

PROPUESTAS DE
REFORMAS LEGALES

VIOLENCIA contra las MUJERES por razones de GÉNERO

INFORME | AGOSTO / 2020

Comisión sobre Temáticas de Género
Defensoría General de la Nación

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO
PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES

AGOSTO, 2020

ÍNDICE

I. MODIFICACIONES A NORMAS PENALES	4
1. Un principio general de interpretación sobre igualdad y no discriminación	4
2. Modificaciones a las eximentes previstas en el art. 34 CP	12
3. Muerte a los/as hijos/as recién nacidos/as	20
4. Impedimento de contacto.....	28
5. Reglas de prueba para la investigación de delitos sexuales	37
II. MODIFICACIONES A LA LEY N° 26.485	42
1. Respuestas integrales y aspectos estructurales del abordaje procesal e institucional de la violencia contra las mujeres por razones de género	42
2. Prohibición de adoptar medidas recíprocas	44

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO

PROPUESTAS DE REFORMAS LEGALES¹

Tomando como punto de partida la iniciativa de las Comisiones de Legislación Penal y de Mujeres y Diversidad de la Cámara de Diputados de la Nación para evaluar propuestas de reformas legales en casos de violencia de género, desde la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación se elaboraron algunas sugerencias de cambios legislativos.

Estas propuestas surgen de la experiencia adquirida por el Ministerio Público de la Defensa, tanto cuando interviene en protección de mujeres que denuncian ser víctimas de hechos de violencia, como cuando se las asiste en causas penales en las que se vieron involucradas a raíz de un contexto de violencia de género.

Con el afán de subsanar la persistencia de sesgos de género en la redacción y aplicación de normas de orden federal y nacional, se presentan a continuación algunas ideas que pueden contribuir a la discusión sobre cómo incorporar un enfoque de género en nuestro ordenamiento legal y prácticas jurídicas.

¹ Este documento retoma parcialmente y actualiza trabajos realizados con anterioridad por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación. Los contenidos originales y su actualización estuvieron a cargo de Mariángeles Ahumada Aguirre, Raquel Asensio, Ana Correa, Daniela Fagioli, Cecilia González, María de la Paz Herrera, Alexis Alvarez Nakagawa, Valeria Picco y Samantha Singer.

I. MODIFICACIONES A NORMAS PENALES

1. Un principio general de interpretación sobre igualdad y no discriminación

Los primeros discursos feministas que analizaron la ley hacían hincapié en el efecto discriminatorio que las normas tenían sobre las mujeres. Así, por ejemplo, se señalaba la desigualdad de condiciones a las que eran sometidas las mujeres, ya sea en el ámbito político al no permitírsele el voto o su participación para ser elegida en cargos públicos; en el ámbito económico al no poder administrar sus bienes personales o su herencia; o en la esfera civil, al ser declarada incapaz jurídica tras el matrimonio². En el ámbito penal, se denunciaban los distintos criterios que establecía la legislación para determinar el adulterio en el caso de hombres y mujeres y, además, los claros sesgos patriarcales que tenía la regulación de los ataques sexuales en los “delitos contra el honor”³.

Actualmente, sin embargo, la cuestión no

2 Para la condición legal de las mujeres y las críticas feministas al respecto cf. Barrancos, D., “Inferioridad jurídica y encierro doméstico”, en Gil Lozano F., Pita, V., e Ini, M.G., (dir.), *Historia de las mujeres en la Argentina*, T. I., Colonia y S. XIX, Editorial Taurus, Buenos Aires, 2000, pp. 112 y ss.

3 Cf. Rodríguez, M., “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas”, en Birgin, H. (comp.), *Las trampas del poder punitivo*, Bibles, Buenos Aires, 2000, p. 151. También, cf. Levit, N. and Verchick, *Feminist Legal Theory*, New York University Press, New York, 2006, p. 2.

redunda tanto en la existencia de normas que deparen un diferente trato a mujeres y varones. Cuanto menos aquí, dada la formulación neutral de las leyes, se produce un tratamiento formal igualitario entre hombres y mujeres. Sin embargo, más allá de cómo estén redactadas las normas, subsiste un segundo plano de interés para el discurso feminista con relación a la ley, en donde se busca establecer cómo las normas son dotadas de contenido⁴ y cuál es el trato que desde el derecho y el sistema judicial han recibido históricamente las lesbianas, los gays, travestis, trans e intersex (población LGBTIQ+).

La expresión “dotadas de contenido” pretende trascender el mero análisis de la instancia de aplicación del derecho penal. Es decir, no se trata de afirmar solamente que las normas penales son igualitarias pero los jueces las aplican de forma desigual, sino que se intenta resaltar la idea de que las normas son iguales pero están dotadas de un contenido desigual porque los elementos que componen su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto asociados a sus experiencias. Por consiguiente, se afirma que no se trata simplemente de que los jueces realicen una aplicación “machista” de las normas, sino que el contenido, es decir, la “norma interpretada” o las diferentes “tradiciones hermenéuticas” que acompañan a una disposición legal, no pueden dejar de reproducir los requisitos y contextos para los cuales han sido ideados

4 Cf. Mackinnon, C., *Feminism unmodified: Discourses on life and law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

originalmente en base a experiencias masculinas que excluyen el punto de vista de las mujeres⁵ y otros grupos históricamente subordinados. En este orden, señala Facci⁶ que:

Una de las críticas más profundas que el feminismo, junto a otras corrientes de pensamiento contemporáneas, ha desarrollado y corroborado en relación con la cultura liberal se vincula con su falsa neutralidad; es decir, al hecho de que en la construcción de teorías, en la afirmación de derechos, en la elaboración de normas se haga referencia genéricamente, al menos a partir del momento en que la igualdad se ha impuesto como principio universal, a un sujeto neutro, sin raza, ni sexo, ni clase social, etc. Este sujeto, por el contrario, tiene características precisas que corresponden a

5 Cf. Larrauri, E., “Genero y derecho penal” en <http://www.iidh.ed.cr/> (página visitada por última vez el 01/11/2012). Alda Facio se ha referido a este derecho dotado de contenido afirmando que “lo importante aquí no es la nomenclatura sino tener claro que el derecho no se compone sólo de la norma o de las normas formalmente promulgadas, sino que se compone también de normas creadas al administrar justicia, es decir, al seleccionar, interpretar y aplicar el derecho legislativo o normas formalmente promulgadas y de las normas derogadas pero vigentes en las mentes de la gente, de las normas creadas por la costumbre, la doctrina, las creencias y actitudes, así como del uso que se le da a las normas legislativas y a las judiciales” (Cf. Facio, A., “Con los lentes del género se ve otra justicia”, *El otro derecho*, No. 28, 2002, ILSA, Bogotá, p. 86).

6 Facci, Alessandra, “El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, N° 6, Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 2004, p. 29.

las del grupo dominante, y tomarlo como modelo significa la exclusión o, en todo caso, la discriminación de otros sujetos: de individuos de cultura y de religiones diversas de las dominantes, de clases subordinadas, de las mujeres.

En lo que respecta a la aplicación del derecho penal, se han dado innumerables ejemplos de cómo las leyes dotadas de contenido se vuelven discriminatorias a pesar de la neutralidad normativa. Así, se ha dicho, por ejemplo, que la categoría jurídica de la legítima defensa usualmente se interpreta según las vivencias de los hombres. En este sentido, la exigencia jurisprudencial de la “actualidad” en el ataque ha impedido que esta eximente sea aplicada para los casos de mujeres maltratadas que se defienden de sus parejas. Adicionalmente, los jueces son reacios a considerar a las defensas como “necesarias”, debido a que generalmente se supone que la mujer dispone de otros medios para repeler las agresiones. La legítima defensa y sus requisitos han sido elaborados para contextos diferentes, de agresiones de hombres contra hombres, y su exigencia para casos de violencia contra las mujeres los vuelve inadecuados⁷.

Existen otros ejemplos sobre cómo las normas son dotadas de contenido desde una interpretación masculina; así, en el ámbito de normas genéricas, como las circunstancias ate-

7 Cf. Facio, A., “Con los lentes del género se ve otra justicia”, op. cit., pp. 6 a 8; Di Corleto, J., “Mujeres que Matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 5/2006, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

nuantes y agravantes, en la interpretación del dolo, y también en el ámbito de delitos específicos como el delito de lesiones⁸. En cualquier caso, tal como se dijo, estas instituciones penales no están siendo “mal aplicadas”. El problema estriba en el hecho de haberlas configurado e interpretado sin considerar seriamente las experiencias y voces de las mujeres, los colectivos de la diversidad sexual y otros grupos excluidos.

Las interpretaciones con resultados discriminatorios pueden observarse cualquiera sea el rol que ocupan en el proceso las mujeres o personas LGBTIQ+. Ya sea que se trate de personas imputadas, víctimas o testigos, se suelen evidenciar prejuicios en la aplicación de la ley penal, llegando incluso a configurar serios obstáculos para que puedan acceder a la justicia y obtener protección de las autoridades. En relación con ello, se ha señalado la influencia negativa que tienen los estereotipos de género en los procesos judiciales y los obstáculos procesales impuestos por los tribunales para llevar a cabo investigaciones serias, rápidas, exhaustivas y eficaces⁹. Así, se

8 Cf. Larrauri, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 2009, pp. 49-51.

9 Defensoría General de la Nación, *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010, pp. 37 y ss. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/010%20Discriminacion%20de%20Genero%20en%20las%20Decisiones%20Judiciales.pdf> (visitado: 1º/7/2020). En sentido similar: Defensoría General de la Nación - Amnistía Internacional (sección Argentina), *Femicidio y Debida Diligencia: Estándares internacionales y prácticas locales*, Ministerio Público de la

documentó cómo la justicia penal suele trasladar el deber de investigar a las víctimas, los errores en la producción y recolección de la prueba, y la ausencia de medidas para evitar la revictimización de quienes denuncian haber sufrido violencia de género¹⁰. También se pone en evidencia una aplicación generosa de atenuantes y exculpantes en beneficio de los agresores en casos de abusos, lesiones o asesinato de mujeres y personas LGBTIQ+; lo cual resulta una contracara llamativa del uso restrictivo de los mismos institutos cuando esas personas son las imputadas en los delitos.

Todo este cuadro, es decir, la falta de la debida diligencia en las investigaciones judiciales aunado a los criterios amplios, permisivos y beneficiosos que las y los jueces aplican para valorar el material probatorio en sus sentencias respecto de los agresores, contribuye a crear una fuerte sensación de impunidad en casos de violencia de género. Se ha mencionado que, en estos casos, la actitud displicente de las autoridades judiciales es producto de la influencia de patrones socioculturales discriminatorios que descalifican a las denunciadas y contribuyen a la percepción de que los delitos cometidos contra ellas son de menor entidad o no son prioritarios¹¹.

Defensa - Amnistía Internacional (sección Argentina), Buenos Aires, 2015. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/publicaciones/biblioteca-del-mpd> (visitado: 1º/7/2020).

10 *Ídem.*, pp. 43 a 53 y 113 y ss.

11 CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007, párr. 127.

Entonces, más allá de que las normas sean redactadas de una forma neutral, si ellas son interpretadas bajo una mirada sesgada masculina y de poder desigual, tal como usualmente ocurre, en un contexto o trasfondo social en donde existe inequidad entre el sistema sexo-género, la norma dotada de contenido se vuelve discriminatoria. Es más, la neutralidad tiende a reproducir y reflejar a nivel normativo la desigualdad ya existente en el plano social¹².

La constatación de las dificultades para conseguir que el derecho penal produzca una igualdad de consecuencias más allá de la igualdad de normas, fundamentó el viraje de la teoría legal feminista de una crítica a un “derecho penal sexista” (con normas desiguales), a la afirmación de que “el derecho es masculino” (con interpretaciones masculinas de normas neutras)¹³ y “tiene género” (por tanto, tiene la posibilidad de crear identidades con determinadas significaciones de género y de construir el sujeto de protección de la norma)¹⁴. Ello ha llevado a que buena parte de la teoría legal feminista se incline por adoptar e incorporar a la ley principios preferenciales que tomen en consideración las vivencias y voces de esos grupos históricamente excluidos, a fin de alcanzar una

12 Cf. Mackinnon, C., *Hacia una teoría legal feminista*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, p. 427.

13 Cf. Larrauri, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, ob. cit., p. 48

14 Cf. Nuñez, Lucía, *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, México, 2018, pp. 20-21.

igualdad sustantiva en los hechos¹⁵. Del mismo modo, es preciso tener presente el carácter performativo del género y el rol del derecho en este aspecto, pues al determinar cuál es el sujeto de protección consagra un sujeto político que, en la misma medida, excluye a quienes quedan fuera de esa definición¹⁶. Que la ley incorpore o continúe prescindiendo de las experiencias de las mujeres y de la diversidad sexual impactará, en consecuencia, tanto en el plano simbólico como en lo práctico en la definición de qué sujetos son dignos de protección estatal.

Los organismos internacionales de derechos humanos han incorporado a sus desarrollos los aportes realizados por la crítica feminista al derecho y, en consecuencia, han hecho hincapié en la especial protección que merecen las mujeres y el colectivo LGBTIQ+ dada su situación de vulnerabilidad.

15 Iris Marion Young ha sostenido en este sentido que: “allá donde existan diferencias grupales en capacidades, socialización, valores y estilos cognitivos y culturales, sólo atendiendo a dichas diferencias se podrá lograr la inclusión y participación de todos los grupos en las instituciones económicas y políticas. Esto presupone que en lugar de formular siempre derechos y reglas en términos universales, ciegos a la diferencia, algunos grupos gozan a veces de derechos especiales” (Cf. Young, I., “Vida Política y Diferencia de Grupo”, en Castells, C. [comp.], *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Ed. Paidós, España, 1996, p. 119. También: cf. Facio, A., op cit., p. 101, quien sostiene que “un servicio igualitario tendrá que compensar las desigualdades entre hombres y mujeres con medidas correctivas que hagan más parejo el campo de juego”).

16 Cf. Buttler, J., *El género en disputa*, Paidós, Ciudad de Buenos Aires, 2018.

En este marco, los órganos del sistema interamericano han señalado que la neutralidad normativa no siempre garantiza el principio de igualdad de trato, y han exigido a los Estados adoptar medidas positivas que eviten perpetuar patrones estereotipados y prácticas discriminatorias. En este orden, expresaron que la legalidad de una práctica o norma debe analizarse en términos de impacto respecto a un grupo. Así, se indicó que incluso cuando las normas parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado, es preciso atender un posible efecto discriminatorio en su aplicación sobre un determinado colectivo. De este modo, se advirtió que se debe privilegiar el resultado discriminatorio por sobre la intención de discriminar¹⁷. Por ese motivo, se exige a los Estados implementar políticas, leyes o acciones positivas para revertir este impacto discriminatorio sobre ciertos grupos vulnerables¹⁸.

17 Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 141; Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 235; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 263; CIDH, *Caso Jessica Lenahan (González) y otros Vs. Estados Unidos*, Informe No. 80/11, Caso 12.626, 21 de julio de 2011, párr. 109. Asimismo, v. CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, cit., párrs. 77, 90 y 96.

18 Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, cit., párr. 141; CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, cit., párr. 99.

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva No. 16, ha reconocido el carácter compensatorio de la obligación de adoptar medidas que eliminen la desigualdad real en el marco de los sistemas de justicia, solicitando a los Estados que incorporen mecanismos para eliminar las situaciones de desventaja que afrontan ciertos grupos en relación con otros. En este marco, la Corte afirmó que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación”¹⁹.

En el ámbito universal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (órgano interpretativo de la Convención Internacional para Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW por sus siglas en inglés–), en la Recomendación General N° 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, indicó el deber de adoptar medidas tendientes a eliminar la desigualdad en el marco de los sistemas de justicia. En ese sentido, recordó que existen obstáculos y restricciones objetivos, que se observan en la práctica o en los requisitos en materia probatoria que impiden a las mujeres el acceso a la justicia en pie de igualdad²⁰. Pun-

19 Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119.

