





JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR  
DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA SOBRE  
VIOLENCIA DE GÉNERO



**PODER JUDICIAL DE LA  
PROVINCIA DE CÓRDOBA**

---

**CENTRO DE PERFECCIONAMIENTO RICARDO C. NÚÑEZ**

**JURISPRUDENCIA DE LA SALA  
PENAL DEL TRIBUNAL  
SUPERIOR DE JUSTICIA DE  
LA PROVINCIA DE CÓRDOBA  
SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO**

*Extractos de fallos sintetizados y sistematizados temáticamente*

— **1** —

**SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIAS GENERALES O TEMÁTICAS  
DE SALAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

Córdoba - Argentina  
2021

**Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba**

Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba sobre violencia de género: extractos de fallos sintetizados y sistematizados temáticamente / compilado por Cecilia R. Torri; M. Valeria Trotti; Carolina Wierzbicki Pedrotti; coordinación general de Álvaro E. Crespo. - 1ª ed. - Córdoba: Centro de Capacitación Ricardo C. Núñez, 2021.

87 p.; 23 x 16 cm. - (Selección de jurisprudencias generales o temáticas de Salas del Tribunal Superior de Justicia; 1)  
ISBN 978-987-4406-08-8

1. Derecho Penal. 2. Violencia de Género. 3. Jurisprudencia. I. Torri, Cecilia R., comp. II. Trotti, M. Valeria, comp. III. Wierzbicki Pedrotti, Carolina, comp. IV. Crespo, Álvaro E., coord.

**CDD 345.025**

Los interesados en adquirir esta publicación, podrán solicitarla en:  
Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez  
Poder Judicial de la Provincia de Córdoba  
Caseros 550 - C.P: 5000 - Córdoba, Argentina  
capacitacion1@justiciacordoba.gov.ar  
Para mayor información: [www.justiciacordoba.gov.ar](http://www.justiciacordoba.gov.ar)

**PODER JUDICIAL DE LA  
PROVINCIA DE CÓRDOBA**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

Sebastián LÓPEZ PEÑA

*Presidente*

Aída TARDITTI

Domingo SESIN

Luis Enrique RUBIO

Mercedes BLANC DE ARABEL

María Marta CÁCERES DE BOLLATI

Luis Eugenio ANGULO

*Vocales*





**Coordinación, compilación, síntesis y sistematización:** Cecilia R. Torri, M. Valeria Trotti y Carolina Wierzbicki Pedrotti (integrantes de la Relatoría Penal del TSJ Cba.).

**Colaboración:** Karina del V. Maldonado, Mariana Irós, M. Dolores Aguad, Ignacio Sánchez Gavier, Santiago Sánchez Gavier, Maximiliano G. Videla, Sebastián F. García Amuchástegui, Pablo A. Bernardini, Alejandra A. Nader, Lucrecia del M. Aceto, Fernando M. Comúñez, Víctor H. Ferla García, Silvia A. Donetto, Guillermo Funes, Tristán Villada Medina, M. Belén Monti, Carolina L. Del Blanco (integrantes de la Relatoría Penal del TSJ Cba.).

**Supervisión general:** Álvaro E. Crespo (Relator de la Sala Penal del TSJ Cba.)



## Prólogo

Actualmente, existe una profusa labor jurisprudencial relacionada con la temática de la violencia contra la mujer por parte de los tribunales de nuestro país, tanto a nivel nacional como provincial, en sintonía con lo que ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, y en paralelo al desarrollo de una legislación cada vez más específica.

Ello acaece particularmente en el ámbito del derecho penal, pues los delitos contemplan las conductas que más claramente reflejan esa violencia, sin perjuicio de la vinculación con otras ramas del derecho o de la regulación propia en cada una de ellas. De modo que la violencia contra la mujer se presenta también en conductas que no son delitos, pero estos son los que, por lo general, reflejan los atentados más graves: así sucede con los femicidios, las lesiones, las amenazas y coacciones, los abusos sexuales, las privaciones ilegítimas de la libertad, etcétera.

En ese contexto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, con su actual integración, ha mantenido y reforzado una línea jurisprudencial firme sobre esa materia iniciada hace no pocos años, aplicando en sus sentencias las pautas que surgen de los compromisos asumidos por el Estado argentino en la materia.

En concreto, temas clásicos de derecho penal sustantivo, procesal penal y ejecución penal se resuelven con la denominada “perspectiva de género” y adquieren una visión particular: así sucede con la legítima defensa, la comisión por omisión, la acción penal como condición de punibilidad, la emoción violenta y las circunstancias extraordinarias de atenuación como formas de culpabilidad disminuida en el homicidio y las lesiones, las figuras penales nuevas como el homicidio agravado por mediar violencia de género (femicidio) y el homicidio transversal o vinculado, la valoración de

las pruebas y del testimonio de la víctima, la participación de esta última en el proceso penal, la prisión preventiva, la individualización de la pena, la prisión domiciliaria, la suspensión del juicio a prueba, etcétera.

De ese modo, los conceptos y presupuestos desarrollados durante años por la dogmática penal son tratados bajo una nueva luz o perspectiva que, empero, *no desconoce su esencia*; antes bien, tiene por objeto la correcta aplicación de la ley de acuerdo con las características propias que presentan estos casos.

Tal desarrollo jurisprudencial, por su complejidad y extensión, hacía absolutamente necesario un trabajo de recopilación y sistematización que resultara fácilmente asequible a los interesados, sin perjuicio de la publicidad de todos los fallos del Tribunal Superior. Por ello se tomó la decisión, alentada por los vocales de la Sala Penal,<sup>1</sup> de elaborar la sistematización jurisprudencial que aquí prologamos, y que la Relatoría pone a disposición de los operadores jurídicos y del público en general a través del Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez”.

Como podrá verse, los fallos citados –respecto de los cuales se reproducen fragmentos sintetizados– exponen las nociones fundamentales sobre la violencia de género y señalan circunstancias que resultan centrales o dirimientes en este tipo de casos y que no siempre son debidamente valoradas. Asimismo, señalan la necesidad de identificar y evitar aspectos ajenos al delito investigado o juzgado, o que impiden una correcta intelección del caso, como sucede con los llamados “estereotipos de género”.

Contemplan también a la mujer víctima de violencia de género en cuanto imputada de algún delito, pues ello puede acarrear consecuencias en el análisis de eventuales eximentes de responsabilidad que, con alguna plausibilidad, se invoquen (justificación o exculpación). Así, los requisitos de la legítima defensa, de la emoción violenta, de las circunstancias extraordinarias de atenuación, deben atender al contexto señalado. Lo cual, bien entendido, no significa un factor de desigualdad en favor de la mujer en detrimento del hombre sino, simplemente, atender a las circunstancias relevantes del caso a los fines de determinar cabalmente su responsabilidad penal, bajo el estándar –que rige para todo imputado– marcado por el *in dubio pro reo* y la relevancia de este último en el momento de la condena.

---

<sup>1</sup> Doctores Aída Tarditti, Sebastián López Peña y María Marta Cáceres de Bollati.

Todo ello, en definitiva, impone hacer foco en la efectiva protección de la mujer víctima de la violencia mediante una eficaz investigación y un correcto enjuiciamiento de los casos. Sin desconocer, por supuesto, las garantías constitucionales del imputado, en particular la ya referida presunción de inocencia como garantía consustancial a un Estado de derecho, o, por caso, el derecho de defensa y el debido proceso, los principios de legalidad y reserva, la irretroactividad de la ley penal, o la indispensabilidad de la privación cautelar de la libertad durante el proceso.

Con este compendio, pues, se acerca a los operadores jurídicos una herramienta fundamental para el estudio, análisis y resolución de este tipo de casos, de manera que las pautas a las que se ha obligado el Estado argentino en orden a la investigación, juzgamiento y castigo de los casos de violencia contra las mujeres, contenidas en el marco jurídico constitucional y supranacional relativo a la violencia de género, sean observadas por los distintos tribunales provinciales.

En ese camino, y para una correcta y útil aplicación de los criterios que allí se reseñan, el operador jurídico deberá prestar especial atención a las características del caso que está en sus manos. Pues, como recuerda la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan”.<sup>2</sup>

Bajo tales parámetros, la difusión de la jurisprudencia de la Sala referida a esta temática constituye un aporte en aras de asegurar el respeto a la dignidad de las mujeres que son víctimas de violencia, a los fines de eliminarla en todas sus formas.

Es necesario destacar la excelente tarea de las funcionarias que se ocuparon de la compilación, síntesis y sistematización de las resoluciones: las abogadas Cecilia Torri, Valeria Trotti y Carolina Wierzbicki. Asimismo, la colaboración de los demás funcionarios de la Relatoría Penal en la

---

<sup>2</sup> CSJN, “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo, 1988, Fallos: 33:162; “Arriola”, 25/8/2009, Fallos: 332:1963 (voto Argibay); “Acosta”, 22/8/2017, Fallos: 340:1084; “Dapero”, 8/10/2019, Fallos: 342:1660.

individualización de los fallos más relevantes en la materia. Y reconocer, también, la iniciativa del exrelator Enrique Buteler en la elaboración de este tipo de compendios jurisprudenciales, que tiene como antecedente el titulado “Criterios jurisprudenciales del TSJ sobre peligrosidad procesal en la prisión preventiva” que se difundiera hace poco tiempo a través del Boletín Judicial, y en la realización de las síntesis de fallos de la Sala ampliamente difundidos en el fuero penal y que nutrieran incluso algunas publicaciones particulares, tarea también estimulada en su momento por la exrelatora Mónica Traballini. Destacar, por último, la tarea silenciosa de los exmiembros de la Relatoría que se ocuparon de tales menesteres y que los actuales miembros no hacemos sino continuar.

Queda, pues, en manos de los operadores jurídicos, una herramienta conceptual y hermenéutica que, con seguridad, orientará y facilitará la investigación, el análisis y el enjuiciamiento eficaz de los hechos de violencia contra la mujer con el objeto de asegurar su castigo, con el debido respeto de las garantías constitucionales que rigen el proceso penal.

*Álvaro E. Crespo*

Relator de Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Mayo de 2021

# JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO

## NOTA PRELIMINAR

El presente trabajo es el resultado de una tarea conjunta de recopilación y sistematización de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba sobre violencia de género, llevada adelante por quienes integran la Relatoría Penal.<sup>3</sup>

Esta divulgación responde a las labores propias de la Sala Penal y tiene fundamentalmente en miras proveer herramientas a quienes, como agentes, intervienen en la práctica judicial frente a las complejidades que presenta la resolución de este tipo de casos. En función de este objetivo, cabe destacar que este tipo de difusión responde al cumplimiento de los deberes que compelen a los poderes del Estado y, en particular, al Poder Judicial, para dar adecuada respuesta a quienes padecen este grave flagelo según lo exigen las normas y organismos internacionales que regulan la materia.

---

<sup>3</sup> Quienes integran esta oficina judicial han contribuido mancomunadamente a identificar y producir el material sistematizado. La categorización y actualización aquí presentada ha sido realizada en etapas por: Cecilia Torri, Valeria Trotti y Carolina Wierzbicki, con la supervisión general de Álvaro Crespo, Relator de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Para su lectura y comprensión, es útil considerar que los precedentes que se detallan a continuación son distribuidos bajo títulos y subtítulos que anticipan el *resumen* de su contenido. Para revisar más detalles referidos a citas directas o indirectas y otras fuentes de información que nutren los fallos, se deberá recurrir a las sentencias señalizadas en cada apartado. A su vez, se agrega una lista de abreviaturas y siglas utilizadas en el trabajo.



# ÍNDICE

<b>I. RESPONSABILIDAD ESTATAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO .....</b>	<b>25</b>
1. Normas fundamentales que fijan deberes jurídicos del Estado argentino referidos a la discriminación y violencia contra las mujeres...	25
2. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley nacional n° 26485, Ley provincial n° 10352) .....	26
2.1. Incorporación del femicidio en el art. 80 inc. 11 del CP (Ley nacional n° 26791) .....	26
2.2. Violencia sexual en relaciones interpersonales (Ley nacional n° 26485).....	26
3. Deberes del Poder judicial .....	27
3.1. Deber de juzgar con perspectiva de género .....	28
3.2. Deber de juzgar con perspectiva de género en el caso de mujer imputada y víctima de violencia.....	28
3.3. Deber de identificar casos de discriminación indirecta .....	29
3.4. Deber de tomar medidas de acción positiva frente a casos de desigualdad real.....	30
3.4.a. <i>Ejemplos de valoración de casos de desigualdad real y sus                 consecuencias en el proceso y en las decisiones judiciales.....</i>	<i>30</i>
3.5. Deber de debida diligencia frente a casos sospechosos .....	31
3.5.a. Obligación de adoptar el deber de diligencia según organismos interamericanos y nacionales.....	32

3.5.b Obligaciones del Ministerio Público y de los tribunales en casos de imputadas víctimas de violencia de género .....	33
4. Rol del Tribunal Superior de Justicia .....	34
<b>II. VIOLENCIA DE GÉNERO. NOCIONES GENERALES.....</b>	<b>34</b>
1. Normas convencionales (“ <i>corpus iuris</i> ”) .....	34
2. Relación entre violencia contra la mujer y discriminación .....	34
3. Relación entre violencia contra la mujer y derecho a la igualdad.....	35
4. Violencia de género y violencia familiar: coincidencias .....	36
5. Violencia de género y violencia familiar: diferencias .....	36
6. Proyección transversal de la violencia de género.....	38
<b>III. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO.....</b>	<b>38</b>
1. Noción .....	38
2. Consecuencias de la creación y uso de estereotipos de género.....	39
3. Deberes del Estado y de los poderes judiciales frente a los estereotipos.....	39
4. Efectos del uso de estereotipos en las decisiones judiciales.....	40
5. Ejemplos del uso indebido de estereotipos .....	40
<b>IV. INTERSECCIONALIDAD. CASOS .....</b>	<b>43</b>
1. Mujer y diversidad funcional.....	43
2. Mujer, pobreza y prostitución.....	43
3. Mujer embarazada .....	44
<b>V. DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA. PROMOCIÓN DE OFICIO EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO .....</b>	<b>44</b>
1. Lesiones leves.....	44
2. Abuso sexual .....	45
<b>VI. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO .....</b>	<b>45</b>
1. Consecuencias de la subsunción convencional de un caso penal como de violencia de género .....	45

2. Dudas sobre la subsunción convencional del caso penal como de violencia de género. Principio <i>in dubio pro reo</i> en <i>probation</i> .....	46
3. Criterios diferentes en la evaluación de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba de la una mujer imputada en situación de vulnerabilidad respecto de los coimputados.....	47
4. Casos en los que la Sala consideró que no había “violencia de género” .....	49

**VII. PRISIÓN PREVENTIVA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO ..50**

1. Incidencia de la violencia de género en la procedencia de la prisión preventiva antes de la condena .....	50
2. Incidencia de la violencia de género en la procedencia de la prisión preventiva después de la condena .....	51

**VIII. PRISIÓN DOMICILIARIA DURANTE EMERGENCIA NACIONAL POR COVID-19 EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....51**

**IX. REGLAS PROBATORIAS EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....52**

1. Pautas para la valoración de la prueba de la violencia de género .....	52
1.1. Pautas generales para la valoración de la prueba en el caso de mujer imputada víctima de la violencia de género .....	53
2. Deber de analizar probatoriamente el contexto violento en que ocurrió el hecho .....	55
3. Deber de analizar el relato de la víctima .....	56
4. Deber de analizar el tiempo de victimización .....	57
5. Pautas para la valoración probatoria en delitos sexuales .....	58
6. Los deberes para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer no derogan garantías constitucionales del imputado ni autorizan a penar a quien es inimputable.....	59
7. Deber de fundar una sentencia absolutoria basada en la falta de prueba y el estándar de casación que rige su objeción.....	59

<b>X. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE DELITOS CUYA ESTRUCTURA TÍPICA CONTIENE EL ELEMENTO “VIOLENCIA DE GÉNERO”</b> .....	<b>60</b>
1. Interpretación de la expresión cuando “mediare violencia de género” del art. 80 inc. 11 del CP. Coincidencia entre subsunción típica y convencional .....	60
1.1. <i>Femicidio</i> .....	60
1.2. <i>Lesiones calificadas por mediar violencia de género</i> .....	60
2. Valoraciones jurídicas y culturales. Identificación de estereotipos culturales .....	61
3. Vaguedad de la expresión violencia de género .....	62
4. Un caso paradigmático de femicidio: homicidio de la mujer que está en una relación de pareja o expareja con un varón .....	62
5. Ámbitos dónde puede ocurrir el femicidio: innecesariedad de la existencia de un contexto de violencia doméstica o de pareja .....	63
6. Hechos que revelan la relación de desigualdad de la mujer respecto del varón. Contenido y clases de violencia.....	64
7. Innecesariedad de la presencia de características particulares de la víctima (“mujer débil”).....	66
8. La situación de desigualdad como característica de violencia de género debe estar descripta en la acusación .....	66
 <b>XI. CASO SOSPECHOSO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: RELACIÓN DE PAREJA EN TÉRMINOS DEL ART. 80 INC. 1 CP</b> .....	<b>66</b>
1. Noción de “relación de pareja” .....	66
2. Alcances en cuanto a la identidad sexual y género .....	68
 <b>XII. EXCLUSIÓN DE EXCUSAS QUE REDUCEN LA PUNIBILIDAD CUANDO SE CONECTAN CON CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO</b> .....	<b>68</b>
1. Homicidio en estado de emoción violenta. Noción. Requisitos .....	68
2. Inexcusabilidad de homicidios cometidos en emoción violenta en contextos de violencia de género .....	69
3. Homicidio agravado cometido mediando circunstancias extraordinarias de realización.....	70

