

Género y derecho penal. Aproximación, complejidades y advertencias.

Mario A. Fernández Moreno¹

VOCES: GENERO – DERECHO PENAL – REFLEXIONES – JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL.

La cuestión de género atraviesa toda la realidad humana, incluida la penal, porque el género –aun olvidándonos u obviando las etiquetas y prejuicios culturales y sociales– es un aspecto que define a todas las personas. Y como el derecho penal trata, en definitiva, de los delitos que cometen unas personas contra otras, la consideración del género, como dato inherente a los individuos, no puede estar excluida de nuestra atención en este terreno.

Tener una aproximación a la temática de género, en particular con relación al Derecho Penal, se constituye en una materia impostergable² para que los operadores judiciales –en especial los letrados particulares, los fiscales y los jueces– cuenten con herramientas y categorías cognoscitivas adecuadas para comprender la problemática a la que nos enfrentamos cuando coinciden, en un caso judicial, una cuestión de este tipo (en especial cuando está relacionada con la mujer o una persona del colectivo LGBTQI+, como veremos *infra*) y la “última ratio” del orden jurídico, tal como afortunadamente concebimos al Derecho Penal (CSJN, Fallos: 314:424; 320:2948; 331:858; 336:1024; entre otros).

¹ Egresado de la Universidad del Salvador (Argentina). Postgrado en Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional del Sur (Argentina). Diplomado Internacional en Derechos Humanos y en Corte Penal Internacional, ambos de la International University For Global Studies de la UNESCO (Venezuela). Magister en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla (España). Secretario Federal del Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca (desde el año 2008), integra la Lista de Conjueces para subrogar el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca, aprobada por el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación por Resolución 251/2020. Tiene publicados numerosas notas de opinión en el Diario La Nación y varios artículos en la Revista de Derecho Penal y Criminología, el Suplemento Penal y Procesal Penal y la Revista de Derecho Administrativo, todos de la Ed. Thomson Reuters – La Ley.

² FERNÁNDEZ MORENO, Mario Augusto; *La necesaria perspectiva de género*, Diario La Nación, 18/06/2021, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-necesaria-perspectiva-de-genero-nid18062021/>.

Son múltiples las normas operativas a nivel nacional e internacional que abordan esta problemática (si bien particularmente en referencia a la mujer)³, pero aún falta – quizás lo más importante- que los derechos que ellas reconocen y las obligaciones que imponen a los Estados⁴ se materialicen en criterios constantes, con realidad práctica⁵ y abarcativos de otros colectivos de género (además de las mujeres), tres cosas que paulatinamente están empezando a suceder⁶.

Sin perjuicio de lo que todavía falta en la materia, de aquellas normas se ha ido emancipando –en gran parte, gracias al especial protagonismo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷- lo que hoy conocemos como “perspectiva de género”, que paulatinamente se va imponiendo –de una manera progresiva y sin retrocesos- como una lente adecuada, y a la vez necesaria, a partir de la cual podemos observar la compleja realidad que rodea un caso en el que se aglutinan el Derecho Penal y la cuestión de género.

Abro aquí un paréntesis para dejar expresamente consignado que la “cuestión de género” no se limita a la mujer, sino que debe incluir dentro de sí a todos los colectivos

³ Tales como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución N° 34/180 de 1979; Ley 23.179 –BO 03/06/1985- y art. 75 inc. 22 CN) y su Protocolo Facultativo (1999), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 48/104, de 1993), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, de 1994; Ley 24.632 –BO 09/04/1996-) y la Declaración y la Plataforma de Beijing (adoptada por la ONU en 1995, al final de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer).

⁴ Una suerte de “eufemismo aceptado”, para decir: las obligaciones que pesan sobre las/los funcionarias/os y fundamentalmente sobre las/los operadoras/es del servicio de justicia en su más variopinto organigrama, trátense de agentes policiales, empleadas/os, funcionarias/os o magistradas/os del Ministerio Público o del Poder Judicial, provincial o federal.

⁵ Al margen del gran número de publicaciones de toda índole que explican de qué se trata la cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación –de manera oficial- ha desarrollado herramientas de búsqueda de jurisprudencia en materia de género (<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/consultaSentencias.html>) y también compendios de fallos relevantes en esta temática que aglutinan casos y soluciones judiciales de diversa índole desde 2017 en adelante (<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/compendioJurisprudencia.html>).

⁶ Un ejemplo de ello es el tratamiento indiferenciado que aconseja el Ministerio Público Fiscal al establecer las “Pautas para la investigación de casos de desaparición de mujeres y población LGTBQ+”, desarrollado por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM y la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX), de junio de 2021 (disponible en: <https://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2021/06/UFEM-PROTEX-Pautas-investigaci%C3%B3n-casos-desapariciones-mujeres-y-poblaci%C3%B3n-LGTBIQ.pdf>).