20 Comité CEDAW, Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 3.

tualmente, resaltó que esta discriminación puede estar dirigida contra las mujeres sobre la base de su sexo y género, sustentada en estereotipos de género, culturales y sociales que son reproducidos en el sistema de justicia²¹. Además, se destacó que esta discriminación afecta a las mujeres en diferente forma o grado, teniendo en cuenta el factor interseccional²².

Por su lado, en su Recomendación General N° 35, el Comité CEDAW refuerza la noción de que la “violencia por razón de género contra la mujer” requiere una respuesta integral por ser un problema social más que individual²³. En su

21 Ídem, párrs. 7, 26 y 28. En sentido similar, v. Comité CEDAW, Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, párr. 26.c; Comunicación No. 18/2008, *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4; Comunicación N° 34/2011, *R.P.B vs. Filipinas*, CEDAW/C/57/D/34/2011, 12 de marzo de 2014, párr. 8.8; Comunicación N° 47/2012, *González Carreño vs. España*, CEDAW/C/58/D/47/2012, 16 de julio de 2014, párr. 9.7; y Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 400; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 216; *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2018, Serie C No. 362., párr. 236; *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2017, Serie C No. 339, párr. 173.

22 Ídem, párr. 8

23 Comité CEDAW, Recomendación general N° 35, párr. 9.

recomendación, consideró el deber de debida diligencia del Estado en su rol ejecutivo, legislativo y judicial, para reconocer que la violencia perpetúa la posición subordinada de las mujeres con respecto a los hombres y sus papeles estereotipados²⁴; de allí que se deben implementar medidas tendientes a garantizar la igualdad *de jure y de facto*²⁵. Estas normas y políticas deben dar respuesta jurídica y normativa adecuada a las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación²⁶, que se presenten a lo largo de la vida de las mujeres²⁷.

En lo que se refiere a la protección de colectivos LGBTIQ+, la CIDH interpretó, desde una mirada integral entre lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará, que la orientación sexual y la identidad de género se encuentran protegidas en sus disposiciones por el principio de no discriminación y, por lo tanto, es una obligación de los Estados parte su reconocimiento, garantía y protección²⁸. En particular,

24 Ídem, párr. 10.

25 Ídem, párr. 11, en tanto se remite a la Recomendación General N° 28.

26 Ídem, párr. 12.

27 Ídem, párr. 14.

28 CIDH, *Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 39 y 49. Asimismo, v. su remisión a la Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 160, párr. 303; Corte IDH. *Caso “Campo Algodonero”*, cit.,

respecto a la identidad de género y orientación sexual la CIDH indicó que se debe considerar la violencia que sufren en razón de las creencias y prejuicios sociales que contribuyen a una cultura de violencia estructural²⁹. Esta situación promueve prácticas sociales que mantienen su exclusión estructural³⁰. De allí que el Estado deba contemplar esta situación con el fin de eliminar estas prácticas, normas o prejuicios de género.

En idéntico sentido, la Corte IDH señaló que la orientación sexual y la identidad de género “son categorías protegidas por la Convención (sobre Derechos Humanos)”, por tanto, está proscripta por esa Convención cualquier norma, acto o práctica basados en esas categorías prohibidas de distinción³¹. Con posterioridad, la Corte IDH expresó que la discriminación hacia el colectivo LGBTIQ+ debe ser examinada como discriminación por prejuicio de género. Esto implica advertir que “la causa de los actos de violencia y discriminación se sustenta en la intención de castigar sobre la base de nociones preconcebidas de lo que debería ser la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, partiendo de un planteamiento binario de lo que constituye un hombre y una mujer o lo masculino y lo fe-

párr. 397.

29 CIDH, Violencia contra personas LGBTI, párr. 51.

30 Ídem, párr. 26.

31 Corte IDH, *Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C Nro. 239, párr. 91.; Corte IDH, Opinión Consultiva No. 24/2017, párr. 68.

menino, o de estereotipos de la sexualidad de género”³².

A su turno, dentro del ámbito de Naciones Unidas, diversos documentos registran formas específicas de discriminación y violencia que sufren las personas con base en su orientación sexual, identidad de género o su expresión³³. En particular, se señaló que en Argentina “[e]l hecho de que una persona sea travesti o trans socava su credibilidad y afecta a la imparcialidad de los funcionarios judiciales cuando se denuncia a estas personas”, y que en el marco de procesos judiciales “su identidad de género es tácitamente una circunstancia agravante y, cuando son estas personas las que presentan una denuncia, su identidad de género es motivo de descrédito”³⁴.

32 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de marzo de 2020, párr. 92 y 93 -citas omitidas.

33 Ver, entre otros, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17/11/2011, A/HRC/19/41; Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes Juan E. Méndez, 01/02/2013, A/HRC/22/53, en entornos de atención de salud; Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015.

34 Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género acerca de su misión a la Argentina, Consejo de Derechos Humanos, 38º período de sesiones, A/HRC/38/43/Add.1, 18 de ju-

A fin de revertir los abordajes estereotipados y discriminatorios por motivos de género, los órganos internacionales de protección de derechos humanos han señalado la necesidad de incorporar un enfoque de género en las actuaciones judiciales³⁵ y poder garantizar, en consecuencia, el derecho de acceso a la justicia sin discriminación³⁶, en particular, a un juicio justo e imparcial³⁷.

Desde esta perspectiva, se considera que la interpretación judicial es uno de los factores fundamentales en los que hay que incidir para cambiar las prácticas discriminatorias hacia las mujeres y el colectivo LGBTIQ+ en el sistema penal. Para ello sería de utilidad poder contar con un principio normativo que señale la her-

nio a 6 de julio de 2018, párr. 48.

35 Corte IDH, *Caso “Campo Algodonero”*, cit., p. 112, 150, 366; *Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, p. 139 y 141; *Caso Mujeres Víctimas De Tortura Sexual En Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C No. 371, párrs. 310 y 317.

36 Corte IDH, *Caso “Campo Algodonero”*, cit., párr. 400; *Caso Veliz Franco*, cit., párr. 216; *Caso López Soto*, cit., párr. 236; *Caso Gutiérrez Hernández*, cit., párr. 173.

37 Comité CEDAW, Comunicación No. 18/2008, *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4; Comunicación N° 34/2011, *R.P.B vs. Filipinas*, CEDAW/C/57/D/34/2011, 12 de marzo de 2014, párr. 8.8; Comunicación N° 47/2012, *González Carreño vs. España*, CEDAW/C/58/D/47/2012, 16 de julio de 2014, párr. 9.7. Véase también Comité CEDAW, Recomendaciones Generales No 33, párr. 26, y No 35, párr. 26.c.

menéutica que deben adoptar las y los jueces en casos en que intervengan esas personas como imputadas, víctimas o testigos de un delito. Este principio general serviría para limitar la discrecionalidad judicial y para evitar que se adopten interpretaciones discriminatorias, prejuiciosas o estereotipadas en clara vulneración de estándares internacionales de derechos humanos. También sería de utilidad para que las y los jueces tomen en cuenta las experiencias, situaciones y contextos especiales que viven las mujeres y personas LGBTIQ+, y cómo el sistema penal impacta en forma diferenciada sobre ellas. Por último, es necesario a fin de compensar el sesgo de género de origen de la ley penal, toda vez que las mujeres y personas LGBTIQ+ no formaron parte de la redacción del Código Penal y sus voces y necesidades fueron excluidas en la redacción de la norma. Una norma como la propuesta invita a repensar el Código Penal desde un enfoque ausente en la redacción legal.

En el caso de las mujeres cis, es preciso considerar, a modo de ejemplo, las situaciones de violencia que viven por razones de género y los roles estereotipados asignados, que las colocan en posición de inferioridad social, entre otras cosas. Mismo criterio se debe adoptar para las personas del colectivo LGBTIQ+, en tanto se requiere el reconocimiento de las violencias específicas que las afectan a lo largo de su vida, en diferentes ámbitos y que les impacta de forma desproporcionada.

Para corregir el sesgo de género en la aplicación de las normas penales se recomienda la

adopción de un criterio de interpretación especial, como uno de los principios generales del CPN, a fin de que las y los jueces y operadores judiciales tomen en consideración la histórica situación de vulnerabilidad de las mujeres y del colectivo LGBTIQ+ y del impacto diferenciado que tiene su aplicación para ellas y para la diversidad. Este principio puede incluir, además, la especial consideración de otros colectivos subordinados como así también debe considerar las formas interseccionales de discriminación. Dicho principio, además, sería consecuente con los estándares internacionales en la materia, que orientan a los Estados parte a adoptar principios preferenciales para grupos vulnerados con el objeto de revertir contextos de discriminación histórica.

2. Modificaciones a las eximentes previstas en el art. 34 CP

a. Introducción

Aunque se registran importantes avances en lo que se refiere a la lucha contra la discriminación, al observar el funcionamiento de las eximentes previstas por el derecho penal se advierte que las mujeres se encuentran en una posición mucho más desventajosa que los hombres³⁸. En particular, se observa la sub-utilización de algunas de las eximentes generales previstas por la ley penal cuando son invocadas por las mujeres y personas de la diversidad sexual. Por esos motivos, se considera de vital importancia la incorporación de la perspectiva de género en la

³⁸ Cf. Nicolson, D. and Bibbings, L., *op. cit.*, p. 151

regulación normativa de las eximentes generales previstas en el Código Penal.

A pesar de que el derecho penal ha pretendido ser un espacio neutral, lo cierto es que aún perviven categorías y prácticas discriminatorias originadas en la existencia de patrones sociales y culturales androcéntricos. No obstante, el examen de las leyes y las políticas para asegurar los principios de igualdad y no discriminación es un deber estatal derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un análisis que debe evaluar su posible efecto discriminatorio, aun cuando su formulación o redacción parezca neutral o se apliquen sin distinciones textuales³⁹. De acuerdo con esta lectura, el principio de no discriminación precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma supuestamente neutral sean consideradas en términos de su impacto respecto del grupo, aun cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado⁴⁰. De este modo, se privilegia el efecto o resultado discriminatorio, por sobre la intención declarada de discriminar.

En base a estas consideraciones, se puede

³⁹ Ver, Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 286; CIDH, *Caso Jessica Lenahan (González) y otros Vs. Estados Unidos*, Informe No. 80/11, 21/07/2011, párr. 109; y CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20/01/2007, párrs. 77, 90 y 96.

⁴⁰ *Ídem.*, párrs. 77 y 96.

afirmar que la interpretación androcéntrica o sexista del art. 34 CPN, que con alta frecuencia excluye de su alcance las vivencias y necesidades específicas de las mujeres y personas LGBTIQ+ (como, por ejemplo, los casos de mujeres o personas LGBTIQ+ que repelieron violencia de género, o cometieron ilícitos por indicación de una persona que ejerce una relación abusiva), constituye una práctica discriminatoria por motivos de género, que vulnera el acceso a una tutela judicial efectiva y que debe ser corregida.

Por otra parte, cuando una persona invoca que actuó bajo un contexto de violencia de género, se ponen en juego no solo el derecho de defensa y a un juicio justo (que exige considerar seriamente las experiencias de quienes se ven inmersas en esos entornos coactivo); sino también el deber de actuar con la debida diligencia para investigar la violencia de género informada. Ese deber se activa definitivamente ante el conocimiento que toman las autoridades estatales de esa situación.

En este sentido, es preciso considerar que el Estado ha contraído obligaciones vinculadas al deber de investigar con debida diligencia los casos de violencia de género. En este tipo de casos, además de las obligaciones genéricas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados tienen una obligación reforzada, que surge a partir de la ratificación de instrumentos específicos, como la Convención sobre la Elimina-

nación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁴¹ y la Convención de Belém do Pará⁴².

La jurisprudencia internacional ha desarrollado en numerosos precedentes los alcances adicionales que adquieren las obligaciones de actuar con la debida diligencia para prevenir e investigar los hechos de violencia contra las mujeres y población LGBTI, para sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. De este deber se desprende la necesidad de que las investigaciones penales incluyan una perspectiva de género⁴³ y no criminalicen a las personas que

41 Comité CEDAW, Recomendación General N° 19 La violencia contra la mujer, 29 de enero de 1992; y Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.

42 En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana respecto al ámbito del sistema interamericano, en los casos *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 258, *Fernández Ortega y otro vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 197, y *Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 177, entre otros. Por su parte, la CIDH señaló que la Convención de Belém do Pará aplica para mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex en “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 12 noviembre 2015, párr. 282.

43 Corte IDH, *Caso De la Masacre De las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C

actuaron en un contexto de violencia. La criminalización de quienes están sometidos/as a maltrato y entornos coactivos implica un desconocimiento por parte del Estado de la gravedad de la violencia que sufrieron esas personas. Además, en los casos de violencia reactiva, envía el mensaje social de que el Estado no tolerará que las mujeres se aparten del rol de “víctimas indefensas” e intenten salir de esa situación de violencia y, si lo hacen, se les responderá con la cárcel.

Se ha remarcado en numerosas oportunidades el vínculo estrecho entre el deber de investigar, la impunidad y la discriminación por motivos de género. Al respecto, se ha dicho que la discriminación por razones de género que subsiste en nuestras sociedades influye tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes de género, pero también en la forma en que responden las autoridades a cargo de procesar tales denuncias⁴⁴. Esas respuestas ineficientes y actitudes indiferentes también permiten la perpetuación de la violencia contra las mujeres⁴⁵.

Por estos motivos, frente a la persistencia de prácticas discriminatorias en los tribunales de justicia, el Estado debe adoptar las medidas

No. 211, párr. 141; CIDH, *Informe sobre acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, cit., párr. 46; CIDH, Relatoría para los Derechos de las Mujeres. Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44 (2003), párr. 154.

44 *Ídem.*, párr. 164.

45 *Ibidem.*

conducentes para incluir el enfoque de género en las investigaciones penales y, de ese modo, evitar tanto la criminalización de mujeres y personas LGBTI víctimas de violencia como la tolerancia estatal frente a esas vulneraciones de derechos.

Desde esta perspectiva, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) recomienda a los Estados partes adoptar distintas medidas legislativas, entre ellas, la derogación de normas probatorias y procedimientos discriminatorios, entre las que incluye “las prácticas judiciales que hagan caso omiso de una historia de violencia por razón de género en detrimento de las acusadas”⁴⁶.

En los siguientes apartados se analizarán algunas de las eximentes generales establecidas en el artículo 34 del CPN desde una perspectiva de género, con el objeto de iluminar algunas problemáticas que suelen pasar desapercibidas y realizar propuestas de reforma legal.

b. Incorporación del contexto coactivo a la eximente prevista en el art. 34.2 CP

Las coacciones configuran una situación de necesidad creada por una conducta humana. En términos generales, es posible afirmar que las situaciones de coacción de las que son víctimas muchas mujeres y personas LGBTIQ+ que entran en conflicto con la ley penal permiten

46 Comité CEDAW, Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, párr. 29.c.ii.

entrever, de manera más o menos clara, la presencia de varios de los elementos constitutivos del estado de necesidad exculpante e, incluso, en determinados casos, del justificante. La coacción puede configurar un caso de justificación o uno de exculpación; esta respuesta dependerá de la presencia (o no) de los restantes presupuestos de estas causales que impiden la verificación de la existencia de un hecho delictivo. Ante la presencia de un estado de coacción, el deslinde entre dichas causas de exención dependerá de la circunstancia de si el bien salvado es o no mayor que el lesionado⁴⁷.

