



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**“PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS TIPOS PENALES
COMETIDOS EN CONTEXTO DE
VIOLENCIA DE GÉNERO”**

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

Tesista: Abog. Sonia Amalia Yornet Grassi
Director: Dr. Aníbal Ezequiel Crivelli

Mendoza, 2021

Resumen

El objeto del presente trabajo fue describir y explicitar el fenómeno de la violencia de género y el instituto de la prisión preventiva y cómo se equilibran las tensiones que éstos generan. Así, se describió la violencia de género como una relación desigual de poder cuyo plexo normativo constriñe a los estados a la tutela efectiva de la mujer y obliga a la utilización de la perspectiva de género dentro del proceso penal. Igualmente, se describió la prisión preventiva como una medida cautelar guiada por el principio de inocencia que le asiste al imputado. Se correlacionaron ambos tópicos y se determinó que la perspectiva de género se yuxtaponen a los clásicos criterios de aplicación de las medidas cautelares para lograr procesos más justos y equitativos para todas las personas. Finalmente, sosteniendo que el encierro forzoso se encuentra guiado por el principio de *ultima ratio*, se concluyó que las medidas alternativas pueden ser suficientes para neutralizar el peligro procesal en el caso concreto. A través del análisis y estudio de los servicios de antelación al juicio, se realizó una propuesta de mejora para el sistema procesal penal de Mendoza denominado Servicio Especializado de Medidas Alternativas (SEMA).

INDICE

CAPITULO I: FUNDAMENTACIÓN DEL TEMA ELEGIDO Y METODOLOGÍA DE TRABAJO 11

1. Introducción. Problemática del tema y su estado actual en la Provincia de Mendoza..... 11
2. Metodología de trabajo 13
3. Marco teórico..... 13
4. Hipótesis 18
5. Objetivos 19

CAPÍTULO II: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER 23

1. Introducción 23
2. Breve reseña de la evolución histórica del camino hacia la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer..... 24
 - 2.1. Los movimientos feministas. El término ‘género’ como puntapié de comprensión de las diferencias entre hombres y mujeres..... 26
3. Violencia de género y violencia contra la mujer. Diferencia entre sexo y género. Conceptos..... 27
4. Evolución histórica de los derechos de la mujer en la Argentina 41
 - 4.1. Marco nacional 41
 - 4.2. Especial referencia a la violencia contra la mujer en el Código Penal Argentino 53
 - 4.3. Marco internacional..... 54

5. La Ley n° 26.485. Disposiciones y comentarios	58
5.1 Tipos de violencia contra la mujer. Descripción.....	61
5.2. Modalidades de violencia de género contra la mujer	63
6. Antecedentes jurisprudenciales y precedentes.....	67
6.1. Antecedentes jurisprudenciales en la Provincia de Mendoza	67
6.1.1. Violencia de género, concepto y enfoque. Diferentes posturas sobre su aplicación.	67
6.1.2. Deber de debida diligencia.....	73
6.2. Antecedentes jurisprudenciales en Argentina	73
6.2.1. Al respecto del concepto de violencia de género	73
6.2.2. El deber de diligencia debida	74
6.2.3. Sobre la procedencia del art. 76 bis del C.P. en los casos de violencia de género.....	75
6.3. Antecedentes jurisprudenciales en la CIDH.....	76
6.3.1. Los estereotipos de género	76
6.3.2. Discriminación contra la mujer y violencia de género.....	78
6.3.3. El deber de diligencia debida	83

**CAPITULO III: MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL EN EL PROCESO PENAL
Y SUS PARTICULARIDADES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE
GÉNERO..... 86**

1-Introducción.....	86
2. Medidas de coerción en el proceso penal.	87

2.1. Concepto y clases. Coerción personal: Concepto, fines y naturaleza.	87
2.2. Caracteres	92
2.3. Notas previas de la clasificación de las medidas de coerción.	94
2.4. Mención y breve descripción de las medidas de coerción personal.....	95
2.5. Prisión preventiva. Concepto. Su regulación en el Código Procesal Penal de Mendoza.	101
2.6. Notas sobre las pretendidas normas con carácter iure et de iure sobre peligro procesal.....	106
3. La prisión preventiva en delitos cometidos en contexto de violencia de género.....	108
3.1. Cuestiones previas.....	108
3.2. Inicios de la investigación penal con perspectiva de género.....	112
3.3. Presupuestos para el dictado de la prisión preventiva en delitos cometidos en contexto de violencia de género: Sus notas de especialidad	118
a. Fumus bonis iuris o fumus commissi delicti	119
b.- Periculum in mora o periculum libertatis.....	130
b.1. Adopción de la teoría procesalista como justificativa de la prisión preventiva ..	130
b.2. Naturaleza de las circunstancias o factores de riesgo	134
b.3. La Ley n° 27.372. ¿Una presunción que tergiversa el status de inocente del imputado?.....	135
b.4. Los indicios o indicadores previstos en el art. 293 del C.P.P. bajo la perspectiva de género.	136
b.5. La pena como indicio de peligro procesal en los delitos de género	140

b.6. Ponderación de normas o derechos en tensión.....	143
b.7. El inciso 3 del art. 293 del C.P.P. de Mendoza y su análisis obligatorio como requisito indispensable para la procedencia de la prisión preventiva	145
b.8. Los factores de peligro procesal.....	146
b.8.1. Peligro de fuga por falta de arraigo	146
b.8.2. Peligro de fuga por la sujeción a medida cautelar previa.....	146
b.8.3. Peligro procesal por la conducta del imputado	146
b.8.4. Entorpecimiento probatorio	147
b.8.5. Entorpecimiento probatorio por peligro para la víctima o testigo	148

CAPÍTULO IV: LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA..... 149

1. Introducción	149
2. Introducción hacia posibles soluciones.....	155
3. Breve reseña sobre las OMAS. Concepto y Alcance.....	156
4. Los Pretrial Services Programas (PSA) o Servicios de Antelación al Juicio (SAJ). 163	
4.1. La entrevista al aprehendido/detenido.....	167
4.2. Otras fuentes de información	168
4.3. La verificación de la información	169
4.4. Evaluación de riesgos.....	169
4.5. El reporte	170
4.6. La supervisión	171

4.7. Incumplimiento de las condiciones de liberación	173
5. Una propuesta de mejora: El Servicio Especializado de Medidas Alternativas (SEMA).....	173
5.1. Un servicio especializado. Justificación.....	175
5.2. Características y estructura de la SEMA.....	176
5.3. Funciones del SEMA. Sus notas características en razón de su especialidad.....	177
5.3.2. La entrevista a la víctima y su respectivo reporte.	179
5.4. Supervisión.....	180
5.5. Incumplimiento de las condiciones impuestas al liberado	182
6. Palabras finales sobre la propuesta.....	182
CAPITULO V: CONCLUSIONES.....	185
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES	201

CAPITULO I: FUNDAMENTACIÓN DEL TEMA ELEGIDO Y METODOLOGÍA DE TRABAJO

1. Introducción. Problemática del tema y su estado actual en la Provincia de Mendoza

Simplemente abriendo el diario matutino en cualquier área geográfica de la República Argentina y del mundo se podrá visibilizar que la violencia contra la mujer y los delitos cometidos contra las mujeres es algo cotidiano. Se dice en este trabajo que ‘se podrá visibilizar’ porque luego de una larga lucha –que aun continua- la mujer ha logrado convertir esta problemática en un tópico de gran popularidad, gestando entre los sectores más jóvenes de nuestra sociedad movilizaciones y manifestaciones con reclamos dirigidos a dar por fin a las discriminaciones y segregaciones que sufre el sector en diversos ámbitos de la vida.

Al impacto social que provocó la visibilización de la violencia contra la mujer, se le suma –dejando de lado otros tantos- el impacto que tuvo en el derecho penal sustantivo y procesal.

En efecto, en la República Argentina, se sucedieron una serie de leyes vinculadas específicamente con aquellos movimientos populares feministas, tendientes a dar una respuesta estatal responsable. Así, para fecha 1 de abril de 2009 se promulgó la Ley n° 26.485 denominada “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” y el 14 de diciembre de 2021 se dictó la Ley n° 26.791 que modificó los incisos 1 y 4 del art. 80 Código Penal (en adelante CP), e incorporó los incisos 11 y 12 a este artículo, incluyendo entonces la figura del femicidio/feminicidio y cuestiones relativas al género. Asimismo, haciéndose eco del nuevo rol de la víctima en el siglo XXI, el 11 de julio de 2017 es sancionada la Ley n° 27.372 denominada “Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos”, la que es modificada por la Ley n° 27.375 el 25 de julio de 2017.

Finalmente, en la Provincia de Mendoza, se sanciona la Ley n° 8869 que introduce reformas al Código Procesal Penal (en adelante CPP), destacándose aquí las reformas que se introducen en el art. 293 de ese cuerpo legal, en cuanto disponen medidas cautelares en las que literalmente se menciona la protección de la víctima.

Todos estos instrumentos mencionados con más la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (en adelante “CEDAW”) dictada para fecha 18 de diciembre de 1979 en el marco de la ONU, adoptada por el Estado Argentino mediante Ley n° 23.179 promulgada el 27 de mayo de 1985 y la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, "Convención de Belem Do Para", suscripta en Belem Do Pará, República Federativa del Brasil, el 9 de junio de 1994, adoptada por el Estado Argentino mediante Ley n°24.632 promulgada el 1 de abril de 1996; conforman el plexo normativo de protección para la mujer.

Un tercer impacto de la ola feminista también se encuentra en el crecimiento de la población penitenciaria, cuyas personas detenidas con medidas cautelares por delitos penales cometidos en un contexto de violencia de género, ha aumentado exponencialmente, ello en razón de la incertidumbre que genera en todos los operados jurídicos la convivencia entre los clásicos criterios de aplicación de medidas de coerción y nuevos criterios y perspectivas de género que exigen el plexo normativo ya señalado.

La escasa información respecto al concepto de violencia de género y su incidencia en las medidas cautelares, repercuten en el sujeto sometido a proceso, la mujer víctima o presunta víctima y en la sociedad que espera una respuesta del aparato judicial ante estos sucesos.

En consecuencia, en este trabajo se intentarán sentar parámetros que permitan dilucidar las características que exige la violencia de género para que sea procedente la prisión preventiva y si es posible recibir un tratamiento alternativo así como también proponer posibles soluciones a la temática de violencia de género dadas las serias repercusiones que tienen tanto víctima como victimario.

2. Metodología de trabajo

En el presente trabajo se utilizará una metodología teórica dado que se utilizarán fuentes bibliográficas y documentales para generar conocimientos deductivos. Asimismo, se utilizará una metodología explicativa y descriptiva, realizando una indagación doctrinaria, legal y jurisprudencial sobre la prisión preventiva en los casos de delitos de género.

El marco teórico que se desarrollará en los capítulos II y III versará sobre una investigación jurídico-descriptiva y jurídico-comparativa en razón de los dos temas que son ejes principales de este trabajo: la violencia de género y la prisión preventiva.

De este modo, la metodología descriptiva permitirá recabar información sobre el concepto de género y violencia de género, a través de un análisis histórico y evolutivo en el mundo y en la República Argentina. Así, con la metodología explicativa se permitirá obtener una comprensión de la temática que abrirá la posibilidad de una correcta utilización de la perspectiva de género en las medidas de coerción dentro del proceso penal.

En igual sentido, la metodología descriptiva junto con la explicativa será utilizada para obtener información sobre los criterios clásicos de las medidas de coerción en el proceso penal, circunscribiendo y limitando el presente trabajo a la prisión preventiva en razón de la amplitud que podría abarcar el tratamiento de todas las medidas de coerción en particular. De este modo, se desarrollará de manera general las medidas de coerción dentro del proceso penal, luego se analizará concretamente la prisión preventiva y finalmente se realizará un análisis particular de la prisión preventiva en los delitos cometidos en contexto de violencia de género. Finalmente, se realizarán propuestas de mejora para el sistema actual.

Finalmente, en el Capítulo IV se efectuarán las conclusiones en correlación con las hipótesis planteadas.

3. Marco teórico

La investigación versará en función de dos núcleos conceptuales fundamentales (violencia de género y prisión preventiva) que, a los fines de la correcta comprensión del presente trabajo, corresponden ser definidos.

En primer lugar, podemos decir que la violencia de género o violencia contra la mujer debe ser entendida desde el plano social en el que exista una estructura patriarcal de subordinación y dominación por parte del hombre hacia la mujer.

La violencia de género o violencia contra la mujer, como acto de violencia activo u omisivo, tuvo su evolución social que se vio reflejada en el derecho argentino desde los albores de la redacción de la ley civil argentina y las sucesivas reformas mediante leyes a dicha norma y por leyes complementarias como así también en la ley penal hasta llegar a la redacción de la Ley n° 26.485 y la Ley n° 26.791. Cabe destacar que similar evolución también tuvo eco en el derecho comparado latinoamericano.

Así, se instauraron los delitos de género, los que pueden ser definidos de la siguiente forma: “Son tipos delictivos que encierran un hecho de violencia contra la mujer y, por lo tanto, implican [...] un atentado contra el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia y sin discriminación”.¹

El segundo concepto que debe ser definido es la prisión preventiva. El encierro preventivo forzoso es un estado de privación de libertad que procede en el marco de un proceso penal mientras no recaiga sentencia condenatoria firme.

Se parte de la premisa que desde el inicio de la investigación y durante el transcurso de la investigación y juicio plenario y hasta que no recaiga sentencia condenatoria firme, la persona que se encuentra sometida a proceso goza de la garantía constitucional de inocencia, que debe ser respetado por mandato constitucional (art. 18 CN).

El art. 18 de la Carta Magna prevé que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]”. Es decir, que todo sujeto se reputa inocente hasta que un órgano jurisdiccional lo condene mediante un juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso.

No obstante estas primeras aproximaciones al concepto de prisión preventiva, la doctrina no posee una opinión uniforme y pacífica respecto a la justificación de la prisión

¹Buompadre, Jorge Eduardo; *Violencia de género, femicidio y derecho penal. los nuevos delitos de género*; Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, p. 28

preventiva, esto es, si posee un carácter meramente instrumental o si posee un carácter sustancial.

La teoría procesalista considera que la prisión preventiva debe ser contraria a cualquier desviación sustancialista para ser respetuosa del Estado de Derecho y atender a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Nunca podrá atender a los fines de la pena dado que ello podría llevar a considerar esta medida cautelar como una pena anticipada, lo que no es aceptable bajo ningún concepto en el que se entiende que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, mediante el dictado de una sentencia condenatoria, debiendo otorgársele ese tratamiento durante el proceso.

En línea opuesta se encuentran quienes consideran que la prisión preventiva se fundamenta en la teoría de los fines de la pena toda vez que dentro de los requisitos de procedencia de ella se encuentran que el delito esté conminado en abstracto con pena privativa de la libertad que sea de cumplimiento efectivo y un hecho sobre el cual existan elementos de convicción suficientes para considerar al imputado como el probable autor del hecho. Se agrega que el requisito del riesgo procesal también se explica atendiendo a los fines preventivos de la pena toda vez que es indispensable para la eventual aplicación de la pena el encarcelamiento preventivo.

La toma de postura por una de las dos teorías expuestas tendrá consecuencias en la aplicación en los casos concretos de las medidas cautelares, por lo que resulta fundamental dilucidar qué camino se seguirá.

En principio, y siguiendo al procesalista clásico Vélez Mariconde, podemos definir la prisión preventiva como “el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal”

En esta línea de pensamiento, la prisión preventiva exige dos presupuestos esenciales para su procedencia: 1) sospecha sobre la comisión del hecho delictivo: esto es, sospecha o indicios vehementes que acrediten suficientemente la existencia del hecho delictivo y la

intervención punible del imputado en el mismo, lo que se resume en el latinazgo “*fumus boni iuris*”, la verosimilitud de derecho; y 2) Motivos específicos de detención: lo que se resume en el latinazgo “*periculum in mora*”, lo que refiere al peligro de mora, peligro de fuga del imputado o peligro de entorpecimiento probatorio.²

De lo expuesto se tiene que los fines de la prisión preventiva son estrictamente procesales y están dirigidos a lograr el descubrimiento de la verdad y permitir la actuación de la ley (función preventiva).

Como enseñan Lavado y Vega (2006), la prisión preventiva presenta las siguientes características: a) es una medida cautelar dirigida al cumplimiento de los fines ya mencionados, facilitar el descubrimiento de la verdad y permitir la actuación de la ley; b) Es subsidiaria: Siendo necesaria únicamente cuando está destinada a atender a los fines del proceso y no puedan lograrse mediante medidas menos lesivas para quien se encuentra sujeto a proceso; c) Es excepcional dado que la regla general en el proceso penal será la libertad de las personas. La prisión preventiva estará limitada estrictamente a los casos en que la persona que la sufrirá ha cometido un delito grave que prevea una pena privativa de libertad y que las circunstancias así lo justifiquen; d) Debe ser racional: para que proceda debe poseer un mínimo de prueba sobre la existencia del hecho y la responsabilidad penal del imputado que justifique la imposición del encierro preventivo; e) Provisional: su duración depende de las necesidades que la fundamentaron; f) Debe ser limitada temporalmente, toda prolongación indebida de la misma configurará el delito de privación ilegítima de la libertad y habilitará todos los remedios legales y constitucionales para hacerla cesar; y g) De interpretación restrictiva: toda norma que la regule debe interpretarse restrictivamente, priorizando siempre la libertad del sospechado y la medida cautelar debe ser la *ultima ratio* del proceso penal.

El ordenamiento procesal de la Provincia de Mendoza recoge estos principios y consagra como regla general el estado de libertad del imputado durante el transcurso del proceso penal (art. 280 del C.P.P. de la Provincia de Mendoza) y establece los casos excepcionales en los que procederá la prisión preventiva (art. 293 del C.P.P. de la Provincia de Mendoza).

² Lavado, Diego Jorge y Vega, Dante Marcelo; Libertad y coerción personal en el nuevo sistema procesal penal de mendoza”; Ed. Morcos; Buenos Aires, 2006

Dentro de los casos excepcionales señalados encontramos el art. 293 inciso 3 apartado b del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza el que prevé:

“Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesarios para lograrlos, en aquellos casos en que encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado, y pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme el enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare el juez:[...]b) peligro para la víctima o testigo. Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios permanentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos o en contra de sus familias o de sus bienes”

La norma de rito transcrita es uno de los resultados de los movimientos sociales que reivindicaron el papel de la víctima en el proceso penal, otorgándole un rol principal –que había perdido-, dentro de lo que se encuentra las mujeres como sujetos pasivos de hechos delictivos. La protección integral de las mujeres víctimas, como grupo en situación de vulnerabilidad, debía y debe ser atendida por el aparato estatal.

No obstante que podría aducirse que la normativa procesal de la Provincia de Mendoza, en consonancia con los tratados de derechos humanos protectores de los derechos de la mujer, es clara y directa al habilitar la aplicación de una medida de coerción personal cuando se configure *prima facie* un delito de género, lo cierto es que ello presenta conflictos constitucionales en su interrelación con los principios que han regido las medidas de coerción y con el principio de igualdad ante la ley.

Igualmente, esta tensión entre las nuevas exigencias de la perspectiva de género con la aplicación clásica de los criterios que rigen el instituto de la prisión preventiva, presenta consecuencias prácticas entre los miembros de los Juzgados y entre los operadores jurídicos que oscilan entre la aplicación lisa y llana de la ley de rito y, por el otro, por el

cuestionamiento constitucional y convencional de una medida de coerción en casos que no prevén una pena de cumplimiento efectivo y que requiere de un tratamiento diferencial por la especialidad en su comisión, por los actores involucrados en él, esto es, víctima y victimario, por la inevitable compulsión a la repetición que conlleva a la reiteración de conductas de forma cíclica, por la necesaria protección de la mujer presunta víctima del hecho delictivo y por las exigencias internacionales en la materia.