⁷ FERNÁNDEZ VALLE, Mariano; *Aproximación a las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana*, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, Volumen N° 17, marzo de 2017, disponible en: <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/10461>.
Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N° 13 julio/diciembre 2023 ISSN 2683-8788

de género, sin distinciones, e incluso a los hombres en caso que ellos sean quienes sufren violencia o agresiones con motivo de su género⁸ (en este caso masculino, que también lo es, como cualquiera de los otros géneros), más allá que en dicho supuesto habrá de resultar necesario probar en el caso concreto –como también es esperable que ocurra en todos los demás casos- un particular estado de indefensión o vulnerabilidad conectado con el hecho del que el hombre se reporta víctima –si se quiere- con un plus que permita superar lo que estadísticamente, por lo menos en general o en una gran –o grandísima- cantidad de casos, no sucede (esto es, que sea el hombre quien sufre violencia).

En este punto es central reafirmar que la cuestión de género presenta una especial gama de particularidades en los casos de LGBTQI+, sigla que incluye a: *lesbianas* (mujeres que se sienten física, emocional y sexualmente atraídas por otras mujeres), *gays* (hombres que se sienten física, sexual y emocionalmente atraídos por otros hombres), *bisexuales* (persona que se siente atraída emocional y sexualmente tanto hacia personas de su propio género como hacia personas de otros géneros), *trans* (personas que se identifican, expresan y/o corporizan con un género distinto al asignado al nacer), *queer* (personas que no buscan etiquetarse por una identidad de género u orientación sexual), *intersex* (personas que nacen con características sexuales que no se encuadran anatómicamente dentro de los patrones sexuales binarios de varón/mujer: no es ni una identidad de género, ni una orientación sexual, ni una enfermedad) y al símbolo + (que, valga la redundancia, simbólicamente hace referencia a todos los colectivos que no están representados en las siglas anteriores).

Esta amplitud creciente a la consideración de los géneros creo que nos debería alertar, en realidad, sobre la necesidad de reforzar –a nivel de política criminal, en el orden legislativo y ejecutivo pero también en el ámbito judicial y, con especial énfasis, en el educativo- los conceptos transversales de *persona* (cualquiera sea el género con el que se sienta identificada) y de *derecho a la igualdad* (que garantice la paridad real de todas

⁸ Es interesante señalar al respecto que la Organización Mundial de la Salud fue contundente al señalar que la “*La victimización de los hombres por parte de sus parejas íntimas no ha sido bien estudiada, particularmente a nivel internacional*”, cierto que aclarando luego –tomando como ejemplo sólo a EEUU- que “*los hombres experimentan significativamente menos agresión física por parte de sus parejas íntimas que las mujeres*” (ROTHMAN, Emily F.; BUTCHART, Alexander, CERDÁ, Magdalena; *Intervening with perpetrators of intimate partner violence: a global perspective* [Intervenir con los perpetradores de violencia de pareja íntima: una perspectiva global]; World Health Organization (2003), pág. 1; disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42647>).

las personas, independientemente de las características que las definan de una u otra forma), más allá de reconocer hoy la necesidad, en esta etapa socio-histórico-cultural, de enfatizar el cuidado y la consideración hacia las mujeres y las personas LGBTQI+ cuando se presentan casos que las involucran.

En un segundo paréntesis, me parece fundamental hacer un llamado (de atención) a la reflexión para que la “cuestión de género” no se vuelva una de las tantas “varitas mágicas” que, en lugar de ser útil para la plena materialización de la justicia “jurídica” que permita eficazmente dar a cada uno lo suyo, ni más ni menos, termine convirtiéndose en un involuntario veredicto instrumental del “sistema”, sin alma ni rostro, pero con voluntad para adecuar sus decisiones a lo “conveniente” que demande el poder político de turno, la sociedad o simplemente ciertos grupos con visibilización pública y mediática que, con igual fuerza figurada que argumentos, logran imponer su punto de vista (que no necesariamente es jurídico) y transforman a jueces y fiscales en ogros o paladines según cuáles sean sus decisiones y posturas.

Quiero decir con esto que la perspectiva de género no debería funcionar como una especie de “conjuro mágico” que, por su sola invocación, altere o modifique el modo de concebir y aplicar los conceptos centrales de la dogmática y práctica penal (presunción de inocencia, imputación objetiva y subjetiva, autoría y participación, carga probatoria, *iter criminis*, concurso de delitos, etc.), pues considero que es sumamente riesgoso reducir o simplificar cualquier caso a partir de una mirada única y lineal, que sólo considere el género como “llave maestra” para discernir lo justo de lo injusto en un proceso penal.