La coacción es una defensa general que, si es exitosa, resulta en la absolución de quien es obligado a cometer un delito a causa del temor de sufrir un mal grave e inminente proveniente de la persona que ejerce la coacción. En términos generales, no hay razón para dudar que, cuando la coacción abarca este paradigmático escenario, ésta estará igualmente a disposición tanto de las mujeres como de los hombres. Sin embargo, la práctica demuestra que las mujeres en conflicto con la ley penal rara vez se ven beneficiadas por este tipo de eximentes, y que las defensas penales basadas en la coacción no han funcionado exitosamente para ellas⁴⁸.

47 Cf. Bacigalupo, E., *Manual de derecho penal*. Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 141 y ss.

48 Cf. Loveless, J., *Domestic Violence*, Coercion and Duress, en *Criminal Law Review*, 83, 2010. En igual sentido, Asensio, R., Di Corleto, J. y González, C., “Criminalización de mujeres por delitos de drogas” y “Criminalización de mujeres por delitos contra las personas”, en *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad*.

En este sentido, se observan resistencias en los tribunales para reconocer este eximente en el caso de mujeres y otras identidades LGBTIQ+ víctimas de violencia, generalmente porque adoptan criterios de interpretación androcéntricos al evaluar los requisitos tradicionales de procedencia, como la inminencia del peligro, la necesidad de la acción o la idoneidad del medio empleado para evitar el riesgo amenazado. Frecuentemente, se observa que para dar por configurado el eximente la jurisprudencia exige la constatación de una amenaza concreta e individualizada en el momento previo de la comisión del delito. Ese tipo de situaciones son con frecuencia experimentadas por hombres que actúan bajo coacción. Sin embargo, la formulación e interpretación del eximente ignora las experiencias de las mujeres y personas LGBTIQ+ víctimas de violencia, que se encuentran en situaciones coactivas derivadas de un estado continuo de violencia.

Muchas mujeres y personas LGBTIQ+ cometen delitos bajo situaciones de chantaje e intimidación que generalmente se extienden a sus familiares y seres queridos, e incluyen graves amenazas contra la vida y la integridad física. Estas situaciones pueden manifestarse en formas de violencia pública o privada, que afectan y desplazan su libertad. Cuando ocurren fuera del ámbito familiar, la violencia puede manifestarse mediante la repetición constante y sistemática de amenazas a través de persecuciones y hos-

Hacia una teoría del delito con enfoque de género, Defensoría General de la Nación / Eurosocial+, en prensa.

tigamientos⁴⁹. Por otra parte, particularmente las mujeres que son víctimas de abusos y malos tratos en el ámbito intrafamiliar viven un proceso psicológico complejo que se desarrolla en el contexto de una violencia cíclica. Lo anterior determina que las mujeres no sólo vivan en un ambiente de temor o miedo constante, sino que también puedan aprender a prever episodios de violencia⁵⁰ o “anticipar el ataque”⁵¹. La importancia jurídica que reviste la posibilidad de identificar los factores que llevan a la violencia de sus parejas o ex parejas es trascendente, ya que permite comprender por qué, a pesar de la falta de una agresión o amenaza concreta previa, la

49 Anitua, Gabriel I.; Picco, Valeria A., “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en el caso de mujeres ‘mula’”, p. 239, en Christine Chinkin ... [et.al.], *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/007%20Violencia%20de%20Genero.pdf> (visitado: 30/06/2020).

50 Rioseco, L. “Culminación de la violencia doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas - defensas penales posibles”, en Facio, A. y Fries, L. (eds.), *Género y Derecho*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 1999. pp. 707-735. En igual sentido, con sustento en una investigación, Walker señala que las mujeres que actuaron en defensa propia “reconocieron haber percibido algo extraño en ese último incidente que les hizo creer que él cumpliría las amenazas en esa ocasión” (Cf. Walker, L., *El síndrome de la mujer maltratada*, Desclee De Brouwer, Bilbao, 2012, p. 211).

51 Velázquez, S., *Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar, aprender, ayudar*, p. 27, disponible en: https://www.academia.edu/38664479/Violencias_cotidianas_violencia_de_género (visitado: 3/3/2020).

Anitua, Gabriel I.; Picco, Valeria A., “Género, drogas y sistema penal...”, cit.

mujer la percibe como inminente. Además, el carácter crónico y cíclico de la violencia puede explicar que el estado de amenaza es latente y constante (y por tanto, el peligro es permanente), incluso sin necesidad por parte del responsable de exteriorizar el anuncio de un mal grave e inminente.

Sin embargo, las interpretaciones sesgadas por motivos de género han conducido a la criminalización de esas personas y a desconocer el impacto que tienen sobre ellas las situaciones de violencia de género vividas. Una aplicación del derecho con perspectiva de género debe incorporar las experiencias de las mujeres y personas LGBTIQ+, y por lo tanto reconocer el temor fundado y razonable que genera encontrarse inmersa en un contexto coactivo, sin exigir que en el momento previo de la comisión del delito se renueven explícitamente las amenazas de sufrir un mal en caso de negarse a efectuar la conducta exigida⁵². Esta propuesta va en línea con lo que propone la doctrina penal, cuando señala que la inminencia es independiente de todo criterio cronológico, y es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto, aunque se trate de peligro continuo⁵³. Desde una mirada adicional, en la jurisprudencia comparada también se identificó que la exigencia de una estricta inmediatez de la ame-

52 Anitua, Gabriel I.; Picco, Valeria A., “Género, drogas y sistema penal...”, cit.

53 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 605.

naza o daño afecta el derecho a la integridad personal⁵⁴.

En consecuencia, consideramos necesario introducir por vía legislativa el contexto coactivo como causal específica de justificación del ilícito y eximición de la pena, de manera de superar las interpretaciones restrictivas que excluyen, en la práctica, a las mujeres y a las personas LGBTI de la causal previstas en el art. 34 inc. 2 C.P.

54 El caso *R. v. Ruzic*, resuelto en el año 2001 por la Corte Suprema de Canadá, constituye un *leading case* para los supuestos que aquí se analizan. Marijana Ruzic era una muchacha yugoslava de 21 años de edad que vivía en Belgrado con su madre. Un hombre la había amenazado con hacerle daño, a menos que ella le ayudara a contrabandear droga a Canadá. El hombre la acechó por algún tiempo y comenzó a amenazarla, llegando a agredirla violentamente. Ruzic finalmente voló a Canadá, donde fue arrestada por la importación ilegal de drogas. En el juicio ella declaró que había cometido el delito por encontrarse en una situación de coacción. El uso de este tipo de descargo, en virtud del artículo 17 del Código Penal canadiense, sólo procede cuando una persona “comete un delito bajo compulsión por las amenazas de muerte inmediata o lesiones corporales de una persona que está presente cuando el delito es cometido”. Sin embargo, su estrategia de defensa fallaba por cuanto ella no estaba bajo la amenaza de “muerte inmediata o daño corporal”, y porque el hombre que la había amenazado no estaba “presente cuando se cometió el delito”. Ruzic cuestionó la constitucionalidad del artículo 17 por violar su derecho a la seguridad personal, consagrado por el artículo 7 de la Constitución. El juez estuvo de acuerdo con la imputada y, por lo tanto, la absolvió. Luego, el recurso del fiscal fue desestimado por el Tribunal de Apelaciones de Ontario. El 20 de abril de 2001 la Corte Suprema de Justicia de Canadá confirmó la absolución.

c. Incorporación de una legítima defensa privilegiada en casos de violencia de género al art. 34.6 CP

La discriminación de género que persiste en la sociedad adquiere una dimensión propia en el sistema de justicia: por un lado, y como ha sido históricamente denunciado por organizaciones de mujeres, lesbianas, trans y otros integrantes del colectivo LGBTIQ+ y por el pensamiento feminista, asegura la impunidad de los agresores; y, por otra parte, criminaliza a muchas de las víctimas de violencia de género que no se adecuan a las imágenes sociales generalizadas sobre cómo deben comportarse para ser consideradas víctimas “reales”. En este sentido, el sistema de administración de justicia tiende a brindar un tratamiento más benévolo a aquellas víctimas que responden a las expectativas de comportamiento femenino. En cambio, trata con rigor a las víctimas “malas o culpables”, que se apartaron del rol tradicionalmente asignado y accedieron a realizar conductas que, *a priori*, son consideradas ilícitas y, por lo tanto, impropias de los roles de género asignados.

Esto ocurre, entre otros supuestos, en los casos conocidos como de “violencia reactiva”. Por un lado, se advierte que la justicia penal suele criminalizar a aquellas mujeres que, en el marco de una situación de violencia intrafamiliar, y como reacción a esas circunstancias especiales, le quitan la vida o lesionan a sus parejas o ex parejas maltratadoras. Por otra parte, la justicia penal también criminaliza a las personas LGBTIQ+ que se defienden, no ya de su pareja violenta,

sino de personas que ejercen violencia de género con fines disciplinantes o expresiones de odio.

El fenómeno de la criminalización de las mujeres que han dado muerte o lesionado a sus parejas o ex parejas maltratadoras como reacción a una situación de maltrato encuentra, al menos, dos modalidades diferentes. Por un lado, guarda relación con una interpretación del instituto androcéntrica, que no recepta las necesidades y experiencias propiamente femeninas, de acuerdo a la cual los casos de violencia reactiva no encuadran en el desarrollo dogmático tradicional sobre procedencia de la legítima defensa. Así, los elementos típicos de “inminencia o actualidad de la agresión”, o de “razonabilidad del medio empleado”, tal cual han sido entendidos por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, excluyen los casos en los que, por ejemplo, la mujer repelió los golpes con un arma de fuego; o realizó la conducta lesiva cuando el maltrato ya había cesado, etc.

Por otra parte, también se encuentran casos en los que se rechazó la procedencia de la legítima defensa aún en supuestos que encuadraban en la doctrina más tradicional del instituto. El caso “Leiva”, llegado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es un claro ejemplo de valoraciones arbitrarias que conllevan a la penalización de mujeres víctimas de violencia. Si bien en este caso particular la mujer obtuvo una respuesta favorable a su planteo ante la CSJN, lo cierto es que se vio privada de la libertad por un hecho cometido en legítima defensa desde aproximadamente mediados

de junio de 2005, y por lo menos hasta la fecha de la sentencia de la CSJN, en noviembre de 2011⁵⁵. Ocho años después de aquél precedente, la CSJN intervino en el caso “CER”, donde revocó nuevamente una condena y consideró que debía aplicarse la causal de legítima defensa a una mujer que actuó en un típico escenario defensivo dentro de una relación de pareja⁵⁶. Esta circunstancia alerta que, pese a que altos tribunales han reconocido la aplicación del eximente para casos de mujeres víctimas de violencia, aún persisten resistencias en los tribunales inferiores, por lo que la justicia llega tarde y con consecuencias irreversibles.

La criminalización de mujeres víctimas de violencia que mataron a sus parejas o ex parejas después de años de maltrato no es un fenómeno exclusivo de Argentina, sino que también ha sido identificada como un problema en otros países⁵⁷. Este contexto generalizado de aplicación discriminatoria del derecho, motivó al Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), a pronunciarse en una Recomendación General acerca de la interpretación de la legítima defensa de conformidad con la Convención Interamericana para Preve-

55 Cf. CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, L. 421. XLIV, rta. 01/11/2011.

56 Cf. CSJN, “R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”, 733/2018/CSJ, rta.: 29/10/2019.

57 Cf. Toledo Vázquez, P., *Feminicidio*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2009, p. 47.

nir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres⁵⁸. Interesa destacar de la Recomendación mencionada que insta a realizar todos los esfuerzos necesarios para aplicar la perspectiva de género considerando todos los tipos y modalidades de la violencia contra las mujeres para el acceso a la justicia, sin circunscribir la problemática a la violencia infringida por la pareja, o en el ámbito familiar.

Adicionalmente, aún cuando la doctrina y jurisprudencia fue desarrollando estándares de legítima defensa en contextos de violencia de género respetuosos del principio de igualdad y no discriminación, estos avances no han tenido un suficiente impacto en casos donde las personas que se defienden pertenecen al colectivo LGBTIQ+. Es decir, los estándares se aplican de manera sesgada, pese a que no existe ninguna razón legal que justifique este resultado discriminatorio⁵⁹. En este sentido, un abordaje con perspectiva de género debe contemplar el modo específico en que la violencia de género se expresa contra las identidades LGBTIQ+. Contrariamente a los casos de violencia doméstica donde se verifica

58 Cf. Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 1), *Legítima defensa y violencia contra las mujeres*, OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI/CEVI/doc.249/18, 5 de diciembre de 2018.

59 Sánchez, Luciana; Salinas, Raúl, “Defenderse del femicidio”, en Christine Chinkin ... [et.al.], *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación; Buenos Aires, 2012. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/007%20Violencia%20de%20Genero.pdf> (visitado: 30/06/2020).

una relación de pareja, un historial de violencia de larga data, permanente y cíclica; la violencia contra la población LGBTIQ+ consiste frecuentemente en ataques de odio o con pretensión de disciplinamiento para que las y los destinatarios adecúen su identidad y conducta a las reglas de la heteronormatividad y cisnormatividad. En este sentido, la CIDH caracterizó esta violencia por perseguir el deseo de “castigar” dichas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer⁶⁰. Por su parte, la Corte IDH señaló que la violencia contra las personas LGBTI tiene un fin simbólico, en vista de que la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación⁶¹. El distinto contexto en el que esta violencia de despliega, y las resistencias para aplicar los estándares con perspectiva de género, justifica una regulación privilegiada específica que tenga capacidad de rendimiento para proteger a las personas LGBTI cuando lesionan o matan en situaciones de defensa.

Entonces, en función de los compromisos asumidos por el Estado para erradicar las prácticas que resulten discriminatorias, y teniendo en cuenta que la supuesta neutralidad en la formulación de las normas legales ha fracasado en su

60 CIDH, “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, cit., párr. 25.

61 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de marzo de 2020, Serie C No. 402, párr. 93.

aplicación, resulta preciso establecer supuestos especiales que tomen en consideración la situación de vulnerabilidad específica de las mujeres y las personas LGBTIQ+, que permitan contener sus vivencias y contemplar más acabadamente ciertos contextos de violencia en los cuales pueden encontrarse insertas. Así, frente a la resistencia mostrada por los tribunales para aplicar la causal de legítima defensa, se propone incorporar de modo expreso al Código Penal supuestos privilegiados de legítima defensa, de modo similar a lo que ocurre en otras situaciones en las cuales se presume la legítima defensa bajo ciertas circunstancias objetivas⁶², a fin de contemplar los casos en que es necesaria una acción defensiva en un contexto de violencia de género o de una agresión en el marco de relaciones abusivas.

3. Muerte a los/as hijos/as recién nacidos/as

a. Antecedentes históricos

El Proyecto Tejedor, que luego se convertiría en el Código Penal de 1886, incorporó por primera vez el tipo penal de infanticidio. Esta figura se enmarcaba en la protección de la familia tradicional de orden patriarcal, en la que

62 Nuestro ordenamiento penal actual estipula supuestos de legítima defensa privilegiada en el artículo 34, inciso 6 *in fine* para quienes repelen durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

la concepción de un hijo ilegítimo, es decir, por fuera del matrimonio, era motivo de escarnio o estigma social para la madre. Dado que los hijos legítimos eran aquellos que nacían en el seno del matrimonio instituido por el Estado, constituía un acto de deshonor concebirlos y parirlos fuera de él. Para estas mujeres que mataban a sus hijos ilegítimos con el objeto de escapar de la vergüenza y deshonor social, el Código Penal de 1886 preveía una pena atenuada con respecto a la del homicidio. La figura penal exigía que el homicidio se cometiera en perjuicio de un hijo ilegítimo, que tuviera como finalidad ocultar la deshonor de la madre y que se cometiera antes de que el niño cumpliera los tres días de edad.

