

Medidas alternativas a la prisión y violencia de género

Julietta Di Corleto

I. Introducción

En el último tiempo, América Latina ha sido escenario de diferentes debates en relación con la violencia de género. En estas discusiones, la premisa ha sido que la violencia sexista tiene su origen en la desigualdad de poder entre hombres y mujeres y que, con independencia de las particularidades de cualquier relación conflictiva, el germen de esta desigualdad se sitúa en el plano político, económico y social.¹

Como parte de un conjunto de medidas que tenían como objetivo revertir la subordinación, varios países de la región promovieron importantes reformas legales centradas en el derecho penal. El primero de los cambios fue la eliminación del requisito de la resistencia en el delito la violación, luego se incluyó el delito de trata de personas, y finalmente se incorporó el femicidio como uno de los crímenes de género más sensibles.²

Más recientemente, el interés por el derecho represivo se ha propagado al rechazo de las medidas alternativas a la prisión en casos de violencia de género. Esta posición se ha afianzado al amparo del derecho internacional de los derechos

¹ BODELON E. 2009. La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. En: LAURENZO P., MAQUEDA M. L., RUBIO A. (coord.). Género, violencia y derecho. Buenos Aires Editores del Puerto. pp. 223 y ss.

² CUERPO Y DERECHO. Legislación y jurisprudencia en América Latina. 2001. Por Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y Mónica Roa (eds.). Bogotá, Editorial Temis; VILLANUEVA FLORES R. 2011. Tipificar el feminicidio: ¿la “huida” simplista al derecho penal?. En: CHIAROTTI S. (ed.). Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidio. Lima. Cladem. pp. 147 y ss.

humanos, desde donde se ha celebrado que estos mecanismos no sean aplicados cuando está en juego la integridad de las mujeres.³

La crítica a las medidas alternativas a la prisión debe ser elogiada en tanto cuestiona la inequidad de los sistemas de administración de justicia que mantienen en la impunidad los crímenes contra las mujeres. Sin embargo, así como para la teoría legal feminista es importante impugnar las normas pretendidamente neutrales que tienen un impacto diferencial en determinados colectivos, también es ineludible alertar sobre las dificultades de diseñar categorías específicas o excepciones que refuerzan el pensamiento estereotipado respecto de las mujeres.⁴

Mi argumento es que incluso cuando la concesión de medidas alternativas a la prisión sea problemática a raíz de las dificultades de las mujeres para hacer valer sus derechos en la justicia penal y en función de las especificidades del ciclo de la violencia, una regla que las deniegue en cualquier supuesto tampoco permite sortear todos los obstáculos que enfrentan cuando denuncian los delitos que las dañan.

Pensar el derecho penal con perspectiva de género exige mucho más que diseñar normas categóricas susceptibles de ser aplicadas a una infinidad de supuestos, pero inidóneas para resolver conflictos en concreto. La relación de las mujeres con el derecho penal demanda una reflexión profunda sobre un tema complejo. En consecuencia, una respuesta efectiva probablemente no será sencilla ni fácil de alcanzar.

Para desarrollar mi argumento, en primer lugar, haré mención a los aportes de la teoría legal feminista a la práctica jurídico penal. Esta sección permitirá comprender las razones por las cuales se ha respaldado e incluso incentivado la intervención del derecho penal en temas de género. A continuación, haré una breve reseña de las medidas alternativas a la prisión previstas en la legislación de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile y Paraguay. Esta recensión advierte sobre la posibilidad de que muchas situaciones de violencia de género sean resueltas sin recurrir a la pena privativa de la libertad. En la siguiente sección expondré algunas de las tensiones de las demandas de mayor criminalización lideradas por el feminismo. Finalmente, presentaré algunas pautas para reflexionar en qué

³ CIDH. 2011. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60.

⁴ MINOW M. 1990. *Making All The Difference, Inclusion, Exclusion, and American Law*. New York. Cornell University Press, 1990; BARTLETT K.T. 2011. *Métodos jurídicos feministas. En: Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Marisol Fernández y Félix Morales (coords.). Lima. Palestra.

supuestos y bajo qué condiciones sería factible promover medidas alternativas a la prisión en casos de violencia contra las mujeres.

