, Nro. 130/2011. Sala integrada por Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y Luis E. Rubio. La defensa estuvo a cargo de Marcelo Javier Mundet.

El 5 de abril de 2011, la Cámara de Acusación confirmó el Auto Interlocutorio n. 155, de fecha 25 de octubre de 2010, dictado por el Juez de Control de la ciudad de Villa Carlos Paz, que rechazó la oposición a la prisión preventiva dictada en contra de C. S. C. Contra dicha resolución, recurrió en casación el defensor de la imputada, con dos agravios: pretendió la anulación de la confesión de la imputada en sede policial por no haber contado entonces con defensa técnica, y alegó la falta de fundamentos para sostener la prisión preventiva por más de un año. Reprochó el encierro cautelar por sustentarse en argumentos totalmente insustanciales en consideración a los antecedentes, formación y solvencia de su defendida, y alegó que la posibilidad de escapar de la Justicia era materialmente imposible para una persona de bajos recursos, como también lo era influir en la declaración de testigos que ya han depuesto; si alguna incidencia pudiera haber tenido sobre ellos ya la hubiera utilizado durante más de un año; por el contrario, alegó que todos los testigos eran hostiles a ella y denotaban un claro propósito de perjudicarla. No se hizo, por lo menos en esta presentación, ningún planteo de legítima defensa, ni acerca de la violencia doméstica de la que la imputada era víctima, la cual está *prima facie* acreditada en los testimonios de cargo.

Confesión:

El día 25 de mayo de 2010, a las 2.30 hs., personal policial de la Comisaría [...] tomó conocimiento de que a la vera del camino colector Carlos Paz [...] se encontraba el cuerpo sin vida de quien luego fuera identificado como D.M.G. (alias karateca) [...] declara el comisionado policial [...] ese mismo día, en horas de la mañana se presentó C. S. C., manifestando ser novia del fallecido [...] al notar personal policial actuante que se contradecía en los horarios y su cambio notorio de actitud, le repregunta [...] momento en que la mujer “rompe en llanto diciendo que ella no hizo nada, que fue C., alias Karateca” [...] narró cómo a raíz de un enfrentamiento que se suscitó con G., y cansada por las peleas continuas, condujo el automóvil del tal C. –llevando a éste– hasta encontrar a G. [...] haciéndolo detener su marcha [...] allí descendió C. con un arma de fuego, ingresando éste y G. entre los pastizales del lugar, perdiéndose de vista. Finalmente refirió que C. regresó con sus ropas manchadas con sangre, muy exaltado, diciéndole “vamos, apurate, ya éste no te molesta más”, mientras se cambiaba de ropa, la que arrojó en una bolsa de consorcio en un descampado del lugar.

Testimonios sobre la frecuencia de la violencia:

El comisionado [...] consignó que las averiguaciones del entorno del difunto describían a su pareja como una persona “problemática”, que “llevaba relaciones paralelas” [...] P. amplió significativamente la información: describió las desavenencias de pareja de su sobrino a raíz de las relaciones que C. mantenía con otros hombres y su ejercicio de la prostitución (esto último fue corroborado por múltiples testimonios –T...C...G...) [...] Dijo que días atrás G. le había comentado que encontró que su novia estaba en su domicilio manteniendo relaciones sexuales con otro hombre [...] También refirió las discusiones de los días posteriores [...] La abuela de la víctima, F.C.C. [...] dijo que el 24 de mayo su nieto regresó al domicilio, se bañó y cambió, oportunidad en la que recibió un llamado a su celular en el que una voz femenina lo instaba a apurarse, a la que identificó como C.C. [...] También su hermano M.G. sabía que ese 24 de mayo el fallecido iba al encuentro de su novia...

Sentencia: “Los tres Vocales del Tribunal *a quo* se expidieron positivamente acerca de la existencia de razones que evidencian el peligro procesal que importa la libertad de la encartada durante el proceso, aunque disintiendo en sus fundamentos [...] Rechazar el recurso de casación interpuesto por el [defensor de C.C.]...”.

Destaca la imputación el delito de homicidio calificado por alevosía y por el uso de armas (arts. 80 inc. 2 Ver Texto y 41 bis, CP), habiendo quedado también *prima facie* establecido que C.C. no participó materialmente de la comisión del homicidio. Los testimonios sobre la frecuencia de la violencia doméstica son presentados por la fiscalía como prueba de cargo, normalizando completamente tanto la violencia ejercida por el occiso como el hecho que quien lo mata también es una persona violenta, siendo el alias de ambos “el karateca”. No son tomados por la defensa ni por los tribunales, por alguna razón que no se explica, los mandatos contenidos en la Ley 26.485: no se realizan exámenes físicos o psicológicos a la imputada, ni se presenta prueba de descargo con relación a la violencia de género. En consecuencia, la investigación es deficiente, la valoración de la prueba es arbitraria, y la defensa no logra articular ningún planteo efectivo, mucho menos sustantivo, o articular una estrategia de legítima defensa.