En 1903, la ley 4189 modificó la escala penal y agregó a cónyuges, hermanos e hijos, que también fueron alcanzados por la atenuación de la pena, siempre y cuando cometieran el homicidio para salvaguardar el honor de la mujer.

El tipo penal de infanticidio recién recibió el agregado del “estado puerperal” en el Código Penal de 1921. Ello se debió a la influencia que la criminología positivista tenía en dicho momento sobre la legislación penal. Sin embargo, a pesar de que el discurso médico dominaba la escena, el elemento subjetivo de ocultar la deshonor de la mujer seguía siendo necesario para que se configurara el delito.

En su génesis, entonces, el infanticidio penalizaba la conducta de quien protegía su honor mediante el homicidio de una hija o hijo recién nacido, dado que el mismo orden legal era el

que obstaculizaba a las mujeres el ejercicio de la maternidad en estos casos a través de un régimen de filiación que estigmatizaba los nacimientos fuera del matrimonio.

Luego de ello, la figura de infanticidio fue suprimida e incluida sucesivamente a lo largo de la historia del Código Penal. La primera derogación se produjo por la ley 17.567; recobró vigencia con la ley 20.509, aunque fue abrogada nuevamente por la ley 21.338. En 1984 la figura reapareció a partir de las reformas del texto ordenado del Código Penal (decreto 3992/84) para finalmente ser derogada en diciembre de 1994 por la ley 24.410, la cual abrogó hasta nuestros días el tipo penal comentado.

Hasta su última derogación por la ley 24.410, el artículo 81 inciso 2 del Código Penal establecía una pena de reclusión hasta los tres años o prisión de seis meses a dos años para la madre que, para ocultar su deshonra, matara a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal. Igual pena se preveía para los padres, hermanos, maridos e hijos que, con el objeto de ocultar la deshonra de la mujer, cometiesen el mismo delito cuando se encontraran en estado de emoción violenta y las circunstancias hicieran excusable su accionar.

Los fundamentos de la ley 24.410, por los cuales se derogó el infanticidio, hacían mención a que resultaba necesario adecuar la normativa interna a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849. Los legisladores consideraron que la condición de madre sol-

tera ya no constituía una mengua al honor, como sí podía serlo en el año 1921 y, de este modo, se entendió que se debía proteger el interés superior del niño por sobre el honor de la madre.

El debate parlamentario que llevó a la derogación del delito de infanticidio fue cuestionado por pobre y carente de apoyo doctrinario. Al respecto, se criticó que la supresión de la figura, con una larga tradición en la codificación nacional, se dio en el marco de un debate ajeno a la problemática, dado que en el recinto se discutía la necesidad de otorgar protección a las y los menores de edad frente a hechos de comercio sexual. Además de ello, se mencionó que la derogación se llevaba adelante sin analizar la realidad material de las mujeres que eran criminalizadas bajo esta figura: mujeres de muy escasa instrucción, con antecedentes de aislamiento, debilidad mental superficial, o con limitadas capacidades para la comunicación. Finalmente, la derogación fue cuestionada en tanto se separaba de otras legislaciones latinoamericanas que incluían una figura atenuada para estos casos, en particular, los Códigos de Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Uruguay, Venezuela, Perú, Brasil, Colombia y Chile⁶³.

63 Cf. Informe de Zaffaroni ante la Comisión de Legislación Penal de la H. Cámara de Diputados (junio de 2008), publicado en Castex, M., *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico legales y psiquiátrico-forenses*, 2008, pp. 188 y ss., cit. por Di Corleto, J., y Pitlevnik, L., "El fallo 'Romina Tejerina', Infanticidio y aborto en la Argentina", en Pitlevnik, L. (dir.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 10, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 83.

Sin embargo, la crítica más contundente que puede hacerse a la derogación de esta figura es la respuesta penal desproporcionada que se genera en estos casos. A partir de la supresión del delito, la muerte del hijo o hija durante o luego del nacimiento es pasible de ser sancionada con la pena de prisión perpetua prevista para el homicidio calificado por el vínculo (art. 80, inc. 1 CPN), o la pena de ocho a veinticinco años de prisión si los jueces consideraran que median circunstancias extraordinarias de atenuación (artículo 80 *in fine*, CPN), o de diez a veinticinco años de prisión si entienden que se trata de un caso de homicidio en estado de emoción violenta (art. 81, inc. 1 CPN). De este modo, con la derogación del tipo penal de infanticidio se pasó de una pena en expectativa de reclusión hasta los tres años o de prisión de seis meses a dos años, a la posibilidad de una condena a perpetuidad –o, en el mejor de los casos, a penas cuyas escalas son muchas veces superiores a la figura atenuada.

Esta situación llevó a que se produjeran algunos casos judiciales escandalosos que tuvieron amplia repercusión pública y que reactivaron en el transcurso de los últimos años la discusión acerca de la reincorporación del delito de infanticidio⁶⁴. Ello, asimismo, condujo a que se elaboraran distintos proyectos legislativos que preveían la reincorporación del infanticidio en el Código Penal.

64 Así, por ejemplo, sucedió con el caso de Romina Tejerina y con el caso conocido públicamente como “Belén”, que adquirieron gran impacto mediático.

En el año 2010, la Cámara de Diputados dio media sanción a un proyecto para incorporar la figura del infanticidio. Sin embargo, la iniciativa no fue tratada por el Senado y perdió estado parlamentario. Esa media sanción preveía una pena de seis meses a tres años de prisión para la madre que matare a su hijo durante o luego del nacimiento mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal. Por otra parte, suprimía la exigencia de que la mujer haya incurrido en dicha conducta con la finalidad de ocultar la deshonra, como así también, la posibilidad de que ciertos parientes queden alcanzados por este tipo de homicidio atenuado⁶⁵.

b. Crítica a la situación actual

Se estima que la regulación actual, que prevé para la mujer que mate a su hijo/a recién nacido la sanción del delito de homicidio agravado por el vínculo, con las salvedades ya apuntadas, establece penas irrazonables para este tipo de casos. Ello se debe a que esa regulación no tiene en cuenta la naturaleza del hecho delictivo ni las circunstancias específicas de las mujeres y otras personas gestantes durante y tras el embarazo. Esa omisión produce una situación discriminatoria debido a su impacto desproporcionado, en la que el derecho penal no toma en consideración las vivencias y experiencias personales que ellas atraviesan, ni tampoco el contexto estructural en que transcurren esas vivencias.

65 Véase Orden del Día 871, analizada el 06 de agosto de 2010, disponible en: <http://www4.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-128/128-871.pdf> (visitado: 30/04/2013).

Ejemplo de lo que se viene sosteniendo es que muchas mujeres son criminalizadas tras registrar distintos eventos obstétricos que terminan con la muerte del feto o recién nacido, y en los que se presume que existió de parte de las gestantes un atentado contra la vida en gestación o del recién nacido. En este sentido es el conocido caso “Belén”, ocurrido en la provincia de Tucumán, en el que una joven que se atendía en un hospital público fue denunciada por los profesionales de la salud que la atendieron. En un primer momento la joven fue investigada por el delito de aborto y, luego, por homicidio calificado. La mujer fue encarcelada y condenada en primera instancia a la pena de ocho años de prisión por haber cometido homicidio agravado por el vínculo, con circunstancias extraordinarias de atenuación. Tras tres años de detención, la Corte Suprema local dispuso su cese por considerarla ilegal⁶⁶ y, más tarde, el mismo tribunal revocó la condena y la absolvió definitivamente por el hecho⁶⁷.

Como sucedió en los inicios del caso conocido como “Belén”, en ocasiones la definición de la imputación penal varía entre las figuras de aborto y de homicidio calificado⁶⁸, incluso cuando sea el resultado no solo de maniobras

66 Cf. CSJ Tucumán, recurso n° 870/2016, “S.S.S.”, rta. 16/08/2016.

67 Cf. CSJ Tucumán, recurso n° 329/2017, “S.S.S.”, rta. 23/03/2017.

68 Lo que dependerá de prueba realizada con posterioridad al hecho imputado para comprobar si se trata de un feto con muerte intrauterina o de un recién nacido que respiró.

abortivas, sino de eventos obstétricos ajenos al control de la acusada, como fue antes mencionado. Cabe observar que la misma conducta puede ser calificada como el delito de aborto propio, con escala penal de uno a cuatro años (art. 88 CPN), o con la calificación de homicidio agravado por el vínculo, con perspectiva de pena perpetua, dependiendo que sea una u otra, según el resultado sobre la prueba de nacimiento con vida o de muerte intrauterina. Una regulación de este tipo no parece ajustarse al principio de razonabilidad y de culpabilidad que debe guiar la actuación legislativa.

Tal como se señaló, el derecho internacional de los derechos humanos obliga a los Estados a adoptar en su legislación interna normas para eliminar los estereotipos y la discriminación por razones de género. Por otra parte, obliga a adoptar acciones positivas para que el derecho considere las vivencias de las mujeres, elimine los roles estereotipados anclados en el género, y evite la discriminación por dicha razón⁶⁹.

69 En este sentido, tanto el art. 2.f de la CEDAW como el art. 7.e de la Convención de Belém do Pará establecen la exigencia de adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer. Por otra parte, tanto el art. 5.a de la CEDAW como el art. 8.b de la Convención de Belém do Pará exigen modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres a fin de alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias, y de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Podría decirse que un castigo desmesurado a las mujeres y otras personas gestantes acusadas por estos delitos está fuertemente anclado en estereotipos sociales, relacionados con las tareas tradicionales que ellas estarían obligadas a cumplir, en su calidad de principales encargadas de la crianza y cuidado de las niñas y niños. Cuando no cumplen el rol que la sociedad les tiene asignado, suelen despertarse fuertes pasiones y reacciones vindicativas. Esto no sólo es evidente en la reacción pública ante estos delitos, sino también en la tarea que desempeñan las y los juzgadores en estos casos⁷⁰.

Ante este panorama, se considera oportuna una revisión del marco legal, no ya para incorporar una figura de infanticidio con eje en el estado puerperal, sino para atender seriamente a las historias vitales de las mujeres y personas

70 En este sentido, Kalinsky y Cañete sostienen que “No hay remedio que pueda amortiguar la insatisfacción social que se desencadena cada vez que se suceden hechos relativos al fomicidio. El espanto social que causa, la dimensión del castigo que se pretende, la sanción moral a la que se somete a las mujeres imputadas de este delito, develan que el estereotipo de ‘buena madre’ aún persiste como inscripto en la ‘naturaleza’ de la mujer”, cf. Kalinsky, B., y Cañete, O., *Madres frágiles. Un viaje al infanticidio*, Biblos, Buenos Aires, 2010, p. 18. Con relación a la actitud de los juzgadores, los mismos autores señalan que los juzgadores buscan a la imputada perfecta, y si la mujer no encaja en los parámetros que se esperan de alguien a quien se acusa de haber matado a un hijo, no puede ser una posible candidata a la atenuación de la pena o, menos aún, a la inocencia. Es por ello que se indaga en el pasado de las mujeres, en sus actitudes como madres, con el objetivo de corroborar de que se trata de “malas madres”. Sobre la actitud de la justicia ante estos casos (idem, pp. 103 y ss).

gestantes involucradas en estos delitos y contemplar cuál ha sido el margen real que tuvieron para motivar su conducta en la norma. Seguimos en este punto las enseñanzas de Patricia Laurenzo Copello en el tema, cuyas consideraciones se transcriben a continuación⁷¹:

Los vaivenes que históricamente se han producido en la tratamiento penal de las mujeres que matan a su hijo/a recién nacido –sea para atenuar drásticamente la pena o, al contrario, para aplicarles el máximo rigor punitivo a través de la figura del parricidio– responden a profundos estereotipos de género que basculan entre la predisposición a la locura de las mujeres en el puerperio y la maldad intrínseca de quienes se apartan del rol protector “natural” de toda mujer-madre (Maqueda Abreu, 2014: 38; Di Corleto, 2018: 206; Virto, 1998: 126).

Razones vinculadas a una concepción más abierta y moderna de la sexualidad femenina llevaron a que en el ocaso del siglo XX muchos países del mundo occidental optaran por derogar la tradicional figura del infanticidio⁷² que atemperaba la

71 Laurenzo Copello, P., “La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema”, en Defensoría General de la Nación, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Ministerio Público de la Defensa / Eurososial+, en prensa.

72 En Argentina se apeló, sin embargo, a la protección de la infancia en atención a la Convención de los Derechos del Niño, Di Corleto y Pitlevnik, “El fallo ‘Romina Tejerina’, Infanticidio y aborto en la Argentina”, cit., p. 82 [cita del original].

sanción penal de la mujer cuando mataba al recién nacido “para ocultar su deshonra”, un cambio de rumbo que, en general, fue bien recibido por los tintes moralizantes que sin duda estaban detrás de la atenuante de honor. Sin embargo, este giro político criminal no vino acompañado de ninguna medida capaz de captar en términos normativos las particularidades que se detectan en casi todos los casos de infanticidio que llegan a los tribunales⁷³. No faltan interesantes lecturas feministas que advierten sobre la estrecha relación que guarda el infanticidio con diversos procesos sociales de discriminación de género que de un modo u otro influyen sobre el comportamiento criminal de quienes dan muerte a su hijo inmediatamente después del nacimiento: desde la prohibición del aborto que aboca a las mujeres más vulnerables a afrontar embarazos no deseados, hasta situaciones de aislamiento y precariedad extrema como resultado del rechazo que provoca un embarazo clandestino –no pocas veces producto de una violencia sexual invisibilizada– en su círculo más cercano. Y lo cierto es

73 Una excepción la encontramos en el Código penal italiano que, en lugar de derogar sin más la figura del infanticidio, en el año 1981 procedió a sustituir la tradicional “causa de honor” por una fórmula más objetiva destinada a captar las particularidades de esta conducta criminal de las mujeres sin incurrir en prejuicios morales sobre la sexualidad femenina. Concretamente, el art. 578 recoge el infanticidio en los siguientes términos: “La madre que cause la muerte del recién nacido inmediatamente después del parto, o del feto durante el parto, cuando el hecho esté determinado por condiciones de abandono material o moral conectadas al parto...” (sobre el proceso de aprobación de esta figura y los debates parlamentarios, Virto, 1998: 137 y ss.). [Cita original.]

que la alternativa de ignorar sin más estos sesgos de género, bajo el amparo de la falsa neutralidad de la ley penal, inevitablemente tiende a producir resultados injustos para las mujeres (así Virto, 1998: 159).

El perfil de las mujeres que cometen un infanticidio se corresponde con personas de muy escasa instrucción formal, con antecedentes de aislamiento familiar y social, episodios de violencia sexual previa, escasa capacidad de comunicación con el entorno, extrema pobreza y en ocasiones consumo de estupefacientes, una serie de factores capaces de configurar un marcado déficit de normalidad motivacional difícilmente compatible con el fundamento mismo del juicio de culpabilidad⁷⁴. Sin embargo, tratándose de un caso paradigmático de “mala madre”, resulta casi inevitable que se filtren estereotipos sexistas que apuntan precisamente en sentido contrario, reforzando la desvaloración penal de la conducta con el reproche moral dirigido a la mujer que desoye el llamado de la naturaleza y hace daño a su vástago recién nacido. Lo pone de manifiesto el voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni en el caso Tejerina cuando llaman la atención sobre la interpretación en contra de la acusada que hizo la pericia psiquiátrica de la actitud de frialdad e indiferencia que mostró la mujer inmediatamente después de los hechos, una actitud que en cualquier otro contexto se hubiera tomado como un claro reflejo de “psiquis perturbada” y no precisamente de normalidad motivacional,

74 MPD, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Buenos Aires, en prensa, capítulo 1. [Cita original.]

como sucedió en el caso de autos (Di Corleto y Pitlevnik, 2011:66).