Quizás por “defecto profesional” o, mejor dicho, por efecto de la profesión, soy bastante escéptico cuando se presenta un esquema, modo de pensar, idea, paradigma o principio que aparece como la lente o el haz de luz bajo el cual –interpretación mediante– todos los problemas que plantea la realidad tienen solución, más todavía cuando aquellos (esquema, modo de pensar, idea, paradigma o principio) parecen ofrecer una respuesta moral para tranquilizar (o atormentar, según se mire) el espíritu del defensor, del acusador y del juzgador.

La cuestión de género, insisto, no debe ser una mera simplificación de la realidad y el Derecho Penal, sino que –por el contrario– debe ser considerada como un aspecto “complejizante”, y a la vez imprescindible, a considerar en forma horizontal y de manera

interseccional⁹ –es decir, en conjunto con el resto de los otros elementos y circunstancias que rodean el suceso- en cualquier caso judicial. Entiendo, bajo esa perspectiva, que (al igual que con cualquier tipo de esquema, modo de pensar, idea, paradigma o principio de las ciencias jurídicas) debemos aplicar una cuota de sentido crítico a la cuestión de género, a fin de no caer en ingenuidades que tan caras resultan a la justicia.

La plena conciencia en que “(e)s posible dar la vuelta a todo un ordenamiento jurídico nada más que mediante interpretación”¹⁰, me lleva a tomar cierta distancia prudencial cuando se ofrecen alternativas para pensar en términos cuasi automáticos: “el presunto imputado es hombre, entonces es culpable, y soy ‘buenalo’ si lo condeno y ‘malalo’ si lo absuelvo”; o “la víctima es mujer o integra el colectivo LGBTQI+, entonces es inocente, y soy

⁹ La interseccionalidad es un punto de vista que nos permite ver cuáles son las condiciones de vulnerabilidad que puede atravesar una persona y cómo interactúan entre sí y con otros múltiples y complejos factores de exclusión, sin subordinar o matizar uno en favor del otro, sino tomándolos como herramientas que permiten hacer visibles los impactos diferenciados de las violencias contra las personas, especialmente –aquí su conexión con la perspectiva de género- en el caso de mujeres e integrantes del colectivo LGBTQI+.

Los “lentes de interseccionalidad” permiten ver cosas que, si adoptamos una posición estrictamente ortodoxa, pueden pasar desapercibidas. Esto se debe, fundamentalmente, porque aquellas personas no son un grupo de población homogéneo y, por ello, no son afectadas por las múltiples violencias y las injusticias sociales de la misma manera –sea entre ellas o frente al resto-, lo que hace necesario contextualizar su vida y entorno considerando su condición sexual y de género, sus particularidades económicas, culturales, etarias, raciales, idiomáticas, de cosmogonía/religión y de fenotipo, etc.

Por ejemplo, es diferente el análisis de un hecho ocurrido en un contexto de violencia doméstica que puede rodear el entorno de una mujer de origen extranjero, con poco manejo del idioma nacional, adulta, heterosexual, casada, con estudios universitarios y trabajo formal, orientada en los roles familiares con apego a una religión; que el abordaje de un caso de homicidio donde la víctima resulta una mujer de origen nacional, joven, lesbiana, bisexual o transgenerista, soltera, sin estudios formales y desempleada, activista feminista.

Para quien quiera ahondar en la temática, es muy ilustrativa la publicación de la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), realizada con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), titulado “Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)” (ISBN 978-9962-5559-0-2), que posee un capítulo exclusivamente dedicado a la interseccionalidad (*Capítulo III. El análisis de género y de la interseccionalidad de las discriminaciones en la investigación penal de los femicidios*, a partir de la pág. 35), donde se explica en detalle el concepto y hasta se plantea un ejemplo práctico de un abordaje interseccional de la violencia contra las mujeres a través del análisis del lenguaje usado por testigos o víctimas (pág. 44). La publicación está disponible en línea en: www.oacnudh.org y www.onumujeres.org.

¹⁰ RÜTHERS, Bernd; Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich, Traducción: Juan Antonio GARCÍA AMADO, Ed. Cátedra de Cultura Jurídica-Marcial Pons, Madrid, 2016. Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N° 13 julio/diciembre 2023 ISSN 2683-8788

‘buena/o’ si creo absolutamente todo lo que dice y ‘mala/o’ si pongo en duda o cuestiono su declaración, aunque sea irrazonable o improbable”.¹¹

En otra materia “especial” en la que ha sido frecuente encontrar giros novedosos en materia interpretativa¹², la jurisprudencia ha fijado pautas y criterios saludables y recomendables que resultan aplicables igualmente a la temática de género, no para reducir su importancia, sino para mitigar los excesos a los que la sensibilidad puede dar