4. La reacción del varón ante la decisión de la mujer de separarse de hecho en contextos de violencia de género no exculpa como circunstancia extraordinaria de atenuación del homicidio agravado por el vínculo.....	71
5. La existencia de violencias contra la mujer previas al homicidio impide la aplicación de la excusa prevista en el art. 80, <i>in fine</i> , del CP .....	72
6. La reacción del varón ante la decisión de la mujer de entablar una relación sentimental con otra persona, no exculpa como circunstancia extraordinaria de atenuación del homicidio calificado por alevosía contra su nueva pareja.....	72

### **XIII. DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....73**

1. Encuadramiento de delitos en supuestos de violencia de género. Diferencias entre subsunción típica y subsunción convencional.....	73
2. Modo de analizar el contexto que determina la subsunción convencional en violencia de género .....	73
3. Deber de juzgar con perspectiva de género en el análisis de las normas.....	74
4. Revisión de los presupuestos de la legítima defensa o su exceso en casos de mujeres imputadas víctimas de violencia de género .....	74
5. Circunstancias extraordinarias de atenuación alegadas por la imputada víctima de violencia de género .....	76
6. Delitos de comisión por omisión .....	76
7. Amenaza y coacción .....	77
7.1. Requisitos típicos .....	77
7.2. Idoneidad de la amenaza o la coacción en contextos de violencia de género.....	78
7.3. Irrelevancia que también configure un supuesto de “stalking” .....	78
7.4. Coacción calificada por el uso de arma en un caso de violencia de género .....	79
8. Delitos sexuales.....	79
8.1. Violencia sexual contra la mujer. Marco convencional y legal .....	79
8.2. Abuso sexual como manifestación de violencia contra la mujer ...	80

8.3. Medidas legislativas que implicaron un avance en el reconocimiento de los derechos vinculados a la integridad sexual de las mujeres (Ley nacional n° 25087) .....	81
8.4. Valoración del contexto para interpretar el tipo penal y las exigencias probatorias en relación con la falta de consentimiento .....	81
8.5. Deber de investigar el contexto aun cuando no se trate de delitos .....	82
8.6. Falta de consentimiento. Irrelevancia del oficio de la víctima .....	82
8.7. Violencia sexual por intimidación.....	82
8.8. Inadecuada distinción entre las figuras del art. 119, segundo y tercer párrafo, del CP en razón del género de la víctima .....	83
<b>XIV. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....</b>	<b>84</b>
1. Violencia de género y violencia familiar como circunstancia agravante de la pena .....	84
2. Límite: pena pedida por el fiscal en un juicio abreviado .....	85
3. No se viola la prohibición de doble valoración en la ponderación de contextos de violencia de género (o familiar) como circunstancia agravante de la pena .....	85
4. La reiteración delictiva como circunstancia agravante no viola la prohibición de doble valoración dadas determinadas singularidades de los casos de violencia familiar y de género .....	85
5. Graduación de la violencia como criterio para individualizar la pena .....	86
6. La consideración como circunstancia agravante de la pena la mayor vulnerabilidad de la víctima.....	87
7. La consideración como circunstancia agravante de la pena de contextos de violencia de género (y/o familiar) no viola el principio de igualdad .....	87
8. Condena condicional en delitos de violencia de género .....	87

## Abreviaturas y siglas

<b>CADH</b>	Convención Americana de Derechos Humanos
<b>CEDAW</b>	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
<b>CP</b>	Código Penal
<b>Conv. Belém do Pará</b>	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>CSJN</b>	Corte Suprema de Justicia de la Nación
<b>Comité CEDAW</b>	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
<b>MESECVI</b>	Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará
<b>PIDCyP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos





## I. RESPONSABILIDAD ESTATAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

### 1. Normas fundamentales que fijan deberes jurídicos del Estado argentino referidos a la discriminación y violencia contra las mujeres

El Estado argentino se ha comprometido a adoptar las reglas fijadas por el *corpus iuris* vinculado a la violencia de género. En esa línea debe asumir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer (art. 2 de la CEDAW), y también políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (art. 7 de la Conv. *Belém do Pará*), que constituye un modo especialmente grave de discriminación. Del mismo modo, está obligado a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 incs. b de la Conv. *Belém do Pará*), cuyo acto sea perpetrado tanto por el Estado como por particulares (art. 4 de la CEDAW). Igualmente, le corresponde tomar todas las medidas apropiadas e incluir medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7 incs. de la Conv. *Belém do Pará*). Asimismo, debe 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 incs. f de la Conv. *Belém do Pará*).

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017; “Correa”, S. n° 167, 22/5/2017.*

## **2. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley nacional n° 26485)**

### **2.1. Incorporación del femicidio en el art. 80 inc. 11 del CP (Ley nacional n° 26791)**

A nivel nacional, las directrices internacionales en materia de violencia de género se plasman en la Ley nacional n° 26485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que plantea como objetivos promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (art. 3 inc. c). A su vez, el Congreso de la Nación sancionó la Ley nacional n° 26791 que modifica el art. 80 del Código Penal e incluye el inc. 11° como una modalidad de homicidio agravado cuando fuere cometido por un hombre en contra de una mujer y mediare violencia de género. A través de dicha norma, se pretende incorporar un elemento más de protección a la mujer para una vida sin violencias.

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017.*

### **2.2. Violencia sexual en relaciones interpersonales (Ley nacional n° 26485)**

A nivel nacional, la Ley nacional n° 26485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, a la que adhirió la Ley provincial n° 10352, establece, entre los tipos de violencia sexual, 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. Esta violencia incluye 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.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Silva”, S. n° 419, 26/8/2019; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019; “Huamani Vergara”, S. n° 311, 17/9/2020; “Rodríguez”, S. n° 467, 4/11/2020.*

### 3. Deberes del Poder Judicial

La administración de justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, los cuales incluyen los derechos de las mujeres. Es así que, en especial, la ponderación de la CIDH sobre el impacto de los estándares del sistema interamericano o vinculado a asuntos de género comienza con el análisis de sentencias judiciales. En ese contexto, el Poder Judicial debe destacarse por enviar mensajes sociales que avancen en la protección y la garantía de los derechos humanos. Esta actividad comprende en particular la aplicación de las normas encaminadas a proteger a sectores en particular riesgo de sus derechos humanos, como las mujeres. Con ello, el Poder Judicial adquiere un rol activo en la prevención y reparación que tales afectaciones acarrear.

La tarea jurisdiccional no debe ser sustanciada al margen de las directivas marcadas en materia de violencia de género por los documentos y organismos internacionales con los que el país se encuentra vinculado. No es menor la necesidad de que la violencia contra las mujeres sea tomada en serio por el sistema de justicia, lo que exige, más allá de la aplicación de criterios adecuados de evaluación de riesgo y la adopción de medidas en consonancia con ellos, un total cambio de perspectiva que permita dimensionar la complejidad de este fenómeno.

Al respecto, la Corte IDH, con miras a los deberes de los Estados de similar tenor contenidos en la CADH, ha sostenido que la impunidad ante las violaciones de los derechos humanos existe cuando hay falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH, siendo que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles. Ello en la medida que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018; “Cufre”, S. n° 310, 16/9/2020; “Aguirre”, S. n° 448, 30/10/2020; “Sarmiento”, S. n° 30, 12/2/2021.*

### **3.1. Deber de juzgar con perspectiva de género**

La perspectiva de género debe impregnar el análisis del hecho y las normas aplicables al caso (conf. apartado 5 de la Introducción y subtítulo III de la Recomendación General n° 28, del 16/12/2010, del Comité CEDAW; véase también Corte IDH, *Caso González y otras -Campo Algodonero- vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 540; *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Sentencia del 25 de octubre de 2012, párr. 252; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, Sentencia del 19 de mayo de 2014, párr. 216; *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 326, entre muchos otros). Es por ello que es el juez quien debe incorporar una perspectiva de género en los supuestos donde la dogmática está impregnada de un criterio androcéntrico.

*TSJ, Sala Penal, “Correa”, S. n° 167, 22/5/2017; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017; “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018; “Silva”, S. n° 419, 26/8/2019.*

### **3.2. Deber de juzgar con perspectiva de género en el caso de mujer imputada y víctima de violencia**

El Comité de Expertas MESECVI, en la Recomendación General N° 1 sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres, ha advertido acerca que muchas mujeres han sido responsabilizadas por haber terminado con la vida o haber provocado una lesión a sus agresores, siendo ellas víctimas de agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales. En razón de la complejidad de estas situaciones, el organismo convencional ha recomendado que se aplique la perspectiva de género y un adecuado análisis contextual de la situación en la que ocurrió el caso en concreto, en miras a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos de las mujeres. Además, propuso que se incorporen estándares internacionales en la valoración de la prueba en casos que involucren violencia contra las mujeres, donde se incluyen sus testimonios.

*TSJ, Sala Penal, “López”, S. n° 507, 12/11/2020.*

### 3.3. Deber de identificar casos de discriminación indirecta

La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando la ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre (conf. apartado III de la Recomendación General n° 28, del 16/12/2010, del Comité CEDAW).

Al respecto, se subrayó la importancia de adoptar una “Política de Igualdad de Género” por parte de las altas jerarquías del aparato judicial, basada en el reconocimiento de las diferencias entre las mujeres y los hombres, y la necesidad de considerarlas en todas las acciones que se ejecuten, para que su resultado garantice a todas las personas el respeto a sus derechos, las oportunidades reales para su pleno desarrollo humano y la voluntad institucional de un verdadero acceso a la justicia (1° Declaración en relación al Acceso de las Mujeres a la Justicia de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia de distintos Estados, en la que participó Argentina).

El criterio de considerar el impacto diferenciado que la violencia causa en hombres y en mujeres ya ha sido tenido en cuenta por la Corte IDH en diversos precedentes (véase *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 223, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, entre otros).

En dicho sentido, se adhiere a la idea de que tomar la perspectiva de género en materia de derechos humanos permite, entre otras cosas, visualizar inequidades construidas de manera artificial, socioculturalmente y detectar mejor la especificidad en la protección que precisan quienes sufren desigualdad o discriminación. Ofrece, pues, grandes ventajas y posibilidades para la efectiva tutela de las personas y concretamente, de las mujeres (véase voto del juez *ad hoc*, Ramón Cadena Rámila, en Corte IDH, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia del 24 de noviembre de 2009).

Incorporar la variable género implica analizar cómo esta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no son “idénticos”.

*TSJ, Sala Penal, “Correa”, S. n° 167, 22/5/2017; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017.*

### ***3.4. Deber de tomar medidas de acción positiva en la revisión de casos de desigualdad real***

Hay que reconceptualizar la igualdad formal y entender que no basta con proclamar que los hombres y mujeres deben ser tratados por igual, sino que para alcanzar realmente esa igualdad y remontar las desventajas a las que han sido sometidas de manera sistemática las mujeres, es necesario establecer un trato diferente. En efecto, la igualdad jurídica es la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente de que los titulares sean diferentes entre ellos, mientras que las discriminaciones jurídicas son las que excluyen a algunos sujetos de titularidad de algunos derechos fundamentales. También existen las discriminaciones de hecho, que son aquellas que se desarrollan a pesar de la igualdad jurídica en las oportunidades. Las garantías de la igualdad contra esa disparidad de tratamiento de las deferencias pueden ser de dos tipos, aquellas en las que la diferencia no es relevante como fuente de discriminación o privilegio y aquellas en que la diferencia es relevante para no ser discriminada ni privilegiada; este segundo tipo suele evidenciar y dar relevancia a las diferencias, es el caso de las llamadas “acciones positivas o afirmativas”.

*TSJ, Sala Penal, “Araujo”, S. n° 428, 26/9/17; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018.*

#### ***3.4.a. Ejemplos de valoración de casos de desigualdad real y sus consecuencias en el proceso y en las decisiones judiciales***

El contexto de violencia de género puede suponer posibilidades menguadas de respuesta de una mujer que ha sufrido maltrato en forma sistemática y que vivía bajo condiciones de control.

*TSJ, Sala Penal, “Correa”, S. n° 167, 22/5/2017.*

Una mujer adulta tiene plena capacidad para decidir si instar o no una acción penal, pero si se encuentra inmersa en un contexto de violencia de género podría hallarse menguada su voluntad, justamente, por el obrar de un hombre que la quiere dominar.

*TSJ, Sala Penal, “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017.*

La mujer adulta inmersa dentro de un contexto de violencia de género ejercida por su pareja, no se encuentra en condiciones de igualdad real. Por lo cual, es razonable que el o la fiscal de instrucción active la reserva legal de la acción pública de oficio. Más aún, si se tiene en cuenta que lo contrario significaría descontextualizar la violencia que padece la mujer, pues se mantendría la acción solo en relación al delito investigado de oficio mas no para el dependiente de instancia privada.

*TSJ, Sala Penal, “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018.*

### **3.5. Deber de debida diligencia frente a casos sospechosos**

Ante casos sospechosos, las características de la violencia de género deben revisarse según el contexto en que ocurre. Dicho contexto demanda la exploración de la relación autor/víctima sin caer en estereotipos, a través de informes o pruebas técnicas que incluyan también las personalidades de ambos, y el análisis de las características cualitativas de la violencia, en vista al rasgo que hace a la identidad central de la violencia de género. Todo caso sospechoso debe ser investigado en lo atinente al contexto, para descartar o confirmar si se trata de violencia de género.

Conforme a la Recomendación n° 28 del Comité CEDAW, los Estados suscriptores de la Convención están obligados a proceder con la diligencia debida para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar esos actos de violencia por motivos de género. Específicamente, la Convención de *Belém do Pará* establece el deber estatal de actuar con *la debida diligencia* para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7, inc. b).

Estas obligaciones de debida diligencia adquieren una connotación especial en relación a la violencia de género reflejado en la CADH, por la preocupación en el hemisferio de la gravedad del problema de la violencia y su relación con la discriminación. Al respecto, la jurisprudencia interamericana destaca la importancia de que una investigación debe efectuarse

con seriedad y no como una mera formalidad destinada de antemano al fracaso. Por ello, la Corte IDH ha sostenido que, si bien es difícil probar en la práctica que un homicidio o acto de agresión violenta contra una mujer ha sido perpetrado por razón de género, dicha imposibilidad a veces deriva de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y sus causas.

Este deber de diligencia en la investigación es una carga del acusador público. Así, se ha sostenido que por el deber convencional las autoridades estatales tienen la obligación de investigar *exoficio* las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer. En esta materia, la Corte IDH ha considerado que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general.

A su vez, refiere que ello también envía un mensaje según el que la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Sostiene que, en la medida que existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017; “Gallo”, S. 111, 11/4/2017; “Correa”, S. n° 167, 22/5/2017; “Silvero Venialgo”, S. n° 244, 28/6/2017; “Quinteros”, S. 282, 24/6/2017; “Medina”, S. n° 57, 14/3/2018; “Quiñónez”, S. n° 86, 9/4/2018; “Carnero”, S. n° 135, 24/4/2018; “Farías”, S. n° 204, 5/6/2018; “Carrizo”, S. n° 337, 9/8/2018; “Pettina Córdoba”, S. n° 376, 13/9/2018; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018; “Águiles”, S. n° 387, 14/8/2019; “Bernabé”, S. n° 201, 27/7/2020; “González”, S. n° 473, 5/11/2020; “Aguirre”, S. n° 448, 30/10/2020.*

### **3.5.a. Obligación de adoptar el deber de diligencia según organismos interamericanos y nacionales**

En un proceso en el que la mujer *imputada* alegue haber sido víctima de violencia, existe una obligación estatal conforme al art. 7, inc. b, de la



Conv. de *Belém do Pará* de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer”. Según la Corte IDH, se trata de una obligación de iniciar *exoficio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer. Al igual que la Corte IDH, en la Recomendación General n° 1 del Comité de Expertas del MESECVI se incluye el deber de debida diligencia entre las advertencias formuladas para una perspectiva de género en la investigación y juzgamiento de delitos en los casos de mujeres acusadas de dar muerte a su pareja. En esa medida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha hecho suya esta exigencia referida a este deber de debida diligencia.