Las concepciones modernas de la culpabilidad propias del modelo preventivo sitúan su fundamento en la idea de motivabilidad (o motivación), que permite hacer responsable penalmente por el hecho antijurídico a quien actúa encontrándose en condiciones normales de “conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarle”⁷⁵ (Maqueda y Lorenzo, 2017: 266). Como afirma Mir Puig (2011: 558 y s.), las normas se configuran pensando en lo que es exigible a un “hombre medio”, de modo tal que en un Estado social y democrático de derecho resulta inaceptable “llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma”. Por eso, la imputabilidad se entiende como “normalidad motivacional” y no requiere la incapacidad absoluta para comprender o dirigir el comportamiento conforme a criterios de autodeterminación. Una situación excepcionalmente anormal puede provocar la incapacidad en el caso concreto para dirigir la conducta conforme al dictado de la norma y, por tanto, puede resultar relevante para excluir la imputabilidad. Ciertamente es que, en general, las legislaciones vinculan esa incapacidad para comprender o para dirigir la conducta a factores patológicos (como las alteraciones psíquicas) o al efecto de determinadas sustancias (intoxicación plena por consumo de drogas,

75 Así Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de noviembre de 1999. [Cita original.]

etc.). Pero eso no excluye la posibilidad de que también ciertos factores situacionales externos puedan llegar a afectar la normalidad psíquica del autor/autora en el momento del hecho hasta el punto de impedirle adecuar su comportamiento a la norma⁷⁶. De hecho, a esa idea responde la figura del trastorno mental transitorio que, entre otras razones, puede venir provocado por “una situación vital de especial dificultad” (Mir Puig, 2011: 604; Luzón Peña, 2016: 509).

El perfil que se ha trazado más arriba de la mayoría de las mujeres que matan a su hijo/a recién nacido/a es un perfecto ejemplo de ese tipo de factores exógenos extremos que en ningún caso pueden obviarse a la hora de valorar la capacidad motivacional de la autora del hecho y, consecuentemente, su imputabilidad. Y no porque exista algún tipo de desequilibrio psíquico intrínsecamente asociado al parto y al puerperio, como pretendía el positivismo criminológico al vincular ciertas formas de delincuencia femenina con particularidades hormonales del género femenino (Maqueda Abreu, 2014: 36)⁷⁷, sino

76 Hace tiempo que se ha reconocido en la literatura penal que el trastorno mental transitorio “no sólo no exige base patológica...sino que está pensado fundamentalmente para casos en los que no existe” (Cuello Contreras, 2002: 1019). [Cita del original.]

77 No me parece acertada la idea de recuperar la figura del infanticidio acudiendo al “estado puerperal”, como consideró la Cámara de Diputados argentina en 2010 (al respecto, Di Corleto y Pitlevnik, 2011: 83) y también se había propuesto en el proceso de elaboración del Código penal de 1995 en España (vid. Maqueda Abreu, 2014: 38). Aunque se trate de un intento bienintencionado para captar desde el punto de vista penal la indudable situa-

porque la gran mayoría de estas mujeres están inmersas en contextos socioculturales sumamente adversos que, a la vista de un episodio tan fuerte como un parto en condiciones de máxima precariedad y soledad, pueden provocar un trastorno transitorio de la normalidad psíquica suficiente para impedirle dirigir su conducta conforme a los dictados de la norma penal⁷⁸.

Al traspasar estas ideas al campo de la actividad legislativa, las razones apuntadas tienen un peso que permiten reevaluar la exclusión de la figura del infanticidio (ya sea como una previsión penal específica o como una causal de exclusión de la culpabilidad o de atenuación de la punibilidad). En efecto, la ausencia de una norma específica que capte el fenómeno de la muerte de recién nacidos/as en contextos de eventos obstétricos inmediatos o causalmente relacionados con la gestación y parto, implica el desconocimiento y la invisibilización de las circunstancias y realidades especiales que afrontan las mujeres y otras personas gestantes, que suelen registrar historiales de violencia, situaciones de vulnerabilidad extrema y hasta exclusión social. Por ende, se les aplican patrones de conducta esperados que para

ción de vulnerabilidad en la que actúan muchas mujeres que matan a sus hijos después del parto, no parece buena idea hacerlo mediante el uso de un argumento sexista que vincula los cambios hormonales de las mujeres con desequilibrios psíquicos. Mucho más adecuada parece la línea que siguió la legislación italiana, apelando a “condiciones de abandono moral o material” (vid. *supra*, nota 18). [Cita original].

78 Los votos disidentes del caso Tejerina apuntaron correctamente en esta línea. [Cita original].

nada contemplan sus necesidades específicas ni los factores de vulnerabilidad que las atraviesan. A la inversa, la previsión de una legislación particular que se haga cargo del fenómeno y de las vivencias que atraviesan las mujeres y otras personas gestantes, disminuiría la injusticia reproductiva que actualmente enfrentan.

A la par, como sucede con los casos de aborto, quienes matan a los/as recién nacidos/as en escenarios de vulnerabilidad extrema, ausencia de autonomía con respecto a la gestación, falta de apoyo y redes de contención, entre otros factores, están expuestas a la mayor dureza del sistema punitivo estatal, pues la prohibición de la conducta no funciona en su faz preventiva, como elemento de motivación para adecuarse al estándar socialmente aceptado. Esa situación resulta potenciada frente a la ausencia de previsiones legales que habiliten la interrupción de embarazos no deseados. Así, la penalización del aborto y la falta de previsiones legales sobre infanticidio actúan en conjunto para generar un efecto pinza o tenaza: refuerzan la idea de maternidad como único destino posible frente a una gestación no deseada, instrumentalizando de este modo a las mujeres, dinamitando el principio de autonomía personal y sacralizando su supuesta “naturaleza maternal”.

Por las razones apuntadas, se entiende que resulta imperioso que se propicie una solución legislativa que tenga en cuenta el diverso conjunto de factores personales, sociales, estructurales y culturales que inciden en la actual penalización para pasar a un esquema legal que,

perspectiva de género mediante, modifique el estado de injusticia vigente.

4. Impedimento de contacto

La ley 24.270 tipificó el delito de impedimento de contacto con el fin declarado de salvaguardar el vínculo de niñas, niños y adolescentes (NNyA) con sus progenitores.

A pesar de coincidir en la importancia del objetivo perseguido, se considera que la ley 24.270 no ha sido útil para alcanzarlo y, por el contrario, presenta serias objeciones, tanto en su formulación como en su aplicación, que ameritan su derogación o, cuanto menos, una reforma profunda a fin de adecuar su texto a los mandatos constitucionales y convencionales.

Las críticas que se dirigen a la ley se refieren a su deficiente redacción a la luz de los principios de legalidad sustantiva, de lesividad y de proporcionalidad; las lagunas axiológicas que ha dejado; su utilización a modo de presión y chantaje; ciertas cuestiones de índole procesal relacionadas con las habilidades de los tribunales penales para resolver cuestiones de familia; y la represión de ciertas conductas que deben quedar amparadas por el principio de reserva constitucional.

A los efectos de un mejor análisis, se transcriben a continuación los artículos de la ley 24.270:

Artículo 1º. Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente,

impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Si se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

Artículo 2º. En las mismas penas incurrirá el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial.

Si con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización, las penas de prisión se elevarán al doble del mínimo y a la mitad del máximo.

Artículo 3º. El tribunal deberá:

1. Disponer en un plazo no mayor de diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres.
2. Determinará, de ser procedente, un régimen de visitas provisorio por un término no superior a tres meses o, de existir, hará cumplir el establecido.

En todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil.

a. Críticas a la consagración normativa del tipo penal

En primer lugar, en cuanto a la técnica legislativa, se ha detectado que la caracterización de la conducta ilícita a partir del vocablo

“ilegalmente” genera falta de certeza en torno a si se trata de una referencia genérica o un adelantamiento de la antijuridicidad, o de un elemento del tipo objetivo de la norma penal⁷⁹. A su turno, quienes afirman que se trata de un elemento normativo, tampoco queda claro qué es lo que determina la tipicidad de la conducta. Por un lado, hay quienes comprenden que sólo habrá obstaculización o impedimento antijurídico frente al incumplimiento de un régimen de contacto previamente establecido⁸⁰. Desde otro lado, se considera que no es un requisito del tipo que el contacto tenga su origen en la existencia de un régimen de contacto, aunque tampoco queda claro qué tipo de conductas ni cuántas son precisas para configurar el delito⁸¹. En este

79 Cf. Vismara, Santiago, “La ilegalidad en el delito de impedimento de contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, nro. 5/2006.

80 En esta postura se encuentran Llusa de Doldán, A., y otros, *Ley nacional nro. 24.270: Menores de edad. Contacto con sus padres no convivientes. Impedimentos. Penas*, Buenos Aires, Zeus, T. 64, D; Marinaro, J. y Ramos, E., *Ley 24.270*, Ed. Forense; ambos citados por Villar, A. *Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial*, Némesis, Quilmes, 2003, p. 42; Juzg. Corr. Seg. Nom., SEV Catamarca, Sánchez, R. A., Reg. Sent. 697, rta. 30 de abril de 1997.

81 En este sentido se expiden Guedes, M., “Impedimento del contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes”, www.f.e.j.s.edu.ar/materias/Derecho_Penal_II; Kemelmajer de Carlucci, A., “Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con su hijo”, en *Rev. De Derecho de Daños*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 299 a 301; ambos citados por Villar, A., *op. cit.*,

sentido, “ilegalmente” es un término con textura abierta y, por tanto, el tipo penal descripto puede ser considerado extremadamente amplio y ambiguo. Esta falta de precisión sobre cuál es la conducta típica vulnera el principio de legalidad penal y favorece la presentación abusiva de denuncias penales ante cualquier negativa.

Otra de las observaciones planteadas está relacionada con una posible laguna axiológica que ha dejado la ley vigente. En tanto el sujeto activo del delito siempre es aquella persona que conviva con la o el niño o adolescente, se sostiene que no serían punibles los supuestos de los progenitores no convivientes que obstaculizan o impiden el contacto. En este sentido, suele ser frecuente el caso del progenitor no conviviente que retiene a sus hijos/as por más tiempo del acordado por el régimen de contacto por diversas razones o que directamente no los/as reintegra a su hogar con su progenitor/a conviviente. Según una interpretación, cuando la ley 24.270 se refiere al padre “conviviente”, comprende únicamente al que detenta el cuidado personal y, por tanto, el/la progenitor/a no conviviente que no restituye a sus hijos/as al progenitor conviviente, no puede ser sujeto activo del delito de impedimento de contacto⁸².

p. 42; SCJ Pcia. de Buenos Aires, Ac. 57.589, *in re*: D. de B. c/ B. s/ divorcio”, rta. 4 de octubre de 1994; CNCC, Sala V, “Marino, J.”, rta. El 23 de junio de 2003.

82 Cf. Villar, A. *Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial*, Némesis, Quilmes, 2003, p. 38; CNCC, Sala V, C.,R.H.O., rta. 6 de mayo de 2011, con cita de Cúneo Libarona, C., “El delito de sustracción de menores versus el de impedimento de contacto de los

A este cuadro de situación se le suma el hecho de que, según cierta corriente doctrinaria y jurisprudencial, los padres y las madres no pueden ser sujetos activos del delito de sustracción de menores⁸³, ante lo cual cualquier acción del progenitor no conviviente orientada a impedir el vínculo con el conviviente queda fuera del alcance de las figuras típicas específicas.

Esta situación importa una desigualdad de trato entre los padres, toda vez que las acciones de quebrantamiento del contacto entre NNyA y su madre o padre son en ambos casos perjudiciales y disvaliosas; sin embargo, sólo es pasible de reproche penal el coartamiento del vínculo paterno-filial cuando éste es ejercido por el progenitor conviviente que, en la gran mayoría de los casos, resultan ser las madres.

Sobre este aspecto, cabe preguntarse si la ley 24.270 realmente se encuentra dirigida a proteger la armónica relación entre NNyA y sus progenitores. El art. 9.3 de la Convención

hijos menores con sus padres no convivientes”, La Ley, 17 de agosto de 2004.

83 Cf. Villar, *op. cit.*, 84; Soler, S. *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1967, t. V, p. 303; CNCC, sala V, causa 20.68, rta. 24/04/2003; sala VI, causa 23.770 rta. 11/03/2004; CNCC, Sala V, “Marino, J.”, rta. El 23 de junio de 2003; CNCC, Sala VI, “Monteza Spineta, Fernando”, rta. 11 de marzo de 2004; CNCC, Sala VI, causa n° 24.026 “Corso, Julio César”, rta. el 14/04/04. En el mismo sentido, CFCP, Sala III, causa n° 5917 “Balanovsky, G. s/recurso de casación”, rta. el 30/09/05, y del mismo Tribunal y Sala, Causa N° 14.276, “Martínez, V. E. s/recurso de casación”, 29/02/2012.

sobre los Derechos del Niño establece que “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Si el objetivo es desalentar a través de la amenaza punitiva conductas tendientes a impedir el mantenimiento de relaciones fluidas entre progenitores e hijos/as, no se explica por qué razón la penalización no abarca a los progenitores no convivientes que obstaculizan la relación de NNyA con la o el progenitor conviviente⁸⁴.

También se advierte falta de proporcionalidad en el monto de la pena prevista, pues existe una única escala penal (de seis meses a un año) para reprochar conductas que pueden tener un grado de lesividad muy diferente. Así, se entiende que el daño que ocasiona quien obstaculiza el contacto durante un breve plazo y luego cesa en esa conducta es merecedora de un menor reproche que la de quien directamente impide todo tipo de contacto durante plazos muy prolongados, como pueden ser meses o años.

84 Sin embargo, por los motivos que se explicitarán, se desalienta la posibilidad de avanzar con el derecho penal ya que se considera que la solución punitiva no logra solucionar las causas de este tipo de conductas. Este argumento se expone a los fines de poner de manifiesto la desigualdad de tratamiento por parte de la ley respecto de situaciones similares según qué padre realice la conducta impeditiva. Esta diferenciación, según se explicará a continuación, impacta negativamente en las madres, puesto que son ellas en general, quienes ostentan la convivencia con las/los niñas/os.

Una cuarta crítica que se realiza a la ley 24.270 es que establece la penalización de quien se mude de domicilio sin autorización judicial, con la finalidad de impedir el contacto de la niña o niño con su progenitor no conviviente. Esta figura es directamente incomprensible. Si el cambio de domicilio tiene como objetivo impedir el contacto entre NNyA y el otro progenitor, ningún juez o jueza podría brindar válidamente la autorización, pues se trata de un fin ilegítimo. Si el cambio de domicilio responde a necesidades o deseos ajenos a ese fin ilegítimo, no debería pedir autorización judicial, según una interpretación literal. No obstante, la doctrina ha entendido que si el padre o madre que convive con los niños comunican al otro progenitor sobre la mudanza “dicho accionar no actuaría como causa de justificación, toda vez que el art. 2º expresamente requiere que la mudanza deberá ser realizada a través de una autorización judicial, no pudiéndose suplantar dicho requerimiento por ningún otro obrar”⁸⁵. Entonces, si el juez o jueza no pueden brindar autorización para realizar una conducta ilegítima, y si la comunicación sobre el cambio de domicilio no alcanza para eliminar la tipicidad de la conducta, quien desee mudarse de domicilio debería obtener una autorización judicial para realizar una conducta totalmente lícita y legítima, cual es cambiar de lugar de residencia.