¹¹ En esa línea parece ubicarse una nueva corriente de análisis que desde hace tiempo, aunque lentamente y contra cualquier intento de simplificación de la cuestión, está analizando también la figura del “hombre-agresor”, para saber quién es, sus características, los factores de riesgo que presenta (ej. dificultad de aprendizaje, los trastornos de conducta en la infancia, ira/hostilidad/irritabilidad e inestabilidad emocional, bajo nivel sociocultural, problemas de empleo, violencia en la familia de origen, autoritarismo, posesividad, controlador, inestabilidad emocional, problemas de alcoholismo o drogadicción y trastornos psicopatológicos), llegando a la conclusión que “no existe un perfil único y determinado de agresor, es decir, no constituyen un grupo homogéneo”. En esta nueva senda, además, se reconoce que uno de los problemas inherentes a la materia es que “los hombres tienen dificultad para pedir ayuda psicológica y psiquiátrica” (por diversas razones: no se les ofrece atención comunitaria suficiente, no son informados adecuadamente de los programas disponibles, no reconocen su comportamiento como violento y tienden a minimizar, negar o justificar sus acciones y el rechazo social que su conducta suscita también favorece que no soliciten auxilio); y se promueve “el trabajo con [y, agrego yo, no sólo contra] los hombres” como “parte del proceso de transformación social en la disminución de la violencia de género.” (cfr. SORDI STOCK, Bárbara; “Victimología y violencia de género: diálogos en favor de un abordaje no reduccionista de la violencia”, Revista de Victimología, Journal of Victimology, Online (ISSN 2385-779X), págs. 166/7, disponible en: <http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/13>).

¹² Me refiero a las causas por delitos de lesa humanidad (aunque el catálogo de materias “especiales” puede incluir “casos donde, las personas, son consideradas enemigos –por ejemplo, en los delitos vinculados al terrorismo [que incluye el estatal], narcotráfico o también aquellos de índole sexual” –cfr. ERMUNDO, Julio D. y MÁRQUEZ, Agustín T.; Breves apuntes sobre la expansión del Derecho Penal a propósito de la realidad argentina, Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Julio de 2022, No. 432, disponible en: https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento_Editado574.pdf y otros temas sensibles con alto impacto social, como pueden ser la corrupción o la trata de personas).

Vale la pena preguntarnos: ¿Cuánta distorsión del Derecho Penal se ha tolerado o se admitirá al amparo de estas difíciles y singulares materias? Cuando ello ocurre, ¿hasta qué punto el Poder Judicial no se convierte en factótum (voluntario o involuntario, eso depende) del poder político o las ideologías cuando se aleja (en contra o a favor de los acusados, dependiendo de quiénes sean) de la dogmática penal ortodoxa y bien entendida? Y ¿por qué sucede lo anterior? Tres cuestiones que dejo planteadas, en esos simples y profundos términos, con la ilusión de encender la chispa de la duda sincera, que dé lugar a la crítica e incluso la autocrítica (en ambos casos, constructiva) en alguno de los lectores de este trabajo. Por mi parte, he opinado en varias oportunidades en relación a cuestiones que pueden servir de disparadores para esbozar algunas respuestas a esas preguntas: *El gobierno que les toca a los jueces* (Diario La Nación, 06/12/2021, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-gobierno-que-les-toca-a-los-jueces-nid06122021/>); *La verdad, un instrumento esencial* (Diario La Nación, 03/01/2022, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-verdad-un-instrumento-esencial-nid03012022/>); *Independientes vs. “adictos”* (Diario La Nación, 02/02/2022, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/independientes-vs-adictos-nid02022022/>) y *El peligro de los gobiernos autoritarios* (Diario La Nación, 09/05/2022, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-peligro-de-los-gobiernos-autoritarios-nid07052022/>), y los otros citados a lo largo de este estudio.

lugar. El Dr. Zaffaroni dijo, por ejemplo: “El orden jurídico debe ser interpretado en forma coherente, no contradictoria” (“SIMON”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056). La Dra. Argibay opinó, a raíz de su voto en disidencia en “MAZZEO” (13/07/2007, Fallos: 330:3248): “Puedo separar lo que es justicia de lo que es venganza” y “yo actúo con la ley en la mano porque yo no soy como ellos”¹³. Más cerca en el tiempo, el Dr. Rosenkrantz, tuvo oportunidad de señalar una frase que se confunde con una auténtica declaración de principios: “la violación del derecho no justifica la violación del derecho” (“TOMASSI”, 22/12/2020, Fallos: 343:2280).