*TSJ, Sala Penal, “López”, S. n° 507, 12/11/2020.*

Existe una obligación estatal conforme al art. 7, inc. b, de la Conv. de *Belém do Pará* de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer”, cuando una mujer resulta acusada junto con su pareja por la muerte de su hijo y alega haber sido víctima de violencia de género, como defensa central para eximir o atenuar su responsabilidad.

*TSJ, Sala Penal, “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

### ***3.5.b. Obligaciones del Ministerio Público y de los tribunales en casos de imputadas víctimas de violencia de género***

La falta de investigación del supuesto de violencia de género alegado por una imputada mujer como eximente o atenuante del delito que se le acusa, ya denota una discriminación en contra de una categoría sospechosa de discriminación (esto es, mujeres víctimas de violencia de género). Al Ministerio Público le corresponde refutar con pruebas la situación de violencia de género alegada (con excepción de las meras alegaciones *ad hoc*), pero, en todo caso, el tribunal debe examinar las pruebas y si esa investigación del fiscal fuese inexistente, deberá considerar el principio *in dubio pro reo*.

*TSJ, Sala Penal, “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

#### 4. Rol del Tribunal Superior de Justicia

El Tribunal Superior de Justicia debe revisar las decisiones judiciales que se refieran a los derechos de las mujeres reconocidos en las convenciones internacionales con jerarquía constitucional y legal, cuya ratificación pueda decantar en incumplimientos convencionales y, con ello, en responsabilidad internacional (conf. arts. 2 de la CEDAW y 7 de la Conv. *Belém do Pará*). Ello es así, máxime, cuando se trata del cuestionamiento a los alcances de una figura legal orientada a satisfacer esos compromisos internacionales, sobre la que todavía no hay pronunciamiento por parte del Tribunal de casación provincial.

Así, el interés en la revisión de un fallo que potencialmente desatienda la problemática relativa a la discriminación en contra de la mujer, se justifica en el rol asumido internacionalmente por el Estado argentino, y en particular por los poderes judiciales.

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017; “Carnero”, S. n° 135, 24/4/2018.*

## II. VIOLENCIA DE GÉNERO. NOCIONES GENERALES

### 1. Normativa convencional (“*corpus iuris*”)

En materia de violencia de género, el *corpus iuris* en torno al que gira la subsunción convencional, está dado por el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones de los organismos supranacionales competentes), relativos a esos derechos de las mujeres en relación a la violencia.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Ferreyra”, S. n° 267, 22/6/2016; “Medina”, S. n° 267, 23/6/2016; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/17; “Arriola”, S. n°129, 20/4/2018; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018; “Bernabé”, S. n° 201, 27/7/2020.*

### 2. Relación entre violencia contra la mujer y discriminación

El marco normativo vigente, en materia de violencia de género, muestra claramente la existencia de un nexo entre discriminación y violencia

contra la mujer. La discriminación en contra de la mujer, materia específica de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 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 (Recomendación General n° 19 del Comité CEDAW). Esa violencia de género constituye una forma de discriminación que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de gozar y ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales en pie de igualdad con el hombre (Recomendación General N° 28, párr. 19). Dicha relación se desprende también de la Convención *Belém do Pará*, donde se afirma que el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado (art. 3), también incluye el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (art. 6, inc. a).

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Ferreyra”, S. n° 267, 22/6/2016; “Medina”, S. n° 267, 23/6/2016; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018; “Bernabé”, S. n° 201, 27/7/2020.*

### 3. Relación entre violencia contra la mujer y derecho a la igualdad

Las convenciones vigentes en materia de violencia de género, además de mostrar la existencia de un nexo entre discriminación y violencia contra la mujer, se vinculan con el derecho a la igualdad que en el sistema interamericano está consagrado por los arts. 1.1 y 24 de la CADH y que, conforme a la Corte IDH, remite a una noción que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la que es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad (conf. Opinión Consultiva 4/84). Por ello, la violencia a la que refieren estos instrumentos jurídicos internacionales tiene como rasgo identitario central el de configurar una manifestación de la discriminación por la desigualdad real entre varón y mujer, pues es ejercida contra la mujer “porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” (Recomen-

dación General n° 19, del Comité CEDAW), “basada en su género” (art. 1 de la Conv. *Belém do Pará*).

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Ferreyra”, S. n° 267, 22/6/2016; “Medina”, S. n° 267, 23/6/2016; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017; “Medina”, S. n° 57, 14/3/2018; “Arriola”, S. n° 129, 20/4/2018; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018.*

#### 4. Violencia de género y violencia familiar: coincidencias

En hechos que denuncian “violencia doméstica y de género”, el varón aparece ejerciendo todo su poder sobre una mujer que convive con él, a la que intimida y trata con violencia, en virtud de la relación vital en que se hallan inmersos víctima y victimario.

*TSJ, Sala Penal, “Agüero”, S. n° 266, 15/10/2010; “Ferrand”, S. n° 325, 3/11/2011; “Sánchez”, S. n° 84, 4/5/2012; “Baiman”, S. n° 92, 9/5/2012; “Dávila”, S. n° 178, 25/7/2012; “Sosa”, S. n° 28, 11/3/2014; “Lachat”, S. n° 392, 3/9/2015; “Medina”, S. n° 128, 12/4/2016; “Flores”, S. n° 103, 7/4/2017; “Sosa”, S. n° 225, 9/6/2017; “Saldaño”, S. n° 374, 12/9/2018; “Mendoza”, S. n° 556, 11/11/2019; “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

#### 5. Violencia de género y violencia familiar: diferencias

Así como la diversidad de género entre autor y víctima y que esta sea mujer, no configura *per se* violencia de género en la medida que no sea una manifestación de discriminación (es decir, “porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, “basada en su género”), del mismo modo, la violencia familiar tampoco indefectiblemente califica como violencia de género. Sin embargo, la circunstancia que autor y víctima se encuentren vinculados por una relación interpersonal (pareja, ex pareja, noviazgos), presenta a la violencia familiar como un caso sospechoso de violencia de género.

Los hechos de violencia de género cometidos en un mismo contexto de violencia doméstica se caracterizan porque el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia en virtud de la relación vital en que se halla. Una de las particularidades de este tipo de violencia es el tiempo de victimi-

zación, porque, a diferencia de otros delitos, aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos y una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo, caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad.

Desde la perspectiva victimológica, se sostiene que las situaciones de maltrato se van estructurando en el llamado “ciclo de violencia” que presenta tres estadios: la acumulación de tensiones en la relación y comunicación de la pareja, eclosión aguda del agresor y la “luna de miel”, que recomienza en tiempos cada vez más cortos a los que se agrega la indefensión aprendida de la mujer. Se considera que la mujer debe haber pasado al menos dos veces por el ciclo, salvo que la gravedad del ataque sea relevante, ya que numerosas mujeres que no han sido amenazadas, golpeadas, resultan ser víctimas de lesiones gravísimas y en otros casos, pierden la vida en el primer comportamiento violento-físico de la pareja.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Ferreyra”, S. n° 267, 22/06/2016; “Medina”, S. n° 267, 23/6/2016; “Leal”, S. n° 99, 12/4/2018; “Arriola”, S. n° 129, 20/4/2018; “Pérez”, S. n° 285, 30/7/2018; “Carrizo”, S. n° 337, 9/8/2018; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018; “Bernabé”, S. n° 201, 27/7/2020; “Giraudó”, S. n° 424, 26/10/2020; “González”, S. n° 473, 5/11/2020; “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

La circunstancia que autor y víctima se encuentren vinculados por una relación interpersonal (pareja, ex pareja, noviazgos), presenta la violencia familiar como un caso sospechoso de violencia de género, que demanda la subsunción convencional. La subsunción típica del hecho es el presupuesto necesario para abordar la subsunción convencional. Las características de la violencia de género emergen del contexto que no se puede apreciar aislando solo el suceso que se subsume en el tipo penal, pues requiere la exploración de la relación autor/víctima, sin caer en estereotipos, a través de informes o pruebas técnicas que incluyan también las personalidades de ambos, y el análisis de las características cualitativas de la violencia, en vista del rasgo identitario central de la violencia de género.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Ferreyra”, S. n° 267, 22/6/2016; “Medina”, S. n° 273, 23/6/2016; “Dotto”, S. n°*

391, 6/9/2016; “Sapp”, S. n° 95, 21/3/2019; “Juárez”, S. n° 224, 22/5/2019, “Heredia Leoni”, S. n° 249, 10/8/2020, “Valfré”, S. n° 319, 18/9/2020.

## 6. Proyección transversal de violencia de género

Si bien en general los casos de violencia doméstica cometidos en contra de una mujer configuran un modo de violencia de género, lo cierto es que esta restricción al alcance de la expresión “violencia de género” resulta una condición no prevista en ninguno de los tratados internacionales examinados ni en la legislación nacional. Al contrario, la proyección de la violencia de género es entendida de modo transversal, en la medida que ella tenga lugar dentro del grupo familiar o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal –con o sin convivencia del agresor-, en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el propio Estado o sus agentes donde quiera que ocurra (art. 2 de la Conv. *Belém do Pará*). La violencia de género y la violencia familiar pueden o no concurrir simultáneamente en un caso concreto, pero ninguna de las dos se absorbe completamente. Específicamente, el art. 2 de Ley nacional n° 26485 señala que esta norma tiene por objeto promover y garantizar las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/04/216; “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017.*

## III. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

### 1. Noción

La expresión estereotipo de género hace referencia a un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres. Recientemente, la Corte IDH ha señalado que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas por hombres y mujeres, o papeles que son o deberían ser ejecutados por ellos y ellas respectivamente. Dicho organismo también advirtió que es

posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de géneros socialmente dominantes y persistentes.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Ortiz”, S. n° 475, 15/11/2018; “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019.*

## 2. Consecuencias de la creación y uso de estereotipos de género

La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales. Los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas. Cuando se utilizan estereotipos en las investigaciones de violencia contra la mujer, se afecta el derecho a una vida libre de violencia, más aún en los casos en que estos estereotipos, por parte de los operadores jurídicos, impiden el desarrollo de investigaciones apropiadas, donde se denega, además, el derecho al acceso a la justicia de las mujeres. A su vez, cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo que genera y reproduce violencia contra la mujer.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Ortiz”, S. n° 475, 15/11/2018; “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “López”, S. n° 507, 12/11/2020; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019.*

## 3. Deberes del Estado y de los poderes judiciales frente a los estereotipos

Es una obligación para los Estados partes de la Convención CEDAW identificar y no convalidar los estereotipos que conducen a vulneraciones de los derechos humanos de las mujeres. Esa obligación compele a los Estados a tomar las medidas apropiadas para 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.

En este orden de ideas, es relevante el rol de los poderes judiciales en la problemática relativa a la discriminación en contra de la mujer. Así, la CIDH ha señalado que la administración de justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, los cuales incluyen los derechos de las mujeres. Es así que, en especial, la ponderación de la CIDH sobre el impacto de los estándares del sistema interamericano o vinculado a asuntos de género comienza con el análisis de sentencias judiciales. Por ello, el Poder Judicial debe destacarse por enviar mensajes sociales que avancen en la protección y la garantía de los derechos humanos. Esta actividad comprende, en particular, la aplicación de las normas encaminadas a resguardar a sectores en particular riesgo de sus derechos humanos, como las mujeres.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “Silva”, S. n° 419, 26/8/19; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019; “Cufre”, S. n° 310, 16/9/2020; “Aguirre”, S. n° 448, 30/10/2020; “Sarmiento”, S. n° 30, 12/2/2021.*

#### **4. Efectos del uso de estereotipos en las decisiones judiciales**

Las decisiones judiciales que emplean estereotipos vician la legitimidad de su fundamentación.

*TSJ, Sala Penal, “López”, S. n° 507, 12/11/2020; “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

#### **5. Ejemplos del uso indebido de estereotipos**

**5.1.** No hay duda alguna que el abuso sexual es una manifestación de violencia en contra de la mujer en la dimensión convencional, y que son punibles las conductas abusivas que se subsumen en las modalidades previstas por el Código Penal, aunque sean realizadas en el matrimonio o cualquier relación de pareja, actual o terminada. La Ley nacional n° 26485 ha debido decirlo expresamente para remover estereotipos de género. Esta expresión hace referencia a un grupo estructurado de creencias sobre



los atributos personales de mujeres y hombres y comprende los estereotipos sexuales, entre los que se incluye considerar a las mujeres como propiedad sexual y que permiten el tratamiento brusco de las esposas para lograr que se sometan a tener relaciones sexuales con sus maridos.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018.*

**5.2.** Ingresar dentro del elenco de estereotipos sexuales suponer que la mujer que no se resiste físicamente, consiente el acto sexual.

No existe el consentimiento tácito o implícito en actos sexuales. De lo contrario, se configuraría un prejuicio sexista acerca de que las mujeres se encuentran en un estado perpetuo de consentimiento frente a la actividad sexual.

*TSJ, Sala Penal, “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “Salas”, S. n° 358, 31/7/2019; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019.*

**5.3.** Indagar acerca de la vida personal de la víctima, sus formas de vestir, el modo en que se presenta en sociedad, sus prácticas sexuales, etc., a fin de examinar la falta de consentimiento en los actos sexuales desplegados por el agresor, pues cualquiera sea su modo de comportarse ella tiene plena autonomía sobre su cuerpo, estándole prohibido al hombre disponer de él (art. 119 y ss. del CP). De lo contrario, llevaría a sostener que, algunas víctimas que cumplen con las expectativas patriarcales acerca de cómo “deben” llevar su vida, serían dignas de tutela judicial mientras que aquellas mujeres que no cumplen con esos estereotipos se las excluiría como merecedoras de protección estatal.

*TSJ, Sala Penal, “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “Salas”, S. n° 358, 31/7/19, “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019.*

**5.4.** Las cualidades de la víctima, su comportamiento de vida o su personalidad, tales como “rebelde” o “contestadora”, que puedan ser remarcadas como relevantes responden a un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres que exigen que “debe ser” obediente, sumisa y pasiva, y su consideración deja traslucir una forma de discriminación hacia la mujer.

*TSJ, Sala Penal, “Salas”, S. n° 358, 31/7/2019.*

**5.5** Ingresa dentro del elenco de estereotipos sexuales la figura del rapto de la mujer casada y la eximente de pena por matrimonio con la víctima.

*TSJ, Sala Penal, “González”, S. n° 101, 6/4/2017.*

**5.6.** Ingresa dentro del elenco de estereotipos sexuales considerar que el oficio de la víctima permite inferir la aceptación de la realización de actos sexuales que impliquen acciones degradantes o violentas sobre ella.

*TSJ, Sala Penal, “Toscano”, S. n° 208, 28/7/2020.*

**5.7.** Es un pernicioso estereotipo considerar que la “buena” víctima siempre es pasiva y nunca trata de defenderse. Por el contrario, la “pasividad” de las mujeres generalmente proviene porque aprenden que las lastiman más cuando intentan defenderse, pero a veces se arriesgan a reforzar su autoestima vacilante.

*TSJ, Sala Penal, “López”, S. n° 507, 12/11/2020.*

**5.8.** Deben evitarse estereotipos de género, como el de la “buena madre” que descontextualiza el rol de la garante con expectativas que desconsidern su victimización por el mismo agresor en el ámbito intrafamiliar.

*TSJ, Sala Penal, “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021*

**5.9.** Entre las generalizaciones fundadas, puede mencionarse el ciclo de violencia que permite valorar los comportamientos paradójales de la víctima de violencia, según el ciclo que transite.

*TSJ, Sala Penal, “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

## IV. INTERSECCIONALIDAD. CASOS

### 1. Mujer y diversidad funcional

En el análisis de los casos de violencia de género, debe tenerse en cuenta la realidad diferencial de la mujer no estándar, como lo es la mujer con discapacidad. Ello demanda un enfoque interseccional, no solo desde la perspectiva de género sino también desde la discapacidad, pues garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con diversidad funcional, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas, constituye un derecho humano. En otras palabras, es necesario reconocer la transversalidad de ambos enfoques en cuanto las situaciones de exclusión y discriminación son complejas y las estrategias de solución difieren de las ensayadas por las mujeres sin discapacidad.

La interacción de enfoques ha sido reconocida expresamente por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuanto subraya la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad (apartado “s” del preámbulo). En igual sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló como uno de sus principales ámbitos de preocupación la precariedad de medidas que han sido adoptadas por el Estado argentino para hacer frente a las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad, y lamenta la falta de una protección adecuada de sus derechos (véase CEDAW/C/ARG/CO/6, párr. 43 y 44). En particular, destacó la ausencia de una estrategia de transversalización del enfoque de género y discapacidad, en la legislación y en los programas específicos para las mujeres; entre otros, en lo que respecta a violencia, acceso a la justicia, derechos sexuales y reproductivos y acceso al mercado laboral (párr. 13).