Mención especial merece la consideración que el tribunal hace sobre la prostitución de la imputada (que no es una conducta criminal, ni que se impute en este juicio): considera relevantes y valora en ese sentido una cantidad de declaraciones sobre la conducta anterior y carácter de la imputada, presentados como prueba de cargo, violando la prohibición sobre la prueba de cargo vinculada a probar que una persona actuó de una forma determinada basada en su carácter o disposición personal, y sin considerar esta situación en términos

de violencia de género¹⁹. Tampoco se han realizado informes para acreditar la presencia de lesiones o pericias sobre el estado psicológico de C.C., a pesar de que hoy en muchos casos el derecho internacional y local también consideran a la prostitución como una forma de tortura, ejercida tanto por prostituyentes como fiolos. Esta es la realidad que, por lo menos en parte, viene a solucionar la CSJN con su sentencia en el caso L.,M.C (CSJN, 2011). La decisión del Superior Tribunal de Córdoba antecede por unos meses a la de la CSJN; a la luz del estándar fijado por la Corte por lo menos debió considerarse la violencia de género y doméstica en el caso.

f) M.C.V, legítima defensa en la oposición a la elevación a juicio. Juzgado de Garantías de Mercedes, N° 3, Provincia de Buenos Aires, sentencia del 17 de marzo de 2009²⁰.

El presente caso plantea que la ponderación de la prueba que haga el fiscal debe sostener la acusación, y no al revés. Esperar al juicio para ponderar la prueba de descargo vulnera el derecho de defensa. La fiscalía requirió la elevación a juicio contra M.C.V. por homicidio agravado por el vínculo. La defensa se opuso a ese pedido y solicitó el sobreseimiento de su asistida bajo el fundamento de que la imputada actuó en legítima defensa propia y de sus hijxs (Art. 34 inc. 6 y 7 CP).

Prueba de descargo:

Declaración de la imputada:

...que desde siempre su esposo le pegaba y era agresivo con ella y también con los chicos [...] que últimamente le seguía pegando [...] que la dicente siempre aguantaba que la golpeará a ella con tal que no le hiciera nada a sus hijos [...] que no sólo su familia, sino los vecinos tienen conocimiento de las golpizas que le daba J. [...] que todo el barrio la veía a ella como salía golpeada de su casa [...] Que el día de ayer [...] cuando llegaron J. ya empezó a pelear, entonces J. se fue y J. la siguió peleando, aclarando que estaba muy tomado [...] la agarra a la dicente de los pelos y la zamarreó [...] la dicente se puede soltar y se va al patio de la casa [...] J. la siguió y continuó golpeándola, M. se acerca y J. le pega a esta dos trompadas en el pecho [...] entonces M. fue y se encerró junto al bebé que tiene [...] J. le siguió pegando a la dicente, ella se va adentro de la casa y se sienta en la cama de su hija A., J. entra

19 Ross, Josephine, *Parece culpable, reformando la evidencia sobre buen comportamiento (good character evidence)*, 2004; Sánchez, Sonia, *Ninguna Mujer Nace para Puta*, Ed. Ediciones, 2011, reimpresión en Perú.

20 I.P.P. N° 264.424 seguida a M. C. V. por el delito de homicidio calificado. Carpeta de causa N° 7498, M.-mercedes, 17 de marzo de 2009. El titular del juzgado es Eugenio F. Lisciottto.

portando en la mano el palo [...] lo suelta y la agarra del cuello, se sube a la cama y con las manos la estrangulaba mientras además le mordía el brazo derecho, la dicente hizo fuerza y se tiró para abajo de la cama y ahí J. le golpea la cabeza contra el piso y la deja de morder. Después de esto J. se va para afuera de la casa diciéndole que le iba a pegar a su nuera [...] quien habla entonces agarro el palo que J. había dejado tirado y lo siguió, J. salió por la puerta del frente de la casa y la dicente iba atrás con el palo diciéndole que se dejara de joder, y viendo que J. iba para la casa de M. para seguir pegándole, con el mismo palo le pegó en la cabeza, la primera vez cuando J. estaba de costado parado a la altura de la puerta, ante el primer golpe J. da un cuarto de vuelta y la mira y allí quien habla le pega por segunda vez en la cabeza, cayendo éste al piso [...] Que quien habla en ningún momento quiso matar ni pensó que con esos golpes iba a matar a su marido, que lo único que quiso hacer es defenderse por los golpes que había recibido y evitar que J. le fuera a pegar a M. [...] que nunca pensó que con ese palo podía provocar esto “nunca se me paso por la cabeza, solo se defendió y la quiso defender a M...”

Constancia médica de lesiones actuales e informe psiquiátrico:

Informe médico [...] determina que la imputada M.C.V. al momento del examen presenta: traumatismo de cuero cabelludo con herida contuso cortante, excoriaciones en región cervical derecha, impronta dentaria en brazo derecho y contusión en brazo derecho. Todas estas lesiones son de carácter leve y de reciente data. El examen físico permite constatar cicatrices de antigua data, que acreditarían la preexistencia histórica de otros maltratos físicos.

Del informe psiquiátrico:

durante el desarrollo de los sucesos que acepta haber protagonizado, tenía aptitud para entender la naturaleza de las acciones que concretaba (comprender la criminalidad del acto) y gozaba de aptitud mental para manejar autónomamente su conducta (dirigir su acción), aunque tales capacidades estaban notoriamente debilitadas –no anuladas– por el efecto sobre su mente de un fuerte estado afectivo de contenido desagradable, en lo que en tribunales se suele designar “Trastorno mental transitorio incompleto” de origen emocional.