Cualquiera de esas contundentes frases parece poner paños fríos al modelo de política criminal afín a la “seguridad ciudadana”¹⁴ que parece imperar en esta temática y nos remiten sin escalas a lo señalado en los párrafos anteriores. De ser así, es necesario tener claro que si bien es cierto que en el ámbito del Derecho se dice comúnmente que para cada controversia existen dos bibliotecas¹⁵, también lo es que la interpretación que se haga en los juicios no puede habilitar condenas o absoluciones a *piacere*. Frente a ello, el método jurídico-científico que ofrece la dogmática penal es la única garantía efectiva de racionalidad y razonabilidad (ergo, el único límite frente a la arbitrariedad) contra lo que puede ser la distorsión y perversión de los hechos y el Derecho para fines extra legales (por ejemplo, políticos) que alteren la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad.¹⁶

¹³ Diario La Nación, 22/07/2007, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/carmen-argibay-puedo-separar-lo-que-es-justicia-de-lo-que-es-venganza-nid927703/>.

¹⁴ Que pone en el centro la figura de la “víctima” de la delincuencia y que percibe los delitos que puedan ser catalogados como “de género” como una fuerza “a la que se debe oponer una fuerza superior [la del aparato represivo estatal] en intensidad y contraria en sentido” (Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS, “Políticas de seguridad ciudadana y justicia penal”, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Bs. As., 2004, pág. 17) y que, además, se caracteriza por utilizar como estrategia básica la implementación de campañas de “tolerancia cero” apelando a “calificaciones como las de “predador sexual”, “criminal incorregible”, “asesino en serie”, “jóvenes desalmados”... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, RECPC 06-03 (2004), <http://criminet.ugr.es/recpc>), con el fin de justificar la represión de estas conductas y garantizar el endurecimiento punitivo, fomentando la idea de inseguridad, para retroalimentar la exigencia social de una respuesta estatal y penal más rigorista que exhiba -además de una respuesta institucional y penal al caso puntual- un uso simbólico y ejemplificador del Derecho Penal.

¹⁵ GUIBOURG, Ricardo A.; *La interpretación correcta, más o menos*, La Ley, Bs. As., 18/12/2020, I - LA LEY 2021-A, 588.

¹⁶ FERNÁNDEZ MORENO, Mario Augusto; *Corrupción, nunca más*, Diario La Nación, 12/09/2022, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/corruptcion-nunca-mas-nid12092022/>.
Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°13 julio/diciembre 2023 ISSN 2683-8788

Agrego, nada más, que como contracara de los vaivenes que, bajo el ritmo de la perspectiva de género, puede ofrecer la “batuta” interpretativa, se encuentra la seguridad jurídica, que es una exigencia de orden público y con jerarquía constitucional (Fallos: 243:465), que nos permite conocer de antemano las reglas de juego a las que atendernos, para evitar que la realidad sea un “juego de sorpresas” (Fallos: 339:1223). Este principio cardinal del Estado de Derecho, constituye una de las bases principales del ordenamiento jurídico, y con él, de la sociedad en su conjunto, cuya tutela innegable compete a los jueces (Fallos: 343:1457), más allá que sea resorte del poder político materializarlo a través de normas claras y precisas, que garanticen a los ciudadanos sus derechos y garantías individuales¹⁷, especialmente en materia penal.

Con todo esto quiero significar que no se trata de ignorar todo lo que hemos aprendido hasta ahora sobre la violencia de género y su concreto impacto en la realidad social y penal, sino ubicar adecuadamente todo el conjunto de cuestiones problemáticas y específicas que suscita esta materia, tanto respecto de la víctima como del victimario, y mantenernos atentos y abiertos a considerar la renovada importancia que cobra –aquí también- la dogmática penal en su faz científico-jurídica, para no embarcarnos ingenuamente (o, en todo caso, hacerlo a sabiendas de los errores y horrores a los que nos puede llevar) en los excesos punitivos que este nuevo paradigma nos ofrece como una renovada “cruzada”, justificada y noble que, a poco que se transita, y en caso de perderse la objetividad y el necesario respeto de las garantías individuales, puede volverse en una auténtica, arbitraria y desmedida “inquisición”.

En este sentido, la Profesora Dra. Mercedes Llorente Sánchez-Arjona ha puesto acertadamente el foco en las garantías procesales de las partes en los procesos por violencia de género, destacando que entre los derechos fundamentales del victimario está la presunción de inocencia¹⁸. Al respecto afirma que: “*El ejercicio del ius puniendi se ha de articular sobre la base de unas reglas sustantivo procesales inviolables que emanen de las Constituciones dirigidas a alcanzar el deseado equilibrio entre la eficacia de la persecución del delito y las garantías del proceso*” (como ser, el derecho a no declarar contra sí mismo, designar un abogado, poder ejercer su derecho de defensa teniendo la posibilidad de

¹⁷ FERNÁNDEZ MORENO, Mario Augusto; *Una decisión que genera más dudas que certezas*, Diario La Nación, 07/06/2021, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/una-descision-que-genera-mas-dudas-que-certezas-nid07062021/>.