II. La teoría legal feminista y la práctica jurídico-penal

Uno de los grandes desafíos de la teoría legal feminista ha sido abrir un espacio de discusión con el derecho penal, una rama especialmente sometida al dominio masculino. Entre las especificidades de esta relación está el género de sus actores, y la sensibilidad de la materia: el derecho penal está mayormente volcado al tratamiento de asuntos “masculinos” con perspectivas “masculinas”; y el feminismo debe adaptar estas normas y prácticas al tratamiento de víctimas que generalmente han quedado fuera del marco de consideración.⁵

Como parte de este intercambio, la teoría legal feminista ha cuestionado la predictibilidad, certeza y firmeza de las normas penales, así como también la falta de consideración del punto de vista de los excluidos.⁶ Las cláusulas que eximían de pena al agresor que se casaba con la víctima de la violación sexual o el antiguo reconocimiento al derecho de corrección de los maridos son ejemplos paradigmáticos del sesgo de género en la legislación penal.

A través de la “pregunta de la mujer”, la teoría legal feminista también ha colocado en el centro de todas las indagaciones a las múltiples experiencias de las mujeres. Este método pretende develar la divergencia entre la ley y su aplicación, teniendo en cuenta la heterogeneidad del grupo.⁷ La pregunta de la mujer expone cómo el derecho penal, en forma silenciosa y sin justificación alguna, ha encubierto la perspectiva de las mujeres con todas sus diferencias:⁸ el resultado de este examen es que el poder punitivo del estado es inequitativo e ineficaz en la protección de los derechos de las mujeres.

Como estrategia para denunciar esta ineficacia, con la intención de revertir la creencia de que la violencia de género es un asunto privado, desde la teoría legal feminista se ha reclamado una mayor intervención penal. Dado que el maltrato sexista refuerza y legitima la discriminación, la pena se concibe como un

⁵ SCHULHOFER S. 1995. Feminist Challenge in Criminal Law. En: 143 University of Pennsylvania Law Review. p 2151.

⁶ BARTLETT K.T. 2011. Métodos jurídicos feministas. En: Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Marisol Fernández y Félix Morales (coords.). Lima. Palestra. pp. 24 y ss.

⁷ BARTLETT K.T. 2011. Métodos jurídicos feministas. En: Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Marisol Fernández y Félix Morales (coords.). Lima. Palestra. pp. 29 y ss.

⁸ BARTLETT K.T. 2011. Métodos jurídicos feministas. En: Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Marisol Fernández y Félix Morales (coords.). Lima. Palestra. pp. 31 y ss.

instrumento a través del cual sancionar las conductas de quienes actúan en un ambiente cultural que amplifica los perjuicios para las víctimas. La sanción penal envía un mensaje a la sociedad sobre la importancia de proteger a grupos históricamente desaventajados. Por ello, la razón principal por la cual las feministas forjaron una alianza con el derecho penal fue la necesidad de que la sociedad en general y los operadores de justicia en particular asumieran que la violencia contra las mujeres era conflicto que merecía una atención preponderante.

Haciéndose eco de las denuncias sobre la dificultad para acceder a la justicia por parte de las mujeres maltratadas, el derecho internacional de los derechos humanos también cuestionó la distancia entre los principios legales y su aplicación en la práctica cotidiana. En el sistema interamericano, el caso emblemático es *María da Penha vs. Brasil*, en el cual la Comisión hizo responsable al estado por la impunidad frente a la violencia sufrida por la víctima en manos de su ex pareja. Para la Comisión, dicha situación era parte de un patrón sistemático de ineffectividad judicial que no sólo violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes.⁹

Esta línea jurisprudencial fue profundizada en los casos *Penal Castro Castro vs. Perú*, *Fernández Ortega vs. México*, *Rosendo Cantú vs. México* y *Campo Algodonero vs. México*.¹⁰ En estos precedentes la Corte Interamericana reafirmó la importancia de evitar la impunidad en crímenes de género pues de esta forma se “envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”.¹¹ Desarrollando la teoría de la “obligación procesal”, el Tribunal Interamericano reforzó el rol del derecho penal al establecer que el estado tiene la obligación de iniciar una investigación oficial cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en un contexto general de violencia contra las mujeres. Finalmente, a la par de brindar lineamientos precisos sobre los estándares de debida diligencia, la Corte determinó

⁹ CIDH, Informe 54/01, “*Maria Da Penha Maia Fernández. Brasil*”, del 16 de abril de 2001, p. 56.

¹⁰ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; *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.

¹¹ 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. 400.

que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley”.¹²

De acuerdo con esta formulación, resulta discriminatorio que el estado avale una norma o una práctica judicial que evite el castigo de la violencia de género. El sexismo no es un fenómeno aislado consecuencia de un conflicto individual, sino que es parte de la discriminación estructural que afecta a todas las mujeres.