*TSJ, Sala Penal, “Ferrero”, S. n° 534, 19/12/2018; “Gómez”, s. n° 46, 28/2/2020.*

### 2. Mujer, pobreza y prostitución

Para el Comité CEDAW, la pobreza y el desempleo también obligan a muchas mujeres, incluso a niñas, a ejercer la prostitución. Las prostitutas son especialmente vulnerables a la violencia, debido a su condi-

ción ilícita, que las marginaliza. Necesitan la protección de la ley contra la violación y la violencia de la misma manera que otras mujeres (conf. Recomendación General n° 19).

*TSJ, Sala Penal, “Lemos”, S. n° 153, 20/4/2016; “Toscano”, S. n° 208, 8/7/2020.*

### **3. Mujer embarazada**

La mujer embarazada se encuentra en un momento de máxima vulnerabilidad, ya que su organismo, su metabolismo y su funcionamiento hormonal, postural, alimenticio, laboral, afectivo y sexual se verá alterado en determinados momentos de la gestación. Todo esto la coloca en una situación de mayor vulnerabilidad afectiva y psicológica. El maltratador también sabe que la mujer se siente más vulnerable y acentúa por ello el maltrato. En ese contexto, debe recordarse que para la adopción de las medidas previstas en los arts. 7 y 8 de la Conv. *Belém do Pará*, se establece que los Estados partes (directamente Estados) tendrán especialmente en cuenta a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada (art. 9). Esta clase de desigualdad ha sido expresamente tomada en consideración en el preámbulo de la CEDAW, en tanto que proyecta como ámbito especialmente protegido el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido; la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos; la consciencia de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017.*

## **V. DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA. PROMOCIÓN DE OFICIO EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **1. Lesiones leves**

Un contexto sospechoso de violencia de género supone serias razones de *interés público* para iniciar la persecución penal de este delito de oficio (conf. art. 72 inc. 2 del CP).

*TSJ, Sala Penal, “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017; “Zosso”, S. n° 496, 4/12/2018.*

## 2. Abuso sexual

Ante una manifestación inequívoca de la persona legitimada por la ley para instar el ejercicio de la acción penal dependiente de instancia privada, como lo es la víctima mayor de edad, corresponde iniciar la investigación penal del ilícito, más allá que luego ella se haya arrepentido, cualesquiera sean sus motivos (por ejemplo, miedo, dependencia económica, porque siente socialmente aislada, le cree las explicaciones del agresor y decide darle una oportunidad, no quiere sufrir el rechazo de su familia política, o porque incluso la intervención judicial ha defraudado sus expectativas por no responder adecuadamente a sus necesidades e intereses). Ello es así pues la víctima no tiene posibilidad de revocar la instancia de acción, sin perjuicio de que se le brindará asistencia jurídica para que cuente con información sobre los mecanismos de protección y asistencia con los que cuenta, y así prevenir que padezca otras formas de violencia (conf. arts. 2, ap. c y 3 CEDAW; 24 apartados a, k, r (iii), y, t de la Recomendación General n° 19 del Comité CEDAW; 24 de la Recomendación General n° 28 del Comité CEDAW; arts. 7 inc. b y 8 inc. f de la Conv. de *Belém do Pará*, reglas 5 y 8 de las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia).

*TSJ, Sala Penal, “Silva”, S. n° 419, 26/8/2019.*

## VI. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

### 1. Consecuencias de la subsunción convencional de un caso penal como de violencia de género

Cuando en el nivel del más alto tribunal de la república se consolida una jurisprudencia que considera que la *probation* es contraria a la Convención de *Belém do Pará*. Para el futuro, los tribunales no deberían sustanciar estas peticiones por ser sustancialmente improcedentes con el marco convencional, constitucional y legal. Ninguna chance de viabilidad tendría esa solicitud y, por el contrario, la sustanciación inútil podría aparejar consecuencias negativas para el Estado nacional que se ha comprometido a la realización de “un juicio oportuno”.

*TSJ, Sala Penal, “Bringas”, S. n° 138, 30/5/2013; “Martínez”, S. n° 140, 30/5/2013; “Cañete”, S. n° 141, 30/5/2013; “Lemos”, S. n° 150, 3/6/2013; “Flores”, S. n° 152, 4/6/2013; “Ramello”, S. n° 156, 4/6/2013; “Requelme”, S. n° 16, 28/2/2014; “Meneguzzi”, S. n° 86, 6/4/2015; “Vélez”, S. n° 49, 3/3/2016; “Gallardo”, S. n° 247, 8/6/2016; “Denardi”, S. n° 472, 3/11/2016, “Heredia Leoni”, S. n° 240, 10/8/2020; “Valfré”, S. n° 319, 18/9/2020; “Ocampo”, A. n° 509, 21/10/2020.*

En todos aquellos supuestos en que se encuentran vinculadas cuestiones de violencia de género, deben necesariamente ser esclarecidos y, por lo tanto, sometidos a debate. Por ende, resulta imprescindible hallar alternativas diferentes para su conclusión

*TSJ, Sala Penal, “Guzmán”, S. n° 239, 31/8/2011; “Bringas”, S. n° 138, 30/5/2013; “Lemos”, S. n° 150, 3/6/2013; “Flores”, S. n° 152, 4/6/2013, “Ramello”, S. n° 156, 4/6/2014; “Moreyra”, S. n° 497, 19/12/2014; “Ocampo”, A. n° 509, 21/10/2020.*

## **2. Dudas sobre la subsunción convencional del caso penal como de violencia de género. Principio *in dubio pro reo* en *probation***

En atención a las obligaciones asumidas por el Estado argentino en materia de género, si concluida la investigación se acredita con probabilidad el contexto que permite la doble subsunción (típica y convencional), no hay posibilidad de otra alternativa distinta al debate oral en el juicio. Por el contrario, si subsisten dudas acerca de la subsunción convencional –porque en la indagación del contexto no emerge con probabilidad aquello que configura el rasgo identitario de la violencia de género para las

reglas convencionales– subsisten las alternativas restaurativas, incluida la suspensión del juicio a prueba. En casos sospechosos de violencia de género por tratarse de hechos ocurridos en contextos de violencia familiar, esas dudas pueden surgir por tratarse de un caso aislado que no presenta gravedad, pues no se presenta el pasaje por el ciclo de victimización, ni menos el uso sistemático de la violencia en cualquiera de sus modalidades no necesariamente relevantes penalmente, utilizadas por el agresor varón en relación a la víctima mujer como manifestación de poder, dominio o control. Aunque se haya verificado con probabilidad la subsunción típica en el delito, si paralelamente no se ha verificado con probabilidad la sospecha de la violencia de género, rige el principio *in dubio pro reo* y ello significa que en el caso concreto, no obstante el conflicto aislado, puede haber una igualdad real entre agresor y víctima que, en la medida que se den todas las exigencias legales, habilita esta alternativa diferente al juicio porque no concurre el deber convencional de realizar “un juicio oportuno” y, en su caso, “sancionar”.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Ferreyra”, S. n° 267, 22/6/2016; “Medina”, S. n° 267, 23/6/2016; “Dotto”, S. n° 391, 6/9/2016; “Sapp”, S. n° 95, 21/3/2019; “Juárez”, S. n° 224, 22/5/2019; “Araujo”, S. n° 428, 26/9/2017; “Arriola”, S. n° 129, 20/4/2018; “Gilardi”, S. n° 166, 14/5/2018.*

### **3. Criterios diferentes en la evaluación de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba de la una mujer imputada por aborto ejecutado en contextos de violencia de género**

El pedido de suspensión de juicio a prueba de mujeres imputadas por practicarse un aborto debe ser evaluado con criterios particulares, cuando esa práctica resultó condicionada por el contexto de violencia de género en el que se encontraba inmersa.

En ese sentido, debe estimarse si la imputada, alternativamente, pudo ejercer con cabalidad su libertad reproductiva (*i.e.*, su decisión de tener o no ese hijo). También si es posible atribuirle enteramente la decisión de colocar en riesgo su vida y dañar su salud, cuando su pareja –u otros- incide en su decisión dada su inferior posición frente a ella, ya sea por su dependencia económica que condiciona la futura manutención de la hija o hijo en común.

En esas circunstancias, y para el caso de múltiples acusados, deviene arbitraria la parificación del juicio de conveniencia y oportunidad política-criminal en relación con quienes insten la suspensión del juicio a prueba. La imputada mujer, en contextos como el narrado, habría limitado su obrar a la lesión del bien jurídico protegido, no así los otros, quienes además habrían cercenado el derecho de aquella a su libertad reproductiva. Al obrar de ese modo, el resto influyó en ella para tomar costes trascendentes que cuentan también con protección jurídica y, sin embargo, han sido invisibilizados, tales como colocar en riesgo su propia vida, la internación en terapia intensiva, las secuelas graves como la pérdida de la capacidad reproductiva de una joven mujer, entre otros peligros.

En función de ello, debe prestarse especial atención a que la CEDAW establece que los Estados deben adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres; también, dispone los derechos de la mujer para decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (art. 16). Asimismo, el Comité CEDAW ha señalado que la decisión de tener hijos debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno.

Por otra parte, en el “Programa de Acción”, en el contexto de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se indica la necesidad de promover la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, así como eliminar la violencia de todo tipo contra la mujer y asegurarse de que sea ella quien controle su propia fecundidad. Se marca que estas directrices son la piedra angular de los programas de población y desarrollo (principio 4). Además, en el capítulo VII, luego de adoptarse un concepto sobre salud reproductiva (principio 7.2), se dispuso que teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos,



el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello, además del derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva (principio 7.3).

Finalmente, la Ley Provincial de Violencia Familiar (Ley provincial n° 10400) recepta el supuesto de violencia reproductiva (art. 5 inc. c) que, comprende, entre otras cosas, cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas del derecho de decidir voluntariamente acerca de la vida reproductiva propia a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, aunque esa actitud no configure delito (art. 2). Dicha reforma encuentra pleno correlato con el art. 5 inc. 3 de la Ley nacional 26485.

*TSJ, Sala Penal, “Altamirano”, S. n° 43, 2/3/2017.*

## **5. Casos en los que la Sala consideró que no había “violencia de género”**

**5.1.** La utilización intimidatoria de un arma de fuego y el despliegue de fuerza física contra dos víctimas mujeres desconocidas por los autores, en una modalidad similar -aunque más violenta- del arrebato callejero.

*TSJ, Sala Penal, “García”, S. n° 126, 24/05/2013.*

**5.2.** Hecho aislado de lesión leve provocada por el acusado a su hija.

*TSJ, Sala Penal, “Orlando”, S. n° 82, 16/4/2014.*

**5.3.** Lesiones leves y amenazas a dos mujeres en el contexto de una trifulca familiar.

*TSJ, Sala Penal, “Aguirre”, S. n° 473, 9/12/2014.*

**5.4.** Amenazas proferidas a una mujer en el contexto de un conflicto familiar.

*TSJ, Sala Penal, “Flores”, S. n° 47, 18/3/2015.*

**5.5.** Lesiones leves en el contexto de un altercado de tránsito.

*TSJ, Sala Penal, “Bercero”, S. n° 153, 11/5/2015*

**5.6. Maltrato infantil.** Se trata de casos de violencia familiar que no son violencia de género.

*TSJ, Sala Penal, “Aguilera”, S. n° 188, 16/5/2016; “Coria”, S. n° 374, 17/8/2017.*

## VII. PRISIÓN PREVENTIVA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

### 1. Incidencia de la violencia de género en la procedencia de la prisión preventiva antes de la condena

En casos relacionados con violencia de género, el análisis del presupuesto procesal de la prisión preventiva debe tener presente la obligación surgida de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, de asegurar el debate oral y de evitar instancias que lo impidan, por caso, la suspensión del juicio a prueba. Tal criterio fue fijado por esta Sala con relación a la suspensión del juicio a prueba, aunque con argumentos aplicables, *mutatis mutandi*, a las prisiones preventivas dictadas antes del juicio. En efecto, en distintos precedentes se destacó que el art. 7 de la Conv. de *Belém Do Pará* establece deberes para los Estados, y dispone en su inciso f) que los Estados se obligan 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. A su vez, se reseñó que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el ‘acceso efectivo’ al proceso de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria.

De ese modo, las circunstancias indicadoras de riesgo procesal deben ser analizadas a partir del citado marco hermenéutico, cuando el hecho se perpetra en un escenario que revela un contexto de agresión en contra de una mujer. Ello impone –de acuerdo con los ya referidos compromisos internacionales– asegurar la realización del debate y, por ende, demanda también, poner especial atención en aquellas circunstancias que podrían impedirlo u obstaculizarlo.

No se trata de criterios de peligrosidad material (*i.e.* peligrosidad del imputado, posibilidad de reiteración de los hechos de violencia contra la

víctima), sino estrictamente de peligrosidad procesal (*i.e.* el riesgo que la libertad del imputado supone para la realización del debate), atento a la relación cercana con la víctima y la especial vulnerabilidad de esta.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 159, 19/5/2014; “Quevedo”, S. n° 174, 28/5/2014; “Mansilla”, S. n° 178, 9/6/2014; “Acuña”, S. n° 355, 20/8/2015; “Ibarra”, S. n° 96, 28/3/2016; “Vía”, S. n° 488, 14/11/2016; “Córdoba”, S. n° 259, 29/6/2017; “Fuentes”, S. n° 144, 18/4/2016; “Flores”, S. n° 16, 14/2/2017; “Córdoba”, S. n° 259, 29/6/2017; “González”, S. n° 384, 23/8/2017; “Burgos”, S. n° 439, 29/10/2020; “Cabrerá”, S. n° 532, 19/11/2020.*

## **2. Incidencia de la violencia de género en la procedencia de la prisión preventiva después de la condena**

Cuando la medida de coerción personal es analizada en el marco de un juicio ya realizado y una sentencia de condena ya dictada, el compromiso de asegurar el castigo demandará analizar cuidadosamente las circunstancias que podrían impedir -en caso de confirmación de la condena- la ejecución de la pena, esto es, las que señalen un eventual riesgo de fuga.

*TSJ, Sala Penal, “Álvarez”, S. n° 496, 19/12/2014; “Artaza”, S. n° 171, 29/4/2016; “Machuca”, S. n° 189, 30/5/2017; “Leiva”, S. n° 437, 2/10/2017.*

## **VIII. PRISIÓN DOMICILIARIA DURANTE EMERGENCIA NACIONAL POR COVID-19 EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

No hay duda que la pandemia producida por el contagio masivo del virus denominado SARS-CoV-2 que causa la enfermedad infecciosa COVID-19, es un riesgo real que afecta la salud de millones de personas en el mundo, tal como lo ha señalado la CIDH. Frente a ello, este organismo, como guía de actuación, sostuvo que los Estados deben adoptar medidas de forma inmediata y de manera diligente para prevenir la ocurrencia de afectaciones al derecho a la salud, la integridad personal y la vida. En este contexto, se ha recomendado atender a las especiales

necesidades e impacto en los grupos vulnerables entre los que se encuentran las personas privadas de libertad y también las mujeres.

En cuanto a las personas privadas de libertad, la CIDH recomienda la reevaluación de la prisión preventiva dentro de las medidas para enfrentar el hacinamiento carcelario. En los grupos de riesgo, a su vez, sugiere el análisis de la sustitución de la prisión, aunque si se trata de personas condenadas por graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, en los que el Estado tiene una obligación de castigar, ha admitido estándares más exigentes con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables. También se propone la adecuación en las condiciones de detención y la adopción de protocolos de prevención. En cuanto a las mujeres, la CIDH entiende relevante incorporar perspectiva de género en todas las decisiones y en particular en las que inciden en situaciones de violencia de género.

En este sentido, también ONU Mujeres formula recomendaciones, dado el impacto que han tenido las diferentes problemáticas de género surgidas en el contexto de la pandemia. Entre ellas, destaca los riesgos de violencia contra las mujeres y las niñas, especialmente la violencia doméstica, las barreras adicionales que padecen las víctimas/sobrevivientes para acceder a servicios esenciales que pueden salvar vidas como consecuencia de la restricción de movilidad y el aislamiento social y vista la sobrecarga de las instituciones de salud, policía y de justicia en la respuesta al Covid-19 y las dificultades de las organizaciones de la sociedad civil para brindar servicios.

*TSJ, Sala Penal, voto de la Vocal Dra. Aída Tarditti en “Here-  
dia”, S. n° 351, 28/9/2020; “Altamirano”, S. n° 415, 23/10/2020;  
“Mercado”, S. n° 457, 2/11/2020, “Quiroga”, S. n° 65, 10/3/2021,  
entre muchas otras.*

## **IX. REGLAS PROBATORIAS EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **1. Pautas generales para la valoración de la prueba de la violencia de género**

Cuando se trata de juzgar ilícitos cometidos en un ámbito de violencia doméstica, esto es, aquella “ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar... que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad...” (art. 6, Ley 26485), su estudio debe ser abordado con especial énfasis en el criterio de amplitud probatoria en atención a las circunstancias especiales en las que se desarrolla.