Sin embargo, la fijación del domicilio es un derecho constitucional amparado por el prin-

85 Cf. Manonellas, G., *La responsabilidad penal del padre obstaculizador*. Ley 24.720. Síndrome de alienación parental (SAP), Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 37.

cipio de reserva y, por lo tanto, ajeno a la intervención del Estado y de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional). La notificación fehaciente, ya sea al progenitor no conviviente o al tribunal que intervenga en los asuntos de familia, sobre el cambio de domicilio y los datos de contacto debería ser suficiente para eliminar cualquier elemento subjetivo del tipo penal. No obstante, no es esto lo que establece la norma penal ni la interpretación pacífica de la doctrina. De este modo, se está imponiendo un requisito arbitrario a aquellas personas que tienen hijos/as y se encuentren separadas de sus ex parejas, cual es obtener una autorización judicial para realizar una mudanza de domicilio, bajo amenaza de sanción penal. Punir la fijación de un nuevo domicilio sin la previa venia judicial importa una grave afectación a la esfera de libertad individual que queda ajena al control e intromisión de terceros y del Estado. Esta previsión es contraria a lo normado en el nuevo Código Civil y Comercial; sin embargo, continúa vigente en la práctica la concepción según la cual el o la progenitor que cambie de domicilio debe contar con autorización judicial. La práctica se vuelve especialmente perversa y peligrosa en casos en los que las mujeres denunciaron por violencia de género a los padres de sus hijos/as. Negarles la posibilidad de trasladarse a su ciudad de origen o a un lugar en el que cuenten con trabajo, es un obstáculo serio que encuentran para poner fin a la violencia.

Otro de los aspectos en crisis de esta ley se refiere al deber fijado en cabeza de las y los jueces penales de disponer las medidas necesarias

para restablecer el contacto entre hijos/as y padres o madres no convivientes, y de fijar un régimen de contacto provisorio. Sobre estos puntos cabe cuestionarse sobre las habilidades de los tribunales penales para resolver adecuadamente esta clase de situaciones.

La naturaleza de los conflictos familiares suele ser compleja y profunda, y requiere un análisis interdisciplinario por parte de profesionales capacitados y sostenido en el tiempo. En este sentido, el fuero penal ordinario carece de la especialidad en la temática y de los recursos humanos para abordarla eficazmente y con la amplitud que ésta exige. A esta falta de formación de las y los operadores de la justicia penal, se suma la falta de previsión legal para que se verifique, en forma previa a la realización de la audiencia, la existencia de procesos civiles relativos al cuidado personal y régimen de contacto relativos a los niños y niñas, así como la comprobación de la existencia de denuncias por violencia familiar o abusos sexuales que les afecten. Tampoco se fija el deber de solicitar informes que den cuenta de la dinámica familiar ni de la situación de las y los niños y adolescentes para la fijación provisional de un régimen de visitas.

En cambio, el fuero civil especializado en familia constituye el ámbito apropiado para enfrentar estas situaciones y buscar las soluciones que compatibilicen mejor todos los intereses en juego. En este sentido, tanto la doctrina como los propios tribunales penales han declarado que la justicia de familia es el ámbito adecuado para realizar las evaluaciones y adoptar las deci-

siones correspondientes, dado que se trata de un fuero especializado y por lo tanto se encuentra en mejores condiciones para esta tarea⁸⁶.

En definitiva, se considera que las y los jueces penales carecen, por su formación y por los recursos de los que dispone en su juzgado y su fuero, de las herramientas específicas para tratar estos problemas. Por tanto, se desaconseja que un juez o jueza no especializados resuelvan en una única audiencia el restablecimiento del contacto entre niñas y niños con su padre no conviviente y establezcan un régimen de visitas provisorio.

Otro punto a destacar es que, en el marco de todo proceso en el que se adopten decisiones que pudieran afectar los derechos e intereses de NNyA, hay que asegurar su derecho a ser oído, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, se debe garantizar que ellos/as puedan dar a conocer su opinión en los asuntos que los afecten personalmente, de acuerdo a su desarrollo madurativo, y que su opinión sea tenida en cuenta.

86 Cf. Villar, A. *Impedimento de contacto de hijos menores y la comunicación paterno-filial*, Némesis, Quilmes, 2003, p. 121; Cueto, M., “El delito de impedimento o de obstrucción de contacto. La Convención sobre los derechos del Niño y la ley 26.061”, en *Revista de derecho de familia y de las personas*, La Ley, Año 3, Número 11, Diciembre de 2011, y la jurisprudencia allí citada (nota al pie nro. 14). En mismo sentido, CNCC, sala I, causa 39.190, rta. 18/11/2010; CNCCFed, sala IV, causa 479/12, D., M. del C., rta. 10/05/2012; sala VI, M.B.P., causa 1165/12, rta. 18/09/2012; CFCP, Sala IV, causa 750035924/2009, P., P. V., rta. 27/02/15; CNACC, sala I, causa 11794/2018, M., S. A., rta. 30/05/18, entre otros.

De acuerdo a los desarrollos especializados en la temática, el Comité de Derechos del Niño, a través de la Observación General 12, ha señalado que las autoridades competentes deben “garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones ‘en todos los asuntos’ que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina afecta al niño”. En ese sentido, el Comité advierte que se “deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones” y afirma que “las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio”.

En este orden de ideas, en los procesos penales en los que se dilucidan cuestiones relacionadas con el contacto de menores de edad con su progenitor/a no conviviente, los tribunales están obligados a escuchar personalmente a las y los niños en el marco del proceso. El cumplimiento de este deber presenta dos problemas en el caso de la ley 24.270. En primer lugar, no es de frecuente cumplimiento, lo que acarrea la vulneración del derecho de niñas/os a ser oídos, y afecta, en consecuencia, la calidad de la decisión a tomar. En segundo término, cuando se cumple con este mandato, NNyA son llamadas/os a declarar en el juzgado en la oportunidad de la audiencia prevista en el artículo 3 de la ley, sometiéndolos a un ámbito totalmente inadecuado en virtud de la angustia, incomodidad y perjuicio que puede ocasionarles su comparencia en un juzgado penal, compartiendo espa-

cios comunes con personas imputadas en causas penales llamadas a declarar y personal de las fuerzas de seguridad. En este sentido, vuelve a remarcarse que el fuero penal ordinario no está preparado, ni siquiera arquitectónicamente, para lidiar con este tipo de temáticas.

Estas deficiencias de la ley 24.270 ponen en crisis su viabilidad para satisfacer adecuadamente el interés superior de niñas y niños, criterio que debe guiar las decisiones que se adopten en el marco de esta clase de procesos⁸⁷.

b. Impacto discriminatorio por motivos de género del tipo penal

Además de no atender de modo adecuado a los derechos de NNyA, la ley 24.270 ha tenido un impacto discriminatorio por motivos de género en su aplicación.

Por lo general, cuando se trata de parejas o matrimonios heterosexuales, la mujer es quien queda a cargo de los/as hijos/as, ya sea por decisión judicial, acuerdo de las partes o por la fuerza de los hechos.

87 Cf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*; Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, del 28/8/2002; en el ámbito interno, CSJN, “S., C.”, sent. del 2/8/2005 y “Neira, Luis M. y otra v. Swiss Medical Group S.A.”, sentencia del 21/8/2003. En específico, con relación a la aplicación de la ley 24.270, CNCC, sala IV, causa 36.870, rta. 25/03/2009 y causa 1.445/09 rta. 08/10/2009.

En consecuencia, dado que son las mujeres quienes en general son las responsables primarias del cuidado personal de sus hijas/os, son con mayor frecuencia las denunciadas por el delito de impedimento de contacto⁸⁸. Por lo tanto, aun cuando la norma penal aparenta un contenido neutral, contra ellas va dirigida la amenaza sancionatoria. En cambio, como en la mayoría de los casos los varones son los padres “no convivientes”, no pesa sobre ellos amenaza penal alguna, ya que, como se mencionó, se considera que no pueden ser sujetos activos del delito tipificado en la ley 24.270, por no ser convivientes, ni del delito de sustracción de menores, según al menos una corriente doctrinaria y jurisprudencial.

En la práctica, la ley ha sido ampliamente utilizada como mecanismo de violencia, persecución y chantaje contra mujeres que habían denunciado en forma previa episodios de violencia o abusos, contra ella o contra sus hijas/os. Este aspecto ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. En este sentido, se ha señalado que muchas veces las separaciones y los divorcios se traban en el marco de conflictos de pareja con contornos de violencia⁸⁹, en los que NNyA quedan presas/os de las desavenencias de la pareja o de las agresiones

88 Para comprobar este extremo basta con realizar una búsqueda de jurisprudencia y constatar que prácticamente todas las acusadas son mujeres (ver, en tal sentido, resultado de la búsqueda para ley 24.270 en el Centro de Información Judicial - CIJ).

89 Cf. Sirkin, H., “Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. Situaciones civiles de la jurisdicción penal”, DJ, 1996-I-1106.

que los hombres suelen infligir a las mujeres. En numerosas ocasiones la ruptura de la pareja se produce tras largos y profundos procesos de violencia, en los que la mujer decide irse del hogar familiar con sus hijas/os, denunciar a su pareja y buscar refugio y contención en un nuevo lugar. Frente a esta clase de situaciones, muchos hombres que han sido denunciados por violencia y respecto de los cuales se han dictado medidas de protección, responden a esas denuncias con una contradenuncia en sede penal por impedimento de contacto. En muchos casos, las medidas de protección alcanzan a los hijos e hijas de la pareja pero, pese a ello, los hombres denunciados utilizan como estrategia de defensa esas contra-denuncias⁹⁰ a su ex pareja para desaventajar sus argumentos y pedidos de protección judicial⁹¹. Esos procesos en ocasiones avanzan, sin considerar el contexto de violencia de género que condiciona a las denunciadas⁹², e incluso

90 En este sentido, el caso “P., M.C.”, Sala I, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, causa 41.660, rta. 20/12/2011; CNCC, Sala VI, M.B.P., rta. 18 de septiembre de 2012; CNCC, Sala I, “Marinese, Luisa Leonor”, rta. el 6 de julio de 2004.

91 Hay que subrayar que en los procesos de violencia contra las mujeres ejercidos por una (ex) pareja, por imperio de la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales, está prohibido celebrar audiencias conjuntas, al estilo de las que estipula el artículo 3 la ley 24.270.

92 En la causa “Bado” la defensa interpuso recurso de casación contra la condena de tres años de prisión recaída contra una mujer que había denunciado por violencia de género al padre del niño. La defensa alegó que la mujer

cuando se hayan dictado medidas de protección y se haya dictado incluso condena firme al padre que denuncia el impedimento de contacto, por hechos de violencia de género⁹³. También ocurre que los padres no convivientes denuncian a las madres de sus hijas/os por impedimento de contacto, cuando en realidad son sus propios hijos/os quienes se niegan a verlos⁹⁴. En

debió irse del país a raíz de la violencia padecida por el padre del niño, para resguardar su integridad psicofísica; sin embargo, el tribunal no corroboró la existencia de la orden de no acercamiento que se encontraba vigente ni las historias clínicas de los hospitales dónde constaban las golpizas padecidas por la imputada. Tampoco contempló que la imputada salió del país con debida autorización retornando a su país de origen a cuidar a su madre. La Sala IV de la CFCP tomó el impedimento de contacto como hecho aislado y confirmó la condena (CFCP, Sala IV, causa 16292/2011, B., L. H., rta.: 22/12/14).

93 Ver, en este sentido, el caso “Superbo”, en el que se condenó a la mujer en primera instancia tras ser denunciada por un hombre que antes había sido denunciado por ella por hechos de violencia de género por los que resultó condenado (con condena firme), y pese a que sus hijos habían referido situaciones de maltrato que derivaron en el dictado de medidas de protección a favor del grupo familiar. La mujer fue luego absuelta por la Cámara Nacional de Casación Penal, tras evaluar los antecedentes de violencia y el deber de la mujer de proteger a sus hijos (cf., CNCCC, Sala III, “Superbo, Gisela s/ infracción ley n° 24.270”, Causa N° 50980/201, rta.: 09/06/2020).

94 En este sentido, CNCC, Sala V, Idart, C., rta. 6 de septiembre de 1994, JPBA, t. 92, f. 59, P. 21; y CNCC, Sala IV, C.,G.A., rta. 1° de agosto de 2011. A pesar de ello, se encuentra jurisprudencia que dictó el procesamiento de la madre que no facilitó el contacto con el padre no conviviente, a pesar de que se tuvo por acreditado en la causa mediante diversos informes que eran los menores de edad quienes demostraban la reticencia para relacionarse con

adición, al valorarse el impedimento de contacto por parte de la madre como un hecho aislado, puede perderse de vista el contexto de violencia de género e incluso la violencia ejercida hacia las niñas y niños⁹⁵.

Este impacto diferenciado por motivos de género que ha tenido la ley 24.270 debe ser considerado a la hora de evaluar su mantenimiento en el ordenamiento jurídico, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos vinculados al deber estatal de asegurar el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, con relación a su derecho a una tutela judicial efectiva.

Como fue referido en apartados anteriores, los estándares internacionales señalan que el derecho a la igualdad abarca no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad efectiva de todas las personas ante la ley. Entre otras cosas, este mandato implica el deber de los Estados de combatir las prácticas discriminatorias⁹⁶, para lo que deben examinar las leyes y las políticas teniendo en cuenta su posible efecto discriminatorio, aun cuando su formulación o redacción

su progenitor (véase, CNCC, Sala VII, A.F.C., rta. 3 de mayo de 2010).

95 Como ocurrió en la causa “Superbo”, cit. en nota 92.

96 CIDH, Informe N° 67/06, Caso 12.476, Oscar Elías Bicet et al. (Cuba), 21 de octubre de 2006, párrs. 228-231; Informe N° 40/04, Caso N° 12.053, Comunidad Indígena Maya (Belice), Informe Anual de la CIDH 2004, párrs. 162 y 166; CIDH, *Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos*, Caso N° 12.626, Informe N° 80/11, 21 de julio de 2011.

parezca neutral o se apliquen sin distinciones textuales⁹⁷. De acuerdo con esta lectura, el principio de no discriminación precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma supuestamente neutral sean consideradas en términos de su impacto respecto del grupo, aun cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado⁹⁸.

c. Conclusiones

La ley 24.270 ha introducido figuras penales y un procedimiento que no resultan aptos para garantizar los derechos de NNyA. Tampoco supera un test de constitucionalidad a la luz del principio de legalidad penal, pues no establece con precisión cuál es la conducta típica, ni los de razonabilidad y lesividad, pues carece de sentido requerir autorización judicial para realizar una conducta ilegítima, e inconstitucional requerir autorización para mudarse de domicilio si no hay una finalidad ilegítima. Al establecer una escala penal de escaso margen de elección para situaciones que poseen un muy diferente impacto lesivo, como es el tiempo durante el cual se impide el contacto, también se vulnera el principio de proporcionalidad. Por otra parte, la ley ha demostrado tener en la práctica un efecto discriminatorio, ya que, tanto por la formulación como por la interpretación de las normas penales, en la mayoría de los casos las

97 CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, cit., párr. 90.

98 *Ibid*, párr. 77 y 96.

que son pasibles de ser denunciadas por este delito son las mujeres, mientras que no se aplica la misma figura a los padres que no reintegran a sus hijos e hijas a sus hogares. Además, en una gran cantidad de casos, la ley 24.270 es utilizada como mecanismo de respuesta frente a las denuncias que han recibido en sede civil por hechos de violencia.

En función de las consideraciones realizadas y poniendo especial énfasis en que el derecho penal debe ser la *ultima ratio* del sistema estatal para abordar los conflictos, se recomienda la derogación de los tipos penales creados por la ley 24.270, y una reforma legal que mantenga el reproche penal únicamente en casos de obstaculización sistemática y dolosa⁹⁹ en el cumplimiento de un régimen de visitas.