III. Medidas alternativas a la prisión

Las medidas alternativas a la prisión tienen como objetivo declarado evitar la imposición efectiva de una pena privativa de la libertad y todas sus consecuencias. En sus diferentes variantes, éstas no eximen al supuesto autor de cualquier obligación, ya que conllevan el cumplimiento de medidas coactivas y de reparación.¹³

Las medidas alternativas a la prisión han sido validadas por diversos instrumentos internacionales. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) comprometen a los estados a proporcionar otras opciones sancionatorias. En el mismo sentido, las Directrices sobre la función de los fiscales, la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, reservan la pena de prisión para los casos más graves y promueven otras sanciones para los delitos de escasa entidad.

Una de las medidas alternativas a la prisión más extendida es la que se integra con formas de control que pueden imponerse en una etapa anterior del proceso, interrumpiéndolo y habilitando la posterior extinción de la acción. Estos substitutivos penales están acompañados por restricciones a la libertad ambulatoria que pueden incluir la prohibición de concurrencia a determinados sitios o la obligación de presentarse periódicamente ante los tribunales.

En América Latina, varios países prevén este tipo de medidas con la finalidad de disminuir los altos índices de encarcelamiento. En Argentina, el mecanismo que asegura una medida alternativa a la prisión es la suspensión de juicio a prueba, prevista para los delitos que puedan tener condena condicional, es decir, cuyo

¹² 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. 396.

¹³ CARLES R. 2012. Las penas e institutos alternativos a la prisión. Entre la reducción de daños y la expansión del control estatal. En: Revista Derecho Penal Año I - N° 1. Bs.As. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. pp. 4 y ss.

mínimo no supere los tres años de prisión. La habilitación del mecanismo simplificado está supeditada a la obtención del dictamen favorable del fiscal y el ofrecimiento de una reparación para la víctima. Si el imputado cumple la totalidad de las reglas de conducta y el trabajo comunitario eventualmente impuesto por el juez, transcurrido el plazo sin que haya cometido un nuevo delito, la acción se extingue y el beneficiado no tendrá registro penal alguno.¹⁴

En la República Federativa de Brasil, el artículo 89 de la ley 9099/95 regula la suspensión condicional del proceso, instituto que permite suspender el proceso para delitos cuya pena mínima no sea superior a un año, siempre que el acusado no haya sido condenado con anterioridad y que proceda la condena condicional. El juez podrá suspender el proceso por dos o cuatro años, con la condición de que repare el daño, no concurra a determinados lugares y cumpla con las demás condiciones que se especifiquen judicialmente. Si durante el lapso fijado, el beneficiario cumple con todos los requisitos y no resulta procesado por otro delito, la acción se extinguirá.

Otro de los países que tiene regulada la suspensión condicional del proceso es Bolivia. Según su legislación, este instituto es aplicable cuando la pena pueda dejarse en suspenso, cuando el beneficiario no haya sido condenado por un delito doloso en los cinco últimos años, y siempre que el juez haya comprobado que se ha reparado el daño ocasionado a la víctima o firmado un acuerdo para hacerlo. El juez podrá suspender el procedimiento por un período no menor a un año, ni mayor a tres, imponiendo las reglas que considere convenientes. Entre éstas, el órgano jurisdiccional puede incluir la prohibición de frecuentar determinados lugares o personas, la realización de trabajos comunitarios, la prohibición de tener o portar armas, la obligación a someterse a un tratamiento médico o psicológico, y cualquier otra que considere conveniente para su reintegración social. Transcurrido el plazo fijado, si el beneficiario cumplió con todos los requisitos, la acción se extingue.¹⁵ Asimismo, la ley 348 “Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia” establece que se puede recurrir a una sanción alternativa siempre que el autor no sea reincidente y cuando la pena a imponer no sea mayor a tres años, o cuando el condenado a una pena superior a tres años haya cumplido al menos al mitad en prisión. Entre las sanciones alternativas la ley cuenta con la multa, la detención de fin de semana, el trabajo comunitario, las medidas de seguridad, la inhabilitación, y el cumplimiento de instrucciones.

Para el caso de Chile, el Código Procesal Penal dispone que el fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez la suspensión condicional del procedimiento,

¹⁴ BOVINO A. 2001. La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentina. Buenos Aires. Editores del Puerto; VITALE G. 2004. Suspensión del proceso penal a prueba. Buenos Aires. Editores del Puerto.