*TSJ, Sala Penal, “Agüero”, S. n° 266, 15/10/2010; “Sosa”, S. n° 28, 11/3/2014; “Díaz” S. n° 158, 23/6/2016; “Flores”, S. n° 103, 7/4/2017; “Oviedo”, S. n° 182, 26/5/2017; “Díaz González”, S. n° 194, 1/6/2017; “Luna”, S. n° 268, 23/6/2017; “Vilches”, S. n° 315, 2/9/2017; “Leiva”, 437, 2/10/2017; “Aragallo”, S. n° 14, 16/2/2018; “Quiñonez”, S. n° 86, 9/4/2018; “Carnero”, S. n° 135, 24/4/2018; “Barrionuevo”, S. n° 145, 8/5/2018; “Juncos”, S. n° 161, 14/5/2018; “Juncos”, S. n° 161, 14/5/2018; “Alfonso”, S. n° 216, 22/6/2018; “Flores”, S. n° 307, 3/8/2018; “Montaño Martínez”, S. n° 310, 3/8/2018; “Suárez”, S. n° 388, 18/9/2018; “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “Salas”, S. n° 358, 31/7/2019; “Cabral”, S. n° 583, 26/11/2019; “Aguirre”, S. n° 448, 30/10/2020; “Maldonado”, S. n° 268, 25/8/2020; “Zabala”, S. n° 12, 5/2/2021.*

En virtud del principio de libertad probatoria no resulta posible exigir la existencia de una denuncia penal o una exposición y, menos aún, una sentencia con autoridad de cosa juzgada para acreditar la realización anterior de actos de violencia contra la mujer víctima.

*TSJ, Sala Penal, “Barrionuevo”, S. n° 145, 8/5/2018.*

### ***1.1. Pautas generales para la valoración de la prueba en el caso de mujer imputada víctima de la violencia de género***

La Ley nacional n° 26485 incluyó el principio de la amplitud probatoria en materia de violencia de género en consideración a sus características propias. Ese principio se fundamenta en que, en la generalidad de los casos, la violencia no transita a la luz de testigos, ni es sencilla la recolección de cierta clase de evidencias, y muchas víctimas tampoco han realizado

denuncias previas. El principio de amplitud probatoria incorpora la perspectiva de género, dado que, sin él, muchos casos de violencia en contra de mujeres culminarían en la impunidad de los agresores o, en condenas injustas a las mujeres que aleguen esta eximente o atenuante, si se mantuviese invisibilizado que, por las características del fenómeno, se presentan dificultades para obtener determinada clase de evidencias –por ejemplo, testigos, denuncia previa-.

Tal principio de amplitud probatoria aplicado en contra de imputados varones por violencia contra la mujer es extensible a los casos de mujeres acusadas por delitos en contra de sus parejas, que aleguen ser víctimas de violencia de género; esto, porque por lo menos hasta que una sentencia fundamentada en forma legítima lo rechace, reúnen la *doble condición de imputadas y de víctimas*. Este ha sido el entendimiento que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y también se encuentra recogido en la Recomendación General n° 1 del Comité de Expertas del MESECVI acerca de la valoración de las pruebas con perspectiva de género. Allí se exige “la necesidad de reconocer la existencia de una situación estructural de discriminación hacia las mujeres, que les impide gozar de sus derechos en pie de igualdad con los hombres” y que ella demanda de considerar la centralidad del relato. En tal sentido, se sostiene que la declaración de la víctima es crucial y no se puede esperar la existencia de medios probatorios gráficos o documentales de la agresión alegada, aunque se debe hacer todo lo posible para colectarla, puesto que puede tener un papel importante en las investigaciones.

*TSJ, Sala Penal, “López”, S. n° 507, 12/11/2020.*

El principio de amplitud probatoria aplicado en contra de imputados varones por violencia contra la mujer, desde luego, es extensible a los casos de mujeres acusadas, en la medida que hayan alegado esa situación sobre la cual la defensa articuló la exención o atenuación de la responsabilidad, por ejemplo, por no haber evitado la muerte de su hijo a manos de su pareja y también agresor suyo.

*TSJ, Sala Penal, “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

Una vez que se tiene por probada –siquiera por duda– la existencia de violencia de género resta preguntarse cómo ello puede incidir en la concreta evaluación de las pruebas. Se ha sostenido, en tal sentido, que la perspectiva de género desempeña muchas veces un rol heurístico (de gran importancia en la investigación de esta clase de hechos). Este consistiría en facilitar una apreciación sin prejuicios de género de la prueba, posibilitando que la evaluación de la conducta humana se adecue al contexto económico y sociopolítico concreto (lo que vincula esta perspectiva a la perspectiva de clase social, muy descuidada) y a las circunstancias particulares de cada sujeto interviniente, como víctima o victimario, en el hecho penalmente relevante. De este modo, la perspectiva de género suministra ciertas generalizaciones que se asumen fundadas y que, sobre todo, tienen reconocimiento institucional (sobre la estructura de la inferencia probatoria y la función que desempeñan las inferencias probatorias con respaldo institucional). Las prestaciones epistemológicas de la perspectiva de género se verifican, entonces, cuando prohíben generalizaciones infundadas y cuando ordena la utilización de una determinada generalización que se asume fundada.

En cuanto a las generalizaciones infundadas, deben evitarse estereotipos de género, que es un modo de discriminación que viciará la legitimidad de la fundamentación. Tal como el de la “buena madre” que descontextualiza el rol de una imputada considerada en posición de garante, con expectativas que desconsideran su victimización por el mismo agresor en el ámbito intrafamiliar.

*TSJ, Sala Penal, “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021*

## **2. Deber de analizar probatoriamente el contexto violento en que ocurrió el hecho**

Es necesario analizar el hecho dentro del contexto violento en que ocurrió. Los tipos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra un determinado bien jurídico en general. Pero esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al integrar un fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto en el que ocurre. Esto es así porque allí se entremezclan diferentes modalidades que pueden incluir malos tratos físicos, psíquicos, amenazas, modos graves de privación de la libertad, etc. Máxime

cuando estos hechos ocurren en un contexto de vulnerabilidad, y que raramente se realizan a la vista de terceros, pues una de las características de la dominación por violencia, en sus múltiples manifestaciones, es precisamente el aislamiento de la víctima.

*TSJ, Sala Penal, “Sánchez”, S. n° 84, 4/5/2012; “Martínez”, S. n° 268, 13/4/2013; “Delfino”, S. n° 299, 4/10/2013; “Peralta”, S. n° 328, 25/10/2013; “Amato” S. n° 403, 11/12/2013; “Ramos”, S. n° 276, 5/8/2014; “Benegas”, S. n° 34, 13/3/2015; “Cort”, S. n° 237, 6/6/2016; “Vizgarra”, S. n° 504, 22/11/2016; “Orellano”, S. n° 50, 8/3/2017; “Maldonado”, S. n° 324, 3/8/2017; “Carabante”, S. n° 487, 3/11/2017; “Rojas”, S. n° 498, 13/11/2017; “Mamonde”, S. n° 309, 3/8/2018; “Castellari”, S. n° 291, 4/9/2020.*

### 3. Deber de analizar el relato de la víctima

Las particulares características de los hechos de violencia doméstica y de género hace que cobre especial relevancia, como sucede con la violencia sexual, física y psicológica, el relato de la víctima. Este adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios, siempre que estos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio *in dubio pro reo* de base constitucional.

*TSJ, Sala Penal, “Sánchez”, S. n° 84, 4/5/2012; “Delfino”, S. n° 299, 4/10/2013; “Peralta”, S. n° 328, 25/10/2013; “Ramos”, S. n° 276, 5/8/2014; “González”, S. n° 98, 29/3/2016; “Díaz” S. n° 158, 23/6/2016; “Vinovo”, S. n° 202, 26/5/2016; “Santoró”, S. n° 290, 27/6/2016; “Funes”, S. n° 398, 12/9/2016; “Llanes”, S. n° 352, 11/8/2016; “Vizgarra”, S. n° 504, 22/11/2016; “Oviedo Yoldes”, S. n° 528, 30/11/2016; “Flores”, S. n° 103, 7/4/2017; “Alfonso”, S. n° 216, 22/6/2018; “Zuccarelli”, S. n° 228, 4/8/2020.*

Al tratarse de una víctima que reviste la condición de mujer, cuando la violencia ejercida sobre ella lo fue en razón de su género, se encuentra protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con una protección especial y, desde esta perspectiva, debe ponderarse



su testimonio, el que parte de su credibilidad, y se sustenta en prueba que corrobore su veracidad.

*TSJ, Sala Penal, “Murra”, S. n° 189, 27/7/2012; “Sosa”, S. n° 28, 11/3/2014; “Bartellone”, S. n° 5615, 29/12/2015; “Vizgarra”, S. n° 504, 22/11/2016; “Vilchez”, S. n° 315, 2/8/2017; “Contreras”, S. n° 80, 5/4/2018; “Leal”, S. n° 99, 12/4/2018; “Molina”, S. n° 272, 3/7/2018; “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Salas”, S. n° 358, 31/7/2019; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019; “González”, S. n° 473, 5/11/2020; “Maldonado”, S. n° 268, 25/8/2020; “Lacoi”, S. n° 525, 17/11/2020.*

En la propia dinámica de esta clase de violencia de género va ínsita la superioridad del varón que goza de la impunidad que le garantiza lo privado del ámbito intrafamiliar en que generalmente se realizan los actos, el temor de las víctimas a mayores represalias y a la pérdida de lazos familiares, la falta de crédito que se les suele asignar, etc. Este particular escenario no puede ser dejado de lado como pauta valorativa tanto al fijar los hechos como la sanción a aplicarse, puesto que el reforzamiento de la protección para las mujeres sometidas a hechos de violencia de género es una obligación asumida por el Estado, a través de la Convención de *Belém do Pará* y la Ley nacional n° 24632.

*TSJ, Sala Penal, “Barrionuevo”, S. n° 145, 8/5/2018*

#### 4. Deber de analizar el tiempo de victimización

Una de las particularidades de los casos de violencia doméstica y de género es el tiempo de victimización, porque, a diferencia de otros delitos, aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo, caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad.

*TSJ, Sala Penal, “Sánchez”, S. n° 84, 4/5/2012; “Dávila”, S. n° 178, 25/7/2012; “Benítez”, S. n° 25, 26/2/2013; “Lachat”, S. n° 392, 3/9/2015; “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Guardia”, S. n° 497, 15/11/2016; “Leal”, S. n° 99, 12/4/2018; “Alfonso”, S. n° 216, 22/6/2018; “Salas” S. n° 358, 31/7/2019; “Giraud”, S. n°*

424, 26/10/2020; “González”, S. n° 473, 5/11/2020; “Lacoi”, S. n° 525, 17/11/2020.

## 5. Pautas para la valoración probatoria en delitos sexuales

La prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer tiene un amparo especial a nivel supranacional en la Convención *Belém Do Pará* y que a nivel nacional se plasma en la Ley nacional n° 26485. A través de estos instrumentos normativos, se busca encontrar medidas concretas para proteger el derecho de las mujeres a una vida libre de agresiones y de violencia, tanto dentro como fuera de su hogar y núcleo familiar. Con ello, se pretende hacer visible la violencia sistemática y generalizada que sufren las mujeres por el hecho de ser tales, para así combatir su aceptación y naturalización cultural.

En esa inteligencia, se ha atribuido especial preponderancia a la declaración de la víctima de violencia sexual y de género, advirtiendo que si bien la mayoría de las veces será prueba indiciaria la que corrobore su relato (puesto que esta clase de hechos suele cometerse en ámbitos de intimidad, ajenos a las miradas de terceros y en ámbitos de confianza), ello no impide sostener una conclusión condenatoria en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos, y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria.

*TSJ, Sala Penal, “Mamonde”, S. n° 309, 3/8/2018.*

Los casos de violencia sexual se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas, más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Como consecuencia, dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Desde esta perspectiva debe ponderarse el testimonio de la víctima partiendo de su credibilidad y verificar si esta presunción no se encuentra contradicha por la prueba, bajo un atento criterio de amplitud probatoria en función de las circunstancias especiales en las que se desarrolla. En tal sentido, si bien es frecuente que el relato de la víctima se vea corroborado por prueba indirecta, ello no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos.

*TSJ, Sala Penal, “Salas” S. n° 358, 31/7/2019; “Huamani Vergara”, S. n° 311, 17/9/2020; “Rodríguez”, S. n° 467, 4/11/2020; “Lacoi”, S. n° 525, 17/11/2020.*

## **6. Los deberes para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer no derogan garantías constitucionales del imputado ni autorizan a penar a quien es inimputable**

Los deberes que la Convención *Belém do Pará* adjudica a los Estados respecto a condenar todas las formas de violencia contra la mujer, que le exige actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar esa violencia (art. 7, inc. b) y tomar todas las medidas apropiadas, no implican una derogación de las garantías constitucionalmente reconocidas al imputado, ni en modo alguno que deba penarse a quien es inimputable. Pues, si la inimputabilidad es concebida como capacidad de culpabilidad, cuando se carece de ella, no habrá culpabilidad y no se derribará la presunción de inocencia, lo que se requiere para la imposición de una pena como garantía judicial consustancial al Estado de derecho (art. 8.2 de la CADH y 14.2 del PIDCyP). Vale decir, si las pruebas reunidas en autos acreditan la inimputabilidad del encartado, debe dictarse una resolución de conformidad con ello, claro está, previo extremar las diligencias probatorias tendientes a dilucidar con sustento técnico-científico la situación de inimputabilidad del encartado.

*TSJ, Sala Penal, “González”, S. n° 351, 8/11/2013. En similar sentido: “Aguiles”, S. n° 387, 14/8/2019.*

## **7. Deber de fundar una sentencia absolutoria basada en la falta de prueba y el estándar de casación que rige su objeción**

Las características de la *violencia de género* emergen del *contexto*, que no se puede apreciar si se aísla solo el suceso que se subsume en el tipo penal, pues requiere la exploración de la relación autor/víctima, sin caer en estereotipos, a través de informes o pruebas técnicas que incluyan también las personalidades de ambos, y el análisis de las características cualitativas de la violencia de género, en base su rasgo identitario central.

Debe atenderse también que el estudio de los casos de violencia doméstica y de género debe abordarse mediante un atento criterio de amplitud probatoria, con atención a las circunstancias especiales en las que se desarrolla.

Entonces, es claro que esta clase de delitos exigen al juez que funde la premisa fáctica mediante un análisis del elemento contextual y con una mirada amplia de la prueba. La denuncia de no inclusión en la argumentación de la sentencia de un elemento vinculado a la definición del caso penal como de violencia de género, constituye un agravio que satisface el estándar de revisión casatoria de la absolución por duda. Así, no es que cause gravamen el mérito convictivo asignado a la prueba, sino la omisión de valoración de pruebas dirimientes para este grupo de casos.

*TSJ, Sala Penal, “Silvero Venialgo”, S. n° 244, 28/6/2017; “Cabral”, S. n° 475, 24/10/2017.*

## **X. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE DELITOS CUYA ESTRUCTURA TÍPICA CONTIENE EL ELEMENTO “VIOLENCIA DE GÉNERO”**

### **1. Interpretación de la expresión cuando “mediare violencia de género” del art. 80 inc. 11 del CP. Coincidencia entre subsunción típica y convencional**

#### ***1.1. Femicidio***

El examen del femicidio implica la identificación necesaria entre la subsunción típica y la subsunción convencional, pues entre, sus elementos normativos, requiere la concurrencia de “violencia de género”.

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017.*

#### ***1.2. Lesiones calificadas por mediar violencia de género***

Existe coincidencia entre la subsunción típica y la convencional, en los casos de las lesiones agravadas por mediar violencia de género (art. 92, 89 a 91, y 80 inc. 11 del CP).

*TSJ, Sala Penal, “Carrizo”, S. n° 427, 27/9/2017.*

## 2. Valoraciones jurídicas y culturales. Identificación de estereotipos culturales

La interpretación y aplicación de la expresión “mediare violencia de género” prevista en el art. 80 inc. 11 del CP, debe dar cuenta del marco jurídico constitucional y supranacional relativo a la violencia de género. En razón de ello, el alcance de dicha expresión típica no debe verse condicionado por elementos que restrinjan el ámbito de protección de los casos donde existe violencia contra la mujer (cfr. arts. 13 y 14 Conv. *Belém do Pará*). En esa línea, este elemento normativo del tipo remite a valoraciones jurídicas, pero también a valoraciones culturales, pues estas han sido la base de la desjerarquización de la mujer.

Los patrones culturales en los que se sostienen las desigualdades históricas entre hombre y mujer no pueden constituir el parámetro para justificar la exclusión de la calificante de la norma referida, ya que son estos los criterios que la normativa anunciada pretende erradicar. Entre los contenidos generales de la CEDAW, se establece el de ampliar la interpretación del concepto de los derechos humanos mediante el reconocimiento formal del papel desempeñado por la cultura y la tradición en la limitación del ejercicio por la mujer de sus derechos fundamentales. Ello así pues la cultura y la tradición se manifiestan en estereotipos, hábitos y normas que originan las múltiples limitaciones jurídicas, políticas y económicas al adelanto de la mujer. Estos contenidos se encuentran expuestos en el preámbulo de la CEDAW que destaca que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. Además, en su art. 5 dispone que los Estados están obligados a coadyuvar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, para eliminar 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 que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer (esto último según el art. 8 inc. b de la Conv. *Belém do Pará*, redactado en similares términos).