Pericia sobre la escena del hecho y autopsia:

Acta de procedimiento de fs.1 [...] personal policial [...] constituidos en el lugar de los hechos, constatan el fallecimiento de J.C.P. y que la imputada M.C.V. se hallaba en un estado de nervios y llorando, presentando diversas lesiones en su cara, cuello lado derecho y brazo derecho, con líquido pardo rojizo similar a la sangre humana en el sector parietal. Asimismo se procede a la incautación de un palo de ligustro [...] (ver fotografías...).

Del informe de autopsia surge:

Que la muerte se produjo en forma inmediata al trauma encefálico y cervical recibido [...] La explicación lógica que justifique las lesiones encefálicas encontradas al relacionarlas con el acotado trauma recibido, habría que buscarlas en una probable

condición de fragilidad capilar del encéfalo y de las meninges que lo revisten, posiblemente condicionadas por patologías hemorrágicas vinculadas con los antecedentes alcohólicos del occiso [...] es mi opinión que ni el traumatismo recibido ni el elemento utilizado por el agresor han tenido la suficiente jerarquía como para razonablemente ocasionar la muerte de la víctima.

Testimonios directos sobre la frecuencia de la violencia doméstica:

Que lo [...] manifestado resulta conteste con lo expresado [...] por la testigo M.G.G., la cual [...] refiere que en varias oportunidades vio que J. le pegaba a su mujer, que también agredía a los hijos, sobre todo cuando estaba ebrio [...] [L] as declaraciones testimoniales [...] prestadas por los vecinos [...] también tenían conocimiento que J.C.P. era agresivo y golpeaba a su mujer M.C.V., como también a los hijos. El segundo, incluso, narró sobre una herida con arma blanca infligida por J.C.P. a su hijo E. [...] E. E. P. refiere que tuvo muchas agarradas con su padre por las golpizas que le daba a su madre y en defensa de ésta, que en una ocasión en que se metió para defender a su madre, su padre con una cuchilla le dio una puntada en el hombro derecho de la cual posee una cicatriz. Que su padre a su madre le pegaba no solo con las manos, sino también con lo que encontraba, palo, cuchillo, ollas, con lo que tenía a mano. Esto sucedía sobre todo cuando se encontraba borracho.

Valoración en la sentencia:

...luego de la golpiza recibida por la aquí imputada por parte de J.C.P. (una de las tantas, recibidas durante su vasta relación), al observar que las agresiones continuarían con su nuera [...] decidió evitar el logro de tal cometido [...] Esta conducta [...] se presentó como la única posible realizar de acuerdo a las características del hecho [...] [L]a víctima acostumbraba a agredir a su esposa e hijo [...] utilizó para ello [...] hasta armas blancas; la imposibilidad de recurrir en auxilio de terceros, vista la actitud de indiferencia exhibida por vecinos en hechos anteriores similares [...] y que [de] haber optado por “tramitar” mediante el “911” la asistencia policial, hubiera sido demasiado tarde [...] satisface la exigencia de la inminente agresión ilegítima; la utilización de un palo de ligustro [...] asestado sólo en dos oportunidades, informan sobre la proporcionalidad del medio empleado, para impedirla; y, la ausencia de provocación suficiente, no sólo de quien detentó el rol de Defensor sino también de quien iba a ser agredida, forman mi sincera convicción sobre la concurrencia de la justificante legal que ampara a V. en el hecho incriminado (Arts. 34-7 en función del 34-6 del C. Penal).

...no encuentro sustento a la requisitoria fiscal de elevación a juicio [...] la conclusión vertida luego de ponderar la prueba [...] sin dar razones o motivar porque se llega a tal conclusión, resta posibilidad de conocer concretamente los argumentos para sostener la persecución penal en la siguiente etapa del proceso. Consecuentemente [...] corresponde sobreseer a M.C.V., al mediar en el delito imputado –homicidio agravado por el vínculo conyugal– una causa de justificación legal, con el alcance otorgado por el 322 del ritual y sin que haya resultado necesario en este caso, el tratamiento de las cuestiones conforme lo propone el 324 del Cód. cit. Por todo ello y de conformidad con lo dispuesto por los arts.105, 106, 209, 210 y 373 del CPP...

Si bien se trata de un caso de legítima defensa directa, durante un ataque (informe médico), el tribunal considera relevante la frecuencia y gravedad de la violencia doméstica en la configuración del requisito de agresión ilegítima y falta de provocación suficiente. Los testimonios sobre ataques anteriores con armas, o posesión de armas, o saber usar armas, pueden ofrecer buenos datos de contexto cuando no es evidente la necesidad racional del medio empleado en la defensa o para probar la tortura, como en este caso (testimonios, informe psiquiátrico).

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado, el tribunal valora los antecedentes de impunidad de la tortura sufrida por la imputada (violencia reactiva), aunque es problemático que, por otra parte, valore con detalle si la acción de la imputada era la única posible, y que su actitud fuera de no defenderse hasta un punto límite, lo cual, como señalamos, excede la ley, particularmente si se han valorado como relevantes hechos calificables como violencia doméstica, y teniendo en cuenta que en el caso la autopsia confirma la existencia de un factor objetivo que agravó el resultado.

g) A., G. H. s/ Homicidio simple, legítima defensa y desistimiento de la acción durante el alegato final del debate²¹

La fiscalía llevó a juicio a A.,G.H. por homicidio simple, y logró su arresto domiciliario preventivo. La defensa sostuvo en juicio que la imputada actuó en legítima defensa propia y de sus hijos (Art. 34 inc 6 y 7 CP), y la fiscalía, en el alegato, reevaluó la prueba y, de acuerdo con el principio de objetividad, admitió que la acción que propició su Ministerio, carecía de sentido.