¹⁵ Artículos 23, 24 y 25 del Código de Procedimientos de Bolivia.

si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad; si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; y si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso. En la audiencia deberá estar presente el defensor y eventualmente el querellante y la víctima deberán ser oídos previo a la concesión de la suspensión. Por su parte, el juez debe establecer las condiciones que debe cumplir el imputado por un plazo que no será inferior a un año, ni mayor a tres. Entre las obligaciones el juez podrá exigir abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas, indemnizar a la víctima, y cualquier otra medida que sea pertinente para el caso. Si transcurre el plazo sin que la suspensión fuere revocada, la acción penal se extingue. Finalmente, la ley prevé la existencia de acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, y es obligación del juez verificar si éste fue alcanzado en forma libre. Si el consentimiento no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal (por ejemplo, por el hecho de que el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos similares), el juez deberá rechazar el acuerdo.¹⁶

También en Paraguay está regulada la suspensión condicional del procedimiento. La norma en cuestión establece que “Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena ... las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento. Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez dispondrá la suspensión condicional del procedimiento, siempre que ... haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación...”. Al resolver la suspensión del procedimiento, el juez fijará un plazo de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, y determinará las condiciones y reglas a cumplir, entre las que podrá incluir la prohibición de frecuentar determinados lugares; prestar trabajo a favor del estado o de instituciones de asistencia pública; someterse a tratamiento médico o psicológico, si es necesario; la prohibición de tener o portar armas; y cualquier otra que considere conveniente para la reintegración del sometido a prueba.¹⁷

En razón de los tipos penales eventualmente aplicables, varias situaciones de violencia de género podrían ser resueltas a través de estos institutos. Sin embargo, su utilización en forma desproporcionada importará la misma vulneración a la garantía contra no discriminación denunciada ante el sistema interamericano de derechos humanos. Si los casos de violencia de género están sobrerrepresentados en las estadísticas sobre mecanismos que permiten sortear el cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad, éstos desvirtuarán el capital simbólico

¹⁶ Artículos 237 a 245 del Código Procesal Penal de Chile.

¹⁷ Artículos 21 a 23 del Código Procesal Penal de Paraguay.

del derecho penal. En este sentido, si un determinado colectivo está expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia, resultaría legítimo impedir que se apliquen medidas alternativas al encierro, de la misma manera que también es legítimo prever penas diferenciadas.¹⁸

En consonancia con estos lineamientos, en su informe “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”,¹⁹ la Comisión Interamericana ha avalado el rechazo a las medidas alternativas para supuestos de violencia de género. En dicha publicación, la Comisión celebró el dictado de dos sentencias por parte de la Cámara de Casación Penal de Argentina, mediante las cuales se denegaron medidas alternativas en casos de abuso sexual simple.²⁰ En el primer expediente estaba involucrado un extraño, quien en la vía pública, por vías de hecho, de manera sorpresiva, tocó los pechos de la víctima por sobre su ropa. En el segundo, una niña de 3 años sufrió lesiones de carácter grave (entre otras, quemaduras producidas por cigarrillos y hematomas) por parte del concubino de su progenitora.

En ambas sentencias, cuyos argumentos fueron recientemente avalados por la Corte Suprema de Justicia de Argentina,²¹ se sostuvo que la Convención de Belém do Pará obliga a los estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, por lo que en esos casos “ni el legislador, ni las autoridades competentes para la persecución penal, gozan de discreción en la decisión acerca de la promoción o continuación de la persecución penal”.²² En esa línea, se sostuvo que la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos delictivos, por lo que su concesión atenta contra la respuesta penal exigida por la Convención.²³

El rechazo a las soluciones alternativas a la prisión resulta comprensible a la luz de la relación de la teoría legal feminista con el derecho penal, y las dificultades que

¹⁸ LAURENZO P. 2009. La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo. En: LAURENZO P., MAQUEDA M. L., RUBIO A. (coord.). Género, violencia y derecho. Buenos Aires. Editores del Puerto. p. 283; SANCHEZ M.A. 2008. La perspectiva de género en el Derecho penal español. En: FARALDO CABANA F., SKULJ A. I. Género y sistema penal. Una perspectiva internacional. Granada. Editorial Comares. pp. 3 y ss.

¹⁹ CIDH. 2011. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, párr. 68 y ss.

²⁰ El artículo 19 del Código Penal de Argentina establece que el abuso sexual simple será pasible de una pena de 6 meses a 4 años de prisión.

²¹ CSJN Argentina, Góngora, Gabriel Arnaldo/causa n° 14.092, 23 de abril de 2013.

²² Cámara de Casación Penal Argentina, Sala II, Ortega, René Vicente s/ recurso de casación, 7 de diciembre de 2010.