¹⁸ Que, como acertadamente y con perspicacia, ha destacado la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, “no conlleva el principio de ingenuidad del juez.” (Expte. N° 65.710, “FRACASSI”, 30/04/2009). Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N° 13 julio/diciembre 2023 ISSN 2683-8788

intervenir en las diligencias de investigación y de proponer prueba, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, etc.) y destaca que el respeto a la presunción de inocencia “*ha de estar por encima de la gravedad del delito*”, materializándose –desde un punto de vista extraprocesal- en “*el derecho a recibir la consideración por la sociedad de inocente hasta [que recaiga] sentencia firme*” y –desde la perspectiva procesal- en el hecho que “*la condena debe ir precedida de una actividad probatoria inculpatória.*”¹⁹

La sola lectura del párrafo anterior quizás provoque cierto resquemor en algunas personas, por el tinte garantista que a veces se presenta como inadmisibles en esta temática, pero lo cierto es que la citada Llorente Sánchez-Arjona ha destacado frente a aquellos pocos (aunque esenciales) derechos del acusado, por igual, y con marcado énfasis, una gran cantidad de derechos que les corresponden a las víctimas de violencia de género: 1) desde que formulan la denuncia, a recibir atención e información por servicios especializados, tanto en sede policial, ante los servicios sociales, o ante el órgano judicial; 2) a recibir asesoramiento jurídico por un abogado de oficio especializado en esta materia, incluso con carácter previo a la interposición de la denuncia; 3) a un tratamiento respetuoso de su dignidad e intimidad y no victimizante; 4) a solicitar el secreto en torno a los datos de localización de la víctima y su familia; 5) a ser informada en todo momento del estado de las actuaciones y la situación del presunto agresor; 6) a una gestión adecuada y eficaz por todos los funcionarios públicos con el objeto de asegurar una tutela integral de las víctimas; 7) a la percepción de ayudas económicas de reparación e indemnización de la víctima; 8) a la eficacia en la recogida de las pruebas; 9) a una protección penal y civil integral; 10) a retractarse²⁰ de las

¹⁹ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes; Módulo 21: Aspectos Penales, Criminológicos y Procesales de la Violencia de Género, Máster Propio en Derecho Penal (On Line) (II Edición), Universidad de Sevilla, Cohorte 2021/2022.

²⁰ Al respecto, cabe señalar que en Argentina hay jurisprudencia que admite que el deber del Estado argentino de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (que surge de las convenciones CEDAW y Belém do Pará) puede resultar un interés público suficiente (Cám. Nac. Apelac. Crim. y Correccional, Sala I, Causa n° 35.158/2013/2/CA2, “B., H. A. *s/falta de acción*”, del 11/09/2014) para justificar la continuación del proceso incluso prescindiendo de la voluntad de la víctima cuando se da alguno de estos factores: 1) la gravedad de los hechos denunciados; 2) la calificación del caso como de “altísimo riesgo” por la OVD; 3) la utilización de armas de fuego; 4) el carácter físico o psicológico de la violencia que sufrió la víctima; si se trató de un hecho planificado; 5) la historia de la relación entre la víctima y el agresor, en particular si existieron otros hechos de violencia previos o posteriores, hayan sido o no denunciados; 6) si la decisión de no instar la acción pudo derivarse de cierta justificación, minimización o naturalización de la violencia por parte de la víctima; 7) si existen niños, niñas o adolescentes en riesgo o que sufren alguna forma de maltrato; 8) si la decisión de la víctima de no instar la acción puede obedecer a coacción o intimidación o al temor a sufrir represalias, a perder el hogar, el contacto con sus hijos/os, Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N° 13 julio/diciembre 2023 ISSN 2683-8788

declaraciones formuladas contra su pareja o ex pareja, y a la dispensa de la obligación de declarar; 11) a solicitar una orden de protección; 12) a la reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados, no solo económica, sino también rehabilitadora; 13) a ejercitar acciones penales y civiles; 14) a ser reconocidas por el médico forense; 15) a ser asistidas por un intérprete y traductor; 16) a personarse en calidad de parte acusadora en el procedimiento penal mediante el correspondiente ofrecimiento de acciones, a través de un abogado y un procurador; 17) a solicitar la práctica de diligencias de investigación e intervenir en la producción de la prueba; 18) a interponer recursos; 19) a intervenir en la fase de ejecución; y 20) a intervenir y participar activamente en el proceso.²¹

El respeto a lo anterior –en su doble e interrelacionada realidad- es lo que va a permitir asegurar realmente en el ámbito del sistema penal el efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres y de cualquier otro colectivo de género que sufra un particular estado de vulnerabilidad, tanto cuando sean víctimas (vgr. en los casos de violencia doméstica, femicidios y trata de personas, por sólo citar algunos ejemplos), como cuando esas personas resulten imputadas (ej. cuando una mujer es acusada y se plantea como hipótesis defensiva que ejerció su legítima defensa)²².

etc.; 9) si, además del testimonio de la denunciante, existen pruebas suficientes para acreditar los hechos, y 10) si se verifica el posible efecto revictimizante de la continuación del proceso en contra de la voluntad de la víctima (cfr. *Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres*, Ministerio Público Fiscal, 2016, aprobado por Resolución PGN N° 1232/17, disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/11/UFEM-Gu%C3%ADa-de-actuaci%C3%B3n-en-casos-de-violencia-dom%C3%A9stica-contra-las-mujeres.pdf>).