El tribunal receptó la decisión fiscal, absolvió a la imputada y dispuso el cese del arresto, haciendo especial hincapié, como marco de la reacción defensiva, en las características del caso como violencia doméstica y en la ausencia de una respuesta institucional:

...las previsiones de la ley 12.569 no han servido de mucho en el presente caso y los diferentes mecanismos de contención (ya sean estatales o de entidades de bien público), o fueron mal empleadas por A. o poca atención prestaron a la problemática. Y es que resulta sumamente difícil advertir el drama interior de una familia y concretamente de una mujer golpeada cuando el propio núcleo familiar, mientras se sucede la tragedia, internaliza el conflicto y cierra sus puertas hacia el

21 Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial de La Matanza, Provincia de Buenos Aires. San Justo, sentencia del 16 de febrero de 2009. Causa N° 3950. Tribunal integrado por Gerardo Clemente Gayol, Franco Marcelo Fiumara y Javier Mario González. Fiscal Ariel Panzoni.

afuera acentuando aún más el problema. Sería conveniente en el futuro, una mayor dedicación de tiempo a este tipo de litigios acompañado de una menor vocación de penalización, teniendo presente que los errores de apreciación del conflicto real finalizan, en un número muy importante de casos, en tragedias como la presente.

h) Q.,J.L. s/ homicidio calificado, condena por homicidio preterintencional planteado en subsidio a la legítima defensa²²

La fiscalía al inicio del debate acusó a Q.,J.L. por homicidio agravado por el vínculo, pero en el alegato cambió la acusación por homicidio agravado por circunstancias extraordinarias de atenuación, de acuerdo al art. 80, inciso 1, y último párrafo del Código Penal. La defensa sostuvo que la imputada actuó en legítima defensa, y en forma subsidiaria, invocó que se trataba de un homicidio preterintencional, figuras previstas en los arts. 80 inciso 1, 34 inciso 6 y 81, inciso 1, letra b) del Código Penal (descartando exceso en la legítima defensa). En este marco, el tribunal entendió:

...el nudo central del caso está dado en desentrañar la existencia del Dolo directo de homicidio que propone la Acusación, aun en su variable atenuada o si en el caso el obrar de la atribuida estuvo dado en una causal de justificación o, en su defecto, en un accionar que si bien estaba dirigido a producir una lesión en el cuerpo de su esposo, no adquiría en la voluntad de la imputada la trascendencia que a la postre tuvo.

La prueba obrante consta de la declaración de la imputada, que incluye información sobre hechos constantes de violencia doméstica, la autopsia, registros médicos de lesiones actuales y el informe psiquiátrico. La imputada confesó la autoría material, se estableció que el deceso se produjo durante un ataque contra la imputada (constancia médica de lesiones actuales) y que su intención (dolo) no fue matarlo, sino hacer cesar el ataque (informe psiquiátrico). Sin embargo, en el presente caso, la credibilidad de la imputada fue cuestionada sin respuesta, y el tribunal acogió el planteo de homicidio preterintencional en subsidio, en lugar de declarar su inocencia.

Valoración en la sentencia:

En cuanto a la agresión ilegítima:

...vemos sí probados los malos tratos, humillaciones y agresiones que tanto físicas como síquicamente el occiso, en forma frecuente dirigía a su cónyuge, tenemos por cierto también que aquella fatídica mañana se produjo un incidente entre ambos cónyuges [...] Sin embargo, entendemos que en el caso no se hallan acreditadas

²² Tribunal Oral en lo Criminal de Trelew, Chubut, sentencia del 2 de mayo de 2011. Carpeta 2557, caso 24.233.

todas y cada una de las circunstancias que la defensa legítima propuesta [...] requiere, esto es: una la agresión ilegítima; la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y la falta de provocación suficiente, elementos que en la hipótesis planteada deben concurrir concomitantemente [...] lo cierto es que no existe otra pieza distinta a la de la eventualidad justificante, que la solitaria y precaria versión de la misma imputada, razón por la que la proyección que diera la Defensa al caso en punto a una legítima defensa no puede prosperar.

El tribunal valoró en doble sentido la declaración de la imputada: por una parte, consideró probada a partir de su relato la violencia doméstica, y junto con los registros médicos, la existencia de las agresiones durante los hechos. Sin embargo, consideró que ello no era suficiente para poner en duda la tesis fiscal, al no haber más prueba que corrobore los dichos de la imputada sobre el orden en que se sucedieron los hechos puntuales del ataque en curso. Esta exigencia ilegal es especialmente inapropiada en casos de violencia íntima, que suelen sucederse en el hogar y, como puede apreciarse de este conjunto de casos, más precisamente en la cocina. La presentación de testimonio experto sobre violencia de género, con el objetivo de corregir anticipadamente los prejuicios del tribunal, puede ser importante para sostener argumentos en los recursos frente a estos casos.