²³ Cámara de Casación Penal Argentina, Sala II, Calle Aliaga, Marcelo s/ recurso de casación, 30 de noviembre de 2010.

han existido para hacer visible la violencia de género. Para un colectivo históricamente subordinado, la interpretación de la Convención de Belém do Pará en el sentido de que obliga a la investigación y sanción representa la posibilidad de que las medidas alternativas no constituyan el recurso legal para la desprotección de las mujeres. Sin embargo, la profundización de una agenda centrada en el derecho penal, no está exenta de problemas que inciden en la efectividad de la respuesta que se busca.

III. Entre lo legítimo y lo ineficaz: paradojas del uso del poder punitivo

La propagación de la criminalización pone en evidencia las posiciones de ventaja y desventaja, de fuerza y vulnerabilidad, y también de inclusión y exclusión. Sin embargo, para el caso de las mujeres, este reparto de poder no es prístino pues la penalización de una conducta no sólo no revierte la desigualdad estructural, sino que tampoco uniforma las diferentes variables sociales que cada mujer porta.²⁴ En este sentido, más allá de que se puede reivindicar el uso de la sanción privativa de la libertad, existen argumentos políticos y pragmáticos que impugnan su utilización para cualquier supuesto de violencia de género.

En primer lugar, es sabido que la criminalización transforma los significados que la teoría legal feminista pretende dar a la violencia. Con su lógica adversarial, el juicio penal vacía de contenido a la política feminista en tanto convierte un conflicto social en un asunto interpersonal.²⁵ Bajo el prisma del castigo, donde la responsabilidad penal es siempre personal, aquello que se denuncia como social y político queda reducido a un conflicto particular entre el agresor y la víctima.²⁶ Adicionalmente, la mujer que sufre una desigualdad social pierde su protagonismo al ser desplazada por la mujer víctima de violencia a quien fácilmente le asignan falsos estereotipos que limitan su suerte en el proceso penal.²⁷

En segundo término, la penalización extrema no ha tenido buenos resultados en todas las latitudes. Las políticas que promueven la persecución penal de oficio en cualquier supuesto tienen consecuencias perjudiciales para muchas mujeres a quienes el sistema se les vuelve en su contra. Como su nombre lo indica, el ciclo de la violencia es un proceso gradual plagado de sentimientos ambivalentes. Una

²⁴ BARATTA A. 2000. El paradigma de género. De la cuestión criminal a la cuestión humana. En: Las trampas del poder punitivo. Buenos Aires. Biblos. p. 57.

²⁵ BODELON E. 2009. La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. En: LAURENZO P., MAQUEDA M. L., RUBIO A. (coord.). Género, violencia y derecho. Buenos Aires. Editores del Puerto. pp. 231 y ss.

²⁶ PITCH T. 2003. Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal. Buenos Aires. Editorial Ad-hoc. 136p.

²⁷ BODELON E. 2009. La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. En: LAURENZO P., MAQUEDA M. L., RUBIO A. (coord.). Género, violencia y derecho. Buenos Aires. Editores del Puerto. pp. 231 y ss.

mujer estará en condiciones de denunciar a su agresor cuando logre desnaturalizar la violencia, pero eso no significa que le será fácil confiar en personas extrañas o que transitará el procedimiento sin contradicciones. El abandono de una relación violenta no es un proceso sencillo: sin contar los casos de dependencia emocional, cuando hay hijos en común o cuando la mujer carece de autosuficiencia económica, realizar una denuncia y mantenerla hasta la imposición de una pena privativa de la libertad puede ser especialmente difícil sin una red de contención económica y emocional. De allí que sean frecuentes los supuestos en los que la mujer retira la denuncia o expresa su voluntad de no asistir al juicio, con la consecuente amenaza de una sanción penal por desobediencia o falso testimonio.²⁸

A ello se suma que los estudios empíricos sobre esta política son equívocos. En los Estados Unidos de América, después de la rápida y acrítica aceptación del Experimento de Minneapolis, por el cual se fomentaron las medidas de arresto obligatorio, otros estudios establecieron que la prisión no auguraba un resultado preventivo a largo plazo sino que, por el contrario, podía tener un efecto de “escalada”.²⁹ Ello sin perjuicio de que una pretendida respuesta punitiva más contundente puede amplificar el sesgo de género en el archivo de las denuncias, o incluso afectar la voluntad de las mujeres de denunciarla cuando es seguro que la reacción estatal será la pena privativa de la libertad. Si finalmente el hecho se denuncia, el problema se desencadena cuando la víctima se niega a ratificar la denuncia o a declarar en un juicio y el derecho penal no ofrece otra respuesta que la impunidad para el autor y la desconfianza hacia la víctima.³⁰