4. Hipótesis

En el presente trabajo se plantean las siguientes hipótesis:

1) ¿Cuándo lo que se investiga es un delito agravado por violencia de género o cometido en contexto de violencia de género, las medidas cautelares deben tener características especiales o no?

2) ¿Qué particularidades se advierten en el presupuesto de sospecha de comisión del hecho delictivo –*fumus bonis iuris*? ¿Debe valorarse la prueba en estos casos con perspectiva de género? ¿Qué valor probatorio tiene el testimonio de la mujer como prueba única para acreditar el hecho?

3) ¿Qué particularidades se advierten en el presupuesto de acreditación de peligro procesal? ¿Existe una inversión en el *onus probandi*? ¿El principio de inocencia sufre una reducción al aplicarse la perspectiva de género en el caso concreto?

4) ¿Qué motivos legitiman la imposición del encarcelamiento preventivo en este tipo de delitos? ¿Proteger a la víctima? ¿Impedir un entorpecimiento probatorio vinculado a la posible retractación de la víctima por presiones externas o coacciones, amenazas o presiones del imputado? ¿Apaciguar la alarma social?

5) ¿Qué otras alternativas ofrecen el derecho penal y el derecho procesal penal en el tratamiento de los intervinientes en delitos de género? ¿Cuáles?

5. Objetivos

1) Analizar el conflicto que genera la materia de violencia de género en el ámbito del derecho procesal penal.

2) Definir, identificar y confrontar posiciones doctrinarias respecto a la violencia de género y prisión preventiva.

3) Establecer criterios de procedencia de la medida cautelar en los tipos penales agravados por violencia de género o cometidos en contexto de violencia de género.

4) Determinar soluciones alternativas a la problemática planteada.

CAPÍTULO II: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

1. Introducción

La violencia de género o violencia contra la mujer debe ser entendida desde el plano social en el que exista una estructura patriarcal, basada en la subordinación y dominación por parte del hombre hacia la mujer.

Esa estructura social, entonces, cuando es opresiva permite y habilita una desigualdad entre hombres y mujeres como una estrategia de control de aquéllos sobre éstas.

Las estructuras patriarcales no tendrán igual intensidad en todas las partes del mundo dado que habrá sociedades con mayores avances en la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y en otras encontraremos un grado mucho menor o incluso nulo de superación de estas estructuras.

La eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres es una tarea extremadamente compleja que no se reduce a la incorporación de algunas mujeres al poder.³

Ello será posible solo y únicamente con un fuerte y continuo avance social, cultural y político en los derechos de las mujeres.

Si bien actualmente se ha visibilizado que persisten en nuestra sociedad estructuras patriarcales, ellas no son nuevas, sino que históricamente los roles sociales han sido diferenciados por el género y servido de base para la discriminación constante de las mujeres.

De este modo, resulta acertado repasar la evolución histórica de los derechos de las mujeres en la humanidad, ello a fin de comprender cabalmente la segregación que sufrió y sufre la mujer en los distintos ámbitos en los que desarrolla su vida. Posteriormente, se tratará en este capítulo el concepto de violencia de género y violencia contra la mujer y la evolución de los derechos de la mujer en la República Argentina.

³ Facio, Alda; 'Hacia otra teoría crítica del derecho', p. 22, disponible en página web: <https://www.pj.gob.pe/>. Consulta: 20 de febrero de 2021.

2. Breve reseña de la evolución histórica del camino hacia la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Desde los comienzos de la humanidad, desde la perspectiva cristiana, reflejado en los escritos del Antiguo Testamento, la mujer era considerada como un ser maligno que debía ser controlado dado que en ella se encontraba el pecado original.

Siguiendo por el Código de Manú, texto sanscrito de la antigua India, en el cual se establecía que la mujer debía ser cuidada por todos los hombres de su familia (padres, hermanos, esposos, por los hermanos de su esposo). Del mismo modo, aquél código regulaba que la mujer debía mantenerse ‘contenta’ hablándole dulcemente, dándole comida, ropa y adornos.

Otra Ley de Manú establecía que la mujer estaba dotada de rabia, deseos impuros y deshonestidad; y adornos, cama y deseos.

En el Derecho Romano la situación de la mujer no resultaba más prometedora dado que en aquella época la mujer no podía ser un ser libre. Durante este periodo, la capacidad de la mujer estuvo sometida a la tutela del hombre.

A modo de ejemplo, en cuanto a la sujeción de la mujer hacia el hombre podemos encontrarla en el instituto de la *Conventio in Manum* que establecía que al contraer matrimonio la mujer ingresaba a la familia del marido y se sometía a la potestad del *pater familias*. El *pater familias* podía ser tanto el propio marido como el padre si es que el primero aún continuaba siendo un *alieni iuris*.

Luego Justiniano, eliminará la *Conventio in Manum* en el *Codex Iuris Civilis*

También cabe señalar que en la época romana la mujer si bien tenía derechos hereditarios, usualmente ellos eran conferidos a los hijos varones de la familia mientras que a las mujeres únicamente se les concedía un derecho de usufructo sobre los bienes.

Por último, los hombres tenían casi el predominio exclusivo de la vida pública romana, por lo que si bien a las mujeres no se les vedaba el ejercicio de los derechos públicos, rara vez se veía a una mujer ejerciéndolos. Finalmente, Justiniano prohibió el ejercicio de la abogacía en las mujeres, conforme el III Digesto.

En el Siglo XV, periodo de la inquisición, se consideraban a las mujeres como brujas.

Finalmente, ya más próximos a nuestros tiempos, en el Siglo XIX, Schopenhauer decía en el Título denominado ‘Las mujeres’:

“Solo el aspecto de la mujer revela que no está destinada a los grandes trabajos de la inteligencia ni a los grandes trabajos materiales. Paga su deuda a la vida, no con la acción sino con el sufrimiento, los dolores de parto, los inquietos cuidados de la infancia, tiene que obedecer al hombre, ser una compañera pacienzuda que le serene. No está hecha para los grandes esfuerzos ni para las penas o los placeres excesivos. Su vida puede transcurrir más silenciosa, más insignificante y más dulce que la del hombre, sin ser por naturaleza ni mejor ni peor que este”.⁴

El filoso alemán decía que la mujer serían toda su vida como “niños”, alcanzando su madurez a los 8 o 10 años, que la mujer padecía una especie de “miopía intelectual” en relación a la inteligencia del hombre, que su prodigalidad llegaba incluso en algunos casos a la demencia. Agregaba que las mujeres son inferiores al hombre en todo lo que atañe a la equidad, la rectitud, y a la probidad escrupulosa.⁵

Este pensamiento del famoso filósofo alemán citado no traduce más que el pensamiento que sostenían los grandes pensadores de la época así como también la sociedad en su conjunto. Más aun, en la actualidad aún existen vestigios de estos pensamientos en los que la mujer es por naturaleza más sensible y débil por lo que reviste mayores capacidades para las tareas del hogar que el hombre; estaría incapacitada para trabajos de fuerza; etc.; por nombrar solo algunos de ellos.

⁴ Schopenhauer, Arthur “El amor, las mujeres y la muerte”, p. 45 www.biblioteca.org.ar. Consulta: noviembre de 2020.

⁵ Schopenhauer, Arthur, “El amor...”, p. 45/46

El patriarcado se encuentra institucionalizado no solo en las estructuras sociales sino también en el derecho, en las estructuras políticas y en las economías, coronando de este modo las grandes desigualdades en razón del género.

2.1. Los movimientos feministas. El término ‘género’ como puntapié de comprensión de las diferencias entre hombres y mujeres

A efectos de comprender en qué momento histórico se utiliza el término ‘género’ para representar las diferencias sociales, culturales, económicas y políticas entre el hombre y la mujer corresponde diferenciar los distintos movimientos feministas.

Históricamente confluyeron dos corrientes de pensamiento del feminismo: el feminismo liberal y el feminismo radical.

El feminismo liberal fundamentó su reclamo en la discriminación de las mujeres y petitionó por la consagración de derechos igualitarios entre sexos, tanto para el ámbito interno como para el ámbito internacional. Esta tendencia se identifica como un ‘feminismo reivindicativo’ que lucha pura y exclusivamente para la obtención de la igualdad entre hombres y mujeres.⁶

El feminismo radical, en cambio, va más allá de la mera “igualdad” y plantea una problemática social de subordinación que debe ser modificada. La dominación estructural de las mujeres sobrepasa la equiparación de derechos; se advierte que temas como la violencia o el aborto, entre tantos otros, son parte de aquellos en que no existe un correlato directo con derecho “de los hombres”.⁷

⁶ Irisarri, Santiago, “Violencia contra la mujer. Protección ante agresiones por razón de género”, Ed. Atrea, Buenos Aires, pág. 11

⁷ Irisarri, Santiago, “Violencia...”; p.11

Fue esta ola del feminismo que utilizó como base la obra de De Beauvoir la expresión “género” para denotar la diferenciación de sexos por una cuestión cultural y no biológica-natural u ontológica.⁸

No fue sino hasta 1971 que se empezó a hablar de violencia contra el sexo femenino con la apertura del primer refugio para mujeres maltratadas en Londres. La violencia contra las mujeres implicó un mecanismo de opresión para la dominación de lo que se considera el sexo débil, sistemáticamente enraizada en las bases estructurales de la sociedad, habilitado por la inacción estatal frente a la problemática.

3. Violencia de género y violencia contra la mujer. Diferencia entre sexo y género. Conceptos

El concepto de violencia de género no ha de ser encontrado en los artículos del Código Penal sino que este es un concepto que se ha esbozado en artículos de doctrina y que se ha incorporado con el dictado de la Ley n° 26.485.

Tal como enseña Buompadre (2003), en un primer momento la violencia contra la mujer era abordada como una problemática que sucedía únicamente en el ámbito intrafamiliar y sin tener ningún punto de especialidad en la materia dado que la protección era para todos los miembros del grupo familiar, protección que se encontraba legislada en la Ley n° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar.

En el año 2009 se sanciona la Ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, siendo un hito en la legislación argentina, colocando por primera vez la protección en la mujer y como una cuestión de interés público que ya no sucede en la intimidad del hogar.

El art. 4 de la Ley n° 26485 establece que se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así

⁸ Ramírez Belmonte, Carmen; “Concepto de género. Reflexiones.” Ensayos Revista de la Facultad de la Educación de Albacete n° 28, 2008; p. 307

también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la Ley n° 26.485, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW), ratificada en Argentina en 1985 por Ley n° 23.179, manifiesta su preocupación en tanto las mujeres continúan siendo objeto de importantes discriminaciones.

En el art. 1 establece que la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”

La IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas celebrada en Beijín el 15 de septiembre de 1995 estableció que los derechos humanos de las mujeres y las niñas son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales y reclamó que la igualdad de sexos y la erradicación de la violencia contra la mujer son herramientas fundamentales para la prosperidad de las naciones.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer define en el artículo 1 como violencia contra la mujer: “cualquier acción o conducta basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”

En el año 2006 se sancionó en Brasil la Ley n°11.340 conocida como Ley María da Penha.

María Da Penha Maia Fernandes es una mujer de nacionalidad brasileña que en el año 1983 fue víctima de su marido Marco Antonio Viveros, quien le efectuó un disparo de arma de fuego en la espalda mientras dormía lo que le ocasionó una paraplejía irreversible.

El proceso por la causa Da Penha tuvo una demora injustificada, por lo que en 1998 se interpuso una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y fue el primer caso en el que se aplicó la Convención Belem Do Para. La Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó al Estado Brasil lo que llevó a instar a ese país a modifique sus las leyes, que concluya el proceso seguido contra el ex marido de la Sra. Da Penha -que llevaba 15 años sin solución- y que se diese una indemnización simbólica y material a Da Penha, entre otros puntos del dispositivo.

El caso Da Penha impulsó, en consecuencia, el dictado de la Ley n° 11.340 que creó mecanismos para detener la violencia doméstica y familiar contra la mujer, introduce reformas en el Código Penal, el Código Procesal Penal y la ley de ejecución Penal de Brasil.

El art. 5 de la mencionada ley refirió que se entiende por violencia doméstica y familiar contra la mujer “[...] cualquier acción u omisión basada en el género que le cause la muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual, psicológico y daño moral o patrimonial”.

Como se observa en las distintas nociones y conceptos señalados en los párrafos que anteceden, ya sean nacionales o internacionales, se utiliza indistintamente los términos ‘violencia de género’ y ‘violencia contra la mujer’.

No obstante el uso indistinto de los términos ‘violencia de género’ y ‘violencia contra la mujer’, lo cierto es que ello ha generado grandes debates sociales y doctrinarios en torno al término ‘género’

Así, algunos autores consideran que utilizar el término género se refiere a un término general que admite, en principio, dos clasificaciones. Género femenino y género masculino, e incluso ha llevado a sostener que existirían entonces dos tipos de violencia, violencia de género contra el hombre y violencia de género contra la mujer.

En este sentido, el Irisarri (2018) entiende que el concepto debe ser más amplio diferenciándose entre violencia de género, que puede tener por víctimas tanto a personas de

sexo femenino como personas de sexo masculino; del concepto de violencia contra la mujer que tiene por única característica el sexo del sujeto pasivo, que debe ser entonces una mujer.

El autor señalado cita en base a su postura la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en cuanto refiere que la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.’ (art. 1), conviniendo los Estados parte la realización de una política encaminada a la eliminación de la discriminación contra las mujeres (art.2). El autor señala que la norma hace referencia a un tipo de violencia de género cual es la violencia de género contra la mujer pero no equipara violencia de género en términos generales con violencia contra la mujer.

Añade para su postura que la ley argentina n° 24.417 sobre maltrato familiar hace referencia a cualquier persona y no se circunscribe a las mujeres.

Asimismo, la Resolución 48/104 del 20/12/93, de la Asamblea General de las Naciones Unidas se refiere en su art. 1 a la ‘violencia contra la mujer’ como:

“Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Se agrega que la violencia contra la mujer:

“[...] constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.

Destaca Irisarri (2018) que la resolución mencionada *ut supra* no utiliza el término “género”. Agrega que la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer,

celebrada en Beijing el 15/9/95, aludió a la violencia contra la mujer como todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. Nuevamente se hace alusión, destaca el autor, a que la violencia de género es contra las mujeres sin hacer mención a violencia de género sin distinción del sexo.

Señala Irisarri que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém Do Pará- aprobada en Argentina por ley 24.632, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. En su art. 1 refiere que “[...] debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Observa el autor que se hace referencia a un solo tipo de violencia de género es la violencia de género contra la mujer.

Finalmente, alude Irisarri (2018) que la Ley n° 26.485 de “Protección Integral a las mujeres” fue sancionada con el objetivo de promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones, además de prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquier de sus manifestaciones y ámbitos (art. 2) y se define la ‘violencia contra las mujeres’ en el art. 4 de la ley mencionada.

Expresa Irisarri:

“[...] Consideramos que la consagración de este cúmulo de normas, que legitima y justificadamente protege al sexo femenino, motivó a la amplia mayoría doctrinal y jurisprudencial a sostener, erróneamente, que la violencia de género es violencia contra la mujer basada en la superioridad del hombre, ‘violencia contra la mujer por su género’, ‘violencia de género contra la mujer’ o, en otras palabras, ‘violencia contra la mujer por su condición de tal’. Se restringe así la violencia de género a aquellos casos cuyas víctimas son las mujeres, lo que peca por defecto,

concluyendo que la ‘violencia de género’ es violencia de sexo, cuando en realidad no es la misma cosa”⁹

Si bien se adhiere con el autor en cuanto a que el término violencia contra la mujer sería una terminología más acertada, que no genera controversia lo cierto es que el término violencia de género ha sido utilizado como sinónimo de violencia contra la mujer.

Ahora bien, no se comparte en que el concepto de violencia de género resulta un concepto amplio, que abarca la violencia contra el hombre y violencia contra la mujer.

El mismo argumento es sostenido por varios autores que rechazan que exista la violencia de género exclusivamente de la mujer y, en base y justificación al principio de igualdad, señalan que de existir la violencia de género esta es para ambos sexos, siendo víctimas de igual forma hombres y mujeres de actos violentos.

Sin embargo, la realidad demuestra que no existe la mentada violencia de género contra el hombre en líneas paralelas con la violencia de género contra la mujer. Esto es, que tenga como base la práctica sistematizada de opresión del hombre hacia la mujer, en la discriminación social, cultural y económica de la mujer, sumisión y segregación de la mujer en esos ámbitos, etc.

El 1 de junio del año 2020 la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza informó que en la República Argentina se registraron 252 víctimas directas de femicidio desde el 1 de enero al 31 de diciembre del año 2019. Se aclaró que esa cifra incluyó 5 travesticidios/transfemicidio. También se identificaron 16 víctimas de femicidio vinculado; dando un total de víctimas letales de violencia de género en 2019 de 268.

De las 252 víctimas fatales directas de femicidio se obtuvo que 26 eran niñas o adolescentes; el 90% conocía al sujeto activo, 46% convivían y el 66% eran pareja o ex pareja; al menos 42 habían denunciado al sujeto activo,

⁹ Irissari, Santiago, “Violencia...”, p. 17/18

Se aclaró que el concepto utilizado para determinar la letalidad de la violencia contra las mujeres fue más amplio que la del Código Penal vigente, utilizando la del Comité de Expertas de la Convención Belém do Pará (CEVI) y, además, se incluyeron femicidios vinculados.¹⁰

Las cifras estadísticas aportadas por el Observatorio de Género y Diversidad de la Dirección de Género y Diversidad, señala que tan solo en los primeros 3 meses del año 2020, 706 mujeres se encuentran en situación de violencia doméstica en la Provincia de Mendoza.¹¹

En segundo lugar, en el marco de los derechos humanos las minorías sexuales y de género, es decir, las mujeres, constituyen uno de los grupos en situación de vulnerabilidad y no así los hombres.

Los grupos en situación de vulnerabilidad incluyen a aquellas personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas

Los grupos en situación de vulnerabilidad son o han sido objeto de alguna forma de discriminación o afectación de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la violencia se ejerce de forma sistemática de hombres hacia mujeres y no de éstas hacia a aquéllos y a que las mujeres constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad, mal puede decirse que la violencia de género presenta dos aristas paralelas.

La violencia intrafamiliar o delitos violentos ejercidos por una mujer hacia un hombre no constituyen una práctica social, cultural y psicológica sistemática y tolerada, por acción u omisión, por los Estados. Ello no quita que se imponga una pena aflictiva a aquella

¹⁰<https://www.cij.gov.ar/nota-37461-La-Oficina-de-la-Mujer-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Nacion-presenta-la-actualizacion-del-Registro-Nacional-de-femicidios.html#:~:text=Elena%20Highton%20de%20Nolasco%2C%20a,las%20mujeres%20en%20nuestro%20pa%C3%ADs%20E2%80%9D.:> s/f

¹¹ www.generoydiversidad.mendoza.gov.ar/observatorio, s/f

mujer que cometa un delito penal contra un hombre o que se puedan articular las medidas cautelares en el ámbito del derecho de familia que sean necesarias.