Respecto de la necesidad racional del medio empleado, la constatación de las lesiones es evidencia circunstancial, y para el tribunal sólo respaldaba que había una agresión en curso hasta cierto punto, por lo que no generó una duda razonable sobre la acusación fiscal, cuya prueba de cargo era la confesión de la imputada y la autopsia. Pero sí se otorgó a esta misma prueba la capacidad de generar una duda sobre la intención de matar a la víctima:

...es dable advertir que la particularidad de haber dirigido a la cara el cuchillo que utilizó, si bien habla de un lugar importante, no connota la intención de violentar órganos vitales [...] si efectivamente hubiera deseado asegurar la muerte de su esposo [...] estando la víctima sentada, de espaldas o bien de lateral a su agresora, ello hubiera posibilitado para la victimaria una múltiple lesión que no la hubo, o dirigir ésta hacia la espalda, en el pecho, o bien a otra zona del cuerpo de Q. en la que, desde el conocimiento común presupongan asegurar su deceso.

En cuanto a la falta de provocación suficiente, el tribunal valoró el informe psiquiátrico culpando a la imputada de la situación que originó la agresión “en la que se habría reeditado esta suerte de ‘vinculación desadaptada’, tal como la supo calificar la psicóloga forense al momento de su declaración”. La defensa no ofreció testimonio experto sobre violencia doméstica y sus efectos para contrarrestar los prejuicios de los jueces sobre la imputada. Cuando existe una historia de abuso en la que la imputada reconoce signos que desatan la escalada de violencia, puede servir apoyar estas declaraciones con testimonio experto

en derecho y violencia doméstica, con la finalidad de ilustrar al tribunal y establecer con claridad cuáles son en la materia los estándares internacionales, la normativa, evolución, los tipos de maltrato, las consecuencias, entre otras materias, para valorar la racionalidad del medio y la inminencia de la agresión. La Corte IDH reconoce una larga tradición en su uso, el cual se halla regulado en los artículos 2.23, 35.1.f y cc. del Reglamento del Tribunal (vgr. entre otros tantos, Casos Bulacio, Fermín Ramírez, Forneron)²³.

i) D.A.I., legítima defensa y recurso de casación²⁴

La sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial de San Martín condenó a la imputada a la pena de 10 años y 8 meses de prisión, accesorias legales y costas, por haberla hallado autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación.

23 “Un testigo experto es un testigo que, sin ser ofrecido como perito –porque el área de declaración no constituye estrictamente una experticia, o bien porque el núcleo de su declaración relevante no la requiere–, tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia. Sin ser exactamente un perito ofrecido como tal, mientras más expertizaje prueben las circunstancias concretas del testigo, más admisibles (relevantes) se tornan las opiniones de ese testigo en el área de experticia. En todo caso se trata de un testigo, es decir, alguien que presenció –o puede declarar sobre– hechos relevantes para el caso, pero que además está dotado de un cierto conocimiento o experiencia que lo habilita para dar opiniones o conclusiones que también son relevantes para el caso, no obstante, no haber hecho un ‘peritaje’ [...] El rol del testimonio experto es entregarnos la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado. En este sentido, el objetivo es explicar su significado en términos comunes. Esta información no puede ser entregada al tribunal por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance del sentido común. Por lo mismo, nos vemos en la necesidad de recurrir a un experto o especialista. Pero atención, esto supone que el tribunal requiera precisamente esa opinión experta, pues si el perito comparece a declarar algo que podría ser apreciado por el tribunal sin necesidad de contar con conocimiento experto, el perito sería innecesario”. Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio, *Litigación penal*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2004; Bergman, Paul, *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y La Oralidad*, Segunda Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995; Goldberg, Steven, *Mi Primer Juicio Oral ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994; Stern, Paul, “Preparación y presentación de testimonios de expertos en juicios de abuso infantil. Guía para testigos expertos y abogados”, disponible en: www.amparoyjusticia.cl/seminario2011/docs/2011/stern_preparacion_de_testimonios_de_expertos_en_juicios_de_abuso_infantil.pdf

24 Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, sentencia del 18 de febrero de 2009. Causa N° 23.734. Tribunal integrado por Horacio Daniel Piombo y Benjamín Ramón Sal Llugués. Fiscal Adjunta, Alejandra Marcela Moretti. Defensor Oficial Carlos E. Adrian.

En primera instancia, la defensa planteó los hechos como homicidio preter-intencional, con la concurrencia de legítima defensa en subsidio. En el recurso de casación, denunció el tratamiento erróneo de los hechos y una valoración absurda de la prueba por el tribunal *a quo*, ya que no estaría probado el dolo requerido por la figura del homicidio agravado por el vínculo, y se agravia del rechazo al planteo subsidiario oportunamente introducido.

El tribunal de casación admitió el recurso presentado por la defensa y absolvió a A. I. D. del delito de homicidio agravado por el vínculo por la concurrencia de la legítima defensa propia, y dispuso la libertad de la imputada. En palabras del tribunal, la “consideración sociológica de la violencia de género”, ausente en el análisis del *a quo*, hace que éste dé una “errada recepción típica al *factum* verificado en estos autos”. Los prejuicios de género del *a quo*, que lo llevan a la errada recepción típica, no se expresan de manera directa, sino mediante estándares de legítima defensa superiores a los exigidos por el Código Penal y, por tanto, ilegales.