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017; “Carrizo”, S. n° 427, 27/9/2017.*

### 3. Vaguedad de la expresión violencia de género

La expresión “mediare violencia de género” del art. 80 inc. 11 del CP puede llevar a zonas grises por la difícil diagramación de sus contornos semánticos. Sin embargo, la existencia de una zona de indeterminación legal claramente es consustancial a la tipificación de cualquier norma penal en la medida en que, al expresarse mediante lenguaje, sus defectos propios se traspolan a su aplicación. En el ámbito de la tipificación del femicidio, esta dificultad ha llevado a la situación de que existen conductas que desde la teoría y el movimiento feminista son consideradas como tales y que, sin embargo, no se ajustan al concepto legal, enunciándose como ejemplos las muertes de mujeres por violencia de género fuera de las relaciones de pareja o de familia –como los llamados feminicidios sexuales sistémicos en México o en Guatemala–; las muertes de mujeres que ejercen la prostitución, por parte de proxenetas o clientes; los suicidios de mujeres que viven en relaciones de violencia que ya no pueden tolerar más, etc. La maximización de la dificultad apuntada puede transformarse en un inconveniente político especialmente cuando gran parte del trabajo en pro de los derechos humanos de las mujeres se dirige a lograr el reconocimiento de las diversas formas de violencia que viven, en todos los ámbitos.

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017.*

### 4. Un caso paradigmático de femicidio: homicidio de la mujer que está en una relación de pareja o expareja con un varón

En los casos de femicidio, el autor se siente provocado frente a ejercicios de derechos por parte de la mujer. El ejemplo paradigmático es el de la mujer que quiere elegir con quién y cómo estar en pareja. Y en otros casos, el homicidio suele ser el punto culminante de una relación de violencia contra la mujer, en donde se persigue prácticamente su reducción a la servidumbre. El autor, de manera más o menos consciente, tiene una concepción machista de las relaciones entre hombre y mujer y concibe a esta última como a un sujeto carente de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Censura, a través de su hecho, entonces, la autonomía de la mujer frente al hombre. En efecto, para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, por supuesto, especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre. Se puede ver que, una vez más, donde debe regir la autonomía rige la heteronomía.

*TSJ, Sala Penal, “Morlacchi”, S. n° 250 28/7/2014; “Calderón”, S. n° 174, 29/04/2016; “Aguirre”, S. n° 448, 30/10/2020.*

## **5. Ámbitos donde puede ocurrir el femicidio: innecesariedad de la existencia de un contexto de violencia doméstica o de pareja**

Si bien en general los casos de violencia doméstica cometidos en contra de una mujer configuran un modo de violencia de género, la expresión “violencia de género” resulta una condición no prevista en ninguno de los tratados internacionales examinados, ni en la legislación nacional. Al contrario, la proyección de la violencia de género es entendida de modo transversal, en la medida en que esta tenga lugar dentro del grupo familiar o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal –con o sin convivencia del agresor-, en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el propio Estado o sus agentes donde quiera que ocurra (art. 2 de la Conv. *Belém do Pará*). La violencia de género y la violencia familiar pueden o no concurrir simultáneamente en un caso concreto, pero ninguna de las dos se absorbe completamente. Específicamente, el art. 2 de la Ley nacional n° 26485 señala que esta norma tiene por objeto promover y garantizar las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos. En esa línea, se ha destacado que el concepto de femicidio en general ha sido identificado con la violencia intrafamiliar cuando, en rigor, solo puede ser considerado uno de los elementos que más claramente ha contribuido a la comprensión social de la violencia contra las mujeres. Sin embargo, la violencia de género como expresión delictiva se trata de una noción que permite aunar fenómenos que, aparentemente, pueden ser distintos –como los homicidios sexuales de mujeres por parte de desconocidos y aquellos homicidios cometidos por maridos o novios-, pero que encuentran una raíz común en cuanto se trata de crímenes contra mujeres motivados o basados en el lugar subordinado que ellas ocupan en la jerarquía de género.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/04/2016; “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017.*

## 6. Hechos que revelan la relación de desigualdad de la mujer respecto del varón. Contenido y clases de violencia

La relación de desigualdad o asimetría que evidencia una situación de inferioridad de la mujer respecto del varón no puede reducirse a un elenco de acciones constitutivas de amenazas, daño y vejaciones. Este grupo de hechos graves, incluso delictivos en sí mismos, excluyen otras formas de violencia escondidas detrás de estereotipos tolerados socialmente. Al cerrar el círculo de violencia a ese grupo, se corre el riesgo de esperar la presencia de lesiones “visibles” omitiendo situaciones de suficiente gravedad que califican como modos de violencia. El Comité CEDAW ha señalado que la definición contenida en el art. 1 de la CEDAW 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.

En la medida que la violencia contra las mujeres se entiende como parte de un fenómeno que va más allá de las solas normas penales y que no constituyen simplemente como una clase de lesiones, o una clase de delitos de violencia intrafamiliar, podrán también darse respuestas más adecuadas frente a la complejidad que reviste este tipo de delitos. Cuando no se entiende la violencia contra las mujeres de este modo, entonces se plantean todo el tiempo cuestiones tales como “las mujeres también ejercen violencia” o “los hombres también son víctimas”, como si se tratara simplemente de quién da o no un golpe o insulto. Solo en la medida que la violencia contra las mujeres se reconozca como parte de todo un sistema en que social y simbólicamente las mujeres se encuentran –al menos– en desventaja, es posible apreciar la necesidad de abordar esta violencia de forma distinta y, en consecuencia, la necesidad de ajustar la noción de debida diligencia a aplicarse en la investigación de estos casos, así como la forma en que se interpretan las normas –tanto generales como específicas– en relación a la violencia contra las mujeres.

La Ley nacional n° 26485 ha sido lo suficientemente ilustrativa y amplia para fijar los modos en los tipos de violencia que se pueden manifestar, en tanto prevé en su art. 5 que en un hecho de violencia de género puede existir o coexistir violencia *física* -que se emplea contra



el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física, inc. 1- , *psicológica* -que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también, la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia 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, inc. 2-, *sexual* -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, inc. 3-, *económica y patrimonial* -que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) 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, inc. 4-, *simbólica* -que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, lo que naturaliza la subordinación de la mujer en la sociedad-.

*TSJ, Sala Penal, "Lizarralde", S. n° 56, 9/3/2017; "Charras", S. n° 266, 3/07/2018*

## 7. Innecesaridad de la presencia de características particulares de la víctima (“mujer débil”)

La caracterización de la víctima del femicidio como una mujer vulnerable asimilable a una persona débil de carácter que es rebajada a la calidad de objeto, delimita el ámbito de mujeres que pueden ser víctimas de violencia. El marco de la normativa internacional y nacional establece un alcance general para todas las mujeres independientemente de sus propiedades personales, sociales o culturales. La existencia de esta fenómeno toma forma de un modo expansivo, en la medida que se asienta en prácticas sociales y estereotipos que no toman como parámetro otra realidad que la de ser mujer, sin más. Es la violencia contra la mujer por el hecho de serlo. Lo contrario, coloca a un colectivo de mujeres fuera del alcance protectorio de las disposiciones legales mencionadas, sin contar con las dificultades de atribuir el carácter de vulnerable o no según el sentido utilizado por el tribunal que juzga el hecho.

*TSJ, Sala Penal, “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017; “Barrionuevo”, S. n° 145, 8/5/2018; “Cuevas”, S. n° 277, 3/7/2018; “López”, S. n° 507, 12/11/2020.*

## 8. La situación de desigualdad como característica de violencia de género debe estar descripta en la acusación

La situación de desigualdad en casos de violencia de género, y que permite aplicar la agravante “por mediar violencia de género” a las lesiones leves (art. 92 en función del 80 inc. 11 CP), debe estar descripta en la base fáctica intimada. De lo contrario, se afecta el principio de congruencia que debe regir entre la acusación, la intimación en el debate y el hecho fijado en la sentencia condenatoria.

*TSJ, Sala Penal, “Pereyra”, S. n° 542, 25/11/2020.*

# XI. CASO SOSPECHOSO DE VIOLENCIA DE GÉNERO: RELACIÓN DE PAREJA EN TÉRMINOS DEL ART. 80 INC. 1 DEL CP

## 1. Noción de “relación de pareja”

La reforma legislativa operada por la Ley nacional n° 26791 procura proteger el vínculo sentimental aun en sus configuraciones menos formales

que la redacción anterior del inc. 1° del art. 80, comprende así, las relaciones amorosas como el noviazgo. En cuanto al fundamento de esa especial protección –se explicó–, que no respondería solo a los deberes especiales que pueden emerger de esas relaciones, sino también al abuso de confianza por parte de quien los comete.

El giro o sintagma *relación de pareja* se refiere a un tipo de vinculación afectiva que incluye el contacto sexual, más o menos específico, entre autor y víctima. Dentro de la figura queda comprendida aquella relación que tiene lugar entre dos personas de cualquier sexo, unidas por un vínculo sentimental de carácter amoroso y de cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, aunque no fuere continúa.

Quedan excluidas las relaciones que, aunque sentimentales, no pasan de ser casuales, como así también aquellas relaciones que no superan la amistad o el trato íntimo y, aquellas otras en las que, existiendo mayor intimidad, no dejan o dejaron de ser esporádicas o meramente circunstanciales.

Los usos comunicativos revelan que estas relaciones funcionan como fuentes de expectativas recíprocas y, en definitiva, de confianza. Esto es así, en tanto los individuos que están en una relación como estas se sienten racionalmente habilitados a esperar ciertas conductas específicas de su pareja que, de no existir dicho vínculo, no estarían igualmente justificadas. Estas expectativas son de muy diversa índole, y pueden tener que ver con el cuidado, atención, afecto, etc.; ello también explica por qué, mientras que con una persona desconocida un individuo se abstendría de realizar determinadas conductas (como, por ejemplo, sin prevenciones dejar al otro pasar a su casa de modo que quedan a solas; o subirse al automóvil del otro como no lo haría con un desconocido; o concertar un encuentro en un lugar solitario, etc.), con la pareja es común que estas prevenciones desaparezcan. En este sentido, las personas se vuelven más vulnerables ante su pareja, bajan la guardia, y esto es importante porque, como se vio, uno de los fundamentos del mayor castigo es la violación de la confianza que en el sentido más extremo importa el homicidio de aquel con quien se mantiene éste vínculo afectivo.

Además, en los casos marginales de relación de pareja (esto es, aquellos donde los usos del lenguaje registran menos acuerdos sobre si se trata de genuinas relaciones de pareja, o bien donde el vínculo se extendió por un espacio de tiempo demasiado exiguo), sus análisis deberán tener entre los criterios clasificatorios especial interés por los fundamentos

de la agravante. Así, en los casos marginales no podría ser la tutela del vínculo la razón subyacente de la agravante, pero sí la confianza en el otro.

*TSJ, Sala Penal, “Sosa”, S. n° 445, 10/9/2019; “Torres”, S. n° 125, 7/5/2020; “Fernández”, S. n° 382, 6/10/2020; “Baldini”, S. n° 386, 15/10/2020.*

## 2. Alcances en cuanto a la identidad sexual y género

Resulta irrelevante a los efectos de subsumir un caso como relación de pareja si se trata de vínculos heterosexuales o de minorías sexo-genéricas (conformadas por lesbianas, gays, trans y bisexuales).

*TSJ, Sala Penal, “Torres”, S. n° 125, 7/5/2020.*

## XII. EXCLUSIÓN DE EXCUSAS QUE REDUCEN LA PUNIBILIDAD CUANDO SE CONECTAN CON CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

### 1. Homicidio en estado de emoción violenta. Noción. Requisitos

El artículo 81, inc. 1°, ap. a del Código Penal, atenúa la pena del homicidio respecto de quien “matara a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”. Esta atenuante reside en la menor criminalidad que se advierte en un hecho en el que la determinación homicida del autor no obedece únicamente a un impulso de su voluntad, sino que en alguna medida se ha visto arrastrado al delito por una lesión que ha sufrido en sus sentimientos, casi siempre, por obra de la propia víctima.

La aminoración del castigo del homicidio en el supuesto analizado exige: a) un estado psíquico del autor (conmoción del ánimo del autor); b) la valoración de ese estado psíquico (violencia de la emoción) y; c) la vinculación de ese estado con la producción del homicidio.

Es necesaria, pues, la concurrencia de un estado psíquico de conmoción violenta del ánimo del autor, a causa de una ofensa inferida por la víctima o un tercero a sus sentimientos que, sin privarlo de la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta y de dirigir sus acciones,

afecte seriamente su facultad de controlarse a sí mismo, facilitando así la formación de la resolución criminal.

Ello puede consistir en un furor, ira, irritación, miedo, dolor, bochorno, etc., asumir la forma de un súbito impulso o de un estado pasional que estalla frente a causas aparentemente carentes de significación y que operan como factor desencadenante, con entidad suficiente como para inclinar al sujeto a la acción homicida. El autor debe matar y se encuentra en estado de emoción violenta, para lo que no resulta suficiente la existencia de la emoción; se requiere que el impulso homicida se origine en esa conmoción anímica y que la acción se ejecute en ese estado.

Por otra parte, para que se configure la excusabilidad del estado emocional con arreglo a las circunstancias en las que se ha producido, es necesario que estas justifiquen el motivo y la causa por los que el autor se ha emocionado en el grado en que lo estuvo, lo que no constituye un juicio de hecho sino un juicio de derecho cuando se aprecia "...frente al concepto legal de la excusabilidad...".

Asimismo, la causa de la alteración anímica debe encontrarse fuera del sujeto y ser eficiente en relación a quien la padece para provocar la crisis emotiva. Es decir, tal incitación de los sentimientos del autor debe provenir de una fuente distinta a él o a su sola falta de templanza, lo que no ocurrirá cuando la emoción sea atribuida al propio autor, como ocurre cuando él la ha provocado, al incitarla o facilitarla a sabiendas de poner las condiciones para que opere; cuando las causas son, objetiva o subjetivamente, fútiles con arreglo a las circunstancias; o cuando el autor estaba jurídicamente obligado a soportarlas.

*TSJ, Sala Penal, "Pérez", S. n° 309, 20/11/2012; "Macario", S. n° 71, 27/3/2013; "Morlacchi", S. n° 250, 28/7/2014; "Lomello", S. n° 12, 16/2/2016; "Calderón", S. n° 174, 29/4/2016; Moschitari, S. n° 217, 31/5/2016; "Alegre", S. n° 400, 13/9/2016; "Frías", S. n° 5, 15/2/2018; "Barrionuevo", S. n° 145, 8/5/2018; "Quevedo", S. n° 264, 3/7/2018; "Bernabé", S. n° 201, 27/7/2020.*

## **2. Inexcusabilidad de homicidios cometidos en emoción violenta en contextos de violencia de género**

En el juicio de excusabilidad no pueden dejar de valorarse circunstancias particulares indicadoras de una pretensión de sometimiento de la

víctima a la voluntad del imputado, ocurre en los casos de violencia de género. En estos casos, el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia, en virtud de la relación vital en que se halla.

En escenarios que revelan violencia de género no se debe aceptar que la decisión de la mujer de terminar con una relación sentimental, pueda funcionar como una ofensa inferida por el ánimo del varón, autor de la agresión, y que denote una menor culpabilidad. De ser así, ello presupondría la aceptación como legítima de los actos de violencia anterior proferridos por el hombre a la mujer y el premio de una pena menor para quien fuera autor de tratos que niegan el derecho humano de ella al goce de una vida libre de violencia.

De esta manera, a fin de determinar si las circunstancias invocadas por la defensa constituyen un motivo provocador válido que disminuya la culpabilidad del acusado, es necesario que el agente no solo se encuentre conmovido en su ánimo sino que, además, resulta imperioso que las circunstancias que lo producen o causan se encuentren fuera del sujeto y resulten eficientes para provocar la crisis emotiva, análisis que, no puede, bajo ningún motivo, prescindir del entorno de violencia en el cual puede hallarse la víctima a merced del acusado.