²¹ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes; ob. cit.

²² En este punto me parece importante destacar la importancia de la respuesta estatal como dato central para evitar el doble daño (1°: violencia de género, y 2°: homicidio) que puede observarse en casos como, por ejemplo, el resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”* del 1° de noviembre de 2011 (Fallos: 334:1204). En ese caso, la Corte de Justicia de Catamarca había rechazado el recurso de casación interpuesto por la defensa de la mujer condenada en orden al delito de homicidio simple (había matado de un puntazo a su concubino) y, en el remedio federal, la defensa sostuvo que si bien se había descartado la legítima defensa en función de los dichos de testigos, de manera contradictoria, se había reconocido que las fotografías incorporadas a la causa y un informe médico daban cuenta de las lesiones que presentaba la imputada, lo que llevó a la CSJN –con remisión al dictamen de la Procuración General- a dejar sin efecto el pronunciamiento por entender que se omitieron o no consideraron debidamente elementos probatorios esenciales para resolver el recurso de casación, como obviar una circunstancia clave para dilucidar el estado físico, en los momentos inmediatamente posteriores al homicidio, de una imputada que decía haber matado sin querer cuando se defendía de una golpiza, lo que no fue analizado ni valorado –sostuvo la CSJN- en su digna dimensión.

Digo evitar el doble daño, porque es factible suponer que si la mujer [*víctima de violencia de género-inicial victimaria en el homicidio o posterior defensora legítima de su integridad personal*], como ocurrió en ese caso, Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N° 13 julio/diciembre 2023 ISSN 2683-8788

Dicho esto, y para ir cerrando este somero análisis, es fundamental destacar que cuando se encuentran cara a cara una cuestión de género y el Derecho Penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado algunos parámetros esenciales a tener en cuenta, que ya he tenido oportunidad de señalar²³ pero que vale la pena repasar.

Las mujeres –ha dicho la Corte (en criterio que debe hacerse extensivo a todas las personas del colectivo LGBTQI+)- tienen derecho, en casos de violencia, a que el Estado lleve adelante un juicio oral, público y oportuno, en el que la víctima pueda comparecer y efectivizar su acceso a la justicia (“GÓNGORA”, 23/04/2013, Fallos: 336:392).

La Corte nos ha enseñado también que la investigación penal en casos de actos de violencia contra la mujer (y, lógicamente, los que involucren a personas LGBTQI+) debe incluir la perspectiva de género, sin que pueda medirse la reacción de las víctimas ante una agresión con los estándares utilizados para otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer (y personas LGBTQI+) tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial (“R., C. E.”, 29/10/2019, Fallos: 342:1827).

en lugar de defenderse y terminar matando a su concubino [*hombre-presunto victimario de la violencia de género-inicial víctima del homicidio o posterior presunto agresor causante de la legítima defensa*], hubiera tenido la suficiente confianza y certeza de que el Estado le habría podido brindar una respuesta adecuada a su situación, probablemente hubiese optado por esa opción en lugar de cometer un homicidio o esperar la oportunidad para ejercer su legítima defensa (con resultado muerte para su agresor).

La importancia que reviste la cuestión no sólo radica en la posibilidad de mitigar nuevos efectos negativos de la violencia de género (vgr. homicidio de los agresores, sometimiento de las víctimas al sistema penal a causa de sus actos defensivos), sino en el hecho que una respuesta estatal temprana y efectiva asegura un adecuado respeto al Estado de Derecho, que permita llegar a una sentencia condenatoria luego de haber verificado legalmente (con un juicio previo, ajustado al debido proceso) que la violencia de género efectivamente existió, que el presunto agresor la cometió y que éste (pudiendo defenderse jurídicamente con todas las garantías legales) merece un reproche penal. De lo contrario, mientras esa sentencia no esté, *¿no deberíamos considerar inocente al supuesto agresor, máxime cuando éste no pudo hacer uso de su (inviolable, dice la Constitución) derecho de defensa?*

Este planteo, que reconozco suena del todo “políticamente incorrecto”, creo que amerita una discusión jurídica y académica que, por el fuerte impacto que genera, parece pasarse por alto. Dejo planteado el interrogante porque, por más vueltas que le dé al asunto, la sensación que me queda en estos casos es que la corriente “simplista” puede llevarnos al barranco de las presunciones o los auténticos “pre-juicios”, tan caros a la justicia, porque parecen –al menos en el caso utilizado como referencia- dar por cierto (sin juicio previo, ni siquiera uno plagado de nulidades) que la violencia de género efectivamente existió, que el presunto agresor la cometió y que éste (a pesar que no pudo defenderse jurídicamente) merecía una pena (en el sub examine, una concreta más que virtual “pena de muerte”, la que le impuso, de hecho, la víctima).