Por último, si bien es cierto que los maltratos pueden variar en intensidad, ello no obsta a que la denominación sea “violencia de género” para todos los casos. Esta afirmación no pretende reconocer diferentes causas y menos aún fragmentar la violencia sexista. Por el contrario, apunta a reflexionar sobre los diferentes tipos de violencia sin banalizarla, y a establecer una sanción proporcionada a la severidad de la conducta. El uso sistemático de la violencia, las amenazas y otras tácticas utilizadas para ejercer el poder, atemorizar y controlar son una de las formas más extremas del maltrato. Por otra parte, la heterogeneidad de las víctimas y la diversidad de sus contextos exigen que se contemplen otras formas de discriminación, como las desventajas económicas, la edad, la situación migratoria o una discapacidad. Así, una solución dicotómica por el castigo o la impunidad no podrá resolver situaciones que siempre tienen diversos matices.

²⁸ LARRAURI E. 2007. Criminología crítica y violencia de género. Madrid. Editorial Trotta. 79p y ss.

²⁹ SCHULHOFER S. 1995. Feminist Challenge in Criminal Law. En: 143 University of Pennsylvania Law Review. p 2151.

³⁰ LARRAURI E. 2009. Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia y algunas respuestas del feminismo oficial. En: LAURENZO P., MAQUEDA M. L., RUBIO A. (coord.). Género, violencia y derecho. Buenos Aires. Editores del Puerto. p. 255.

En síntesis estos argumentos que unen la teoría con la práctica feminista alertan sobre los desafíos de considerar sólo una respuesta a favor o en contra del castigo. Las respuestas punitivas, tradicionalmente patriarcales, no fueron concebidas con conocimiento de las implicancias de la violencia de género o de la multiplicidad de derechos en juego.

IV. La justicia penal con perspectiva de género

Así como la utilización de mecanismos alternativos a la prisión en todos los casos de violencia de género puede resultar discriminatoria, la prohibición de otorgarlo para cualquier supuesto puede ser arbitraria. Si el objetivo principal es proteger a la mujer maltratada, la respuesta a la violencia sexista debe evitar soluciones unitarias y uniformes lejanas a las particularidades de cada caso.³¹

La Convención de Belém do Pará insta a los Estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, pero no exige que todo supuesto de violencia reciba una pena privativa de la libertad luego de un juicio. Con independencia de cuál sea la sanción que se aplique, la finalidad principal de este tratado es adoptar las medidas necesarias para garantizar una prevención efectiva. En este sentido, si el objetivo excluyente de la Convención fuera el castigo penal, las conductas de los consumidores de pornografía, de los clientes de la prostitución o de los acosadores sexuales en el trabajo también deberían tener recepción en el catálogo de prohibiciones del derecho penal. Sin embargo, la Convención no avanza sobre los márgenes de discrecionalidad que le caben a los estados para regular las acciones u omisiones que deben criminalizar. Ello no significa que la violencia sexista deba mantenerse impune, sino antes bien llamar la atención sobre la inconveniencia de argumentar que, fruto de las obligaciones impuestas por la Convención de Belém do Pará, los estados tienen el deber de disponer una sanción penal para todo supuesto de violencia de género.

Tampoco se podría argumentar que, por la naturaleza del delito imputado, una persona puede ver restringida su posibilidad de acceder a derechos previstos en el ordenamiento positivo, prohibición que podría ser igualmente aplicable a la prescripción de la acción. Una prohibición de estas características es similar al establecimiento de limitaciones generales a los regímenes excarcelatorios, restricción que fue vedada en el sistema interamericano de derechos humanos.³² En

³¹ La metodología feminista considera inadecuado un método que exija que todas las decisiones que se tomen sean a favor de las demandantes mujeres. Sobre la arbitrariedad de esta medida, BARTLETT K.T. 2011. Métodos jurídicos feministas. En: Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana. Marisol Fernández y Félix Morales (coords.). Lima. Palestra. p. 47.

³² Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

consecuencia, la denegación de estas medidas alternativas a la prisión también puede resultar discriminatoria si esa decisión no persigue un objetivo legítimo, resulta innecesaria o desproporcionada para las circunstancias del caso.³³

La recensión de los regímenes normativos de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile y Paraguay advierten sobre la existencia de institutos legales que permiten, de acuerdo con la gravedad de cada delito, condicionar la imposición de una pena al cumplimiento de ciertas reglas de conducta. Correctamente interpretados, teniendo como parámetro la gravedad del hecho atribuido y la situación personal de la víctima, estos institutos pueden constituir vías para prevenir eficazmente la violencia futura y reparar en forma adecuada a la víctima.