Sostener que la violencia machista es sinónimo o una sub clasificación de otras violencias evoca una tradición penalista patriarcal, la que sostiene el concepto errado de que los conflictos son riñas puntuales, generalmente de pareja y no por el hecho de ser mujer, que impiden visibilizar el fenómeno mundial de violencia contra la mujer en razón de su género.

En este orden de ideas, es decir, desde una visión patriarcal del fenómeno, es inconcebible la idea, por ejemplo, de que los episodios de violencia en estado de embriaguez, por celos o productos de una separación sean por la existencia del fenómeno de violencia de género contra la mujer, sino que se conciben como una consecuencia natural de estos estados. Dicho de otro modo, las agresiones que sufre la mujer son consecuencia de los celos, separación o estado de embriaguez del hombre.

Por el contrario, generalmente esas circunstancias producen una intensificación en la violencia del hombre hacia la mujer pero no la justifican en modo alguno.

En igual sentido, la idea de que los episodios violentos seguidos de una separación o ruptura amorosa son algo natural, desconoce el hecho real de que la violencia del hombre hacia la mujer en caso de ruptura del vínculo amoroso que los unía es concebido por aquél como un *imposible* dado que, en el caso, les resulta inaceptable que la mujer libremente elija separarse de ellos. Esto es, que la mujer tenga plena autonomía para decidir por sí misma y elegir qué clase de vínculo emocional desea tener con las otras personas.

La naturalización de estas violencias, como casos típicos o que transitan dentro de lo que se considera como reacciones *esperables* o *naturales* al sufrir una ruptura amorosa, reivindicán en el plano no solo penal sino social, que la violencia de género o violencia machista solo será considerada tal cuando ella aparezca ya incontrolable; expresando, en consecuencia, el mensaje de que *algo* de violencia es admisible o que transita dentro de la normalidad y que ella ciertamente es recíproca, y en algunos casos, justificada.

La respuesta natural a una ruptura amorosa, siguiendo el ejemplo mencionado, podrá finalizar en muchos estados emotivos que exceden el estudio de este trabajo pero que lejos

está de que se pueda admitir y aceptar que un poco, aun mínima que sea, de violencia es normal.

Si la violencia se ha ejercido dentro de una relación desigual de poder y ello constituye un delito, estaremos ante un caso penal cometido en contexto de violencia de género o agravado por ella, según este tipificado en la ley de fondo.

La nimiedad del daño producido a causa de un ilícito, aun en contexto de violencia de género, lejos estará de ser medido en virtud de un parámetro irracional como lo es la naturalización de la violencia de género, sino por el contenido antijurídico material del hecho y no por su contexto, el que –como se verá más adelante- influirá en otras cuestiones.

Por último, no se puede soslayar que el fenómeno de la violencia machista debe ser entendido aceptando dos premisas fundamentales: la primera; entender que la violencia es una manifestación de una discriminación social de una estructura social desigual y opresiva; y la segunda, el concepto tiene que permitir explicar que la violencia contra las mujeres tiene varias manifestaciones aunque se trate de un fenómeno único.¹²

Alda Facio explica:

“La apropiación del término género por parte de la teoría feminista viene directamente de un libro escrito por Stoller titulado ‘Sex and Gender’ en el cual Stoller dice que el género se refiere a grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológicas.”¹³

Luego el término género es introducido a las ciencias sociales en 1972 por Ann Oakley en su libro *Sexo, género y sociedad*. Desde ese momento las feministas utilizaron este instrumento para explicar la subordinación de las mujeres como algo construido socialmente y no justificado biológicamente.

¹² Bodelón, Encarna ; *Violencia de Género*, Ed. Didot, CABA 2014, p. 17.

¹³Facio, Alda; “Feminismo, género y patriarcado”; http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf, consulta: febrero de 2021.

Alda Facio define el concepto de género de la siguiente manera:

“El concepto de género alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología de instituciones patriarcales. Este concepto, sin embargo, no es abstracto, ni universal, en tanto se concreta en cada sociedad de acuerdo a contextos espaciales y temporales, a la vez que redefine constantemente a la luz de otras realidades como la clase, etnia, nacionalidad, habilidad, etc. De allí que las formas en que se nos revelan los géneros en cada sociedad o grupos humanos varía atendiendo de acuerdo a los factores de la realidad que concursan con este.”¹⁴

Asimismo, conforme enseña Bodelón (2014): “Género es la definición cultural de los modos de pensar, sentir y actuar diferenciados que cada sociedad considera normales y apropiadas para hombres y mujeres, respectivamente”¹⁵

Cabe señalar que la separación conceptual entre sexo o género permitió que, más allá de las características biológicas, ser hombre o mujer es una construcción social. Poder distinguirlos resulta en principio fácilmente, sin embargo debe entenderse que tanto uno como otro término se corresponden mutuamente.

Que el género sea una construcción social, tanto así como el sexo, se corresponde con el fenómeno global actual. El género no otorga definición cultural únicamente a hombres y mujeres por lo que no resulta adecuada una división binaria del género dado que este ha mutado y podemos incluso hablar de un tercer género, tal como son aquellas personas que se consideran pertenecientes tanto al género femenino como al género masculino, apareciendo incluso en sus documentos de identidad como personas sin género.

Por ello es importante señalar que “El género en definitiva no es un término que viene a sustituir el sexo, es un término para darle nombre a aquello que es construido socialmente sobre algo que se percibe como dado por la naturaleza.”

¹⁴ Facio, Alda; “Feminismo,...”, p. 13

¹⁵ Bodelon, Encarna; “Violencia de...”, p. 18

Estas diferencias de género, basadas o justificadas en el sexo de las personas, han sido utilizadas en sociedades patriarcales para ejercer una opresión violenta del hombre hacia la mujer.

El término patriarcado hace referencia originariamente al patriarca como aquél que tenía absoluto poder sobre mujeres y niñas, sirvientes, etc. Éste fue utilizado por primera vez por Engels en su obra “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, siendo posteriormente utilizado por las feministas para referirse a los hombres (patriarcas, padres, esposos, etc.) que ejercen poder sobre las mujeres en determinados contextos sociales.

Estas relaciones de poder son las que generan desigualdades sociales y son la génesis de la violencia de género.

Conforme Ramírez (2008), en la década del 70’ las teorías feministas querían demostrar que la diferencia entre los sexos era una cuestión cultural y no biológica. Esbozaban la teoría de que hombres y mujeres son iguales y que los procesos y construcciones sociales son los que los hace diferentes.¹⁶

Resulta fundamental comprender que la violencia de género o violencia machista, constituye una violación a los derechos humanos y que, históricamente, no ha tenido un correlato o paralelismo con la violencia contra los hombres.

En consecuencia, mal puede sostenerse que el concepto de violencia de género ,utilizado de forma indistinta con el término violencia contra la mujer por leyes nacionales, por tratados internacionales de derechos humanos, convenciones internacionales de derechos humanos, etc.; sea comprensivo de un fenómeno que comprenda a los hombres como víctimas.

Tampoco resulta propicio decir que el término de violencia contra la mujer resulta per se más acertado por tener en cuenta el sexo de la mujer, toda vez que conforme a las nuevas legislaciones se ha entendido que la mujer no debe ser definida únicamente por su sexo sino que ella se define también en razón de su género.

¹⁶ Ramírez Belmonte, “Concepto... p. 308

En el año 2012 con la consagración en el derecho argentino de la Ley n° 26.743 de Identidad de Género, se considera que las personas tienen derecho al reconocimiento de su identidad de género y a ser tratadas de acuerdo a esta autopercepción, pudiendo rectificar su sexo con la sola presentación en el Registro Civil de las Personas.

Es decir, una de las conclusiones que *a priori* se puede extraer de la ley mencionada es que se deja de lado la concepción binaria biologicista e incluso la concepción binaria del género, afirmándose el género como el *status*, rol o función que se le asigna a una persona en la sociedad (género objetivo), como también el rol, función o *status* correspondiente con la autopercepción (identidad de género o género subjetivo).

En cuanto a la concepción no binaria del género; como dato de interés, ha de sumarse que la Provincia de Mendoza ha sido pionera en cuanto reconoció a la primera persona de género indefinido. La Dirección del Registro Civil de Mendoza a través de la Resolución 420/2018 hizo lugar a la solicitud de dos personas mendocinas que requirieron el reconocimiento legal de su identidad de género auto percibida y correspondiente rectificación registral solicitando en forma expresa que en su partida de nacimiento no se consigne sexo alguno.

Cabe mencionar que el art. 2 de la Ley n° 26743 expresa:

“Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Teniendo en cuenta lo dicho respecto a la ley de identidad de género no podemos desconocer que el término género ya sea en su faz de género masculino o en su faz de género femenino, incluye a aquellas personas que si bien no nacieron biológicamente como mujer se auto-perciben como tales, empezando desde el acto jurídico administrativo de rectificación de partidas de nacimiento, a ser oponible su nuevo género a terceros y conformando, en consecuencia, el grupo de las mujeres.

De este modo, podría definirse actualmente que se considera mujer a aquella persona que biológicamente nace de sexo femenino como así también a aquella mujer que si bien nace de sexo masculino se auto percibe como mujer.

En igual sentido pero desde la otra faz del género, se considera como hombre a aquella persona que biológicamente nace de sexo masculino como así también a aquel hombre que si bien nace de sexo femenino se auto percibe como hombre. Se deja de lado el resto de las múltiples clasificaciones a las que permite arribar la ley de identidad de género dado que excede el estudio de este trabajo.

En definitiva, dentro de la asignación de roles sociales en base al género no se incluirá únicamente al sexo con el que se nace biológicamente sino a lo que se espera de realización como femenino o masculino u otras identidades.

Se considera entonces, que la denominación de ‘violencia de género contra la mujer’ no se encuentra mal denominada como argumenta cierto sector de la doctrina. Debiendo incluso aceptarse que violencia de género, violencia de género contra la mujer o violencia contra la mujer son utilizadas como sinónimos pero siempre refiriendo al primer término: violencia de género; dado que allí es donde reside la justificación de la primera de las palabras “violencia” en razón de que se considera que ese rol femenino es inferior, sumiso, inserto en una estructura patriarcal, etc.

No se desconoce que en la praxis diaria se observa una gran discusión social e incluso doctrinal –tal como se expuso en los párrafos que anteceden- respecto a si el término de violencia de género incluye también a los hombres o esta es comprensiva solo de las mujeres dado que género es un concepto que incluiría las dos especies: violencia de género contra la mujer y violencia de género contra el hombre. Sin embargo, como se dijo, no existe tal clasificación por carecer de las características fenomenológicas e históricas para adquirir tal relevancia en el plano social y jurídico.

La violencia es contra la mujer en razón de su género, en virtud del rol que socioculturalmente se la ha asignado y es utilizado en una relación como poder de sumisión por parte de un hombre contra una mujer.

Mujer en el significado amplio que ya se la ha asignado, esto es, mujer en sentido biológico y mujer en sentido de autopercepción como mujer.

Buompadre (2014) tiene dicho que:

“La violencia contra la mujer –dice MAQUEDA ABREU- no es una cuestión biológica ni doméstica, sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer) sino que es una consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así –continúa la autora- en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignadas bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica –concluye- es la que define la perspectiva de género’.¹⁷

Por otra parte, el concepto violencia contra la mujer traería aparejadas idénticos argumentos que se utilizan para rebatir el concepto de violencia de género. A saber; que de existir la violencia contra la mujer se reconocería, como otra faz de la moneda e indirectamente, la existencia de violencia contra el hombre otorgándole en consecuencia igual grado o nivel en termino fenomenológicos, desconociendo e invisibilizando –nuevamente- que el fenómeno no tiene dos vertientes sino solo una, cual es la violencia de género contra la mujer.

En definitiva, el concepto de violencia de género contra la mujer debe ser acogido por la doctrina como aquel que representa en forma cabal los hechos violentos basados en discriminaciones hacia las mujeres, integrando el concepto de mujer tanto la concepción que atribuye la calidad de mujer en razón de haber nacido de sexo mujer como así también todas aquellas personas que se auto-perciban mujeres.

¹⁷ Buompadre, Jorge. E, “Violencia...”, p. 34/35

4. Evolución histórica de los derechos de la mujer en la Argentina

4.1. Marco nacional

Aclarados los conceptos en el punto anterior, corresponde ahora adentrarnos en la evolución histórica de los derechos de la mujer en la Argentina para finalmente centrarnos en el estado actual de la cuestión.

Previo a la sanción del Código Civil Argentino del año 1869, los derechos de las mujeres se encontraban determinados por la normativa que provenía del período colonial, influenciada por el derecho español, basado en los principios canónicos que reconocían la competencia de los tribunales eclesiásticos.

La legislación vigente de la época tenía características específicas en cuanto a las mujeres, tales como que la patria potestad se encontraba en manos del padre de familia, quien tenía autoridad sobre sus hijos y decidía sobre el matrimonio de los mismos; la mujer estaba excluida de la educación toda vez que no se consideraba que no tenía ese derecho; la mujer no podía ejercer profesiones privadas y públicas; la mujer casada tenía incapacidad para ejercer actos de la vida civil; la esposa no podía heredar bienes de su cónyuge y se establecía la pena de muerte para aquella mujer que era declarada adúltera.

Como se observa, en la época colonial las mujeres no podían actuar en el mundo público y los derechos en materia de propiedad, herencia y matrimonio eran extremadamente limitados. Tampoco podían firmar contratos ni actuar en juicios.

Tras la independencia de nuestro país hacia 1810 surgieron nuevas ideas y doctrinas políticas y sociales influenciadas por la reciente independencia de EEUU en 1776 y por la Revolución Francesa de 1789.

No obstante estos avances en la construcción de la Nación Argentina, lo cierto es que la mujer como sujeto de derecho no alcanzó el mismo grado de avance.

‘Sólo algunos pocos personajes europeos adelantados planteaban cuestiones como la igualdad entre los sexos y se mostraban a favor del voto femenino. En nuestro territorio, algunos personajes inspiraban ideas en favor de los derechos de las mujeres, entre ellos Manuel Belgrano,

quien proponía la creación de escuelas para niñas y una organización industrial que permitiera a las mujeres acceder a trabajos más dignos. Sarmiento cumplió también con una gran obra cultural, y Juan Bautista Alberdi, aportó a la lucha femenina desde su prédica en torno de la igualdad frente a la ley (Migliorini, 1972).¹⁸

El 29 de septiembre de 1869, mediante la ley 340, se aprobó el Código Civil de la República Argentina impulsado por Dalmacio Vélez Sarsfield durante la presidencia de Domingo F. Sarmiento, que entró en vigencia el 1 de enero 1871. En estos primeros tiempos el orden familiar se regía por la autoridad marital y las relaciones emergentes de la patria potestad. En esta jerarquía se encontraban los inhabilitados y entre éstos se encontraban las mujeres. Así el art. 55 preveía: ‘Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: 1 Los menores adultos; 2 Las mujeres casadas.’

A su vez el art. 57 establecía:

‘Son representantes de los incapaces: 1 De las personas por nacer, sus padres y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2 De los menores impúberes o adultos, sus tutores; 3 De los dementes, sordomudos o ausentes, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 4 De las mujeres casadas, sus maridos.’

El orden jerárquico se establecía con el padre de familia en la cúspide y éste ejercía un poder autoritario sobre quienes se encontraban bajo su órbita y en las escalas inferiores de jerarquía. La potestad marital representada por el sujeto masculino de la relación, era el único plenamente capaz mientras que los hijos y las esposas eran incapaces.

La mujer era una incapaz y como tal no podía trabajar ni ejercer el comercio sin la autorización del marido a quien le debía obediencia y éste a cambio le ofrecía protección.¹⁹

¹⁸ www.géneroxlaequidad.gob.ar, s/f

¹⁹ Buompadre, Jorge Eduardo, ‘Violencia,...’, p.37

El marido elegía el domicilio conyugal y la mujer debía seguirlo sin poder salir de la vivienda sin autorización pudiendo incluso ser obligada a ingresar nuevamente por la fuerza pública.

La nacionalidad se perdía por el solo hecho de casarse pues adoptaba la nacionalidad del marido.

La mujer no podía administrar bienes, ni siquiera los propios, salvo uno que podía exceptuarse de la normativa, pero solo si hacía su reserva al contraer matrimonio en forma expresa y por escritura pública (art. 1217 del C.C). El marido administraba y disponía todos los bienes, los suyos, los gananciales y los de la esposa.

Si la esposa quedaba embarazada y fallecía el esposo durante el período de la concepción, sus herederos tenían derecho a controlar el embarazo de la mujer, incluso presenciar el parto.

La mujer no podía ser testigo en los procesos judiciales ni estar en juicio sin autorización del marido (art. 215 del C.C.) La figura del marido era la razón de ser de la familia y sobre la que giraba todo el derecho matrimonial.

En consecuencia, en la época previa a la promulgación del código civil y también en la etapa de entrada en vigor de éste, la mujer se encontraba bajo el sometimiento de su marido, siendo esta la base de la relación.

En las épocas coloniales influenciadas por las normativas españolas, a la mujer le estaba vedada la educación. Sin embargo, al independizarse la República Argentina de España, varios personajes de la historia fueron promotores en los avances de los derechos de la mujer.

Entre ellos, Sarmiento fue uno de los grandes impulsores de la lucha feminista por la igualdad, logrando finalmente la sanción de la ley de educación común en 1884, y propiciando entonces el ingreso de la mujer a la esfera pública.

Así las cosas, algunas mujeres argentinas lograron obtener títulos universitarios y comenzaron a formar asociaciones de mujeres. Por ejemplo, en 1882 Cecilia Grierson

comenzó sus estudios de medicina y se recibió siete años después, siendo entonces la primera mujer del país en obtener un título de grado.

Al respecto Giordano (2004) relata:

“[...] Grierson fundó el Consejo Nacional de Mujeres en 1900, con el objetivo de “elevar el nivel moral e intelectual de la mujer”. Petrona Eyle, argentina, se recibió de médica en Suiza en 1893 y revalidó su título en Buenos Aires dos años después. En 1904, fundó el Centro de Universitarias Argentinas y organizó la lucha contra la trata de blancas. Por iniciativa de ese Centro se celebró el I Congreso Feminista Internacional, en Buenos Aires en 1910 [...] Julieta Lanteri de Renshaw, italiana de origen, también se recibió de médica y fue una de las primeras mujeres que obtuvo la carta de ciudadanía argentina. Lanteri participó en la organización del mencionado Congreso. A diferencia de las otras dos, esta mujer tuvo un rol protagónico en la lucha por los derechos políticos durante las primeras décadas del siglo XX. Otra mujer médica “ilustre” fue Elvira Rawson (de Dellepiane), que se destacó por su acción en el Centro Pro-Hogares Maternales Juana Manuela Gorriti (1910) y en la Asociación pro Derechos de la Mujer (1919), donde trabajó junto a Alfonsina Storni y Adelia Di Carlo”.

‘El feminismo que comenzó a perfilarse en 1890 fue un fenómeno urbano de clase media liderado por mujeres que habían tenido acceso a la educación, especialmente la universitaria. Fue característica de este movimiento su apelación a la Nación como el espacio simbólico donde dirimir los intereses particulares. Así, las diferencias de clase, de etnia o de religión no fueron motivos de ruptura entre las mujeres, tampoco entre ellas y las organizaciones de hombres. El mejoramiento de sus condiciones era interpretado por ambos géneros como el mejoramiento de la Nación en su conjunto.’²⁰

Respecto al derecho a la educación, en 1911 el diputado Alfredo Palacios presentó el primer proyecto de ley de voto femenino en el Congreso de la Nación, pero el proyecto fue rechazado sin siquiera ser tratado sobre tablas. Desde aquel proyecto del año 1911 se presentaron otras veintidós iniciativas legislativas, en las cuales tuvo participación, entre otras y otros, Alicia Moreau de Justo.