La derogación del tipo penal para aquellos supuestos de incumplimientos esporádicos o infrecuentes no implicaría eliminar toda clase de reproche para quien, en incumplimiento de un deber claramente establecido, obstaculiza el contacto de sus hijas e hijos con el otro progenitor. En este sentido, como se manifestó anteriormente, se entiende que el lugar más adecuado para enfrentar estas problemáticas es el ámbito de la justicia de familia. Si uno de los progenitores ve obstaculizado su contacto con sus hijos e hijas, corresponde que requiera la fijación de un régimen de visitas ante la justicia con competencia en asuntos de familia. Si la madre o el padre conviviente incumple con dicho régimen,

99 Cf. Villar, A., cit., p. 128.

se podrán fijar las sanciones civiles orientadas a su efectivo cumplimiento (tales como apercibimientos, astreintes, resarcimiento de daños y perjuicios, intimación al cumplimiento bajo apercibimiento del cambio del cuidado personal, entre otros), además de ser pasible de ser denunciado por la posible comisión del delito de desobediencia. De este modo quedaría satisfecho el principio de subsidiariedad penal en tanto existen otras vías para abordar el conflicto que resultan especializadas y más eficaces¹⁰⁰.

En segundo término, para lo casos de mayor lesividad, que ameritan un reconocimiento del carácter disvalioso desde el punto de vista penal, cabría realizar una profunda revisión de la ley 24.270, o bien, aclarar normativamente la procedencia de la calificación del delito de sustracción de menores de edad cuando es uno de los progenitores quien impide el vínculo de los/as niños con el otro progenitor, regulando, en su caso, los elementos objetivos que configurarán la conducta prohibida.

5. Reglas de prueba para la investigación de delitos sexuales

Un tema central en la discusión sobre revictimización en los casos de ataques sexuales gira en torno a la idea del consentimiento. Según la dogmática penal, lo que define a los abusos sexuales y a la violación (entre otros elementos) es la ausencia de consentimiento. Sin embargo, en la praxis cotidiana de los tribunales, el problema

sobre los límites del consentimiento sigue en pie; es decir, aún se cuestiona qué es el consentimiento, cómo se interpreta, cuándo se otorga y hasta qué punto la víctima puede retirarlo¹⁰¹.

Una serie de dificultades se presenta alrededor de la exigencia de resistencia física a la agresión sexual. La vieja redacción del art. 119 del Código Penal (ley 11.179) requería que la persona “no pudiese resistir”, o que el agresor hiciera uso de la “fuerza o intimidación”. Así, en la norma y en la práctica se exigía prueba de fuerza y resistencia física para que se configure el delito. La ley 25.087 modificó aquella redacción y corrió el eje hacia la falta de consentimiento *libre* de la víctima como elemento constitutivo del abuso sexual.

No obstante, pese a los cambios normativos, algunas interpretaciones legales continúan suponiendo que una víctima de violencia sexual podría haber dado su consentimiento si no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada. En este sentido se pronunció la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en un caso en el que una mujer privada de libertad denunció haber sido abusada en reiteradas oportunidades por uno de sus custodios¹⁰². La sentencia casatoria evaluó que: “atendiendo a

101 Cf. Cánaves, V., “Como la cigarra. Notas sobre violencia sexual, jurisprudencia y derechos humanos”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 12, N° 1, Octubre 2011.

102 CFCP, Sala III, causa FRE 8033/2015/TO1/CFC1, “R., A. y A.D., C.S. s/abuso sexual – art. 119 3° párrafo”, 26 de octubre de 2017.

100 Cf. Villar, A., *op. cit.*, pp. 136 a 137.

que conforme el relato de la propia denunciante el acusado R. no ejerció violencia física contra la misma, tampoco es posible afirmar que éste último haya aprovechado la especial situación de vulnerabilidad de la denunciante para perpetrar los acometimientos sexuales que se le imputan”. Esta concepción se funda en el mito de que quienes realmente quieren resistirse a la violación pueden hacerlo y lo hacen, y desconoce la necesidad de presuponer la falta de consentimiento cuando los hechos denunciados ocurrieron en contextos coercitivos.

En el ámbito internacional se encuentran numerosos pronunciamientos que critican este tipo de valoraciones. En el caso “M.C. vs. Bulgaria”¹⁰³ se cuestionó la clausura de una investigación por violencia sexual cometida contra una menor de edad porque no se había encontrado evidencia directa del uso de fuerza o resistencia física por parte de la víctima. Para la Corte Europea, las autoridades fallaron en explorar todas las circunstancias que rodearon el caso, en especial el hecho de que se trataba de una menor de edad puesta en un ambiente de coerción.

En el ámbito interamericano, la CIDH reiteró el principio establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos de que los Estados deben considerar el conjunto de evidencias y el contexto en el que ocurre una violación sexual y no sólo evidencias directas de la existencia de

resistencia física por parte de la víctima¹⁰⁴. Igual criterio mantuvo la Corte Interamericana, que determinó que para que exista violación sexual no se requiere resistencia física a la agresión, es suficiente que haya elementos coercitivos en la conducta¹⁰⁵, y que la ausencia de señales físicas no implica que no se hayan producido los maltratos¹⁰⁶.

Por su parte, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), consideró vulnerada la CEDAW en un caso en el que se había restado credibilidad a la versión de la víctima porque no había demostrado “el comportamiento esperado de una víctima ideal y racional”, y agregó que “no debería suponerse, en la ley ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física”¹⁰⁷.

104 Cf. CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20/01/2007, párr. 55 y 138.

105 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 105.

106 Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 323; en igual sentido, *Caso Espinosa González vs. Perú. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 153.

107 Comité CEDAW, *Karen Tayag Vertido Vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.5.

103 TEDH, *M.C. vs. Bulgaria*, Application No. 39272/98, Sentencia de 4 de marzo de 2004, párrs. 178-187.

En la jurisprudencia comparada se encuentran antecedentes similares. Así, en la Sentencia T-458 de 2007, la Corte Constitucional de Colombia reconoció este principio en el caso de una niña de 14 años que había sido violada mientras se encontraba en estado de embriaguez. Para la Corte, existió una falta de motivación por parte del juez de instancia al desconocer el dictamen pericial, ignorar el testimonio de la niña y argumentar que la falta de violencia denotaba consentimiento.

Con el fin de prevenir este tipo de interpretaciones y evitar abordajes que deriven en una nueva victimización (ahora, en el seno del proceso jurisdiccional), las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional desarrollan varios principios procesales relevantes sobre estos aspectos. De acuerdo con estas Reglas, el consentimiento no puede inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando haya visto disminuida su capacidad para consentir libremente¹⁰⁸. En este sentido, se pronuncian sobre factores que pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente una agresión sexual, aún cuando no ha consentido al acto, y cómo estos factores deben ser considerados en un proceso judicial. De acuerdo a las reglas, estos factores pueden incluir: “la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo” que hayan disminuido la capacidad de la víctima para dar un consentimiento “voluntario y libre”.

108 ONU, Corte Penal Internacional, *Las Reglas de Procedimiento y Prueba*, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 70. d), Reglas 70.a y b.

Con sustento en este marco normativo, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia consideró que si el consentimiento debe ser libre y voluntario, debe evaluarse “dentro del contexto de las circunstancias que rodean al hecho”¹⁰⁹. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda se pronunció en igual sentido, al afirmar que la violencia sexual es cualquier acto de naturaleza sexual “que se comete contra una persona en circunstancias coactivas”, las que no tienen que estar demostradas por fuerza física, ya que existen diversos tipos de coacción “y la coacción puede ser inherente a ciertas circunstancias”¹¹⁰.

Otro problema frecuente en la investigación de las agresiones sexuales se vincula con la atención procesal deparada a quienes las denuncian. Se ha advertido en este sentido que el hecho de que la prueba del delito gire en torno a acreditar la presencia o falta de consentimiento de la víctima, puede propiciar una indagación sobre la intimidad y el plan de vida de la afectada¹¹¹.

109 Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia, *Fiscal vs. Dragoljub Kunarac y otros*, Caso N° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001, párrs. 127, 128, 130.

110 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*, 2/09/1998. En igual sentido, Corte Penal Internacional, *Fiscal v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Caso N ICC-01/05-01/08, Decisión conforme al artículo 74 -Requisitos para el fallo-, 21 de marzo de 2016.

111 Cf. Pitch, T., *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires, Ed. Ad. Hoc, 2003, pág. 229 a 294. En sentido similar, Estrich, S., “Violación”, en Di Corleto, J. (comp.), *Justicia, Género y Violencia*.

Con esta excusa, las investigaciones pueden orientarse a indagar sobre la conducta de quienes denuncian agresiones sexuales, dando pie al uso de estereotipos de género referidos a la moral privada que determinarán qué víctimas serán merecedoras de protección legal: esto es, las *buenas víctimas*, las que ajustan su comportamiento a las expectativas sociales dominantes sobre moral sexual. Sobre este aspecto se señaló que, pese a que hace más de dos décadas que se han reformado las normas que tipifican los delitos sexuales, y se ha reconocido que éstas se dirigen a tutelar la integridad sexual de las víctimas, y no su honestidad, “el concepto de honestidad continúa gravitando en las decisiones de los tribunales. Al parecer, las indagaciones vinculadas con la conducta previa o la historia sexual de la víctima son utilizadas por los tribunales como una manera de asegurarse que la protección del derecho penal se dirija a resguardar solo a las ‘mujeres honestas’”¹¹².

La presencia de este estereotipo de género hace que en las causas por agresiones sexuales con frecuencia se introduzca prueba sobre el comportamiento sexual de la víctima, ya sea para demostrar “la mala conducta” de la víctima, por lo que es probable que haya dado su

cia, Librería, Buenos Aires, 2010.

112 MPD, *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2010, p. 91, disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/010%20Discriminacion%20de%20Genero%20en%20las%20Decisiones%20Judiciales.pdf> (visitado: 25/6/2020).

consentimiento para la relación, o para demostrar que no es confiable y, en consecuencia, su declaración es sospechosa¹¹³. Estas prácticas dan lugar a una nueva victimización para las mujeres y personas LGBTIQ+ y una mayor exposición a este tipo de delitos, por la invasión a su vida privada y por la tolerancia social hacia sus agresores.

En el ámbito internacional se condenan estos abordajes estereotipados y discriminatorios. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que prestar relevancia a ciertos aspectos de la vida privada de las personas damnificadas traduce la existencia de estereotipos de género que inciden negativamente en las investigaciones penales pues actúan para trasladar la culpa de lo acontecido a la víctima¹¹⁴, y que,

113 Informe preliminar de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado en virtud de la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Consejo Económico y Social, Distr. GENERAL E/CN.4/1995/42, 22 de noviembre de 1994.

114 Corte IDH, *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de mayo de 2014, serie C No. 277, párrs. 212-213; *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2017, Serie C No. 339, párr. 170; *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C No. 362, párrs. 232/233; *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Serie C No. 307, párr. 181. En igual sentido, Comisión IDH, *Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, cit., párr. 155.

por ello, “las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles”¹¹⁵. Con cita a Chinkin, la Corte IDH advirtió específicamente que cuando se permite introducir alegatos sobre la conducta sexual previa de quien denuncia un ataque sexual se filtran estereotipos que llevan a descreer, desacreditar y humillar a la víctima, lo que provoca su revictimización; además, esos estereotipos operan para restringir el castigo, lo que implica que unas personas sean menos merecedoras de la protección del derecho que otras y minimiza la severidad del delito¹¹⁶. Para la Corte IDH “la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género”¹¹⁷.

El Comité CEDAW también reparó en que los estereotipos de género pueden llevar a los jueces a castigar a aquellas mujeres que no se ajustan a lo que se considera un comportamiento apropiado, y que “distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos”¹¹⁸.

115 Corte IDH, *Caso Gutiérrez Hernández*, cit., párr. 170.

116 Corte IDH, *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, cit., párr. 233.

117 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C No. 402, párr. 202.

118 Comité CEDAW, Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/

Cabe recordar que el Estado argentino ya fue condenado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por indagar en aspectos privados de la vida sexual de una joven que denunció haber sufrido abusos sexuales¹¹⁹.

Por estos motivos, para evitar que se filtren mitos y prejuicios en la valoración de la prueba del consentimiento de la víctima, se ha considerado necesario restringir la incorporación de cualquier tipo de evidencia referida a la historia sexual de la víctima con el agresor o con terceros¹²⁰. En este sentido, las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que “[I] a credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”¹²¹ y que “no se admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo”¹²².

GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 26.

119 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Caso LNP Vs. Argentina*, Comunicación No. 1610/2007, CCPR/C/102/D/1610/2007, Dictamen de 16 de agosto de 2011; en sentido similar, Comité CEDAW, *Caso CER Vs. Argentina*, Comunicación No. 63/2013.

120 Cf. Di Corleto, Julieta, “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, Nueva Doctrina Penal Nro. 2006/B, Editores del Puerto, Buenos Aires.

121 ONU, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 70. d).

122 ONU, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/

Con el compromiso de asegurar investigaciones imparciales y libres de estereotipos, en el ámbito interno del Ministerio Público de la Defensa se incorporaron reglas como las mencionadas para ser aplicadas en los trámites sumariales en los que se indaguen denuncias de violencia de género. En este orden, el *Protocolo de actuación para la prevención y la intervención en casos de discriminación por motivos de género*¹²³ incorporó el principio de libertad probatoria y ciertas reglas probatorias similares a las previstas en las Reglas de Procedimiento y Prueba para el Estatuto de Roma, para evitar en los trámites internos la introducción de prueba inconducente y discriminatoria¹²⁴.

Add.1 (2000), Regla 71. Las Reglas de procedimiento y prueba de los Tribunales Internacionales Ad hoc para Yugoslavia y Ruanda también establecieron la exclusión de la posibilidad de realizar preguntas sobre el pasado sexual de las víctimas.

123 El Protocolo fue aprobado por Resolución RDGN-2019-801-E-MPD-DGN#MPD. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/protocolo-de-genero> (visitado: 26/6/2020).

124 Dispone el Protocolo en estos aspectos:
Artículo 22. Libertad probatoria. Para acreditar los hechos denunciados regirá el principio de amplia libertad probatoria, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan las distintas conductas contempladas en este Protocolo y quiénes son sus naturales testigos.

Artículo 23. Reglas de prueba. No se admitirá prueba referida a los antecedentes o conductas de la persona denunciante que no se encuentre vinculada o no resulte pertinente para esclarecer el hecho denunciado.

Cuando se investiguen hechos de violencia sexual, el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la persona denunciante cuando la fuerza, la

II. MODIFICACIONES A LA LEY N° 26.485

1. Respuestas integrales y aspectos estructurales del abordaje procesal e institucional de la violencia contra las mujeres por razones de género

Otro grupo de sugerencias de revisión legal se vincula con la ley No. 26.485. En este orden, se sugiere considerar la necesidad de dar respuestas específicas a ciertas manifestaciones de la violencia contra las mujeres por motivos de género (por ejemplo, situaciones de acoso sexual en ámbitos laborales, de salud o educativos, entre otros) y rever la estructura tradicional de los procesos y de los órganos del sistema de administración de justicia que aplican la ley. Estas estructuras institucionales y procesales no han sido pensadas para tramitar este tipo de casos, lo que explica las dificultades encontradas para responder de modo apropiado a las peculiaridades y desafíos que ellos presentan. En concreto, se propone evaluar la conveniencia de habilitar un proceso de fondo (en los casos en los que sea necesario) en el que se pueda determinar, tras haber garantizado la bilateralidad y el derecho de defensa, la ocurrencia de los hechos denunciados y fijar en una sentencia consecuencias jurídicas más amplias que las medidas de pro-

amenaza, la coacción o el aprovechamiento coercitivo del entorno haya impedido brindar un genuino consentimiento. Tampoco se podrá investigar, producir prueba o realizar interrogatorios dirigidos a indagar acerca del pasado sexual de quien presentó la denuncia, o aspectos de su vida privada que no tengan vinculación con los hechos investigados.

tección que se adoptan *inaudita parte*. Además, considerar nuevas formas de intervención judicial, que puedan dar respuesta integral a las situaciones de violencia contra las mujeres y superar la mecánica de abordaje actual, que fragmenta un conflicto único en múltiples procesos.