IV.a. La gravedad del hecho imputado

Para la concesión de mecanismos alternativos a la prisión, las legislaciones reseñadas establecen criterios respecto del marco punitivo previsto para el delito imputado, y en algunos casos incluso exigen una evaluación de sus características y motivaciones. Así concebidas, estas fórmulas permiten proyectar una respuesta sensible a la problemática de género.

Teniendo en cuenta las características del ciclo de la violencia, y tomando en cuenta que la Convención de Belém do Pará impone a los estados un esfuerzo adicional en su prevención, es posible afirmar que cuanto más grave sea el delito, más grande será el riesgo de reiteración del ataque, y por tanto, mayor debe ser el interés del estado en continuar la investigación, con independencia de la voluntad de la víctima.³⁴

Con este mismo criterio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo oportunidad de resolver un caso en el que se cuestionaron las facultades discrecionales de las autoridades públicas para continuar una investigación de violencia doméstica. La petición fue presentada por Nahide Opuz quien, junto con su madre, durante años sufrió el maltrato de su marido. Si bien ambas realizaron varias denuncias para detener la violencia, éstas no prosperaron porque las retiraban en razón de recibir amenazas o por decisión de las autoridades. La última de estas denuncias fue realizada por la madre de la Sra. Opuz, pero la fiscalía sólo llamó a prestar declaración al agresor; y aproximadamente dos semanas después, éste la asesinó.³⁵

³³ Tribunal Oral Criminal N° 17 Buenos Aires. Argentina. Causa 4011. 13 de mayo de 2013; LOPARDO M., ROVATTI P. 2013. Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogía punitivista, Revista La Ley Online.

³⁴ TEDH, Opuz v. Turkey. App. No. 33401/02. Sentencia de 9 de junio de 2009. párr. 139.

³⁵ TEDH, Opuz v. Turkey. App. No. 33401/02. Sentencia de 9 de junio de 2009. párr. 139.

En el caso *Opuz v. Turkey* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el estado había violado la obligación de proteger a la mujer respecto de la violencia doméstica. Tras analizar la regulación y práctica de los países de su región, estableció algunos lineamientos sobre la discrecionalidad de la acción en estos supuestos. Para el Tribunal, las pautas a tener en cuenta para decidir si acusar o no son: la gravedad del delito, si los daños padecidos son físicos o psicológicos, si el acusado usó un arma, si el acusado amenazó a la mujer luego del ataque, si el acusado había planificado la agresión, los efectos del ataque respecto de algún niño que viviera en el hogar, la probabilidad de que el acusado vuelva a delinquir, la amenaza constante a la salud y la seguridad de la víctima o de cualquier otra persona vinculada, el estado actual de la relación de la víctima con el acusado, la historia de la relación (en especial si hubo instancias de violencia en el pasado), y los antecedentes penales del imputado.

Estas pautas pueden ser un baremo útil para evaluar, con criterios de razonabilidad sensibles al género, cuándo habilitar la concesión de medidas alternativas a la prisión en casos que damnifican a mujeres. Para situaciones graves y crónicas de violencia, la investigación y sanción penal garantizan la protección de la víctima. Sin embargo, frente a episodios aislados y de escasa entidad, en los que no se utilizaron armas ni se afectó la integridad física, las medidas alternativas a la prisión podrían ser estrictamente consideradas, bajo una rigurosa supervisión estatal.

IV. b. La situación personal de la víctima

Así como las regulaciones sobre medidas alternativas a la prisión habilitan el examen sobre la gravedad del hecho imputado, pocas son las que otorgan un lugar a la voluntad de la víctima. Sin embargo, la posibilidad de escuchar a la afectada no sólo sería compatible con la Convención de Belém do Pará, sino que, bajo determinadas condiciones, también deseable para garantizar el reconocimiento de su autonomía.