²³ FERNÁNDEZ MORENO, Mario Augusto; “La necesaria perspectiva de género”, Diario La Nación, 18/06/21, disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-necesaria-perspectiva-de-genero-nid18062021/>.

En el marco de los procedimientos judiciales, las mujeres (y, vuelvo a insistir, también las personas LGBTQI+) tienen derecho –entre otras cosas, dijo la CSJN- a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de decidir (“CALLEJAS”, 27/02/2020, Fallos: 343:103).

Asimismo, ha insistido en que –de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina- los jueces deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“SANZ, 27/02/2020”, Fallos: 343:133 y “S., J. M.” del 04/06/2020, Fallos: 343:354)²⁴, siendo necesario hacer extensivo tal conclusión también a los casos de personas identificadas como LGBTQI+.

Asimismo, en el último precedente citado, la CSJN ha receptado varios criterios de la CIDH²⁵ –que resultan relevantes y se tornan así plenamente operativos- en relación con los casos de violencia sexual (cualquiera sea el género de las víctimas, pero especialmente en el caso de mujeres y personas LGBTQI+), a saber: 1- las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores; 2- dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho; y 3- las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones o incluso omisiones al recordarlos, sin que ello signifique que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad.

Recientemente, la Corte ha dado otra señal relevante, dando un nuevo cauce a la perspectiva de género, ahora en conexión con los delitos de lesa humanidad, si bien considerando específicamente sólo a las mujeres (“MARTEL”, del 17/05/2022, Fallos: 345:298). En lo que aquí interesa, los jueces Maqueda y Lorenzetti señalaron que: 1- resulta imperativo tener en cuenta la calidad de las damnificadas (en el sentido de su

²⁴ En este último, además, la Corte Suprema ha hecho hincapié en que la doble condición de las niñas, tanto por ser menores de edad como mujeres, las vuelve particularmente vulnerables a la violencia (citando para ello, algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Caso González y otras -‘Campo Algodonero’- vs. México”, 16/11/09, parágrafo 408; “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, 19/05/14, parágrafo 134; y “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, 24/02/12, parágrafo 196).

²⁵ Cfr. CIDH, “Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, 20/11/14, parágrafo 150; “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, 30/08/10, párrafos 100 y 104; “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, 31/08/10, parágrafo 89, y “Caso J. vs. Perú”, 27/11/13, párrafos 323 y 324.

pertenencia a un conjunto que aparecía como víctima de un ataque generalizado y sistemático, así como también que habían sido secuestradas por grupos ilegales de tareas y recluidas en lugares que operaban como centros ilegales de detención, donde fueron sometidas a diversos actos delictivos –entre ellos, abuso sexual y violación-); 2- que el juzgamiento de ese tipo de hechos debe necesariamente efectuarse con perspectiva de género, en virtud de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer –Convención de Belem do Pará-; y 3- que la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres como la invisibilización de la violencia sexual en el proceso penal constituyen en sí mismas actos de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia que revelan que la investigación no ha sido conducida con una perspectiva de género de acuerdo a las obligaciones especiales impuestas por la Convención de Belem do Pará. El juez Rosatti, por su parte, sostuvo –entre otras cosas- que, para excluir la autoría criminal debe ponderarse la incidencia del contexto –la forma más común, a mi entender, de aludir a uno de los aspectos básicos de la interseccionalidad- en que este tipo de delitos (de naturaleza sexual) fueron cometidos.

Como se aprecia, nuestro Máximo Tribunal viene teniendo desde hace años un rol destacado en la utilización permanente y amplia de una mirada de género en las causas judiciales, en particular en caso de violencia contra las mujeres, que bien vale: (i) imitar por todas/os las/os operadoras/es judiciales y cualquier agente estatal que desempeñe funciones en contacto con problemáticas de ese tipo; y (ii) extender de manera amplia y omnicomprensiva, a la mayor brevedad, hacia todas las personas que integran el colectivo LGBTQI+, que padecen sus propias y diferentes vulnerabilidades, violencias y discriminaciones, con su propio grado de invisibilidad.