Estas propuestas se encuentran desarrolladas en la publicación *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en sus relaciones interpersonales*, elaborada por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, a la que se remite por razones de brevedad¹²⁵.

En adición, y teniendo especialmente en cuenta que con posterioridad a su sanción fue aprobada la ley 26.743, de Identidad de género, se plantea el interrogante acerca de qué respuestas se consideran las más adecuadas para los colectivos de la diversidad sexual ante situaciones de discriminación y violencia de género con sustento en la orientación sexual de las personas, la identidad de género o su expresión. Aunque la ley 26.485 enfrenta el problema de la violencia de género, su mirada y sus respuestas parten de un paradigma binario y cisheteronormativo que da respuestas a situaciones que tradicionalmente sufren mujeres cis heterosexuales en sus expe-

riencias de vida. Se trata de una ley de violencia de género para proteger a las mujeres cis de múltiples formas de maltrato. Esa perspectiva es necesaria y ha marcado un cambio de paradigma positivo para la lucha contra la violencia hacia las mujeres por motivos de género. En tanto, no existen disposiciones específicas que prevean respuestas estatales dirigidas a dar protección a las disidencias sexuales.

Desde esta mirada, aun cuando las disposiciones de la ley 26.485 brinden una mayor protección y pueda invocarse y justificarse su aplicación a otros supuestos de violencia por razones de género contra personas del colectivo LGBTIQ+, lo cierto es que la ley no ofrece definiciones, lineamientos de políticas públicas ni mecanismos de acción que hayan sido pensados y elaborados a partir de sus voces y vivencias para dar respuestas adecuadas a las formas específicas de discriminación y maltrato que ellas sufren por motivos de género. Del mismo modo que la ley 26.485 importó un paso significativo al instaurar un programa integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres por razones de género, se considera conveniente evaluar la necesidad de fijar normativamente un marco equivalente para hacer frente a otras formas de violencia de género con sustento en la orientación sexual, la identidad de género o su expresión (ya sea a través de un nuevo marco legislativo o de la ampliación de los sujetos de protección de la ley 26.485).

Además de una revisión integral de la ley 26.485, se propone la incorporación de una re-

125 Defensoría General de la Nación, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en sus relaciones interpersonales*, Ministerio Público de Defensa, Buenos Aires, 2015, pp. 63-80. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Informe%20Género%202015%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf> (visitado: 1°/7/2020).

gla que excluya la posibilidad de disponer las medidas de protección con carácter recíproco. Este punto se desarrolla a continuación.

2. Prohibición de adoptar medidas recíprocas

En el último tiempo se observa, de forma crítica, un aumento en las decisiones judiciales que imponen medidas de protección con carácter recíproco en los procesos de violencia. No se trata de casos en los que se presentan denuncias cruzadas, sino de procesos en los que se aplican medidas restrictivas a quien denuncia hechos de violencia, sin que nadie haya invocado un riesgo ni pedido la adopción de medidas preventivas.

En concreto, se encuentra que cuando una mujer denuncia situaciones de violencia de género y solicita medidas de protección, numerosos juzgados, a la hora de resolver esos pedidos, disponen de manera generalizada y de oficio, el carácter recíproco de las medidas otorgadas. Esta decisión se efectúa sin que exista (1) una denuncia en contra de la mujer que luego se ve afectada por la medida restrictiva, (2) una evaluación de riesgo o de las circunstancias concretas del caso que expliquen la necesidad de adoptar esas medidas, (3) ni requerimiento alguno en ese sentido (del denunciado ni de ningún otro actor relevante).

Para resolver de ese modo, no se suele dar ningún tipo de explicaciones. Las denunciantes se encuentran, con sorpresa, con que las medidas de protección que requirieron se aplican

también en su contra. Cuando esas medidas son recurridas, los Tribunales suelen considerar que la reciprocidad de las medidas de protección forma parte de su esencia, para que resulten efectivas. En otras ocasiones, también se sostiene que las medidas son dispuestas con carácter recíproco para otorgar la protección necesaria a las mujeres que instan la intervención judicial, en atención a las dificultades que ellas encuentran para mantener las denuncias y salir del círculo de la violencia. Así, se afirma de forma tácita la legitimidad de los juzgados para ejercer un rol tutelar sobre las mujeres (capaces y adultas) para poner fin a la violencia denunciada. Las medidas son dispuestas, desde esta perspectiva, para proteger a las mujeres de sí mismas.

Ese entendimiento judicial no cuenta con ningún sustento normativo. Por el contrario, ni las medidas preventivas urgentes dispuestas en la ley 26.485 (conf. art. 26), ni las medidas cautelares establecidas en la ley 24.417 (conf. art. 4), exigen para su efectividad que se dispongan de forma recíproca. Las medidas establecidas en ambas normas son tomadas *inaudita parte* para hacer cesar una situación de violencia o evadir el riesgo de su reiteración. La doctrina ha considerado que para su procedencia basta valorar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora¹²⁶. Ninguno de estos supuestos se presen-

126 V. en este sentido, Famá, M.V., con cita de Lamberti y Viar, en “Efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica: hacia una mirada integral e interdisciplinaria”, en Birgin, H. (comp.), *Violencia contra las mujeres: estrategias procesales y acceso a la justicia*, Fontamara, México DF, 2011.

ta ni se invoca en los casos en los que, de modo estandarizado, se resuelve disponer idénticas medidas a quien dice sufrir la violencia de género y a quien se señala como responsable. Al ser medidas que pretenden evitar la continuidad, recrudescimiento o peligro de la violencia no se exige contracautela a la persona que insta la denuncia; no obstante, en la práctica la reciprocidad pareciera funcionar como una contracautela aplicada a quien solicita la protección estatal.

Por otra parte, la actuación de oficio ejercida en este sentido excede la facultad legal establecida hacia los tribunales para dar respuesta a la violencia denunciada como ejercicio del deber de debida diligencia¹²⁷ (conf. art. 26.a y 27 ley 26.485). Lejos de manifestar un actuar diligente para brindar protección efectiva a las denunciantes, este tipo de medidas denotan un examen bajo criterios discriminatorios que reflejan sesgos o estereotipos¹²⁸ acerca de cuál debe ser

127 En lo relativo a debida diligencia, v. art. 7.b, Convención de Belém do Pará. Asimismo, conf. Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 258; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C No. 215, párr. 193; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 177.

128 En este sentido, v. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párrs. 26 y 28. En sentido similar, Comité CEDAW, Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer,

la conducta de la denunciante y de su incapacidad para motivarse por sí misma para cumplirla. Con sustento en ese estereotipo victimista, de debilidad femenina, se afirma la necesidad de brindarle una protección (aun en contra de sus deseos), para que cumpla con la expectativa de conducta a través de un mandato judicial que restringe ilegítimamente sus derechos y se toma sin perspectiva de género¹²⁹.

Con esta crítica no se pone en duda la existencia de múltiples obstáculos que encuentran las víctimas de violencia de género para poner fin a los vínculos abusivos y mantener (cuando se presentan) las denuncias. Sin embargo, la norma de la debida diligencia obliga a asistir y

por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017, párr. 26.c; Comunicación No. 18/2008, *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*, CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4; Comunicación N° 34/2011, *R.P.B vs. Filipinas*, CEDAW/C/57/D/34/2011, 12 de marzo de 2014, párr. 8.8; Comunicación N° 47/2012, *González Carreño vs. España*, CEDAW/C/58/D/47/2012, 16 de julio de 2014, párr. 9.7; y Corte IDH, *Caso “Campo Algodonero”*, cit., párr. 400; *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 216; *Caso López Soto y otros vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2018, Serie C No. 362., párr. 236; *Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2017, Serie C No. 339, párr. 173.

129 V. Corte IDH, *Caso “Campo Algodonero”*, cit., párr. 401; Corte IDH, *Caso Veliz Franco*, cit., párr. 213; *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 183, entre otros.

a acompañar a las sobrevivientes de violencia, a fin de reforzar su autonomía; no a reemplazar su voluntad echando mano a un paternalismo punitivista¹³⁰ a todas luces incompatible con nuestro marco convencional y constitucional, que consagran como derechos y principio rector, la autonomía y dignidad de las personas.

En adición, la reciprocidad dispuesta en esas condiciones también deviene como una restricción ilegítima de derechos, pues, como se mencionó, no se acreditan los presupuestos de hecho y de derecho que habilitan el dictado de medidas como esa. Disponer medidas de restricción en cabeza de la denunciante implica reconocer que existe un riesgo que debe ser evacuado mediante una orden judicial¹³¹; sin embargo, en ningún momento se explica en qué consiste el riesgo, quién lo genera y por qué motivo es preciso dictar una restricción judicial para evacuarlo.

Como resultado de la práctica criticada, las respuestas judiciales de este tipo terminan tratando de forma similar a denunciante y denunciado, sin examinar la violencia denunciada ni considerar la asimetría entre las partes, propia de estas formas de maltrato. Al tratar del mismo modo a quien denuncia sufrir violencia y a quien se señala como responsable del maltrato,

130 Cf. Lorenzo Copello, P., “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en Lorenzo Copello, P., Maqueda, M., y Abreu, A., *Género, violencia y derecho*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 273.

131 Cf. CIDH, Caso Jessica Lenahan, Informe 80/11, Caso 12.626, 21/07/2011, párr. 145.

se invisibiliza la violencia de género, lo que también repercute negativamente en la capacidad real de protección de la medida dispuesta. Así, ante un pedido de auxilio, las fuerzas de seguridad se encontrarán con medidas de protección impuestas de forma recíproca, lo que los deja sin elementos para evaluar quién se encuentra en situación de riesgo y quién lo genera.

Por otro lado, condiciona la actuación de la mujer o persona denunciante a cumplir con ciertas pautas de conducta o bien restringiendo el ejercicio de derechos básicos fundamentales (tales como el de circulación, laboral, entre otros). A modo de ejemplo, se ha cuestionado que la reciprocidad de las medidas de protección afecta el derecho al trabajo de la denunciante, que no puede ingresar a su ámbito laboral porque el denunciado, que se desempeña en el mismo espacio, se encuentra allí¹³².

Esta cuestión, además, la expone al riesgo de verse implicada en una causa penal frente a una eventual denuncia instada por el denunciado (agresor) que habilite los mecanismos legales de incumplimiento, lo que redundaría en el inicio de un proceso penal en contra de la persona denunciante de la situación de violencia de género¹³³.

132 Cf. CNAC, Sala I, “Incidente N° 1 – Actor: C., I.D. Demandado: R., L. s/ art. 250 C.P.C – Incidente familia”, Expte. 100864/2019, rta. 16/6/2020.

133 V. CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, 20/01/2007, párr. 166; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, La norma de la debida diligen-

De esta forma, se observa el desmedro hacia el derecho que asiste a quienes denuncian una situación de violencia de género y requieren la intervención judicial para poner fin al maltrato¹³⁴.

En el año 2013, el Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM) expresó que la práctica judicial de dictar medidas de protección recíproca resultaba ser “una de las peores prácticas que demuestran la ausencia de un concepto claro de lo que es la violencia contra las mujeres, colocándolas en igualdad de condiciones con los agresores”¹³⁵.

En fecha reciente, una decisión adoptada

cia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, E/CN.4/2006/61, 20/01/2006, párr. 49; Defensoría General de la Nación, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en sus relaciones interpersonales, MPD, 2015, p. 56.

134 V. Laurenzo Copello, P., “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en Laurenzo Copello, P., Maqueda, M., y Abreu, A., Género, violencia y derecho, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2009. Asimismo, v. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, La norma de la debida diligencia..., cit.

135 Traducción propia. El texto original dice: “III. Reciprocal protection measures. Under the argument of looking for a better protection of women reciprocal measures are imposed. This is probably one of the worst practices that demonstrate the absence of a clear concept of what is violence against women, placing them on an equal standard with the aggressors“. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/HRBodies/CEDAW/AccessstoJustice/CLADEM.pdf> [último acceso: 29 de junio de 2020].

por el Juzgado de Niñez, Juventud, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil, de la Provincia de Córdoba, se pronunció en sentido similar. En este caso, se cuestionó un protocolo de actuación para personal policial en situación de violencia familiar o de género, que prevé disposiciones equivalentes tanto a quien denuncia como quien es denunciado dentro de esa fuerza. El Juzgado interviniente concluyó que, en la práctica, ese tratamiento similar configura un trato desigual y revictimizante hacia la mujer que denunció maltrato por parte de su ex pareja, pues, a pesar de ser víctima de violencia familiar por parte del agresor, “también está recibiendo un castigo”¹³⁶.

136 Juzgado de Niñez, Juventud, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil, de la Provincia de Córdoba “Díaz, L. D. - denuncia por violencia familiar”, Expte. N° 8765816, rta. 8/6/2020. Surge de la resolución que: “la disminución concreta de los ingresos que percibe la señora [...] tienen su origen en un “Protocolo” de la Policía de la Provincia de Córdoba que resulta aplicable para situaciones de violencia familiar o de género que se susciten entre personal en actividad y/o en situación de retiro. Al respecto, el Suscripto considera que dicho procedimiento administrativo importa una forma de violencia indirecta (art. 4°, seg. párr. de la Ley N° 26.485), atento que la simple lectura del documento incorporado a fs. 30-34 permite concluir sin hesitación que **existe tratamiento igualitario para el denunciante y denunciada y/o agresor y víctima, circunstancia que resulta inadmisibles en vigencia del plexo normativo nacional e internacional que prohíbe la prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado** (cfr. arts. 3 de la “Convención de Belem Do Pará”, 2 de la CEDAW, 2, inc. a. y b. de la Ley N° 26.485 y 1° de la Ley Provincial N° 9.283). No cabe ninguna duda que la aplicación del referido “Protocolo” importa una revictimización y/o una victimización secundaria y/o una doble

Desde esta perspectiva, la ley de Uruguay N° 19.580, de *Violencia hacia las mujeres basada en género*, en su art. 64 establece específicamente: “Artículo 64 (Medidas cautelares genéricas).- Siempre que se acredite que un derecho humano fundamental se vea vulnerado o amenazado, el Tribunal debe disponer, de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público, en forma fundada, todas las medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, su libertad y seguridad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial de ésta y de su núcleo familiar. **En ningún caso pueden disponerse medidas recíprocas o a cargo de las víctimas o que restrinjan sus derechos.** Si el Tribunal decidiera no adoptar medida alguna, su resolución debe expresar los fundamentos de tal determinación” (la negrita no pertenece a su original).

En definitiva, se considera que el dictado de oficio de medidas recíprocas se apartan de las disposiciones constitucionales¹³⁷, convenciona-

victimización, toda vez que la denunciante, sin perjuicio de ser víctima de violencia familiar por parte del agresor, también está recibiendo un “castigo””, v. punto 2 del considerando. La negrita es propia. Disponible en: [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Diaz%20\(causa%20N%C2%B0%208765816\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Diaz%20(causa%20N%C2%B0%208765816).pdf) [último acceso: 29 de junio de 2020].

137 Cf. arts. 14, 16, 18, 28, 75 inciso 22 y 23 CN.

les¹³⁸ y legales¹³⁹ vigentes. Por esta razón, se sugiere incorporar la prohibición legal de adoptar en los procesos de violencia de género medidas de protección con carácter recíproco.

138 Cf. arts. 1, 2. c), d) y e), 5.a), 10 y 15 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-; arts. 2, 7, 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1.1, 8, 24 y 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 18 y 25 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2 y 3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y arts. 2.1, 2.3, 3, 14.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 7 incisos b), e), f) y g) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará-.

139 Cf. ley 26.485.