²⁰Giordano Verónica, Evolución de los derechos civiles de la mujer. Argentina siglo XX. VI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004 p. 8/9

En 1912 se sancionó la denominada “Ley Sáenz Peña” que establecía el voto secreto, obligatorio y “universal”. El voto universal, empero, comprendía únicamente a los varones mayores de edad que hubiesen nacido en Argentina, excluyendo del derecho al voto a las mujeres.

Distinta era la situación de otros países que habilitaron el voto de las mujeres en razón de las luchas feministas que se produjeron en aquéllos, tales son los casos de Nueva Zelanda (1893), Australia (1902), Finlandia (1906) Noruega (1913), Gran Bretaña (1918), Italia (1919) y Estados Unidos de América (1920)..

Finalmente, en septiembre de 1947 se sancionó la Ley 13.010, conocida como Ley Evita, que estableció en su artículo 1º que: “Las mujeres argentinas tendrán los mismos derechos políticos y estarán sujetas a las mismas obligaciones que les acuerdan o imponen las leyes a los varones argentinos”.

Las mujeres votaron por primera vez en 1952 en las elecciones nacionales.

En el año 1926 se dicta la ley 11.357 denominada Ley de Ampliación de la Capacidad Civil de la Mujer. La ley anuló las ‘incapacidades de derecho’ de las mujeres y otorgó a la mujer capacidad plena para administrar sus bienes, formar partes de asociaciones tanto civiles como comerciales, le permitió trabajar y ejercer el comercio, eliminando de hecho su calidad de incapaz aunque seguía incluía en la enumeración del art.55 del Código Civil, mencionado ut supra. Es decir, se le reconoció a la mujer igualdad para ejercer derechos y funciones civiles, ya sean estas solteras, divorciadas o viudas.

El dictado de la ley 11.357 fue producto de organizaciones de mujeres de la época y socialistas. Es de señalarse que la ley también fue la conclusión y el producto de la gran cantidad de proyectos que no lograron sanción pero que fueron presentados desde 1902 en adelante, que pretendían por un lado abolir las desigualdades políticas y civiles de las mujeres y en otros casos motivados para acallar las cada vez más crecientes reclamos feministas.

Sin embargo, el poder que ejercía el marido seguía siendo prioritario por ejemplo en la administración de bienes. La mujer casada no podía disponer a título gratuito de los bienes propios, ni para aceptar herencias sin beneficio de inventario, ni para ejercer tutela o curatela

sino a falta de hermanos y abuelos varones, ni para dejar de habitar con el marido sino en caso de riesgo para su vida, ni para ejercer la patria potestad de sus hijos menores que le corresponde al marido, ni para donar sus bienes o repudiar herencia sin venia marital. Con la ley 11.357, las incapacidades de derecho que pesaban sobre la mujer soltera quedaron totalmente suprimidas.

En el año 1948 la República Argentina ratificó la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Civiles a la Mujer, IX Conferencia Internacional, aprobada en Bogotá, obligando de este modo a adecuar la normativa interna a lo dispuesto en la convención. Lo que ocurrió en 1968 con la ley 17.711,

En 1954, la ley 14.367 introdujo modificaciones respecto a la filiación. El Código Civil estableció originariamente las categorías de hijos legítimos e ilegítimos y entre estos últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales. La ley 14.367 eliminó la calificación entre los hijos extramatrimoniales y elevó su porción hereditaria de la cuarta parte a la mitad de lo que correspondería a un hijo matrimonial.

En 1957, la Argentina ratificó por decreto-ley 9.983 la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles de la Mujer y la Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos Políticos de la Mujer, firmadas en Bogotá en 1948. Se trató de los primeros tratados internacionales firmados por el país que incluían la protección de los derechos de la mujer.

Con el compromiso asumido al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Civiles y Políticos, en el año 1968 se dictó la ley 17.711 que modificó algunos artículos del Código Civil, especialmente los relativos a la capacidad de la mujer mayor de edad cualquiera sea su estado civil, otorgándole plena capacidad legal, y a la administración de bienes y su disposición. La ley modificó parcialmente la ley de Matrimonio Civil: introdujo la posibilidad de divorcio por mutuo consentimiento, aunque sin autorizar la realización de nuevos casamientos.

No obstante los significativos avances de esta ley, continuó existiendo desigualdades para la mujer casada. Así, el domicilio conyugal fue el del esposo y el padre conservó la patria potestad de sus hijos.

El 10 de junio de año 1969 se sancionó la ley 18.248 denominada Nombre de las Personas Naturales, siguiendo costumbres de raíces patriarcales, estableció un orden de inscripción del nombre de las personas de forma obligatoria para la identificación social y jurídica de una persona.

Así en el artículo 4 estableció que:

“Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Si el interesado deseara llevar el apellido compuesto del padre o el materno, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los dieciocho años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse.”.

El artículo 5 dispuso que:

“El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido. Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre. Podrá agregarse el de la madre, en la forma dispuesta en el artículo anterior. Sin embargo, si el reconocimiento del padre fuese posterior al de la madre, podrá, con autorización judicial, mantenerse el apellido materno cuando el hijo fuese públicamente conocido por éste. El hijo estará facultado también, con autorización judicial, para hacer la opción dentro de los dos años de haber cumplido los dieciocho años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Si la madre fuese viuda, el hijo llevará su apellido de soltera.”

En sus orígenes la ley 18.248 estableció que la mujer casada debía llevar su apellido seguido de la preposición ‘de’ y del apellido del esposo. Es decir, resultaba una obligación para la mujer. Si la mujer se negaba a tal obligación, esa actitud podía ser considerada una injuria grave y ser causal de divorcio culpable de la mujer. Además, los hijos debían llevar en primer término el apellido del padre y el de la madre podía eventualmente agregarse en segundo lugar a demanda expresa de ambos. Asimismo el padre conservaba la prerrogativa de elegir los nombres de los hijos.

Como ya se dijo, en el año 1984 la Argentina ratificó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Así las cosas, en 1985 se dictó la Ley n° 23.264 sobre Patria Potestad y Equiparación de hijos extramatrimoniales, haciéndose eco de la Convención Internacional suscripta por Argentina de “Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la mujer”. La mujer queda entonces equiparada al hombre en lo referente a patria potestad y filiación, conteniendo una norma residual que implicaba un principio rector de interpretación que deroga cualquier forma de discriminación contra la mujer.

La ley reguló, entre otras reformas, el ejercicio compartido de la patria potestad y el derecho a elegir el nombre de pila de los hijos. Esta ley eliminó la diferencia de derechos entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Respecto de la patria potestad, se modificó la antigua normativa, estableciéndose que los deberes y derechos sobre las personas y bienes de los hijos corresponden conjuntamente al padre y a la madre.

El 8 de junio de 1987 se dictó la Ley n° 23.515, que incorpora al Código Civil la Ley de Matrimonio Civil, la que en su artículo 4 estableció la modificación de los artículos 8 y 9 de la Ley n° 18.248.

Entonces, la obligación de inscribir el apellido de la mujer seguido de la preposición ‘de’ y del apellido del marido se convirtió en facultativa, tanto para la mujer casada como para la mujer divorciada. Sin embargo, la preposición "de" no es suprimida del texto de la ley y continúa siendo también optativa. El apellido de los hijos sigue siendo el del padre y el de la madre sólo se agrega ante el pedido excepcional de ambos.

Cabe destacar que es recién casi cien años después del casamiento civil ,introducido en 1888, se dicta la Ley 23.515 de Matrimonio Civil y Divorcio Vincular que incorporó al Código Civil la Ley de Matrimonio Civil que antes estaba regulada por la ley 2393.

Esta ley introdujo por intermedio del artículo 1 varias reformas al Código Civil. Modificó, entre otros, los arts. 198 a 200, los que quedaron redactados conforme esta modificación de la siguiente manera:

“Artículo 198. – Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. Artículo 199. – Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad

física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos. Artículo 200. – Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia.”

Se observa que se dejó el antiguo sistema donde la mujer tenía obligaciones hacia su marido y éste a cambio, sin encontrarse obligado de igual manera, le debía protección. De este modo, se establecieron derechos y deberes de asistencia de los cónyuges recíprocos y que el domicilio sea fijado por ambos miembros de la pareja y no ya únicamente por el esposo.

Entre otras modificaciones de interés al tema que convoca, el artículo 1 de la ley 23.515 también estipuló que el art. 206 del Código Civil quedase redactado de la siguiente manera:

“Artículo 206. – Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. Si tuviese hijos de ambos a su carga se aplicarán las disposiciones relativas al régimen de patria potestad. Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos.”

En cuanto a esta reforma es posible afirmar, siguiendo líneas del feminismo igualitario entre géneros, que la tenencia de los hijos, aún los menores de cinco años, como principio debe ser acordada al progenitor más idóneo y capacitado para ello y no únicamente en cabeza de la mujer, dado que no subyace en ella ninguna causa natural que la señale como la indicada o la única persona correcta en la crianza de los hijos. .

En el año 1988 se aprobó la ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios que en su art. 1 estableció que:

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios

determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”

De este modo se incluyó dentro de los actos u omisiones discriminatorios aquellos que son realizados o motivados en el sexo de las personas

El 6 de noviembre del año 1991 se sancionó la Ley n° 24.012 de Cupos permitió una mejora sensible de la representación política femenina. Según el artículo 1 de la ley se modificó el art. artículo 60 del Decreto N° 2135/83, del Código Nacional Electoral del 18 de agosto de 1983, con las modificaciones introducidas por las Leyes Nros. 23.247 y 23.476, por el siguiente:

"Artículo 60. — Registro de los candidatos y pedido de oficialización de listas. Desde la publicación de la convocatoria y hasta 50 días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez electoral la lista de las candidatas públicamente proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales. Las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos. Los partidos presentarán juntamente con el pedido de oficialización de listas datos de filiación completos de sus candidatos y el último domicilio electoral. Podrán figurar en las listas con el nombre con el cual son conocidos, siempre que la variación del mismo no sea excesiva ni dé lugar a confusión a criterio del juez"

En octubre de 1993, la ley se aplicó por primera vez, para la elección de diputados nacionales y concejales metropolitanos.

En el año 1994 sucedieron dos hitos de importancia en esta evolución histórica.

El primer de ellos fue la reforma de la Constitución de la Nación Argentina que con la incorporación del art. 75 inciso 22, le confirió a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer el mayor rango en la jerarquía piramidal junto a la constitución.

El segundo de ellos fue el dictado de la Ley N° 24.417 de Violencia Familiar. Si bien esta ley no es propiamente una ley que establezca pautas para la violencia de género, toda

vez que tutela a todas las personas lo cierto es que implicó un avance en la legislación para la protección de la violencia que se produjese en el seno familiar.

La Ley n° 24.417 permite la adopción de medidas cautelares que pueden ser dictadas judicialmente en protección a los miembros del grupo familiar que han sido víctimas de hechos de violencia (física o psicológica), cometidos por otros miembros del grupo familiar.

En el año 2003 se dictó la Ley n° 25.781 que modificó el art. 1276 del Código Civil, el que quedó redactado de la siguiente manera: ‘Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuese dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto.’

En el año 2009 se sanciona la Ley n° 26.485, la que por su relevancia será tratada en el acápite siguiente.

En esta línea de evolución en los derechos de la mujer, encontramos también que el 24 de mayo de 2012 se promulga la ley 26.743 de Identidad de Género.

Esta ley resulta de gran importancia en tanto establece que toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; y c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

En el art. 2 refiere que se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Como regulación importante y de gran relevancia en el marco de los derechos de identidad de género, establece en el art. 3 que cualquier persona podrá rectificar su sexo ante el Registro Civil, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su

identidad de género auto-percibida, ello mediante un trámite expedito y breve que no requiere intervención judicial.

Para poder rectificar ante el Registro Civil se requiere tener como mínimo la edad de 18 años y en caso de menores de esa edad se requiere representación legal y expresa conformidad del menor.

Incluso, como se señaló anteriormente, también se ha logrado la inscripción de personas sin sexo o sin género en los documentos de identificación ante el Registro Civil.

El de 14 de noviembre del 2012 se sanciona la Ley n° 26.791 y se promulga el 11 de diciembre del mismo año, incorporándose el femicidio como una agravante del homicidio simple y no como figura autónoma, en el inciso 11 del art. 80 del C.P.

En el año 2015 se sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), ello conforme señala Sbdar (2015)²¹ generó avances en materia de igualdad de género, destacó el valor económico del trabajo en el hogar, iguala derechos en los apellidos de los hijos, incluye la compensación económica en las parejas (art. 439 del CCyC) y la convención matrimonial, entre otros avances.

Agrega la autora que se incorporó la figura de las uniones convivenciales (art. 509 del CCyC), las técnicas de reproducción humana asistida y la regulación de ciertos principios básicos relativos a los procesos de familia -como la modificación de instituciones clásicas como el matrimonio, el régimen de bienes, el divorcio, el parentesco, la filiación y la adopción. El apellido del padre dejó de tener prioridad.

Asimismo, la noción de patria potestad se reemplaza por el concepto de responsabilidad co-parental (arts. 638, 639 y 640 CCyC).

Finalmente, se establece en el nuevo CCyC la opción de las convenciones matrimoniales que pueden realizarse antes del casamiento, sobre la separación, administración y disposición de los bienes (art. 463 CCyC y ss).

²¹ Sbdar, Claudia, “La perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, www.infojus.gov.ar, 4 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150489, consulta: 18 de febrero de 2021.

4.2. Especial referencia a la violencia contra la mujer en el Código Penal Argentino

Sin ingresar en el análisis de los distintos tipos penales y la evolución que tuvieron estos en el C.P. por no ser el objeto del presente trabajo, es relevante mencionar que en la ley de fondo penal de 1921 la temática de violencia de género se encontraba excluida de regulación por falta de interés social y político en la cuestión. Como señala Buompadre (2013) se consideraba en la época que los hechos de violencia contra las mujeres ocurrían en un ámbito privado y que no eran muy graves o que eran naturales y tolerados.

Sin embargo, la regulación disímil que tenían algunas figuras penales denotaba la diferencia entre el varón y la mujer, tales como el adulterio en el que el varón era reprimido si mantenía manceba con una mujer o fuera de la casa conyugal mientras que la esposa era reprimida si mantenía una sola relación sexual. Asimismo, se puede mencionar la figura del avenimiento, eliminado en el año 1999, que era un beneficio que podía hacerse entre la víctima y el imputado del delito sexual; lo que –como se verá más adelante- se encuentra vedado por el plexo normativo constitucional y convencional de la argentina en materia de protección de la mujer.

Otro hito histórico sucedió con la incorporación en el año 2012 del femicidio/feminicidio con la sanción y promulgación de la Ley n° 26.791. Así, se incorporaron al art. 80 dos agravantes: el inciso 11 que reprime a quien causare la muerte “A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”; y el inciso 12 que reprime a quien causare la muerte a otra persona “Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°.”. Quedaron así incorporados el femicidio/feminicidio íntimo, no íntimo y transversal.

Finalmente, es dable destacar que recientemente se ha sancionado la Ley n° 27.610, de Acceso a la Interrupción Legal del Embarazo, confiriendo el derecho de la mujer y otras personas gestantes, entre otros enumerados en el art. 2, a decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la normativa de la ley. En consecuencia, en el art. 16

de la ley mencionado se reguló la sustitución del artículo 86 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

“Artículo 86: No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional. Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante: 1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida. 2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.”

De esta manera, siguiendo los lineamientos del debate legislativo, se reconoció a la mujer su capacidad de autodeterminación y a decidir sobre su propio cuerpo.

4.3. Marco internacional

Los derechos de las mujeres y de las niñas son considerados derechos humanos, ello con arreglo al derecho internacional.

Desde muy antiguo las personas reclamaron el reconocimiento de un montón de derechos que consideraron fundamentales para la dignidad humana llegando a un reconocimiento de ellos en el S XVIII con la Revolución Francesa, en la que se dictó los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y la Constitución Norteamericana como resultado de la independencia de los Estados Unidos,

Sin embargo cabe señalar que las actas labradas en razón de esos hitos históricos y los venideros refirieron siempre al hombre y al ciudadano excluyendo en consecuencia a la mujer

El 5 de septiembre de 1791, esto es, unos años después de la Revolución Francesa y la redacción de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, una escritora francesa Marie Gouze, conocida como Olympe de Gouges (1748-1793) redactó uno de los primeros documentos considerados como feminista revolucionario, utilizando un nombre casi igual al que resultó de la Revolución Francesa; lo llamó la Declaración de los Derechos de la Mujer

y de la Ciudadanía cuyo objetivo era lograr una igualdad real entre mujeres y varones o equiparación jurídica entre ellos.

El preámbulo de la declaración de Gouges afirmó que la causa de los males públicos y la corrupción fueron producto de la discriminación de la mujer en estos ámbitos, los que estaban exclusivamente regulados por y para el hombre, entre otras declaraciones que colocaban a la mujer como el sexo superior, presumiblemente articuladas para generar un impacto en la sociedad de la época en la que el hombre dominaba los ámbitos tanto de la vida pública como de la vida privada.

El artículo 1 de la Declaración de los Derechos de las Mujeres y la Ciudadanía quizá es el más relevante en cuanto sostenía que la mujer nace, permanece y muere libre al igual que el hombre en derechos.

Finalmente, Olympe de Gouges fue acusada de traición a la revolución por oponerse a la pena de muerte contra el rey Luis XVI, por este cargo fue arrestada y guillotizada el 3 de noviembre de 1793.

En esta misma línea, la escritora y filósofa inglesa Mary Wollstonecraft escribió en 1792 su obra Vindicación de los derechos de la mujer. En ella expresó que hombres y mujeres debían ser tratados iguales como seres racionales

En 1928 se estableció en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) fue el primer órgano intergubernamental creado para asegurar el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres y es el único foro político hemisférico para los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género.²²

Hacia el año 1948, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se dictó la Declaración Universal de Derechos Humanos en el marco de Naciones Unidas, documento que posee una enumeración de los derechos fundamentales de las personas.

Este documento fue elaborado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, mediante Resolución 217 A (III), y marcó un hito en la

²² <http://www.oas.org/es/cim/>, s/f

historia de los derechos humanos, erigiéndose como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

La Declaración Universal estableció en su preámbulo que los pueblos de las Naciones Unidas reafirman su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y *mujeres*, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Específicamente en su artículo segundo refiere que:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Es este el primer documento internacional que declara que hombres y mujeres gozan de los mismos derechos fundamentales siendo prohibida expresamente la discriminación en razón del sexo.

Cabe destacar, como ya se ha analizado, que la discriminación no es por el sexo sino por el género, siendo el sexo la justificación que se utilizó para categorizar lo que es femenino y masculino y no una razón en sí misma.

Durante el primer año de la creación de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social fundó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer como el principal organismo internacional para la creación de políticas dedicadas exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Entre sus primeros logros, se encontró asegurar el uso neutro de la lengua en cuanto al género para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos.²³

²³ <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/gender-equality/index.html>, s/f

En el año 1975 la Asamblea General declaró éste como el Año Internacional de la Mujer y organizó la primera Conferencia Mundial sobre la Mujer en Ciudad de México.

Por esta conferencia se declaró el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1976-1985) y se creó el Fondo de Contribuciones Voluntarias para el Decenio.