¿Qué elementos consideró determinantes el tribunal?

Sobre la agresión ilegítima, consideró suficiente la declaración de la imputada:

El discurso de la imputada habla a las claras de una agresión en curso de impredecibles consecuencias (pisar la cama para saltarle encima corroborable por la trayectoria del proyectil) y nada en el fallo permite sostener que la imputada haya mentado un ápice en el relato de esa vida en clave de Via Crucis.

Para descartar la concurrencia de la legítima defensa, el *a quo* ha dicho: “...No existió en mi criterio un plus que aumentara el peligro de la encartada más allá de su integridad física sin afectarse otros bienes jurídicos. Esto corresponde a una visión de la situación en que se ha normalizado la golpiza del varón a la mujer (“no era sino una más”). Esa “normalidad” es tomada en cuenta para señalar que no había “un serio peligro real e inminente” [...] Esto, que no está explicado en el fallo, puede significar que no mediaba peligro de muerte, cosa que excede el reclamo de la justificante que sólo exige la agresión ilegítima y no suficientemente provocada. Pero el caso es que contingentemente, ¿cuándo y por qué podría haberse descartado un ataque que resultara letal?

Sobre la necesidad racional del medio empleado, valora especialmente el contexto de violencia doméstica y su gravedad:

Qué debe esperarse en un caso como el presente para que pueda operar un permiso de salvaguarda de la integridad física, no ya de la devastada integridad psíquica? [...] Cuando uno asume una actitud defensiva (imágenes la que reclama el *a quo*) lo que quiere es invalidar al agresor, lo que en los términos de la propia ley, bien que

referida a las defensas presuntas importa legitimarla “cualquiera sea el daño ocasionado al agresor”. En la moderna doctrina el dolo es un dato avalorado que revela el querer del sujeto y que –si se da en el contexto de una defensa legítima– es de herir o matar para conjurar el peligro. La necesidad racional del medio empleado es –como siempre– un dato a valorar contingentemente y entonces es cuando le juega en contra al a quo haber sostenido que las palizas eran normales y no quedaba más que tratar de salir corriendo asumiendo el peligro de ser perseguida aún por una escalera hacia abajo. El análisis del caso en el *hic et nunc* reproduce completamente la exigencia legal del permiso: medió agresión ilegítima y no provocada (ni suficiente ni insuficientemente), una constante en el caso de los golpeadores y el medio elegido –una pistola de calibre menor dirigida al vientre– aparece como necesario (no se puede reclamar que se exponga a la huida desde la planta alta para afrontar la bajada de la escalera con una agresión en curso) y racional, porque sólo por el derrotero del proyectil –componente de azar– el disparo fue mortal.

En este caso, el tribunal de casación reafirmó el derecho de las mujeres a usar un arma para repeler la violencia, aún si el atacante sólo lo hace a manos limpias. Asimismo, reafirmó que no se le puede exigir a la imputada que eluda la agresión en lugar de defenderse, en especial si tal escape la expone, o bien a peligro, o a un eventual resultado más grave.

Aunque el caso juzgue hechos ocurridos durante un ataque en curso, la evidencia sobre ataques anteriores, sean similares o no, es relevante para informar sobre la percepción del peligro de la imputada. Este caso, además tiene la particularidad de contrarrestar el prejuicio sobre el deber de huir, respondiendo *por qué no se fue y por qué tenía un arma de fuego si ella no empezó*: “El dormitorio donde se desencadena el final de esa historia de recurrentes palizas estaba en la planta alta y hay un registro de una caída de la mujer por la escalera de la que resultó una internación por la rotura de una vena”.

j) M., A. C. s rec. de casación ²⁵

El Tribunal en lo Criminal N° 2 de Lomas de Zamora condenó a la imputada a 18 años de prisión por homicidio calificado por el vínculo, cometido en 2006 bajo circunstancias extraordinarias de atenuación, en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra. La defensa expresó que en el caso era aplicable la legítima defensa, y que al valorar la prueba “los sentenciantes tomaron y modificaron a su antojo la declaración de [un testigo directo de evidencia circunstancial] y dicha circunstancia vicia de nulidad el fallo pues constituye un

²⁵ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, 2010. Causa N° 8553 (Registro de Presidencia N° 30640). Tribunal integrado por Daniel Carral y Dr. Víctor Horacio Violini.

supuesto de arbitrariedad”. Afirmó que “no existe un solo elemento que tienda a acreditar que [la imputada] haya cargado el revólver con un proyectil y que lo haya puesto en condiciones de ser utilizado con el fin de provocar la muerte de [la víctima]”. El fiscal adjunto manifestó que el recurso debía ser acogido parcialmente, ya que el monto de la pena debió ser menor teniendo en cuenta “las especiales circunstancias de vida que llevaron a [la imputada] a cometer el delito”. El tribunal de casación resolvió absolver a la imputada, entendiendo que resultaba aplicable la legítima defensa.

¿Qué elementos consideró determinantes el tribunal?