*TSJ, Sala Penal, “Pérez”, S. n° 309, 20/11/2012; “Macario”, S. n° 71, 27/3/2013; “Morlacchi”, S. n° 250, 28/7/2014; “Lomello”, S. n° 12, 16/2/2016; “Calderón”, S. n° 174, 29/4/2016; Moschitari, S. n° 217, 31/5/2016; “Alegre”, S. n° 400, 13/9/2016; “Barros”, S. n° 235, 9/6/2017; “Quevedo”, S. n° 264, 3/7/2018.*

### **3. Homicidio agravado cometido mediando circunstancias extraordinarias de realización**

El hecho provocador de las circunstancias extraordinarias de atenuación, puede tener dos fuentes distintas de producción; esto es, cuando encuentra su origen en una actitud o actitudes de la propia víctima, o en un estado o situación de desgracia que determina que uno o ambos sean víctimas de su propio estado o situación personal. En cuanto a la primera alternativa, la conducta de la víctima debe constituir el motivo de tal toma de decisión por parte del victimario, este sujeto debe ser ajeno a la razón de aquella, no siendo exigible que la decisión se exteriorice en forma

automática o inmediata, por cuanto de lo contrario el derecho estaría premiando la espontaneidad en la conducta delictiva y castigando a aquel que luego de batallar con lo que su conciencia le prohíbe, termina siendo vencido por el impacto emocional producido a causa del acto provocador. En el segundo grupo de casos se incluye el denominado “homicidio por piedad”, que puede ser pedido o no por la víctima, en cuyo caso será necesario que esta padezca sufrimientos, a raíz de una enfermedad grave e incurable que no desemboca en una muerte más o menos próxima, y que el autor se mueva por un sentimiento de piedad para evitarle mayores sufrimientos. Es decir que, en ambos casos, debe estarse al análisis de las consecuencias o efectos de la circunstancia extraordinaria en el ánimo del autor, siendo obvio que no se hallará beneficiado en este sentido aquél cuya conducta sea producto de la inestabilidad emocional, susceptibilidad extrema, irascibilidad o intemperancia.

*TSJ, Sala Penal, “Dávila”, S. n° 178, 25/7/2012; “Benítez”, S. n° 25, 26/2/2013; “Quevedo”, S. n° 264, 3/7/2018.*

#### **4. La reacción del varón ante la decisión de la mujer de separarse de hecho en contextos de violencia de género no exculpa como circunstancia extraordinaria de atenuación del homicidio agravado por el vínculo**

En el marco del art. 80 *in fine* del CP, la mera separación de hecho no constituye un motivo provocador válido para causar, en el ánimo del agente, una reacción que al menos explique –desde el punto de vista subjetivo- que actuó como lo hizo a causa que sus frenos inhibitorios se hallaban desbordados.

En escenarios que revelan violencia de género no se puede aceptar que la decisión de la mujer de terminar con una relación matrimonial de maltrato pueda funcionar como una circunstancia extraordinaria, provocadora del ánimo del varón y que denote una menor culpabilidad; de ser así, ello presupondría la aceptación como legítima de los actos de violencia anterior y el premio de una pena menor para quien fuera autor de tratos que niegan el derecho humano de la mujer al goce de una vida sin violencias.

*TSJ, Sala Penal, “Dávila”, S. n° 178, 25/7/2012; “Benítez”, S. n° 25, 26/2/2013; “Lomello”, S. n° 12, 16/2/2016.*

### **5. La existencia de violencias contra la mujer previas al homicidio impide la aplicación de la excusa prevista en el art. 80, *in fine*, del CP**

El propio texto del art. 80, último párrafo, del Código Penal descarta la posibilidad de reducir la sanción en los casos que hubieren mediado circunstancias extraordinarias “a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima” del homicidio agravado por el inc. 1. El tenor literal del texto no limita la clase de violencia. Dados estos presupuestos, es posible excluir la atenuante con independencia de que se califique jurídicamente el hecho como femicidio previsto en el art. 80 inc. 11.

*TSJ, Sala Penal, “Castro” S. n° 153, 9/5/2017; “Tinari”, S. n° 184, 29/5/2017.*

### **6. La reacción del varón ante la decisión de la mujer de entablar una relación sentimental con otra persona, no exculpa como circunstancia extraordinaria de atenuación del homicidio calificado por alevosía contra su nueva pareja**

Cuando el imputado hubiese actuado bajo una violenta conmoción del ánimo, esta de ninguna manera sería excusable, si la causa de la emoción violenta fue su clara decisión de no permitir que la mujer tomara la libre y autónoma opción de elegir otra pareja contra quien se ejecuta el homicidio. Esto es, una inaceptable pretensión de sometimiento de ella a la voluntad del imputado.

Igual consideración vale a su pretensión de imponer su presencia cuando la mujer no tenía deseos de verlo o continuar la relación. Tal actitud conlleva negar un derecho humano perteneciente a cualquier persona humana: el de decidir con quién tener o no tener una relación sentimental. Comportarse como “propietario” de la mujer, e imponerle forzosamente la presencia y la continuidad de una relación quebrada, y castigarla mediante la eliminación de quien ella prefirió, vulnera el derecho a una vida libre de violencia (art. 3 de la Conv. *Belém do Pará*).

*TSJ, Sala Penal, “Paganini”, S. n° 371, 2/10/2020.*



### **XIII. DELITOS COMETIDOS EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

#### **1. Encuadramiento de delitos en supuestos de violencia de género. Diferencias entre subsunción típica y subsunción convencional**

La subsunción típica del hecho en la figura delito respectivo es el presupuesto necesario para abordar la subsunción convencional en los casos sospechosos de violencia de género para establecer si, por ejemplo, el caso de violencia doméstica sospechado de violencia de género, puede ser categorizado como tal. Por lo tanto, las características de la violencia de género emergen del contexto del hecho típico y, por eso mismo, no pueden apreciarse en un análisis aislado del suceso que se subsume en el tipo penal, pues es en ese ámbito mayor regido por el contexto, el que se podrá confirmar o descartar que el contexto sospechoso, como sería la violencia familiar, es a la vez violencia de género.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016.*

#### **2. Modo de analizar el contexto que determina la subsunción convencional en violencia de género**

El contexto demanda la exploración de la relación autor/víctima, sin caer en estereotipos, a través de informes o pruebas técnicas que incluyan también las personalidades de ambos, y el análisis de las características cualitativas de la violencia, en vista al rasgo identitario central de la violencia de género. Ese rasgo, dada la vinculación entre violencia y discriminación, reside en examinar conforme a las pruebas del contexto, si la relación autor/víctima puede considerarse como una vinculación superior/inferior, por la desigualdad real en la que la víctima se encontraba y en la exteriorización de la posición de poder del varón a través de violencia de cualquier clase, aunque no se subsuma penalmente.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Aguirre”, S. n° 448, 30/10/2020.*

Es irrelevante que el agresor integre o no una relación interpersonal con la víctima o sea un agente del Estado, que ocurra la violencia en el ámbito privado o público, en tanto se posicione respecto de la mujer en

un binomio superior/inferior, y la trate con violencia física, psicológica o sexual por su género. Es decir, como alguien que no es igual, y por eso, no se le reconoce fácticamente que cuenta con un ámbito de determinación para su personal proyecto de vida, de allí la demostración de poder, dominación o control por la violencia.

*TSJ, Sala Penal, “Trucco”, S. n° 140, 15/4/2016; “Lizarralde”, S. n° 54, 9/3/2017; “Medina”, S. n°57, 14/3/2018; “Arriola”, S. n° 129, 20/4/2018; “Suárez”, S. n° 388, 18/9/2018.*

### **3. Deber de juzgar con perspectiva de género en el análisis de las normas**

En los supuestos donde la dogmática no está impregnada de una perspectiva de género sino por un criterio androcéntrico, es el juez quien debe incorporarla, a fin de realizar una visión integradora con la defensa articulada por la imputada.

*TSJ, Sala Penal, “Correa”, S. n° 167, 22/5/2017.*

### **4. Deber de juzgar con perspectiva de género los presupuestos de la legítima defensa o su exceso en casos de mujeres imputadas víctimas de violencia**

En el análisis de cada uno de los requisitos de la legítima defensa (agresión ilegítima actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y que el ataque no haya sido provocado suficientemente por quien se defiende) o de cualquier otra cuestión vinculada (v.gr. exceso en la legítima defensa) e incluso en relación a otras atenuantes, deberá contemplarse la singularidad de la acusada por su condición de mujer y la violencia que padecía por esa misma condición.

*TSJ, Sala Penal, “Correa”, S. n° 167, 22/5/2017.*

La CSJN ha adoptado las recomendaciones provenientes del Comité de Expertas del MESECVI (Resolución General n° 1) acerca de la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la interpretación de la legítima defensa en los casos en que las mujeres acusadas la alegan. Entre ellas, interesa especialmente que, en relación con el requisito de la agresión ilegítima, se advierta que la violencia basada en el género es una agresión

ilegítima, respecto de la que debe considerarse su característica como un *continuum* para ponderar la inminencia o actualidad. Debe repararse en esa condición, en función de la evaluación de la necesidad de defensa, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias.

Es pertinente reiterar que el concepto convencional de violencia incluye diferentes modalidades en las relaciones interpersonales (art. 2 de la Conv. *Belém do Pará*), sin requerirse que sean alcanzadas por el derecho penal. Este criterio convencional rige el análisis del contexto a los efectos de verificar el rasgo identitario central de la violencia de género, el que consiste en establecer si la relación autor/víctima puede considerarse como una vinculación superior/inferior, por la desigualdad real en la que la víctima se encontraba y en la exteriorización de la posición de poder del varón a través de violencia de cualquier clase, aunque no se subsuma penalmente, en el que se inserta el episodio típico. Si bien esta interpretación fue elaborada en torno a los agresores varones, es válida para los casos de mujeres imputadas por ataques a su agresor, ya que se trata de la interpretación acerca de aquello que es relevante para subsumir como “violencia de género” un hecho determinado.

También interesa destacar, para este tipo de casos, que el requisito de la necesidad racional del medio empleado debe ponderarse con el enfoque de género, pues ella no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva si existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias.

Debido a las características de la violencia de género en la pareja, si la agresión se limitara solo al episodio inmediatamente anterior a la defensa, podría considerarse desproporcionada. Esta lectura neutral desconocería el concepto de agresión que se ha explicitado y que no se acota a un episodio aislado, sino que remite a una situación de constante cercenamiento del derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia en sus múltiples manifestaciones.

*TSJ, Sala Penal, “López”, S. n° 507, 12/11/2020.*

## 5. Circunstancias extraordinarias de atenuación alegadas por la imputada víctima de violencia de género

Las circunstancias extraordinarias de atenuación del art. 80, último párrafo, del CP tienen como propósito librar al juez del estrechísimo marco constituido por las dos penas perpetuas, las que, para determinados casos, se podrían tornar injustas. El legislador optó por valerse de una fórmula genérica en su redacción, sin precisar cuáles son exactamente las causas capaces de producir la atenuación de la pena que prevé. El fundamento de la disminución de la pena se encuentra, pues, en la menor culpabilidad del agente. Es posible aplicar esta atenuante a un homicidio cometido por omisión, cuando esa menor culpabilidad de la imputada reconocía su origen en el contexto de violencia de género en que se encontraba.

*TSJ, Sala Penal, “Casas”, S. n° 231, 9/6/2017; “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

## 6. Delitos de comisión por omisión

Cuando la mujer acusada alega en su defensa material (o técnica) haber sido víctima de violencia de género por su pareja que también fue quien realizó el maltrato en contra de su hijo a quien dio muerte, y se argumenta en su favor que ella actuó respecto de este homicidio sin dolo o sin capacidad suficiente de evitar semejante daño, no debe ser tratada en el proceso penal en su contra exclusivamente como acusada. La posición de víctima en la que se coloca y la alegación de haber actuado en forma atípica o con culpabilidad disminuida, sea cual sea la subsunción de este conflicto no queda eliminada por la imputación en el proceso penal que se sigue en su contra. Por lo menos hasta que en una sentencia se descarte su condición de víctima, reúne la doble condición.

La violencia de género ha sido definida de manera multifacética, tal como surge del art. 5 de la Ley nacional n° 26485 que menciona como tipos de violencia contra la mujer la física, psicológica, sexual, económica y simbólica. Si bien sería incorrecto afirmar que, de manera categorial, siempre opera como una eximente de responsabilidad para quien la padece, tampoco puede soslayarse su consideración. Este tipo de hechos de victimización de la mujer puede ser así entendido por una diversidad de aristas y requiere que, en todo caso, quien juzga analice si alguna de ellas

resulta relevante en la atribución de responsabilidad penal de que se trata. En tal situación, se tiene que tratar la cuestión de la existencia de la violencia de género conforme a los estándares convencionales que requieren la actuación con debida diligencia, la amplitud probatoria, la valoración de la prueba con perspectiva de género y, en forma común con cualquier acusado/a, el principio *in dubio pro reo*.

*TSJ, Sala Penal, “Malicho”, S. n° 69, 10/3/2021.*

## 7. Amenaza y coacción

### 7.1. Requisitos típicos

La coacción es un delito contra la libertad individual previsto en el art. 149 bis, 2° parte, del CP, que atenta contra la determinación de las personas. La acción típica consiste en hacer uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Importa, pues, el anuncio, por parte del autor, de un daño que recaerá sobre la víctima o un tercero. La doctrina entiende que la amenaza debe ser injusta, es decir, que quien la infiere no debe estar legitimado civil o penalmente para hacerla; esto es, que el daño sea de posible realización por el autor en el caso concreto o –aunque objetivamente imposible– que la víctima crea en dicha posibilidad y grave, el mal anunciado debe ser idóneo para alarmar o amedrentar al sujeto pasivo. La idoneidad de la amenaza depende tanto de la objetividad del daño anunciado como de las condiciones y circunstancias personales del amenazado.

El contenido de la imposición tiene que ser una conducta determinada, si no lo es, el ilícito solo podría configurar el delito de amenazas. Además, la exigencia debe resolverse en un hacer o en un omitir que sea posible para el sujeto pasivo; cuando para él sea imposible (material o jurídicamente), la acción también deberá ser examinada como amenaza.

*TSJ, Sala Penal, “Valente”, S. n° 234, 3/6/2016; “Wisnievski” S. n° 348, 11/8/2016; “Ludueña”, S. n° 395, 11/9/2016; “Madrid” S. n° 517, 22/11/2016; “Agüero”, S. n° 551, 13/12/2016; “Cufre”, S. n° 310, 6/9/2020; “Sarmiento”, S. n° 30, 12/2/2021.*

## 7.2. *Idoneidad de la amenaza o la coacción en contextos de violencia de género*

La evaluación de la idoneidad de las expresiones del autor del delito para amedrentar o, en su caso, también exigir bajo amenazas a la víctima mujer realizar, dejar de hacer u omitir determinado comportamiento, depende de la consideración de si esas expresiones fueron proferidas en un contexto de violencia de género. Dicha evaluación determinará el sentido y alcance concreto de la acción delictiva del autor. No puede perderse de vista que el contexto situacional de violencia de género en que se produce la amenaza denota una situación de mayor vulnerabilidad de la víctima respecto de su victimario.

*TSJ, Sala Penal, “Valente”, S. n° 234, 3/6/2016; “Wisniewski” S. n° 348, 11/8/2016; “Ludueña”, S. n° 395, 11/9/2016; “Madrid” S. n° 517, 22/11/2016; “Agüero”, S. n° 551, 13/12/2016; “Castellari”, S. n° 291, 4/9/2010; “Cufre”, S. n° 310, 6/9/2020; “González”, S. n° 473, 5/11/2020; “Sarmiento”, S. n° 30, 12/2/2021.*

La adecuada contextualización de las expresiones vertidas permite advertir la gravedad, seriedad, verosimilitud e idoneidad objetiva de la amenaza, y, por ende, su tipicidad. En otras palabras, el significado de las expresiones verbales y como consecuencia, su contenido e idoneidad intimidante, no es el que surge solo de su literalidad sino también, el que plantea su inserción dentro del contexto situacional en el que son vertidas. De lo contrario, se incurriría en un sesgo androcéntrico, lo que a su vez daría lugar a la denegación de justicia y la revictimización de la mujer.

*TSJ, Sala Penal, “Cufre”, S. n° 310, 6/9/2020; “Sarmiento”, S. n° 30, 12/2/2021.*

## 7.3. *Irrelevancia que también configure un supuesto de “stalking”*

Es irrelevante si la amenaza también configura un supuesto de acoso o “*stalking*” que ha merecido punibilidad diferenciada en otros países (*v.gr.* art. 2261A al título 18 del *US Code* en Estados Unidos de América; arts. 172 ter y 173, inciso 2 Código Penal español; § 238 del Código penal alemán, § 107 Código penal austríaco, 612 bis código penal italiano).

*TSJ, Sala Penal, “Sarmiento”, S. n° 30, 12/2/2021.*

#### ***7.4. Coacción calificada por el uso de arma en un caso de violencia de género***

El tipo penal cuestionado se configura si el autor amedrenta con un arma propia o impropia, o si con el uso de ella apoya una amenaza de otra índole. La razón que sustenta dicha agravante es el mayor poder intimidante que cobra la acción realizada con la exhibición de dicho instrumento. Por ello, no se requiere para la aplicación de dicha calificante su potencialidad lesiva, ni la comprobación de un riesgo concreto para la integridad física del amenazado. La razón de ser de la más intensa punibilidad reside en el mayor poder intimidatorio de la acción realizada con el instrumento, lo que indica, por otra parte, que no es indispensable que la potencialidad del arma responda de manera estricta a la que verdaderamente tienen las de su tipo, siendo suficiente que pueda aumentar la intimidación de la víctima por desconocer éstas las deficiencias de aquéllas (p.ej., pistola descargada; exhibición de una garrafa de gas y la manipulación de un encendedor).