Dentro de los documentos del ámbito internacional y que conforman el marco de protección específico de los derechos de la mujer, se deben mencionar dos grandes instrumentos:

El primero de ellos, nacido del resultado insuficiente para detener la discriminación contra la mujer que proponía la Declaración Universal de Derechos Humanos, es la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés CEDAW, aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por 187 países.

El 8 de mayo de 1985 fue aprobada en Argentina mediante Ley 23.179 y promulgada el 27 de mayo de 1985.

Este documento internacional de enorme avanzada para los derechos de la mujer, reconoce y recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el alimento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

El segundo instrumento internacional de relevancia con el que contamos, es la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención Belem Do Para, adoptada por Ley n° 24.632, sancionada el 13 de marzo de 1996 y promulgada el 1 de abril de 1996. Esta convención establece un por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad.

En lo pertinente para este trabajo, la convención establece en su art. 1

“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

El art. 2 prevé:

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

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.”

El art. 3, art. 4, art. 5 y art. 7 inciso b, c, d y f, establecen el derecho que tiene la mujer a vivir una vida libre de violencia en todos los ámbitos en los que desarrolla su vida, a que el estado garantice la protección de su dignidad, integridad física y la de su familia, que se garantice la tutela efectiva de sus derechos y el acceso a medidas de protección efectivas, la obligación de los órganos estatales de actuar con la debida diligencia en sus investigaciones, en la protección de la mujer y en la aplicación de las sanciones que correspondan,

5. La Ley n° 26.485. Disposiciones y comentarios

El 11 de marzo de 2009 se sanciona la Ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en los que Desarrollen sus relaciones Interpersonales. Esta ley no deroga la Ley nro. 24.417 sino que ambas coexisten siendo aplicable la Ley nro. 26.485 en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la primera de ellas.

La ley n° 26.485 es una ley de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República Argentina.

El art. 2 establece los objetivos de la ley, a saber:

“Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;
- b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;
- c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;
- d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres;
- e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;
- f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;
- g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.”

El inciso a) establece el objetivo claro y primordial de la ley, cual es eliminar o socavar las desigualdades que existen entre hombres y mujeres. Vale aclarar que ello no significa desconocer algunas particularidades de la mujer que deben ser atendidas conforme su contexto (etnia, religión, sexualidad, etc) sino igualar para que no existan practicas estereotipadas y diferencias estructurales entre ellos.

Los incisos b), f) y g) revisten una trascendencia primordial para este trabajo, pues establece el derecho que poseen las mujeres a vivir una vida sin violencia y a que el Estado, a través de sus órganos, tutele y garantice de forma efectiva ese derecho, protegiéndola contra toda discriminación y agresión que atente contra su integridad física y su salud, sus bienes, etc. El acceso a la justicia debe ser integral, permitiendo a la mujer acceder a todos

los servicios, de forma gratuita cuando sea necesario, y acompañamientos en caso de ser necesario.

Los incisos c) y d) regulan la obligación estatal de promover las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres a través del desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres. Ello implica la articulación por los organismos estatales de programas destinados a producir cambios socio-culturales, que concienticen a la población de la problemática y que prevean los mecanismos necesarios para erradicar la discriminación contra las mujeres.

Finalmente, el inciso e) refiere a los patrones socioculturales que son aquellos que resultan la base de las diferencias entre los géneros, son prácticas consuetudinarias que expresan de distintas formas que esas desigualdades existen. Estas prácticas incrementan la discriminación hacia la mujer en todos los ámbitos en los que desarrolla su vida, sirven de motor para continuar con las ideas patriarcales, alientan la asignación de roles femeninos y masculinos en tareas productivas y reproductivas, etc.

Seguidamente, en el articulado de la normativa se encontrarán la enumeración de los derechos protegidos de la mujer, concepto de violencia de género, tipos de violencia de género y modalidades de perpetración de esa violencia, a los que se aludirá más adelante.

Asimismo, la ley establece que los tres poderes del Estado Argentino. Tanto en el ámbito nacional como provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de esos fines deberán garantizar una serie de preceptos rectores enumerados en el artículo 7 el que dice:

“a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;

b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;

c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;

d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;

e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiéndose a entidades privadas y actores públicos no estatales;

f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;

g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;

h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.”

La ley crea un organismo competente para su aplicación denominado Consejo Nacional de Mujeres, y dentro de éste se crea el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, destinado al monitoreo, recolección, producción, registro y sistematización de datos e información sobre la violencia contra las mujeres.

Respecto a los procedimientos, se prevé que la mujer víctima de violencia pueda efectuar la denuncia correspondiente en forma oral o escrita, ante el Ministerio Público cualquier juez de cualquier fuero e instancia, pudiendo éstos adoptar las medidas preventivas urgentes que consideren necesarias, enumeradas en el artículo 26, aunque resulten incompetentes en razón de la materia. Estas medidas serán analizadas en el Capítulo III.

5.1 Tipos de violencia contra la mujer. Descripción

El art. 5 de la ley 26.485 prevé que quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, esto es, en el concepto de violencia contra la mujer, los siguientes tipos de violencia:

1.-Violencia física: se define legalmente como la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física.

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

3. Violencia sexual: Es cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. La violencia contra las mujeres incluye, junto con la física y la psicológica, a la violencia sexual y se refiere tanto a las acciones o conductas que tengan lugar dentro de la familia, como a las que se produzcan en lugares de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud o en otros espacios, tanto del ámbito público como del privado.

En este tipo de violencia se tendrá en cuenta lo dispuesto por las normas relativas a la Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas - Ley nº 26.364.

4.- Violencia económica y patrimonial: Es aquella violencia que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

- a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; En los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y éstos/as vivan con ellas, las necesidades de los/as menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna.

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- Violencia simbólica: Es aquella violencia que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

5.2. Modalidades de violencia de género contra la mujer

La ley 26.485 establece en su artículo 6° que a los efectos de esa ley, se entiende por modalidades aquellas formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos.

Cabe señalar que las modalidades de violencia de género contra la mujer que efectúa el art.6 de la ley señalada, no resulta una enumeración taxativa o que pretende agotarse en sí misma, sino que será la misma ley, las convenciones y tratados de derechos humanos y el *soft law* referentes en la temática los que permitirán interpretar cuando en la casuística se presente otro tipo de modalidades.

Las distintas modalidades de violencia contra la mujer con las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o

patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres.

Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

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

Es decir, refiere a aquella violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, funcionarios e instituciones estatales.

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

La discriminación laboral contra la mujer comprende las acciones u omisiones que tengan por fin excluir o discriminar a la mujer, anulando o alterando la igualdad de trato, de oportunidades de empleo, ocupación de puestos, igualdad de salario o remuneración por trabajo de igual valor, conforme el artículo 7, párrafo a punto i del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 11, párrafo 1 punto d de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 1951 OIT 100

El art. 1 del Convenio C100 determina que la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

El Convenio C111 ‘Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación’ de la Organización Internacional del trabajo determinó en 1958 que la discriminación laboral comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación

A ello debe agregarse que no debe realizarse discriminación por el género femenino, dada la inclusión de las mujeres transgénero en la conceptualización de la mujer.

Como vemos son numerosas las convenciones dictaminadas por la OIT en las que se hace expresa referencia a la prohibición de violencia laboral en razón del género.

Así, la Convención C190 ‘Convenio sobre la violencia y el acoso’ dictada para fecha 2019, reconoció que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, y también que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

El derecho reproductivo refiere a la posibilidad de decidir en forma autónoma y sin discriminación si tener o no tener hijos, cuántos hijos tener y el intervalo entre sus nacimientos, para lo que se requiere disponer de información suficiente y acceso a los medios adecuados.

En consecuencia, se considerará violencia a toda acción u omisión que atente contra el derecho reproductivo que provenga de instituciones de atención a la salud o su personal médico, tanto público o privado, como de cualquier persona.

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

‘La violencia obstétrica es aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales... La violencia obstétrica puede afectar a la mujer y a su hijo durante el embarazo, el parto e incluso el post parto. Se manifiesta mediante prácticas, conductas, acciones u omisiones, sobre la mujer y el recién nacido, realizada por los profesionales de la salud que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, afectan el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres.’²⁴

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres

La ley 26.485 establece que el Consejo Nacional de la Mujer, para garantizar el logro de los objetivos de la presente ley, deberá articular y coordinar las acciones para el cumplimiento de la presente ley, con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal, y con los ámbitos universitarios, sindicales, empresariales, religiosos, las organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres y otras de la sociedad civil con competencia en la materia.

²⁴ <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/proteccion/violencia-obstetrica>, s/f

Asimismo, el Consejo Nacional de las Mujeres tiene entre sus objetivos la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, patrones que se reproduce a través de lo que se denomina violencia mediática.

6. Antecedentes jurisprudenciales y precedentes

Para finalizar el presente capítulo se considera pertinente realizar un recorrido por los distintos antecedentes jurisprudenciales más relevantes en el ámbito provincial, nacional e internacional respecto a la materia de violencia de género.

En adelante se expondrán los extractos más relevantes de cada precedente tratando diversas temáticas tales como el concepto de violencia de género, los estereotipos como forma de discriminación, los grupos en situación de vulnerabilidad, etc.

6.1. Antecedentes jurisprudenciales en la Provincia de Mendoza

En la Provincia de Mendoza la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado respecto a los alcances que tiene la violencia de género y la aplicación de la perspectiva de género en el proceso penal y las resoluciones que en éste se dicten.

En consecuencia, se expondrán a continuación una serie de precedentes actuales del Máximo Tribunal Provincial que abordan la problemática de violencia de género y los que, en alguno de ellos, demuestran las distintas posturas que se adoptan en la interpretación de la perspectiva de género y sus alcances.

6.1.1. Violencia de género, concepto y enfoque. Diferentes posturas sobre su aplicación.

En el año 2020, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia dictó sentencia en la causa N°13- 05037523-9 caratulada “F. c/ Zurita Abrego Jesús Manuel y Alcaraz Pérez María Fernanda P/Casación”.

La decisión entre los miembros del Máximo Tribunal no fue uniforme encontrando distintas posturas respecto a la aplicación de la perspectiva de género.

Así, en primer término el preopinante Dr. Omar Palermo, luego de realizar una somera síntesis de la base fáctica, del fallo cuestionado así como del recurso deducido por la defensa, la vista al procurador y a la asesora de menores, adelantó que la valoración de la prueba por el *a quo* fue arbitraria y que debía ser declarada nula por la ausencia de perspectiva de género en la valoración de los hechos y en consideraciones en el ámbito de la teoría del delito.

Cabe resaltar que Jesús Zurita Abrego y María Fernanda Alcaraz, fueron condenados a la pena de diecinueve años de prisión. El primero como autor de los delitos de abusos sexuales simples agravados por la convivencia y por ser encargado de la guarda en concurso real (reiterados en un número indeterminado de hechos), en concurso real con abusos sexuales con acceso carnal en concurso real (dos hechos) agravados por ser encargado de la guarda y la convivencia preexistente en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores agravada por la situación de guarda y convivencia (arts. 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo letra b y f del cuarto párrafo, 55, 119 tercer párrafo, en función con el cuarto párrafo letra b y f, 54, 125 tercer párrafo, 12 y 29 inc. tercero del Código Penal). María Fernanda Alcaraz Pérez fue condenada como partícipe necesaria en aquellos delitos atribuidos a Jesús Zurita Abrego.

Refirió el Dr. Palermo en cuanto a la ausencia de perspectiva de género que de las expresiones del representante del Ministerio Público Fiscal como del juez sentenciante se desprendió que se investigó a Alcaraz por su moralidad y su forma de ejercer la maternidad. Luego de reproducir las expresiones del órgano acusador, el Dr. Palermo señaló:

“Esas expresiones dan cuenta de las ideas y pensamientos vinculados al ejercicio de la maternidad –que es llevado adelante por mujeres– resultantes de modelos y patrones que, aceptados social y culturalmente, aparecen derivados del sistema patriarcal. Tales concepciones fijan y determinan un modelo de maternidad que no respeta la diversidad de las concretas personas y, en definitiva, asigna mayor responsabilidad a las mujeres que a los varones frente al compromiso parental. Estos preconceptos emitidos verbalmente cuando se trasladan al proceso judicial, determinan la investigación, la selección de los medios de prueba, la valoración de ellas y finalmente la decisión sobre la conducta atribuida, de manera que vician las reglas de debido proceso legal. Ello es lo que ha ocurrido en las presentes actuaciones.”

“En este sentido, conviene recordar que es deber de los operadores judiciales adecuar su accionar funcional al enfoque de géneros, y que ese deber deriva de un mandato convencional y constitucional incuestionable. La normativa constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales especializados dan cuenta de ello de manera acabada. Sumado a ello, el principio de igualdad ante la ley impone la obligación de analizar los conflictos a resolver desde un enfoque libre de los condicionamientos hegemónicos derivados del orden patriarcal –que, a su vez, se expresan de diferentes formas y en distintos momentos.”

“Este deber no puede entenderse concentrado exclusivamente en aquellas causas en las que se resuelvan delitos cometidos en contexto de violencia de género –eje sobre el cual la producción jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia ha sido muy prolífera– sino que es extensivo e impacta en todo proceso en el cual se ventilen cuestiones relacionadas con derechos de mujeres y diversidades. Así, en tal contexto, el enfoque de géneros adquiere relevancia.”

En cuanto al análisis con perspectiva de género del caso desde el ámbito de la teoría del delito, agregó el Dr. Palermo:

“[...] De tal modo, debió determinarse a nivel del tipo objetivo la capacidad individual de acción de Fernanda Alcaraz en orden a la posibilidad de evitación de los hechos endilgados. Asimismo, debió analizarse transversalmente el caso, desde la perspectiva de género, pues ello hubiera podido incidir, o no, en la determinación de la existencia de una posible causa de justificación o de exculpación del comportamiento de Fernanda Alcaraz”.²⁵

En igual sentido al ministro preopinante se expresó el Juez Dr. Mario Adaro. En sentido opuesto el juez Dr. José V. Valerio señaló:

“[...]En materia penal el método de análisis con perspectiva de género que debe ser utilizado cuando la mujer es víctima de un delito, es para asegurar que la ley, que es igual para todas las personas, sea también aplicada con igualdad de trato ante ella, evitando la discriminación por usos y costumbres derivadas de la cultura estereotipada patriarcal –como poder ideológico, que se vale de la posesión de ciertas formas de saber, información o códigos de conducta, incluso por la posesión de ciertos bienes que le dan la primacía a algunos varones sobre los restantes integrantes de cada grupo de pertenencia de varones, mujeres y niños/as; y entre los varones al primigenio; como de los

²⁵Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, CUIJ: 13-05037523-9/1((018601-40710)) Querellante Y F. C/ Zurita Abrego Jesus M. y Alcaraz Perez Maria Fernanda P/ Abuso Sexual Agravado (40710/18) (40710) P/ Recurso Ext.De Casación *10520336

varones sobre las mujeres y de éstas sobre los niños/as—, para ejercer una influencia sobre el comportamiento de los demás e inducir a los miembros del grupo a efectuar o no efectuar una acción, o machista —como ejercicio o manifestación de la fuerza o económico, que se impone por la asimetría entre los varones y de estos con las mujeres—, como capacidad de determinar el comportamiento de los demás; pero ambos imponen rígidos roles que contribuyen a instituir y mantener sociedades desiguales, divididas entre fuertes y débiles, ricos y pobres, como de sabios e ignorantes (ver Bobbio, Norberto, Estado, Gobierno, Sociedad). Es decir que, este método de análisis es para asegurar que la conquista de la igualdad consagrada en el art. 16 de la CN, donde además de ser iguales las personas ante la ley y esta una misma para los habitantes, en los hechos tenga una acción y fuerza uniforme (art. 7 de la Constitución de Mendoza). Este método de análisis con perspectiva de género, para asegurar la igualdad de trato, significa que, en la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos, la hipótesis preliminar investigativa, la recolección de elementos, búsqueda de evidencias, como su cotejo y valoración, que determinan la teoría del caso, la teoría de la prueba y la teoría jurídica que le corresponde, debe efectuarse en contexto. Ello, como debe hacerse con relación a todos los hechos delictivos en el sistema de justicia. Es decir, que la perspectiva de género es un método que pretende garantizar un trato igualitario, sin discriminación, ni prejuicio.” .

Agrega el Dr. Valerio:

“En el caso bajo examen, debemos tener en cuenta que la víctima del delito que se investiga y juzga es la menor V.M.M., que además de requerir un enfoque diferencial de víctima, según la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (27.372), tiene una doble condición de vulnerabilidad: por ser mujer y niña (11 años). Por lo que se impone lo que la Corte IDH denomina el enfoque interseccional, lo que implica necesariamente que se aplique con relación a ella la perspectiva de género en cuanto a su condición de mujer y la debida perspectiva del interés superior de niña, por la edad, debiendo actuarse con la debida diligencia reforzada especial, que el caso requiere y es imprescindible en los procesos penales sobre la investigación y juzgamiento de delitos de violencia sexual en perjuicio de niñas y el deber de no revictimización (conforme los precedentes reseñados de la Corte IDH y las disposiciones de la Ley 27.372).”

“Ahora bien, trasladar simplemente el método analítico de perspectiva de género para la investigación y juzgamiento de la víctima de delitos, cuando no se trata de la víctima del delito investigado, o no existe una relación víctima/victimario que se invierte —como en la relación de pareja cuando la víctima de la violencia de género es la autora del hecho que se investiga y resulta necesario el método por la estrecha vinculación contextual—, o cuando la relación con violencia de género se superpone con la co-delincuencia —entre los coautores o autor/partícipe del hecho investigado quienes tienen entre ellos una relación de violencia de género, como los padres acusados de violencia

contra la hija–, sin definir cuál tiene prioridad y/o a qué aspectos debe ser aplicada, constituye un error. Ello trae como consecuencia la tergiversación del hecho penal investigado pasando a tener centralidad la relación de violencia de la acusada con un tercero al hecho delictivo que se investiga y, con esto, se invisibiliza a la verdadera víctima de violencia sexual, la mujer y niña V.M.M., violando la ley de víctimas y el imprescindible el enfoque interseccional, por ser víctima de violencia de género, violencia sexual, siendo mujer, niña, embarazada y testigo”²⁶

En el precedente Di Cesare²⁷, uno de los casos más resonantes de los últimos tiempos a nivel provincial, el que tuvo como desenlace el femicidio de Julieta González en el año 2016, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en enero de 2021, condenó con la pena máxima de prisión perpetua al imputado por considerarlo autor penalmente responsable del delito de femicidio, art. 80 inciso 11 del C.P., revocando el fallo emitido en el juicio oral y público que había descartado la aplicación de la agravante de violencia de género.

El Máximo Tribunal, con voto preopinante del Dr. Palermo, al referirse al tipo penal de femicidio dijo:

“Pues bien, para dilucidar la procedencia del tipo de femicidio -toda vez que no todo delito cometido por un varón contra una mujer constituye per se un hecho de violencia de género- resulta necesario definir pautas sobre cómo la violencia de género puede expresarse en el contexto de la muerte de una mujer y sobre su relevancia jurídico penal. Debe decirse, en primer lugar, que tal entendimiento debe resultar necesariamente de un proceso analítico anclado en el enfoque de géneros. De esta manera considero que para determinar cuándo un delito de homicidio cometido por un varón contra una mujer constituye el delito de femicidio es necesario partir de una primera premisa: no debe tenerse por acreditada, necesariamente, la existencia de una relación de violencia de género anterior a los hechos -contrariamente a lo sostenido por el a quo-. Esta interpretación, en efecto, se postula como la que mejor satisface los deberes internacionales vigentes en materia de investigación y sanción de hechos de violencia contra las mujeres. De este modo, es necesario explorar un poco más el grupo de casos en los que puede manifestarse un despliegue de violencia del varón hacia la mujer con base en una relación de asimetría de poder. Relación que, entiendo, puede

²⁶Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, CUIJ: 13-05037523-9/1((018601-40710)) Querellante Y F. C/ Zurita Abrego Jesús M. y Alcaraz Pérez María Fernanda P/ Abuso Sexual Agravado (40710/18) (40710) P/ Recurso Ext. De Casación *10520336, 2020.