Agresión ilegítima:

El tribunal considera relevante que el *a quo* admitió la violencia doméstica grave y constante, pero no la valoró adecuadamente:

[L]a relación marital existente entre la víctima y victimario, fue caracterizada como violenta por los propios sentenciantes [...] [L]os hijos del matrimonio [...] [declaran que] [...] vi a mi mamá muchas veces con el ojo morado y con la boca hinchada [...] sé que estuvo internada y perdió el bebé [...] el día que la internaron yo me había metido a separarlos [...] –resultando también lesionado el joven–; agregando Y.Y.M. [...] estuvo internada porque perdió un embarazo y por los golpes que le había dado mi papá...

Se suma prueba documental que corrobora la frecuencia de la violencia: historia clínica y denuncias efectuadas por la imputada sobre violencia física y moral, habiendo resultado un embarazo como consecuencia de la violencia sexual y un aborto por golpes de su esposo durante un ataque pasado.

El planteo de la legítima defensa no sólo es conducente por tratarse de un caso de violencia doméstica, sino por haber sucedido el hecho durante un ataque. Lxs hijxs de la pareja y hasta el propio sentenciante de primera instancia:

comprobaron que la pareja –momentos previos al luctuoso suceso– tuvo una discusión, pues la víctima reclamaba relaciones sexuales cuando, en paralelo la imputada se encontraba en la cama por las dolencias ya [...] la agresión verbal que había comenzado su marido, y otras tantas veces terminó a los golpes, hace aparecer aquí el requisito de la “actualidad” de la agresión recibida que incluye que ésta sea inmediatamente inminente [...] siendo que la discusión ya se había iniciado –discusiones éstas que conforme se acreditó a lo largo de las actuaciones ya eran asiduas en la pareja y terminaron en distintas ocasiones con episodios de violencia física ejercida [...] sobre la imputada– nada contraindica la inminencia de una agresión ilegítima y la indudable falta de provocación suficiente por parte de M., siendo que por otra parte nadie lo afirma en la sentencia.

El *a quo* no sólo valoró la prueba sobre la violencia doméstica arbitraria-

mente al minimizarla, sino también al no entender que en todo caso debía des-articularla con grado de certeza suficiente como para eliminar cualquier duda razonable respecto a la existencia de una agresión ilegítima.

Necesidad racional del medio empleado: La muerte de la víctima se produjo por el disparo con un arma de fuego. La imputada declara (y un testigo confirma), haberla recibido para protección de su familia. El perito balístico dictaminó que el arma "...era apta de manera fortuita para producir disparos..." y que fortuito "es casual, puede salir o no el disparo, no está en dominio del tirador si va a salir o no el disparo..."

El tribunal destaca:

nadie relata en el debate ni se refleja de la prueba incorporada por lectura, que el arma la haya adquirido con el fin de matar a su esposo [...] la certeza que dicen tener los juzgadores de que la misma fue cargada por la imputada, no resulta ser derivación razonada de la prueba rendida sino más bien una mera inferencia sin sustento legal [...] tampoco se le podría exigir a alguien que no es idóneo ni conocedor del tema de armas –como resulta ser la imputada– que efectúe un disparo intimidatorio o menos lesivo [...] en el caso en análisis ello podría haber influido en la respuesta de una consecuencia más grave [...] la necesidad de una defensa como dato objetivo y real o como imaginado por la imputada, no puede descartarse, pues en el caso, no contaba con otro medio menos lesivo para repeler certeramente la agresión.

De acuerdo con Righi:

El principio según el cual se debe utilizar la alternativa menos lesiva, se relativiza en función del hecho de que el agredido no tiene porqué correr ningún riesgo [...] no es exigible que se arriesgue a luchar con los puños, si no está seguro de salir con heridas; como tampoco ha efectuar un disparo de advertencia, cuando sea posible que no tenga éxito y ello motive que sea víctima de la agresión.

A pesar de este claro estándar, el tribunal creyó necesario dar cuenta de que el arma empleada podía no funcionar y que no fue comprada para defenderse de su pareja, lo que resulta sobreabundante en un caso de tortura como el presente. Si bien en este caso pareciera que no existía, si existiera, el dolo de matar estaría justificado.

La necesidad racional del medio empleado es valorada también en atención a las características del ataque en curso y de los bienes en juego:

...el deficiente estado de salud en el que se encontraba la imputada al momento del hecho, la insistencia de su marido en mantener relaciones sexuales más allá del estado referido y las consiguientes agresiones verbales ante la imposibilidad demostrada por [la imputada]; como así también los previos comportamientos violentos de [la víctima] [...] no puede afirmarse que el arma de fuego haya sido un medio desproporcionado, en relación a las circunstancias que rodearon el momento del hecho.

k) B., E. R., Cámara Penal de Rosario, sala 4ª, sentencia del 17/11/2010²⁶.