La opción de excluir a las víctimas del esquema del proceso tiene una larga tradición en el derecho penal. En los esquemas de persecución pública, la voluntad de la víctima es desplazada y la pena estatal no tiene entre sus objetivos la reparación del daño. Como si su incorporación importara aceptar la venganza privada o un desequilibrio entre la acusación y el imputado, la víctima tiene un rol subsidiario.³⁶

En la práctica feminista, la no consideración de la voluntad de la mujer también tiene fuertes antecedentes. Desde la teoría se advierte sobre la importancia de

³⁶ MAIER J.B.J. 1992. De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires. Editorial Ad hoc.

develar el concepto de “libre elección”, y se estudia cómo definirlo de modo de atender las condiciones de desigualdad en las que las mujeres toman sus decisiones. En función de esta problemática, la teoría legal feminista ha reclamado la exclusión del consentimiento como pauta para definir la atipicidad de la trata de personas, y ha debatido qué variables se deberían tener en cuenta para afirmar que el consentimiento convierte una violación en un simple acto sexual. Finalmente, frente a situaciones de violencia con un fuerte componente de dominación, también se ha cuestionado la capacidad de la mujer para tomar decisiones libremente.

Sin embargo, la superación de una mirada abstracta de la mujer debería llevarnos a aceptar diferencias dentro de una unidad. El reconocimiento de la diversidad complejiza los caminos para alcanzar una respuesta ideal a la violencia. No obstante, la renuncia a identificar los matices de las experiencias de las mujeres ocasionará importantes pérdidas en casos concretos. Por ello, la metodología feminista invita a pensar el consentimiento independiente de la libertad natural, sino más bien vinculado a la dominación, de modo que su conceptualización tenga en cuenta las características de las relaciones entre mujeres y varones, muchas veces problemáticas en su contenido.

Sin pretender modificar el principio según el cual la conciliación debe estar prohibida en cualquier hecho de violencia que comprometa su vida o integridad sexual, y menos aún si, con independencia del delito que la afectó, la mujer se encuentra bajo presión,³⁷ en situaciones en las que no entran en juego factores de especial vulnerabilidad o casos en los que la voluntad no se encuentra fuertemente condicionada por una historia de sumisión, la posibilidad de atender a la particular experiencia de la damnificada puede dotar de un contenido reparador a las pautas de conducta que se dispongan. En todos los casos, ello requerirá que exista una instancia de asesoramiento y apoyo para asegurar a cada mujer en situación de violencia una atención eficaz y adecuada, y para que, previo a la adopción de una medida de estas características, el órgano jurisdiccional tenga la convicción de que la mujer tomó la decisión en un marco de libertad.

V. Conclusión

³⁷ El artículo 46 de la ley 348 de Bolivia establece un criterio interesante para tener en cuenta: “I La conciliación está prohibida en cualquier hecho de violencia contra las mujeres, que comprometa su vida e integridad sexual. Ninguna institución receptora de denuncias ni su personal, podrá promover la conciliación ni suscripción de ningún tipo de acuerdo entre la mujer y su agresor, bajo responsabilidad. II. En los casos no previstos en el parágrafo anterior, el Ministerio Público deberá imponer las medidas de seguridad que sean necesarias a fin de preservar la integridad física, psicológica y sexual de las mujeres. III. No se reconoce la conciliación bajo presión a la víctima o para evitar carga procesal, bajo responsabilidad funcionaria. IV. Excepcionalmente la conciliación podrá ser promovida únicamente por la víctima, sólo por única vez y no siendo posible en casos de reincidencia”.

En los últimos años, la criminalización de la violencia de género ha crecido en forma exponencial como una forma de problematizar la discriminación. Sin embargo, poco se ha hecho para establecer la eficacia de la intervención penal.

Más allá de la posible recopilación de cifras sobre denuncias, condenas o absoluciones, la pregunta a formular es si una política criminal centrada en el derecho penal tiene efectos preventivos o no. Así como no se puede cuestionar que el sistema penal tiene un rol que cumplir en la erradicación de la violencia de género, tampoco se puede soslayar la discusión acerca de qué tipo de intervención penal es más eficaz para terminar con ella.

Implementadas con programas específicos que tengan como objetivo la modificación de la conducta de los agresores, las medidas alternativas a la prisión podrían ser una opción para excluir del derecho penal algunos conflictos que pueden ser gestionados sin el impacto de la pena, pero con un exigente sistema de monitoreo estatal. Sin embargo, estas medidas alternativas no deberían ser, bajo ninguna condición, un mecanismo para encubrir la continuidad de una violencia que se desea ocultar, y menos aún para premiar al perpetrador que de ese modo ve facilitado su accionar.

Una respuesta penal con perspectiva de género no elaborará una estrategia con estándares fijos y excluyentes, pero sí tendrá en cuenta las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia, las características del ciclo de la violencia, la gravedad del delito, y la situación personal de la damnificada.