²⁷Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, CUIJ: 13-04879157-8/1((018602-97026)) Fc/ Di Cesare Melli, Andrés Salvador P/ Homicidio Agravado (97026) P/ Recurso Ext. De Casación *104963270*, año 2021.

ser producto de un proceso gradual y prolongado de maltrato que culmina con la máxima despersonalización de la persona agredida, es decir, con su muerte; o que bien puede ser producto de un contexto situacional específico.”

Y añade al respecto y en relación al caso concreto:

“Y este es el caso del femicidio de Julieta González. Su muerte encuentra razón en el vínculo de poder asimétrico existente entre ella y Andrés Di Césare -más allá de la ausencia del historial de violencias que reclama el a quo debido tanto a la brutalidad de la específica forma de ejecución del homicidio, así como en la discusión que los enfrentara dentro del automóvil momentos previos al hecho, la cual, como permiten deducir las búsquedas del autor posteriores al hecho en diversos portales de internet, posiblemente se debería a un supuesto embarazo. Aristas que permiten afirmar fuera de toda duda que Di Césare mató a Julieta González por ser mujer, lo que configura un homicidio agravado por mediar violencia de género conforme las exigencias del art. 80 inc. 11 del Código Penal.”

“Por ello, para la consideración jurídico penal de la conducta del acusado es imperioso reparar en la extrema violencia con la que ejecutó el hecho. Una de las características diferenciales de los femicidios es la mayor crueldad o ensañamiento que se registra sobre los cuerpos de las víctimas [...]”.

En voto ampliatorio, el Dr. José Valerio refirió:

“En relación con este punto de la censura casatoria, coincido con la conclusión alcanzada en el voto preopinante. Ello por cuanto, según aprecio, la plataforma fáctica debidamente acreditada en la sentencia resulta plenamente encuadrable dentro de los márgenes legales que dan forma al delito de femicidio previsto y penado por el art. 80 inc. 11 del Código Penal, dado que resultó acabadamente demostrado que la muerte de la víctima se produjo por razones asociadas a su género, dentro de un marco caracterizado por una evidente y marcada relación desigual o asimétrica de poder basada en la idea de superioridad de Di Césare -autor- respecto a la inferioridad de Julieta González -víctima- (“la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino”, en términos de los sentenciantes). Supremacía que ha sido utilizada y aprovechada efectivamente por el encartado para concretar su intencionalidad delictiva mediante el despliegue de una extrema violencia física sobre la integridad corporal de la víctima destinada a ocasionar su deceso. Dicho en otros términos, a mi modo de ver –y a diferencia del tribunal de la instancia anterior– ha quedado demostrado más allá de toda duda razonable, que existió de parte del acusado un excesivo despliegue de violencia física hacia

una víctima mujer, ejerciendo en el momento del ataque todo su poder sobre ella, impidiéndole – asimismo– desplegar maniobras defensivas que –en algún punto– pudieran resultar exitosas.”

6.1.2. Deber de debida diligencia

En el ya mencionado precedente DiCesare, el Dr. Omar Palermo manifestó:

“De tal deber estatal reforzado surgen pautas de actuación que deberán ser observadas por los órganos de los sistemas de justicia y que dependerán de la naturaleza específica de las vulneraciones a derechos de las mujeres que se estuvieren juzgando. En paralelo, surgen otras obligaciones de corte general o transversales de mandato ineludible para todo el sistema judicial. Una de ellas, conforme ya señalé en anteriores pronunciamientos, es la de la introducción de la perspectiva de géneros en la investigación y juzgamiento de toda cuestión en la que se vean involucrados los derechos de las mujeres y las diversidades (véase, por ejemplo, «Zurita Abrego» o «Medina» -voto propio-)”

6.2. Antecedentes jurisprudenciales en Argentina

6.2.1. Al respecto del concepto de violencia de género

En el tristemente célebre caso del femicidio de la niña A.R. sucedido en el año 2013, en respuesta a los agravios interpuestos por la defensa del condenado Jorge Mangieri, los miembros de la Cámara de Casación Penal argumentaron en relación a qué debe entenderse por violencia de género que:

“Pero el punto central es otro, que se enlaza con la violencia de género y le otorga a la figura su carácter agravado: la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión del autor es sometándose a su voluntad. La contracara es que son muertas por no haberse sometido. En este sometimiento y cosificación de la víctima reside una de las claves para interpretar la violencia de género y el femicidio.[...] Ni el hecho de que se haya tratado de un suceso puntual y aislado, ni la ausencia de un cuadro de violencia o sometimiento previo en el trato entre el agresor y la víctima, descartan su calificación como un acto de violencia de género en los términos explicados. Está claro que Mangieri es un hombre y que su víctima era una mujer, con la cual mediaba una considerable diferencia de edad y una evidente relación desigual de poder físico (dada la vulnerabilidad de ella, consecuencia de estos dos factores). Además, y en los términos en que el tribunal de mérito tuvo por

probado el hecho, ante la falta de sometimiento de Ángeles Rawson a los deseos de Mangieri, éste le provocó la muerte. Así, la tipificación del suceso en el art. 80 in c. 11º, CP, resulta correcta”.²⁸

El Superior Tribunal de Córdoba resolvió en el año 2016 en el caso “Trucco” en razón del recurso deducido por la defensa de Sergio Daniel Trucco ante la denegatoria del beneficio de suspensión de juicio a prueba por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de la ciudad de Río Cuarto. El Tribunal Superior de Córdoba en contestación de los agravios de la defensa dirigidos a cuestionar la subsunción del tipo en violencia de género, señaló:

“Las características de la violencia de género emergen del contexto, que no se puede apreciar aislando sólo el suceso que se subsume en el tipo penal. Es generalmente en el contexto por implicar un ámbito mayor al seleccionado por el tipo, en donde se podrá confirmar o descartar que la violencia familiar es a la vez violencia de género. El contexto demanda la exploración de la relación autor/víctima, sin caer en estereotipos, a través de informes o pruebas técnicas que incluyan también las personalidades de ambos, y el análisis de las características cualitativas de la violencia, en vista al rasgo identitario central de la violencia de género. Ese rasgo, dada la vinculación entre violencia y discriminación, reside en examinar conforme a las pruebas del contexto, si la relación autor/víctima puede considerarse como una vinculación superior/inferior, por la desigualdad real en la que la víctima se encontraba y en la exteriorización de la posición de poder del varón a través de violencia de cualquier clase aunque no se subsuma penalmente.”²⁹

6.2.2. El deber de diligencia debida

El fallo Trucco del Tribunal Superior de Córdoba, en cuanto al deber de debida diligencia expuso:

“Estas obligaciones de "devida diligencia" adquieren una connotación especial en relación a la violencia de género reflejado en la Convención interamericana, por la preocupación en el hemisferio de la gravedad del problema de la violencia y su relación con la discriminación, destacando la jurisprudencia interamericana la importancia de una investigación que debe efectuarse con seriedad y no como una mera formalidad destinada de antemano al fracaso (CIDH. Acceso a

²⁸Cámara Nacional De Casación En Lo Criminal y Correccional- SALA 2 CCC 29907/2013/T02/CNC2 Reg. N° 44112017, Fallo Mangieri, 2013

²⁹ Sala Penal - Tribunal Superior Protocolo de Sentencias N° Resolución: 140 Tomo: 4 Folio: 1073-1082, Fallo Trucco, Año 2016

Justicia para las Mujeres Víctimas de violencia en las Américas. Doc. 68, 20/1/2007, P. 15 párraf. 32, P. 19 párraf. 40).”³⁰

6.2.3. Sobre la procedencia del art. 76 bis del C.P. en los casos de violencia de género

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Góngora”, en el que se discutió la calificación legal de violencia de género, estableció que:

“7) Teniendo en cuenta la prerrogativa que el derecho interno concede a los jueces respecto de la posibilidad de prescindir de la realización del debate, la decisión de la Casación desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]. En sentido contrario esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un “procedimiento legal, justo y eficaz”, que incluya un “juicio oportuno” [...], la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado el referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente”.

Agrega el Máximo Tribunal en abono a su postura:

“...el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal [...] en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigidas por la Convención.”³¹

³⁰Sala Penal - Tribunal Superior Protocolo de Sentencias N° Resolución: 140 Tomo: 4 Folio: 1073-1082, año 2016

³¹ CSJN, G. 61. XLVIII., Recurso de Hecho, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092", 23/04/2013.

6.3. Antecedentes jurisprudenciales en la CIDH

6.3.1. Los estereotipos de género

Al respecto la CIDH tiene dicho en el Caso González y otras vs. México, conocido como “Campo Algodonero”, se dijo:

“401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”³²

En el año 2012 en el caso Atala Riffo, la Corte IDH estableció directivas dirigidas a evitar que se redacten y se fundamenten resoluciones jurisdiccionales basadas en estereotipos que constituyan un acto discriminatorio. En tal sentido, la Corte dijo:

“145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”). 146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad [...] y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión [...], por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el

³²Corte 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. 20591

derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo.”³³

En similares líneas, se resolvió el caso Fornerón, en donde la Corte IDH estableció que:

“94. Por el contrario, la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta.”³⁴

En el caso Espinoza, la Corte IDH, nuevamente indicó lo que se entiende por estereotipos de género y la influencia que éstos pueden tener en los órganos estatales y en las decisiones que se tomen en el ámbito judicial. La Corte expresó:

“272. Al respecto, la perita Rebeca Cook afirmó ante la Corte que “[l]a caracterización de la mujer sospechosa de actividad criminal como una [‘] chica mala [’] permite negarles su madurez y humanidad y así eximir de responsabilidad [a] las personas responsables de su custodia”, señalando que entre las características que suelen atribuirse a las mujeres sospechosas de haber cometido delitos se incluyen “ser asertivas, manipuladoras, carecer de credibilidad y tendencia a desafiar a la autoridad”. Añade la perita que “[l]os jueces que comparten estereotipos de género similares acerca de las mujeres consideradas sospechosas consecuentemente puede[n] provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada, o incluso se les puede imponer castigos más severos que a las mujeres sospechosas que se someten a la autoridad masculina” [...].

³³Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

³⁴ Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.

Al respecto, la Corte ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran “un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres [...]”.³⁵

6.3.2. Discriminación contra la mujer y violencia de género

En el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, cuyos hechos se desarrollaron en el marco del conflicto armado en el Perú y en el operativo denominado "Mudanza 1" llevado a cabo entre el 6 y 9 de mayo de 1992 cuya finalidad era el traslado de aproximadamente 90 mujeres del penal “Miguel Castro Castro”, a centro penitenciarios femeninos. La Policía Nacional derribó parte de la pared externa del patio del pabellón 1A utilizando explosivos mientras los efectivos policiales abrieron boquetes en el techo y realizaron disparos con armas de fuego. Asimismo, los agentes de la policía y del ejército utilizaron armas de guerra, explosivos, bombas lacrimógenas, vomitivas y paralizantes en contra de los internos. Finalmente, el ataque se produjo con cohetes disparados desde helicópteros, fuego de mortero y granadas. En este operativo murieron muchos internos, otros resultaron heridos y los que sobrevivieron fueron víctimas de agresiones y golpes y sin atención médica, al igual que los heridos trasladados al hospital quienes tampoco recibieron atención médica.³⁶

En este precedente, la Corte dijo respecto al trato discriminatorio de la mujer

“292. [...] Las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos.[...]. Al respecto, además de la protección que otorga el artículo 5 de la Convención Americana, es preciso señalar que el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará señala expresamente que los Estados deben velar porque las autoridades y agentes estatales se abstengan de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer. 293. [...] Además, esta Corte estima que la violación del derecho a la integridad personal de las señoras Eva Challico, Sabina Quispe Rojas y Vicenta Genua López se vio agravada por el factor de que se encontraban embarazadas, de forma tal que los actos de violencia

³⁵ Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014

³⁶https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es#:~:text=Per%C3%BA&text=E1%20caso%20se%20refiere%20a,centro%20penitenciario%20Miguel%20Castro%20Castro.
Consulta: 15 de febrero de 2021.

les afectaron en mayor medida. Igualmente, la Corte considera que el Estado es responsable por los actos de tortura infligidos a Julia Marlene Olivos Peña, con violación del artículo 5.2 de la Convención Americana y de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 298. [...] Los agentes estatales no tuvieron ninguna consideración respecto a la condición específica de éstas. Sólo fueron identificadas ante la Corte las señoras Eva Chalco, Sabina Quispe Rojas y Vicenta Genua López [...]. La posición boca abajo en que tuvieron que permanecer resulta particularmente grave en el caso de las mujeres embarazadas. Presenciar este trato hacia ellas generó mayor angustia entre los demás internos. 300. La Corte considera que los tratos descritos en los párrafos precedentes constituyeron un tratamiento inhumano violatorio del artículo 5 de la Convención Americana. Esta violación se vio agravada respecto de aquellos internos que se encontraban heridos y respecto de las mujeres que se encontraban embarazadas. 303. Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”. [...] La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. [...] 307. La Corte hace notar el contexto en el que fueron realizados dichos actos, ya que las mujeres que los sufrieron se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas, y habían sido heridas precisamente por agentes estatales de seguridad. [...]. 310. Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. [...] 311. La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que

despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. 312. Con base en lo anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar [...] constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, así como por la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la referida Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de la interna indicada en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma. [...]. 330. La incomunicación severa tuvo efectos particulares en las internas madres. Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres. [...]331. También afectó a las mujeres la desatención de sus necesidades fisiológicas [...]. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que el Estado debe asegurar que “las condiciones sanitarias [en los centros de detención] sean adecuadas para mantener la higiene y la salud [de las prisioneras], permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente”. Asimismo, dicho Comité también determinó que se deben realizar arreglos especiales para las detenidas en período menstrual, embarazadas, o acompañadas por sus hijos. La comisión de esos excesos causó sufrimiento especial y adicional a las mujeres detenidas. 332. Quedó probado que en el caso de las internas Eva Chalco y Sabina Quispe Rojas el Estado desatendió sus necesidades básicas de salud pre natal, y que con respecto a la última tampoco le brindó atención médica post natal [...], lo cual implicó una violación adicional a la integridad personal de éstas.³⁷

En el precedente “Campo Algodonero” ya mencionado, sobre discriminación hacia la mujer, la Corte IDH dijo:

“225. En el caso Penal Castro Castro vs. Perú, la Corte se refirió a algunos alcances del artículo 5 de la Convención Americana en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la

³⁷ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160108

mujer, considerando como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que estos instrumentos complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana. [...] 399. La Corte considera que estas declaraciones remitidas como prueba por el Estado, son coincidentes con su reconocimiento de responsabilidad en el sentido de que en Ciudad Juárez existe una “cultura de discriminación” que influyó en los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez. Asimismo, la Corte observa que como ya fue establecido supra, diferentes informes internacionales hicieron la conexión entre la violencia contra la mujer y la discriminación contra la mujer en Ciudad Juárez. 400. De otro lado, al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos 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. [...]401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. 402. Por ello, el Tribunal considera que en el presente caso la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal y Claudia Ivette González; así como en relación con el acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención.”³⁸

³⁸Corte 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. 205 150.

En el caso Fernández Ortega y otros, del año 2010, ya la Corte IDH había establecido que la violencia de género constituye una violación de los derechos humanos. En efecto, argumentó:

“118. Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’, que ‘trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases’”.³⁹

En el caso Veliz, la Corte IDH en cuanto a la violencia de género ha manifestado que:

“178. Este Tribunal ya ha determinado que si bien no puede aseverarse que todos los homicidios de mujeres sucedidos en la época de los hechos fueran por razones de género, resulta verosímil que el de María Isabel si lo fuera, de acuerdo a cómo se encontró el cuerpo de la niña. En efecto, se ha indicado que las mujeres víctimas de homicidios por razones de género con frecuencia presentaban signos de brutalidad en la violencia ejercida contra ellas, así como signos de violencia sexual o la mutilación de los cuerpos [...]. De forma acorde a tales características, el cadáver de María Isabel fue encontrado con evidentes signos de violencia, inclusive señales de ahorcamiento, una herida en el cráneo, una cortadura en la oreja y mordiscos en las extremidades superiores; su cabeza estaba envuelta por toallas y una bolsa, y tenía alimentos en su boca y su nariz [...], además, la blusa y el bloomer que llevaba estaban rotos en la parte inferior [...]. Ello resulta relevante y suficiente a los efectos de la aplicación al caso del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Interesa aclarar que la falta de certeza absoluta sobre lo expresado se vincula a la falta de conclusión de la investigación interna, así como al modo en que ésta hasta ahora se ha desarrollado. Así, por ejemplo, elementos trascendentes como la presencia de violencia sexual en los hechos no han sido determinados en una forma certera [...].”⁴⁰

³⁹ Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010

⁴⁰ Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014

6.3.3. El deber de diligencia debida

En cuanto a la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas efectivas para la investigación de estos delitos, la Corte IDH tiene dicho en el caso “Castro Castro”, que:

“394. [...] Por ello, el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para cumplir la obligación de investigar todos los hechos constitutivos de las violaciones a los derechos humanos declaradas en esta Sentencia y para ello debe tomar en cuenta lo resuelto por esta Corte en la presente Sentencia, incluyendo las consideraciones realizadas sobre las víctimas de los hechos, los derechos que se declararon violados y la determinación de la gravedad y magnitud de los mismos. Ello implica también que el Estado tome en consideración la gravedad de los hechos constitutivos de violencia contra la mujer, teniendo en consideración las obligaciones que le imponen los tratados que ha ratificado en esa materia.”⁴¹

En el precedente “Campo Algodonero”, la Corte IDH ha expresado:

“[...] En 1993 la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados a “[p]roceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares” y lo mismo hizo la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing. En el 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que “[t]omando como base la práctica y la opinio juris [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer”.[...] 256. De otra parte, la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de la ONU ha proporcionado directrices sobre qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del

⁴¹ 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

sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer.[...]. 258. De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención. 279.[...]Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado -el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad- y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará. [...] 285. Además, la Corte considera que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato.”⁴²

⁴² 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

CAPITULO III: MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL EN EL PROCESO PENAL Y SUS PARTICULARIDADES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

1-Introducción

Cuando una persona viola o infringe una norma contenida en el Código Penal, el Estado predispone que sus órganos judiciales y jurisdiccionales investiguen los extremos de aquella infracción a fin de determinar si esa persona ha cometido o no un ilícito tipificado en el Código Penal y si, eventualmente, debe sufrir las consecuencias previstas para el delito, esto es, la pena.

La investigación penal se lleva a cabo a través de un proceso penal el que se define como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos.

El camino hacia la verdad del proceso penal deberá ser guiado por el Ministerio Público Fiscal, órgano que procurará la obtención de las pruebas que resulten necesarias, útiles y fundamentales para alcanzar aquella finalidad.