En 2009, Edgar B. mató a su yerno. La víctima estaba pegándole a su esposa y arrastrándola por el suelo frente a su madre cuando llegó B. con un cuchillo, a lo que la víctima le arrojó una silla, y se le abalanzó diciéndole que lo iba a matar (testimonios, indagatoria). B. le dio dos puñaladas. El tribunal de primera instancia lo condenó por homicidio simple, pero en noviembre de 2010 la Cámara lo absolvió por considerar que:

Su acción se enmarca [...] en una legítima defensa no ya de tercero sino propia, y no puede en principio considerarse desproporcionada o irracional la acción desplegada cuando de la autopsia [...] surge la existencia en el occiso de dos heridas provocadas por el cuchillo, una letal pero la otra superficial que no penetra y no compromete por ende ningún órgano interno y vital. Si bien no existen datos objetivos para establecer cuál de las dos heridas fue la primera y cual la segunda, el imperativo contenido en el art. 5 CPP Santa Fe obliga a partir de la alternativa de que haya sido la leve e intrascendente para la vida la primera, lo que evidenciaría un primer intento de frenar la peligrosa acometida de [la víctima] con ese puntazo suave y casi de advertencia, y la posterior necesidad de aplicar un segundo puntazo al comprobar que el primero –al igual que el intento de asustar– no había obtenido el éxito que se esperaba. No se advierte en esta hipótesis ni siquiera una alternativa de exceso, y menos aun cuando el dolo homicida puede ser apreciable sólo como eventual a la luz de las manifestaciones que ya viéramos y en tal sentido vierten tanto su esposa como su hija y mujer de la víctima...

Este caso es ejemplar de lo que los tribunales requieren hoy día para tener por acreditada una duda razonable en favor de la imputada, lo que entienden por *verosimilitud suficiente* al valorar la prueba de descargo: probada la conducta y su adecuación típica, toca a quien esgrime la legítima defensa arrimar los datos que permitan reunir elementos de juicio que demuestren su presencia, si no con total certeza, al menos con suficiente verosimilitud como para generar un grado de probabilidad suficiente, que instale la duda fundada, razonable y seria.

l) A., P. D. Tribunal Nacional Oral y Criminal N° 9, sentencia del 7/12/2006²⁷.

La mañana del 26 de septiembre de 2005, P. A. mató de un navajazo a M.O.

26 Expediente n. 1472, año 2010 del registro de Cámara, causa procedente del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de Sentencia n. 7 de Rosario, donde radica bajo el n. 441 del año 2008. Integran la Cámara Daniel Fernando Acosta, Rubén Darío Jukic y Ramón Teodoro Ríos.

27 Integran el Tribunal Luis M. García, en su carácter de presidente, Fernando R. Ramírez y Luis M. Cabral. Ministerio Público Fiscal, Sr. Fiscal General, Oscar A. Ciruzzi, querellante Osvaldo G. Paje, con su letrado Carlos H. Meira, y en la defensa del imputado, el Defensor Público Oficial, Claudio M. Armando.

La fiscalía lo acusó por homicidio con exceso en la legítima defensa. El Tribunal Nacional Oral y Criminal N° 9 adhirió a la defensa y consideró que la víctima inició el ataque ilegítimo, y que A. actuó en legítima defensa, absolviéndolo en 2006. Tuvo acreditado (testimonio de personal del bar y de 2 amigas) que el imputado discutió en un bar con marineros de la Prefectura naval Argentina después de que estos agredieran a sus dos amigas que lo acompañaban, y que luego se retiró. Cuando estaba en la puerta esperando a una de ellas, la víctima salió junto a 3 marineros más, alguno de ellos le rompió la mandíbula de un golpe de puño (radiografías), el imputado huyó y la víctima lo persiguió, y fue entonces que el imputado lo mató (testimonios, indagatoria).

En los fundamentos de la sentencia, el tribunal desarrolla la valoración de los hechos:

El imputado ha dicho que usó la navaja de modo defensivo frente a las agresiones de un número plural de personas. Nada indica que esto no fuese cierto. La fiscalía admite que fue agredido, y que el imputado reaccionó defensivamente. Sostiene sin embargo que actuó de modo excesivo respecto de M.O., y que debe responder por ese exceso [...] No hay duda alguna de que [...] nadie le atribuye haber realizado alguna agresión física contra alguno de los integrantes del grupo de marineros [...] Al contrario, la salida de M. O. aparece como un acto de venganza o retorsión [...] el tribunal no encuentra que el imputado hubiese provocado esa agresión [...] En último lugar se presenta la duda acerca de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. No se trata aquí de una mera medición cuantitativa de la intensidad o dañosidad de los actos defensivos, porque los medios no son racionales ni irracionales, sino que lo “racional” califica al juicio sobre la necesidad de defenderse con ese medio. Son las posibilidades concretas de impedir o repeler la agresión las que resultan dirimientes [...] El tribunal no puede avanzar en otras direcciones por falta de elementos de convicción suficientes, por ello, no puede afirmar, fuera de toda duda razonable que el imputado se hubiese excedido en los límites que la necesidad imponía a su derecho de defensa. Se pronunciará, pues por su absolución.

Este caso es demostrativo de lo requerido actualmente por los tribunales para tener por acreditados los presupuestos de la legítima defensa durante un ataque físico. Observamos que en comparación con los casos de violencia doméstica, la prueba que se presenta es notoriamente mínima, la inocencia se mantiene sin pericias especiales o exigencias sobre la frecuencia de la violencia, o la opción por un medio menos lesivo, ni una agresión ilegítima cuya gravedad sea equiparable a la tortura, revelando la carga extra que el sexismo penal impone a la defensa. Entre otras cosas, el reconocimiento de la violencia como tortura se dirige a normalizar la procedencia de la legítima defensa, en el sentido de eliminar el resultado discriminatorio de su aplicación racista, miso, lesbo homo y transfóbica.