*TSJ, Sala Penal, “Mendoza”, S. n° 556, 11/11/2019.*

### **8. Delitos sexuales**

#### ***8.1. Violencia sexual contra la mujer. Marco convencional y legal***

El marco normativo vigente en materia de violencia de sexual en contra de la mujer se encuentra conformado por la CEDAW, la Recomendación General n° 19 del Comité CEDAW y la Convención *Belém Do Pará*. En efecto, la Recomendación General n° 19 del Comité CEDAW especifica el nexo entre discriminación y violencia contra la mujer, en tanto explicita que el art. 1 de la CEDAW que define la discriminación 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 y, a su vez, que esta incluye actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual (número 6). Por su parte, la Convención de *Belem do Pará* contiene una regla muy clara que incluye la violencia sexual en la violencia contra la mujer y refiere que ella tiene 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 (art. 2, a).

A la vez, dicho plexo convencional de la máxima jerarquía normativa ha orientado las reformas de la legislación interna. Así, a nivel nacional, la Ley nacional n° 26485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, a la que adhirió la Ley provincial n° 10352, establece entre los tipos de violencia sexual 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; incluye 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.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Silva”, S. n° 419, 26/8/19; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019; “Toledo”, S. n° 588, 29/11/2019; “Huamani Vergara”, S. n° 311, 17/9/2020; “Maldonado”, S. n° 268, 25/8/2020; “Rodríguez”, S. n° 467, 4/11/2020.*

## **8.2. Abuso sexual como manifestación de violencia contra la mujer**

El abuso sexual es una manifestación de violencia en contra de la mujer en la dimensión convencional y son punibles las conductas abusivas que se subsumen en las modalidades previstas por el Código Penal, aunque sean realizadas en el matrimonio o cualquier relación de pareja, actual o terminada. En tal sentido, la perspectiva de género veda que se estereotipe el rol sexual de la mujer en pareja, le niega discriminatoriamente la calidad de víctima de abuso sexual, por compartir un conjunto errado de creencias que la sitúan como sometida a obligaciones de tener sexo con su pareja, aunque sea en contra de su autonomía. En consecuencia, una fundamentación basada en estereotipos de género, por ejemplo, en la que se realizan alusiones al débito conyugal, no será legítima e invalidará la sentencia por la interdicción convencional de la discriminación. La Ley nacional n° 26485 lo dice expresamente, con el fin de remover estereotipos de género.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “Heredia Leoni”, S. n° 240, 10/8/2020.*



### ***8.3. Medidas legislativas que implicaron un avance en el reconocimiento de los derechos vinculados a la integridad sexual de las mujeres (Ley nacional n° 25087)***

La redefinición del bien jurídicamente protegido introducida por la Ley nacional n° 25087 implicó una notable evolución en los derechos de las mujeres. Es que, con el cambio de denominación, el bien jurídico protegido pasó a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima. Así pues, se eliminaron –por ejemplo- las figuras del “rapto de la mujer casada” y la “eximente de pena por matrimonio con la víctima”, en los que claramente se evidenciaba el mayor peso que se adjudicaba a la institucionalización de las relaciones. En ese contexto, se consideraba que el daño era mayor no por el menoscabo a la integridad de esa mujer, sino por las consecuencias que tal situación podía acarrear para terceros. Por ende, la reforma logró reducir la discriminación hacia las mujeres -basada en estereotipos de género-.

Además, se buscó poner en pie de igualdad a las víctimas de delitos sexuales entre sí, más allá de que estos sean hombres o mujeres –v.gr. en el caso del rapto, se eliminó la referencia al sujeto pasivo como mujer, abriendo la posibilidad de que la víctima sea de cualquier sexo-. Todo lo que resultó en procura de una correcta aplicación del principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

*TSJ, Sala Penal, “González”, S. n° 101, 6/4/2017.*

### ***8.4. Valoración del contexto para interpretar el tipo penal y las exigencias probatorias en relación con la falta de consentimiento***

En los delitos expresivos de la violencia de género, el análisis del contexto es necesario para la subsunción convencional. Por otra parte, si bien el abuso sexual es de por sí expresivo de violencia de género, cualquiera sea la relación interpersonal, examinar el contexto presenta una utilidad para interpretar el tipo y evitar errores interpretativos o exigencias probatorias incorrectas en relación a la falta de consentimiento. Así, el contexto será de utilidad cuando en el abuso no se haya utilizado violencia física, que no es indispensable, pero donde se revele que autor y víctima presentan una relación asimétrica, en la que el varón se sitúa como superior que impone el

sexo a la mujer, a la que sitúa como inferior, y por ello implica un contacto sexual sin consentimiento por el empleo de abuso de poder.

*TSJ, Sala Penal, “Romero”, S. n° 412, 12/10/2018; “Salas” S. n° 358, 31/7/19; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019; “Pedraza”, S. n° 380, 6/10/2020; “Huamani Vergara”, S. n° 311, 17/9/2020; “Iacoi”, S. n° 525, 17/11/2020.*

### **8.5. Deber de investigar el contexto aun cuando no se trate de delitos**

Es necesario indagar en las peculiaridades de la relación víctima-acusado emergentes del *contexto* que denotaba el vínculo entre violencia y discriminación por la condición de mujer de aquella (conf. CEDAW, Recomendación General n° 19 del Comité CEDAW, Conv. *Belém do Pará*), como lo son las formas de violencia sistemática que desplegó aquel (no solo sexual sino también física y psicológica o emocional), incluso en aquellas que no configuraban delitos y que estaban destinadas a ejercer el poder, inducir miedo o controlar.

*TSJ, Sala Penal, “Salas”, S. n° 358, 31/7/19; “Iacoi”, S. n° 525, 17/11/2020; “Sarmiento”, S. n° 30, 12/2/2021.*

### **8.6. Falta de consentimiento. Irrelevancia del oficio de la víctima**

El oficio desempeñado por la víctima, no importa per se un descrédito de sus dichos, ni tampoco la aceptación de la realización de actos sexuales que impliquen acciones degradantes o violentas sobre ella. La oposición o negativa de la víctima impone al victimario el cese de su conducta, aun cuando hubiese abonado un precio por el servicio sexual. Lo contrario, traería aparejado una discriminación entre quien ejerce la prostitución y las otras mujeres.

*TSJ, Sala Penal, “Murra”, S. n° 189, 27/6/2012; “Lemos”, S. n° 153, 20/4/2016; “Toscano”, S. n° 208, 28/7/2020.*

### **8.7. Violencia sexual por intimidación**

Resulta relevante considerar la opinión de la CIDH en cuanto expuso que los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto

en el que ocurre una violación sexual, y no solo evidencias directas de la existencia de resistencia física por parte de la víctima, para efectivamente investigar y sancionar casos de violencia sexual. Es por ello que, en aras de determinar si hubo o no violencia, resulta necesario examinar todas las circunstancias que pudieron haber inhibido o paralizado la resistencia física de la víctima (cuando permanece su resistencia psíquica), con el fin de lograr el ataque sexual. En otras palabras, resulta necesario examinar si se trata de un supuesto de violencia bajo intimidación.

*TSJ, Sala Penal, “Campos”, S. n° 344, 24/7/2019; “Salas”, S. n° 358, 31/7/19; “Quinteros”, S. n° 496, 4/10/2019, “Huamani Vergara”, S. n° 311, 17/9/2020; “Pedraza”, S. n° 380, 6/10/2020; “Iacoi”, S. n° 525, 17/11/2020.*

#### **8.8. Inadecuada distinción entre las figuras del art. 119, segundo y tercer párrafo del CP, en razón del género de la víctima**

No configura el delito de abuso sexual con acceso carnal –art. 119, 3° párr., del CP- el caso en que el autor introduce en su boca el pene de la víctima varón. El sentido literal posible del texto legal de esa figura calificada admite tal interpretación, al exigir simplemente, que *hubiere acceso carnal por cualquier vía* (art. 119, 3er. Párrafo del CP). Sin embargo, no es esa la conclusión que debe extraerse si el texto legal se interpreta teleológica y sistemáticamente, al atender al bien jurídico que se procura tutelar y al modelo punitivo que a esos efectos se inserta en el citado cuerpo legal.

La interpretación propiciada encuentra sustento en la indudable similitud que existe entre la conducta llevada a cabo por el acusado, consistente en succionar el pene a la víctima varón y el *“cunnin lingus”*, modalidad en que la víctima –en este caso mujer- es obligada a dejar que el autor efectúe con la lengua actos impúdicos sobre su órgano sexual femenino, lo que es considerado un grave ultraje.

Así pues, en ambos supuestos las víctimas –en un caso varón y en el otro mujer- se vieron obligadas a soportar que el autor del hecho realice con su boca actos impúdicos sobre sus órganos genitales. Una desigualdad de trato entre ambos supuestos, resultaría a todas luces injustificada.

Interpretaciones que siguen el sentido literal del texto, en el afán de querer dispensar igual trato a los victimarios de delitos contra la integridad sexual, donde se amplía el sujeto activo de la figura del abuso sexual

con acceso carnal –v.gr. al caso de la mujer que se hace acceder carnalmente-, se terminaría cayendo en la incongruencia de tratar de manera desigual a víctimas que han sufrido sucesos delictivos de igual magnitud, solo en virtud de su género, con aplicación de penas más leves cuando el sujeto pasivo es mujer que cuando el sujeto pasivo es varón. Ello, resulta absolutamente inaceptable, pues se estaría manejando un doble estándar de género, que atentaría contra la normativa constitucional e internacional en materia de derechos humanos –así diversos tratados internacionales protegen a la mujer de la violencia y de la discriminación de género, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 6.1, 7, 9.1 y 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, entre otros-, y, además, se estaría retornando a interpretaciones ya superadas por el legislador.

*TSJ, Sala Penal, “González”, S. n° 101, 6/4/2017.*

#### **XIV. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA**

##### **1. Violencia de género y violencia familiar como circunstancia agravante de la pena**

Es posible destacar, como criterio de individualización de la pena, la particular naturaleza delictiva cuando el hecho ocurre en un contexto de violencia de género que tiene su génesis en la idea de la violencia sistemática y generalizada que sufren las mujeres por el hecho de ser tales. También cabe ponderar, como pauta de mensuración, que el delito se cometió mediando violencia familiar que expone una problemática que reviste trascendencia social, consistente en la violencia producida dentro del ámbito familiar. Ambas clases de violencia aparecen como un patrón válido a tener en cuenta al momento de graduar la sanción penal al acusado dado que evidencian un mayor injusto material.

*TSJ, Sala Penal, “Ramos”, S. n° 594, 27/12/2016; “Ibarra”, S. n° 387, 23/8/2017; “Álvarez”, S. n° 288, 28/7/2017; “Díaz Moral”, S. n° 373, 17/8/2017; “Monserrat”, S. n° 504, 14/11/2017; “Murúa”, S. n° 569, 28/12/2017; “Ahumada”, S. n° 245, 14/8/2020; “Lobos”, S. n° 251, 19/8/2020; “González”, S. n° 473, 5/11/2020.*

## **2. Límite: pena pedida por el fiscal en un juicio abreviado**

La presencia de circunstancias que califican como violencia de género permite acrecentar válidamente la sanción penal por encima del mínimo de la escala, salvo que esa fuera la cantidad de pena solicitada por el fiscal en un juicio abreviado.

*TSJ, Sala Penal, “Yaccoretti”, S. n° 503, 22/11/2016.*

## **3. No se viola la prohibición de doble valoración en la ponderación de contextos de violencia de género (o familiar) como circunstancia agravante de la pena**

El tribunal de juicio no incurre en una doble valoración, al tener en cuenta la violencia familiar y violencia de género como factor agravante en la graduación de la sanción penal de los delitos de agresión reiterada (arts. 104), lesiones leves agravadas por el vínculo (arts. 92 en función del 89 y 80 inc. 1), amenazas calificadas por el uso de arma (arts. 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto), coacción calificada por el uso de arma (arts. 149 ter inc. 1) y desobediencia a la autoridad (art. 239).

No se observa que la violencia familiar o la violencia de género se halle contenida en los tipos penales de las citadas figuras penales. Sí se observa que la violencia de género está contenida en los arts. 80 inc. 11 y 92 del CP, artículos en los que el legislador estableció una mayor escala penal dentro del capítulo contra las personas, cuando versaren sobre esta naturaleza delictiva.

*TSJ, Sala Penal, “Ramos”, S. n° 594, 27/12/2016.*

## **4. La reiteración delictiva como circunstancia agravante no viola la prohibición de doble valoración dadas determinadas singularidades de los casos de violencia familiar y de género**

No viola la prohibición de doble valoración derivada del principio de *ne bis in idem*, la agravación de la pena concreta por la reiteración delictiva cuando esta incluye la ponderación de otras circunstancias que le otorgan una singularidad distinta de la reiteración delictiva abstractamente considerada por el legislador, por ejemplo, en el concurso de delitos. En ese sentido, cabe una apreciación cargosa de ese elemento si se introducen elementos específicos que no fueron tenidos en cuenta para ampliar la escala penal.

Esto último es lo que ocurre cuando la especificidad de la reiteración delictiva consiste en hechos de violencia familiar y de género. Se trata allí de una reiteración específica por su orientación a la afectación de bienes jurídicos conexos y no de la mera reiteración ya considerada en la escala penal del concurso. Es por ello que puede valorarse, para agravar la individualización judicial de la pena dentro de ese contexto, sin comportar una doble valoración de una misma circunstancia.

Por consiguiente, la ponderación más gravosa de la pena asentada en esos criterios se sustenta sobre una mayor especificidad exhibida por el sujeto con tal reiteración, en tanto supone la persistencia del imputado en continuar su derrotero delictivo de determinada manera, lo que lleva a evidenciar un *plus* con su conducta que no se encuentra comprendida dentro del concurso material.

*TSJ, Sala Penal, “Acosta”, S. n° 311, 27/7/2016; “Monasterio”, S. n° 338, 9/8/2016; “Martínez”, S. n° 346, 10/8/2016; “Acosta”, S. n° 449, 17/10/2016; “Murúa”, S. n° 569, 28/12/2017; “Ardiles”, S. n° 394, 20/8/19; “Ayarde o Ayardi”, S. n° 477, 5/11/2020.*

## 5. Graduación de la violencia como criterio para individualizar la pena

Como en el delito de robo, en los casos de violencia de género no cabe ponderar la violencia “en sí” como elemento negativo individualizador de la pena. Pero sí es posible considerar a esos efectos el grado de esa violencia (leve o intensa) que hubiera empleado el autor para el hecho

*TSJ, Sala Penal, “Acosta”, S. n° 311, 27/7/2016; “Martínez”, S. n° 346, 10/8/2016; “Acosta”, S. n° 449, 17/10/2016.*

## **6. La consideración como circunstancia agravante de la pena la mayor vulnerabilidad de la víctima**

La consideración como circunstancia agravante de la pena la mayor vulnerabilidad de la víctima por género, discapacidad (mental y física), situación de pobreza y desamparo.

*TSJ, Sala Penal, “Gómez”, S. n° 46, 28/2/2020.*

## **7. La consideración como circunstancia agravante de la pena de contextos de violencia de género (o familiar) no viola el principio de igualdad**

No viola el principio de igualdad considerar como agravante de la pena el contexto de violencia de género (o familiar). Una de las particularidades de este tipo de violencia de género y familiar es el tiempo de victimización, porque, a diferencia de otros delitos, aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo, caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad. Por consiguiente, esa distinción legítima es una valoración diferencial y resulta razonable si se tienen en cuenta los compromisos internacionales, nacionales y locales que rigen en esta materia (*i.e.*, Conv. *Belém Do Pará*, Ley nacional n° 26485).

*TSJ, Sala Penal, “Pizarro”, S. n° 301, 2/8/2018; “Carballo”, S. n° 453, 2/11/2020.*

## **8. Condena condicional en delitos de violencia de género**

Las implicancias convencionales, en orden a la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género, nada dicen sobre la procedencia o no de la ejecución condicional de la condena a pena privativa de la libertad que, eventualmente, podría imponerse en caso de avanzar el proceso y arribarse a una sentencia condenatoria. Una cosa son los compromisos internacionales asumidos para la realización del juicio en esta clase de delincuencia y otra cosa, distinta, la opción por modalidades de cumplimiento efectivo o de ejecución condicional de las penas privativas de la libertad que eventualmente puedan imponerse en esos procesos.

*TSJ, Sala Penal, “Vélez”, S. n° 49, 3/3/2016; “Simaski”, S. n° 80, 30/3/2017; “Campos”, S. n° 334, 4/8/2017.*





Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de junio de 2021