Durante el transcurso del proceso penal, podrá suceder que tanto los elementos probatorios como las partes intervinientes en calidad de denunciante, víctimas o terceros deban ser resguardados por los eventuales peligros que pudiesen sufrir (desaparición, destrucción u ocultamiento de cosas u amedrentamientos, lesiones, e incluso la muerte de personas), lo que habilitará –en pos de esa protección y en casos excepcionales- al órgano del Ministerio Público Fiscal a proceder a la utilización de medidas de coerción personal. Inclusive, el Ministerio Público Fiscal podrá requerir al órgano jurisdiccional la aplicación

de medidas de coerción con la finalidad de someter a una persona a proceso a fin de evitar que se burle la efectiva aplicación de la ley o se entorpezca la investigación.

Las medidas de coerción personal revisten características y presupuestos generales, que gravitan en todos los procesos penales. Ahora bien, al encontrarnos ante tipos penales que se agravan por ser cometidos con violencia de género o que son cometidos en contexto de violencia de género, aquellas propiedades de las medidas de coerción personal sufrirán ajustes por la aplicación de la perspectiva de género.

Así las cosas, en los párrafos subsiguientes se realizará, en primer lugar, un estudio general de las medidas de coerción personal para luego arribar al estudio particular de las medidas de coerción personal en los delitos cometidos en contexto de violencia de género.

2. Medidas de coerción en el proceso penal.

2.1. Concepto y clases. Coerción personal: Concepto, fines y naturaleza.

La coerción procesal es la restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuesta durante el curso del proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines, esto es, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto.

La coerción procesal puede restringir derechos patrimoniales (coerción real) o puede restringir derechos personales tales como la libertad física (coerción personal).

La coerción personal del imputado es definida como “la excepcional restricción o limitación que puede imponerse a su libertad, sólo cuando fuere imprescindible para asegurar que el proceso pueda desenvolverse sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con que culmine no sea privada de considerar ninguna prueba (ni sufra el falseamiento de alguna) por obra del imputado, y que éste cumpla la pena que ella imponga”.⁴³

⁴³Cafferata Nores, José I; MONTERO, Jorge y ots.; *Manual de Derecho Procesal Penal*; Segunda edición revisada y corregida. Editorial: Ciencia, Derecho y Sociedad. 2004 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. p. 355.

Las medidas de coerción personal se encuentran presididas por el principio de inocencia que indica que toda persona goza de un estado de inocencia, el cual solo podrá ser quebrantado con el dictado de una sentencia condenatoria en su contra; por lo que se reconoce de manera directa y como regla primaria que prevalece el derecho a la libertad ambulatoria durante la investigación penal.

Ello permite aseverar que la libertad ambulatoria solo podrá ser restringida en casos excepcionales y por causas y condiciones establecidas de antemano por las constituciones y por las leyes, bajo estricto control judicial. Asimismo, de ordenarse estas medidas restrictivas de derechos ellas siempre deben respetar el principio de dignidad humana y no exceder un tiempo razonable de duración.

La justificación de esta excepción al estado normal de inocencia de la persona sometida a proceso se encuentra en el preámbulo de la Constitución Nacional Argentina cuando establece que “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes con el objeto de [...] afianzar la justicia”.

Así, si durante el transcurso del proceso penal el imputado abusare de su libertad y por intermedio de este abuso impidiese la imposición de una condena -obstaculizando prueba- o eludiese el cumplimiento de la pena, la justicia ya no sería afianzada sino que, como dice Cafferata Nores (2004), sería burlada.

Asimismo, la libertad personal se encuentra resguardada en el art. 18 de la Constitución Nacional que prevé el principio de legalidad, tanto material como procesal.

El principio de legalidad material se vislumbra en el latinazgo *nulla poene sine lege*, esto es, que nadie puede ser penado sin que exista una ley previa anterior al hecho del proceso, en tanto que el principio de legalidad procesal establece que nadie puede ser penado sin juicio previo.

Este principio junto al principio de reserva contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional consagra la garantía constitucional de debido proceso.

Asimismo, la libertad personal se encuentra protegida por el art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que establece que: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”; por el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) que en su primer párrafo prevé que: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes”; por el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el que protege el Derecho a la Libertad Personal y en sus tres primeros incisos prevé que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.”; y el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en cuanto reza que: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”

Ahora bien, la justificación de las medidas de coerción dentro del proceso penal no ha sido pacífica y existe de antaño una gran controversia en cuanto al fundamento de ellas, los que han sido enunciados desde dos ópticas diferentes.

Desde el primer punto de vista, las medidas de coerción personal se justifican desde los dos fines que persigue: el primero de ellos evitar que el imputado obstaculice la investigación y el segundo asegurar su sometimiento a proceso.

Los fines enunciados dan cuenta de la visión tradicional y sostenida de forma mayoritaria por la doctrina, esto es, desde una óptica de la teoría procesalista de las medidas de coerción personal.

La teoría procesalista indica que las medidas de coerción son aquellas destinadas a neutralizar los peligros procesales que puedan sucederse en el proceso penal y no como un anticipo de pena. Estas teorías sostienen que el estado normal de una persona es su libertad y la pena solo podría imponerse ante la realización de un juicio previo.

La imposición de una medida cautelar debe darse ante la existencia de riesgos máximos y la medida debe ser proporcionada a lo que se debe prevenir, respetando el principio de gradualidad del escalonamiento coercitivo de las medidas de distinta intensidad y debe haber una extrema necesidad de aplicación, verificada en cada caso concreto.

La doctrina procesalista considera que la prisión preventiva debe ser contraria a cualquier desviación sustancialista para ser respetuosa del Estado de Derecho y atender a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Nunca podrá una medida de coerción atender a los fines de la pena dado que ello podría llevar a considerar esta medida cautelar como una pena anticipada, lo que no es aceptable bajo ningún concepto en el que se entiende que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Propone esta teoría observar las medidas de coerción procesal como una excepción cautelar no punitiva que actuará únicamente para neutralizar los peligros serios y graves que amenacen el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, nunca como anticipo de pena ni con un fin de prevención o para calmar la alarma social.

Para su mejor comprensión, cabe destacar que la teoría procesalista se erigió en el contexto de ruptura del viejo modelo de enjuiciamiento inquisitivo del S XVIII y con la positivización de los derechos humanos, entre los que encontramos el principio de presunción de inocencia.⁴⁴

Las implicancias de este principio de presunción de inocencia y su relación con el debido proceso serán los cimientos para sostener toda la justificación procesalista y cautelar de la prisión durante el proceso penal.

Del principio de inocencia surge una de las premisas más conocidas a nivel mundial: toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no recaiga contra ella una sentencia condenatoria en su contra.

⁴⁴ Del Vecchi, Diego, “*La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales*”, Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2017 p. 46/47)

De ello se deriva que es el órgano acusador quien debe derrumbar esa presunción por intermedio de la reunión de material probatorio y, en caso de ser insuficiente, se estará a los más favorable para el imputado, conocido con el latinazgo *in dubio pro reo*.

La regla de tratamiento será entonces que nadie puede ser sometido a prisión si no existe una condena que lo declare responsable penalmente de un hecho típico y antijurídico.

Por otra parte, frente a esta posición se erige las teorías sustancialistas que explican que debe asimilarse el encarcelamiento preventivo a la pena y tratan de justificarlo en ella. En esta posición se encuentra Carrara y Beccaria quienes sostuvieron un sustancialismo liberal, es decir, en miras a la reducción o supresión de las medidas cautelares.

Para quienes sostienen esta teoría la prisión preventiva es un instrumento necesario para enfrentar el flagelo del delito, como un contexto bélico en el cual el estado jurídico de inocencia pasa a un segundo plano. Esta posición se enmarca en un derecho penal autoritario donde se destacan autores como Ferri, Garáfalo, Manzini en el fascismo y algunos autores alemanes identificados con el nacional socialismo ⁴⁵

Esta posición sustantivista establece que la prisión preventiva importa una verdadera pena y se la considera como un medio de represión o de prevención general o especial.

Así, esta teoría establece que la prisión preventiva es un medio anticipado para perseguir fines propios del derecho penal sustantivo y se fundamenta en la teoría de los fines de la pena toda vez que dentro de los requisitos de procedencia de ella se encuentran que el delito este conminado en abstracto con pena privativa de la libertad, que sea de cumplimiento efectivo y que se trate de un hecho sobre el cual existan elementos de convicción suficientes para considerar al imputado como el probable autor del hecho.

Se agrega que el requisito del riesgo procesal también se explica atendiendo a los fines preventivos de la pena toda vez que es indispensable para la eventual aplicación de la pena el encarcelamiento preventivo.

⁴⁵García, Susana; Temas del Nuevo Código Procesal Penal : comentario y análisis de normas, Ed. Morcos, 2006, p. 75

Como dice Del Vecchi (2017): “Si bien los autores críticos (en especial los que aquí se consideran externos o abolicionistas) no son del todo claros sobre este punto, muchas veces plantean la no justificación o la ilegitimidad de la prisión preventiva alegando la imposibilidad de distinción conceptual de la prisión preventiva respecto de la prisión punitiva”; y citando a María Cristina Redondo, dice: “e(s) un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio *nulla poena sine iudicio* –es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato- porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal. Con parecidos fraudes de etiquetas [...] se ha disuelto –en el nuestro como en otros ordenamientos – la función de tutela del derecho penal y el papel del mismo de la pena como medida punitiva exclusiva; alternativa a otras seguramente más eficaces pero no tan garantistas.”⁴⁶

El punto de vista desde el cual se enfrente las medidas de coerción resultará la piedra angular de justificación de las medidas de coerción en los casos de violencia de género.

2.2. Caracteres

Las medidas de coerción personal, adoptando una posición de justificación de la teoría procesal, poseen los siguientes caracteres:

-Cautelares: Esta característica resulta propia de las teorías procesalistas y se explica en cuanto las medidas no son un fin en sí mismas sino que tienden a asegurar y garantizar los fines del proceso

-Excepcionales: su imposición sólo es legítima cuando sean estrictamente necesaria para asegurar los fines del proceso. Cabe recordar, como ya se ha explicitado en los párrafos que anteceden, la libertad ambulatoria es la regla siendo entonces las medidas cautelares la excepción.

-Proporcionales: adecuadas al peligro procesal que se trate de evitar. La medida impuesta, debe guardar una relación ajustada a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse. Debe ser respetado el escalonamiento coercitivo dentro de las medidas

⁴⁶ Del Vecchi, Diego, *La decisión...*, p. 83/84

de coerción y debe ser exigida mayor cantidad de pruebas cuando más grave es la restricción a la libertad.

- Existencia de un mínimo de prueba: La aplicación de las medidas de coerción están sujetas a la existencia objetiva de un mínimo de prueba que demuestre la culpabilidad.

- Provisionales, temporales o necesarias: Las medidas de coerción personal deben ser aplicadas mientras persista su conveniencia, una vez que desaparece la necesidad de su aplicación, la medida de coerción debe cesar inmediatamente. Las medidas de coerción serán aplicadas cuando sean imprescindibles y no sustituibles.

- Interpretación restrictiva: Esta regla está consagrada en el Art. 2 del Código Procesal Penal de Mendoza (ley 6730)⁴⁷, dado que las medidas de coerción que impliquen una restricción o restrinja el principio de inocencia, que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferidos a los sujetos del proceso, deben ser interpretadas de forma restrictiva.

Cabe destacar que el art. 6 del CPP establece que las medidas cautelares solo podrán ser establecidas por ley, tendrán carácter excepcional y su aplicación deberá ser proporcional con la medida de seguridad o pena que pudiera llegar a imponerse, reafirmando las características de excepcionalidad y proporcionalidad de las medidas de coerción.

- Indispensables: las medidas de coerción solo podrán imponerse en aquellos casos en los que se demuestre la imposibilidad de sustituirlas por otras de similar eficacia pero menos gravosa.

⁴⁷Art 2 ley nº 6.730: “Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o un derecho a los sujetos del proceso. En ésta materia se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquél...”

2.3. Notas previas de la clasificación de las medidas de coerción.

La libertad ambulatoria es un derecho constitucionalmente garantizado (art. 14 de la CN) por lo que las medidas de coerción deben encontrar respaldo en las leyes fundamentales y deben encontrarse reglamentadas en las leyes procesales.

La libertad ambulatoria solo se restringe ante la realización de un juicio previo como retribución del delito por lo que durante la tramitación de éste opera con todos sus efectos el art. 14 de la CN, siendo la aplicación de medidas de coerción personal de privación de libertad excepcional.

La libertad del imputado debe mantenerse mientras se sustancia el proceso atendiendo al estado de inocencia que goza el mismo (art. 18 de la CN) la que únicamente podrá ser restringida cuando se den en el caso concreto los presupuestos de aplicación: *fumus bonis iuris*, esto es, necesidad de pruebas suficientes para que se pueda sospechar la existencia del hecho delictuoso y la participación punible del imputado que muestre la existencia aparente del *ius puniendi* del Estado, y *periculum in mora*, es decir, que exista peligrosidad procesal en tanto riesgo para los fines del proceso.

Siguiendo con esta línea el Código Procesal Penal de Mendoza (CPP) estableció en el Título VII de Coerción Personal, Capítulo I, reglas generales, y previó en el art. 280 que:

“Toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante la tramitación del proceso bajo el cumplimiento de una serie de obligaciones a saber: prestar caución, fijar y mantener un domicilio un domicilio, permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a las citaciones que se le formulen, abstener de realizar cualquier acto que obstaculice el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley y así también podrá imponerse que no se ausente de la ciudad, que no asista a determinar sitios, presentarse ante determinada autoridad, y someterse al cuidado y vigilancia de personas o instituciones”.

Es decir, se reitera, el principio que rige lo atinente a medidas de coerción es el derecho a la libertad ambulatoria, siendo la aplicación de una medida de coerción, y aún con mayor ahínco la privación de la libertad, una excepción.

Asimismo, el CPP de Mendoza prevé en los artículos siguientes que la restricción a la libertad solo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley (art. 281 del C.P.P.⁴⁸) y luego prevé el instituto del mantenimiento de la libertad destinado a otorgar una herramienta a quien se creyera que será imputado en una investigación penal a fin de solicitar por si o por intermedio de terceros el mantenimiento del estado de libertad. Ello reafirma que la libertad es la regla en el proceso penal siendo la detención la excepción.⁴⁹

Hechas estas aclaraciones, se llevará a cabo en el punto que sigue una mención y somera explicación de cada de una de las medidas de coerción personal que prevé el CPP de la Provincia de Mendoza.

2.4. Mención y breve descripción de las medidas de coerción personal

Dentro del escalonamiento de las medidas de coerción encontramos en primer lugar la caución. La caución puede ser definida como aquella garantía que se establece en resguardo del cumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado que tiene por fin lograr que el imputado se encuentre presente siempre a disposición del Tribunal, que cumpla con las obligaciones impuestas y que permita la actuación concreta y regular de la ley penal sustantiva.

El art. 300 del CPP de Mendoza establece que se podrán imponer al imputado, con el objeto de asegurar que cumplirá sus obligaciones tres clases de caución: 1) Caución juratoria, que implica el simple compromiso del imputado de observar el comportamiento procesal que se le impone en la resolución que establece su libertad. 2) Caución personal,

⁴⁸ Art. 281 del C.P.P. de la Provincia de Mendoza: “La restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos por los incisos 1 y 2 del artículo 293.

Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados

⁴⁹ Art. 282: “Mantenimiento de la libertad”: Toda persona que se creyere imputada en una investigación podrá presentarse, personalmente, o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración. Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del art. 284. Regirá el art. 290 in fine. Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350). La resolución de éste será apelable.

asumiendo el imputado la obligación junto a uno o más fiadores solidarios de pagar la suma que se fije en caso de incomparecencia del encartado. 3) Caución real, la que será constituida depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables, ofreciendo bienes a embargar u otorgando prendas o hipotecas por la cantidad que se determine por el imputado o por un tercero.

Para determinar la calidad y cantidad de una caución se tendrá en cuenta la naturaleza del delito, daño ocasionado y condición de personalidad del imputado, no pudiendo ser la caución irrisoria o excesiva siempre teniendo en cuenta las condiciones económicas del imputado.

Si el imputado no compareciere al ser citado o se sustrajera a la ejecución de la pena privativa de la libertad se fijará un término no mayor a diez días para que comparezca sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución será notificada al imputado y al fiador, apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo si el imputado no comparece o no justifica causa de fuerza mayor. Al vencimiento del plazo de dispondrá la ejecución de la caución otorgada por el fiador, la transferencia al Estado de los bienes depositados o la venta de los bienes hipotecados o prendados.

En segundo lugar, continuando con el escalonamiento de las medidas de coerción personal, encontramos la simple citación, medida prevista en el art. 283 del C.P.P. que prevé: “La comparecencia del imputado se dispondrá por simple citación salvo los casos previstos en el artículo siguiente. Si el citado no se presentare en el término que se fije y no justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención”.

La citación es una medida de coerción más leve que en líneas generales es un llamamiento al imputado o un tercero para que se presente ante al órgano judicial en el lugar y fecha determinada para realizar un acto procesal bajo apercibimiento de ser compelido por la fuerza pública o de detención. Es limitativa de la libertad de autodeterminación por la obligación incita en la medida de presentarse ante la autoridad cuando ésta lo determine.

En particular, respecto al imputado implica una imposición que el juez o el fiscal le dirige emplazándolo para que comparezca ante el órgano judicial. Procede ante delitos que no estén conminados con pena privativa de la libertad o ante aquellos delitos en los que

resulta procedente la ejecución condicional de la pena. En definitiva y en términos generales se debe proceder por citación cuando no procede la detención.

Debe ser cursada contra una persona contra la que se inició un proceso a fin de comunicarle el contenido de la imputación y los elementos de prueba existentes en su contra, que declare si es su voluntad, designe un defensor y, de considerarlo oportuno, ofrezca prueba.

En tercer lugar, como medida de coerción más grave encontramos la detención la que se encuentra prevista en el art. 284 del código de rito de la Provincia de Mendoza y establece que “Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, el Fiscal ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 293. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después”

La detención de una persona requiere que existan motivos bastante para sospechar que aquélla ha participado de un delito típico, antijurídico y culpable que se encuentre reprimido con pena privativa de la libertad.

Para que sea procedente la detención no debe corresponder la citación en los términos del art. 283 del C.P.P., debe tratarse de un delito de acción pública, no debe aparecer procedente prima facie la condena de ejecución condicional; o cuando resultare de aplicación el art. 26 del C.P. pero existan casos de riesgo procesal, a saber: peligro de entorpecimiento probatorio, peligro para la víctima o testigo o peligro de fuga.

Asimismo, procede la detención cuando quien ha sido debidamente citado no ha comparecido a la citación y no ha justificado un impedimento legítimo.

En cuarto lugar, encontramos como medida de coerción la incomunicación prevista en el art. 285 del CPP el que dice “Sólo el Juez podrá decretar la incomunicación del detenido, cuando existan motivos –que se harán constar- para temer que entorpecerá la investigación. La incomunicación no podrá durar más de dos días. Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la

incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción. También podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, rigiendo en lo pertinente el art. 131”

La incomunicación es una medida cautelar mediante la cual se priva al imputado de tener contacto con determinadas personas en el caso de delitos graves o complejos en los que se tema fundadamente que se acordará con sus cómplices o de cualquier otro modo obstaculizará la investigación. Únicamente puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional y no por el Ministerio Público Fiscal.

Cabe señalar que el art. 143 inciso 3 del Código Penal Argentino reprime con pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo al funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido.

En quinto lugar dentro de las medidas cautelares encontramos el arresto, instituto regulado en el art. 286 del C.P.P. que establece que “Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hubieren intervenido varias personas no fuere posible individualizar a los responsables y a los testigos y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí, antes de prestar declaración, y aún ordenar el arresto, si fuera necesario. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el indispensable para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza y en ningún caso durará más de 24 horas. Vencido este término podrá ordenarse, si fuera el caso, la detención del presunto culpable”

El arresto es una medida de coerción personal breve y transitoria que se dirige no solo contra el sospechado de un delito sino contra todas las personas que se encuentren en un lugar donde se ha cometido un hecho delictivo a los efectos de individualizar al responsable.

En el arresto podemos diferenciar dos momentos: el primero de ellos cuando se ha comprado la hipótesis se determinará que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre si antes de declarar. Esta orden se denomina orden de no

dispersión y es la orden principal. Un segundo momento que se da cuando no resultan suficientes las primeras medidas, debiendo disponerse entonces el arresto, el que es subsidiario de la orden de no dispersión. El objeto de la medida es evitar la fuga del o de los sospechosos y evitar el probable entorpecimiento probatorio. El tiempo indispensable nunca podrá superar las 24 horas, vencido el cual se dispondrá la detención del presunto culpable.

Para que proceda el arresto debemos encontrarnos ante un hecho penalmente relevante, que las personas sobre las cuales recaerá la medida hayan intervenido en el hecho, que el primer momento de la investigación no se pueda discernir entre los supuestos autores materiales, cómplices y testigos del hecho, que de no procederse al arresto se ponga en peligro el resultado de la investigación y cuando no sea suficiente la orden de no dispersión.

La policía judicial posee la atribución de arrestar a las personas siempre que se cumplan con las formalidades y presupuestos previstos en el art. 286 del C.P.P.

El código de rito de la Provincia de Mendoza prevé ciertos casos de aprehensión en particular como lo es la aprehensión en flagrancia, los casos del art. 289 y los casos de aprehensión privada.

El art. 287 establece la aprehensión en flagrancia la que impone que los oficiales y auxiliares de la policía judicial tienen el deber de aprehender a quien sea sorprendido in fraganti en la comisión de un delito de acción pública con pena privativa de la libertad.

Si es delito de dependiente de acción privada será informado quien pueda instarla. Si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad.

Para comprender qué es la flagrancia el art. 288 establece que “Hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido al intentar su comisión, en el momento de cometerlo o inmediatamente después mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o clamor público”

El art. 289 establece que los oficiales y los auxiliares de la policía judicial deberán aprehender aún sin orden judicial al que intentare un delito en el momento de disponerse a cometerlo –lo que se denomina cuasi flagrancia- y al que fugare estando legalmente preso –flagrancia presunta-. Excepcionalmente podrán también aprehender a la persona que se encuentre en el art. 284 primer párrafo del CPP siempre que exista peligro inminente de fuga (peligro procesal) y serio entorpecimiento de la investigación; a efectos de conducirlo de inmediato ante el órgano competente para que decida sobre su detención.

La flagrancia alude a la sorpresa en la perpetración del crimen y existe cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento o inmediatamente después de cometerlo mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor publico, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir fehacientemente que acaba de participar de un delito, el que intentare un delito en el momento que se dispone a cometerlo y al que se fugare estando legalmente detenido. Y finalmente la flagrancia presunta cuando hay peligro procesal de fuga o entorpecimiento probatorio.

El oficial o auxiliar de la policía judicial, conforme lo regula el art. 290, que practicare la aprehensión deberá presentar inmediatamente a esta persona ante la autoridad judicial competente. El cumplimiento de tal obligación podrá ser requerido ante el órgano judicial que corresponda, por personas que tengan con el aprehendido una relación de parentesco o amistad, quienes además podrán solicitar en la misma oportunidad la libertad del detenido, en caso de violación de lo dispuesto por los artículos 280 o 291 de este código por parte de la autoridad policial. En tal caso en comparendo del detenido no podrá exceder de seis horas de haberse requerido por cualquier medio, aún telefónicamente, a la autoridad policial su presentación. Presentado el detenido, se resolverá de inmediato sobre su libertad (art. 292) aún cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la aplicación del artículo 284.

El art. 291 autoriza que, en los casos previstos por los artículos 287 y 289 primera parte, los particulares practiquen la aprehensión

Por último, cabe señalar que el art. 292 del C.P.P. de Mendoza regula el instituto del recuperero de libertad para los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado cuando 1) con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (art. 283 primera parte), 2) la privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este código, 3) No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva y 4) cuando prima facie hubiere actuado justificadamente.

Finalmente, en la cúspide del escalonamiento coercitivo, encontramos la prisión preventiva como la medida de coerción personal más grave que regula el código procesal penal, por lo cual se habrá de dedicar el punto siguiente a su descripción con mayor detalle.

2.5. Prisión preventiva. Concepto. Su regulación en el Código Procesal Penal de Mendoza.

La prisión preventiva es la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme por un tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que aquél se dé a la fuga para evitar el juicio, para evitar la ejecución de la eventual condena y para evitar el peligro de que obstaculice la averiguación de la verdad.

La prisión preventiva es un estado de privación de libertad ordenado por un órgano jurisdiccional que fija la relación procesal concretando la razón de la investigación penal preparatoria tanto respecto del delito como de los imputados y determina, además, el núcleo fáctico de la investigación. Es entonces un acto jurisdiccional y a la vez una medida coercitiva personal, siendo esencialmente revocable y reformable si surgen nuevos elementos de mérito.⁵⁰

El instituto del encarcelamiento preventivo se encontraba regulado en el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza por la ley 1.908. En éste se requería un acto jurisdiccional como es el auto de procesamiento mediante el cual se fijaba la plataforma fáctica, la calificación jurídica, los grados de participación delictiva y la reprochabilidad provisoria de los actos. El auto de procesamiento servía como presupuesto elemental de la

⁵⁰ Pascua, Francisco J., “Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza”, Ley N° 6.730 y Ley N° 9.040, Ed. Asc. Libros Jurídicos, Año 2018, p. 493/494

prisión preventiva que era una medida coercitiva personal excepcional que procedía en los casos expresamente determinados por la ley.

En el año 1999 entra a regir en la Provincia de Mendoza la ley 6730, que en su art. 293, de forma similar a lo previsto por el Código de Vélez Mariconde; estableciendo la prisión preventiva como una medida de carácter excepcional, rezaba:

“Prisión Preventiva. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado después de efectuada su imputación, bajo pena de nulidad, el Juez de Instrucción dispondrá su prisión preventiva: 1) Si se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional (C.P. artículo 26). 2) Cuando procediendo la condena de ejecución condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. La existencia de estos peligros deberá inferirse de su falta de residencia, declaración de rebeldía, encontrándose gozando de más de dos recuperos de libertad y/o excarcelaciones anteriores al hecho investigado, cese de prisión preventiva anterior en virtud de lo dispuesto por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 295 de este Código. Exceptúase de las disposiciones del párrafo anterior referidas a la reiteración delictual a los imputados por delitos culposos y aquellos delitos cuya pena privativa de libertad no supere los tres años de prisión o reclusión.” (Concs. Art. 281 CPP Cba.; Art. 312 CPP Mza - parcial - Art. 239 CPP C. Rica - parcial-)⁵¹

La reforma introducida por la Ley n° 6.730 reafirmó la regla de que la libertad ambulatoria durante el proceso es la regla siendo el encarcelamiento en un instrumento penitenciario la excepción, resultando aplicable esta medida como ultima ratio, siempre que no resulta procedente la aplicación de una medida menos gravosa, debiendo descartarse medios menos lesivos.

En el año 2016 la prisión preventiva sufre una nueva reforma, por la Ley n° 8869, y establece en el art. 293 del CPP de Mendoza:

"Procedencia de la Prisión Preventiva. Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos:

⁵¹ Texto según ley 7.929, art. 1; his.: texto según ley 7.782, art. 1; his.: según ley 7.116, art. 8, donde dice "juez de instrucción" debe decir "juez de garantías")

1) Casos de flagrancia.

Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (Art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional.

Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado;

b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso;

c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal.

Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial.

Exceptúense de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposos.

3) Casos de "riesgo procesal".

Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesario para lograrlos, en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el

imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme al enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare razonable el juez:

a) Peligro de entorpecimiento:

Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante:

1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;

2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo:

Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga: Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros:

1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;

2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal; y

3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica".

El artículo prevé en los incisos 1 y 2 supuestos similares de aplicación de la medida cautelar, diferenciándose el primero por tratarse de un supuesto fáctico especial como lo es la flagrancia. Ambos supuestos exigen que existan los presupuestos que atañen a toda

medida cautelar, es decir, a la existencia de elementos suficientes que permitan acreditar, con el grado de probabilidad requerido en la correspondiente etapa procesal, la existencia del hecho, que en este tuvo participación el imputado y que, en el hipotético caso de recaer sentencia condenatoria, la pena no podría ser de ejecución condicional, es decir que no resulte procedente el art. 26 del C.P.P.

El inciso tercero refiere a los denominados casos de riesgo procesal estableciendo los fines a los que apunta y los indicios que conforman aquellos casos. Alude el inciso, tal como los dos primeros, que deben concurrir los presupuestos de *periculum in mora* y el *fumus bonis iuris*, y –a diferencia de aquéllos- aunque resulte procedente la condena de ejecución condicional, la medida será indispensable por la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y demás circunstancias del imputado, para el logro de los siguientes fines: Ejecutar diligencias precisas y determinadas de la investigación o para realizar el juicio; cuando la libertad del encartado resulte inconveniente para la seguridad de la víctima o de terceros o cuando exista riesgo de que el imputado no se someterá a proceso o al cumplimiento de la eventual condena

Seguidamente, el inciso enumera una serie de disposiciones que permitan presumir que la medida se torna indispensable para ejecutar diligencias precisas y determinadas de la investigación o para realizar el juicio o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de víctima o de testigos o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso o al cumplimiento de una eventual condena, sin perjuicio de otras circunstancias que pueden invocar las partes ante el juez.

Como se adelantó *ut supra* la medida cautelar de la prisión preventiva se da durante el transcurso del proceso, antes de que recaiga sentencia condenatoria firme, por lo que se exige una probabilidad afirmativa acerca de la existencia del hecho delictivo y de la participación punible del imputado.

En ello difiere esta medida cautelar de la simple detención en la que, únicamente se exigen motivos bastante de sospecha, art. 284 del C.P.P., y ello obedece asimismo a la escalada de coerción a la que se llega en caso de requerirse la aplicación de la prisión preventiva.

2.6. Notas sobre las pretendidas normas con carácter iure et de iure sobre peligro procesal.

Como observamos al transcribir el artículo 293 del C.P.P. pareciera ser que la ley de rito, tergiversando su carácter de excepcionalidad de la medida cautelar, previese un sistema en el que podría dictarse la prisión preventiva siguiendo pautas de aplicación automáticas y que no admitieran prueba en contrario; serían entonces estas, normas con carácter iure et de iure los inciso 1 y 2 del art. 293 del C.P.P.

Tal interpretación no puede ser acogida toda vez que el sistema previsto en el C.P.P. de Mendoza conserva su columna vertebral en cuanto al régimen de las medidas cautelares estableciendo como principio rector la libertad durante el transcurso del proceso. Siendo este principio la base y limitación de las medidas cautelares no se puede sostener que existan normas automáticas que habiliten la aplicación de la prisión preventiva sin establecer el riesgo en el caso concreto.

No es admisible el proceso penal establecido en el marco de un Estado de Derecho que permita establecer presunciones que no admitan prueba en contrario, ello no sería adecuado a la realidad siempre cambiante de los tiempos y a la individualidad de los conflictos que caracterizan el fuero penal. Cada uno de ellos reviste su propia fisonomía y estructura, difiriendo los actores principales del conflicto como así también las circunstancias que los rodean por lo que de existir indicios de peligro procesal, ello debe ser demostrado en cada caso concreto, con presunciones que permitan la contradicción para lograr de este modo que se acerquen más a la verdad.

De lo contrario, se admitiría que el fundamento de las medidas cautelares reside en las premisas desarrolladas por los sostenedores de las teorías sustancialistas, esto es, en fines preventivos de la pena, siendo suficiente motivación para el dictado de aquéllas la sanción con la que se encuentren conminados los tipos penales.

En este orden de ideas, la Ex Octava Cámara del Crimen de la Provincia de Mendoza, el 15 de junio de 2016 en autos P-123.138/16 “F. C/ SILVA GUAJARDO” realizó un análisis pormenorizado de la reforma introducida por la ley 8.869 y los criterios sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos sobre la constitucionalidad del

art. 26 de la Constitución de Santiago del Estero; Estevez, Napoli, Veliz, Loyo Fraire, concluyendo los miembros de aquel Tribunal que: “Entonces como podrá observarse a continuación, todos los fallos citados, reflejan como únicos fines legítimos de la prisión preventiva, la estricta necesidad de que el acusado no impida el desarrollo de las investigaciones ni eluda la acción de la justicia”.⁵²

Así las cosas, lo único que prima en cada caso concreto es el principio de inocencia que debe ser quebrantado con la prueba de que existen indicios serios, graves y concordantes que permitan presumir que el imputado no se someterá a proceso o entorpecerá la investigación.

En consecuencia, no se admitirán presunciones iure et de iure basadas en la pena aplicable al delito o en el tipo de delito investigado, siendo indispensable que se analice en cada caso concreto la existencia de indicios de riesgo procesal que justifiquen la necesidad de aplicación de la medida cautelar pretendida.

Así lo tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente Peirano Basso en el que se estableció que:

“85. A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad.”⁵³

En relación a los presupuestos que se deben cumplir para la aplicación de las medidas cautelares en los casos en los que se investigue un delito agravado o en contexto de violencia

⁵²Ex Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza y Ex Octava Cámara del Crimen de Mendoza P-123.138/16 “F. C/ Silva Guajardo”, junio de 2016

⁵³http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf, s/f

de género, se analizará más adelante si aquéllos revisten características especiales y el carácter que revisten, esto es, iure et de iure o iuris tantum o meros indicios o indicadores de peligro procesal.

3. La prisión preventiva en delitos cometidos en contexto de violencia de género

3.1. Cuestiones previas.

Habiéndose desarrollado, dentro de los parámetros que permite este trabajo de tesis, los dos tópicos principales, ingresaremos a continuación al desarrollo individual de los estándares que deben seguirse en el dictado de la prisión preventiva ante los delitos cometidos en contexto de violencia de género y demarcando las pautas de razonamientos especiales en relación a estos supuestos especiales.

En la Provincia de Mendoza, tal como se señaló al analizar el proceso evolutivo del encarcelamiento preventivo, con la Ley n° 8.869 tuvo lugar la incorporación en el art. 293 del C.P.P. de un indicio de procesal cuando existiere “peligro para la víctima o un tercero”.

Este indicio, el que consta en el inciso 3, punto b, responde en el proceso acusatorio actual al que tiende la normativa procesal, esto es, a otorgarle la relevancia que tienen los no tan nuevos paradigmas de perspectiva de género y derecho de las víctimas en nuestro sistema.⁵⁴

Ahora bien, con la finalidad de ingresar al análisis concreto de estos casos de riesgo procesal, cabe preguntarse bajo qué premisas motivan los magistrados de primera instancia en el fuero penal los distintos hechos calificados con agravantes en violencia de género o hechos que, si bien no prevén tal agravante, han sido contextualizados como violencia de género. Empujando incluso la estructura en el tiempo, debemos analizar cómo gravita la perspectiva de género en los albores de investigación del hecho conflictivo y luego avanzando en el proceso penal hasta los presupuestos que deben regir en el dictado de las medidas cautelares.

⁵⁴ A estos paradigmas han de sumarse otros tales como los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En primer lugar, cabe señalar que actualmente la Ley n° 8.860 y la Ley n° 9.040 establecieron un sistema de audiencias orales en el art. 294 del C.P.P. de la Provincia de Mendoza⁵⁵ para la tramitación del pedido de prisión preventiva.

En segundo lugar, también como un punto previo, resulta indispensable realizar un distingo respecto al encarcelamiento preventivo y la manera en que este discurre en el proceso penal de acuerdo al proceso en el que se ventile. Ello conforme las pautas de distribución que realiza la ley de rito de la Provincia de Mendoza, la que se hace eco de la división que han realizado la mayoría de los códigos procedimentales, en cuanto establece dos caminos diferentes de acuerdo a que el delito a investigar revista mayor complejidad y gravedad o no.

⁵⁵ Formulado el pedido de prisión preventiva vía electrónica, el Secretario o la OGAP fijará inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio, a realizarse en el término de dos (2) días, debiendo citarse a las partes, y la víctima o en su caso quien pueda constituirse como querellante particular. Las citaciones deberán realizarse en forma telefónica o electrónica, salvo impedimento. La audiencia deberá tramitarse con la presencia del Juez, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización. Escuchado el fundamento del peticionante, se concederá la palabra sucesivamente a los intervinientes según el orden que corresponda para ejercer facultades o derechos. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que no hubieren sido antes discutidos. Luego se escuchará a la víctima o en su defecto, a quien pueda constituirse en querellante particular y hubiere comparecido y, por último, se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar. En caso que la presencia simultánea del imputado y la víctima en la sala resulte inconveniente o que pueda implicar algún riesgo o perjuicio sobre el estado emocional de ésta, el Juez, a pedido de la víctima, podrá determinar el alejamiento temporal del imputado y, luego de ser escuchada, ordenará su reingreso haciéndole conocer lo manifestado por aquella. El imputado o su Defensor, podrán acreditar solamente con los elementos de prueba incorporados o producidos antes de la audiencia, entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (Art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (Art. 298). También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria. El juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente, quedando en ese acto notificadas las partes. Deberá escrituralizarse el mismo día la parte esencial del auto de prisión preventiva, que deberá contener bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; somera enunciación del hecho que se le atribuye; exposición muy sucinta de los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal, con cita de las disposiciones aplicables. La resolución denegatoria de la prisión preventiva, será apelable por el Fiscal y el querellante particular. La que disponga la medida de coerción, lo será por el imputado y el Defensor. En ambos casos, el recurso será concedido sólo con efecto devolutivo. El procedimiento previsto en el presente artículo deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (Art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (Art. 295). La apelación tramitará siempre según el legajo digital o por compulsas de las partes pertinentes, sin desplazamiento del expediente y con copia del audio de la audiencia. La audiencia de la apelación procederá en la forma prevista en el presente artículo la que deberá realizarse dentro del plazo de dos (2) días de ingresada la compulsas a la Cámara o la OGAP u Oficina de Apelaciones. Si el Ministerio Público Fiscal no mantiene el recurso deberá hacerlo saber por escrito antes de la audiencia. (Texto s/Ley 8869 B.O. 3/6/16) Primer y último párrafo, texto s/ art 53 ley 9040 27

Así, todos los delitos considerados de menor gravedad o de fácil investigación tramitarán en lo que se conoce como proceso correccional, siendo este un proceso caracterizado por la celeridad de plazos, ello, repito, en razón de la simplicidad de investigación de los tipos penales que caen en él.

Esta diferenciación no es menor en lo que atañe a la coerción personal de quienes se encuentran sometidos a proceso. ¿Por qué? Pues la razón radica en que se han previsto distintos medios de control jurisdiccional para los casos en que una persona sea detenida por el Ministerio Público Fiscal conforme el tipo de proceso en el que tramite.

De este modo, en los delitos de procedimiento correccional, luego de instruido el legajo en lo que se conoce como información sumaria o etapa sumaria, la que en el caso que en estudio refiere a una persona que se encuentra detenida, y reunidos los elementos de convicción que permitan tener como probable la participación del imputado en el hecho investigado, el Ministerio Público formulará una pre-acusación y requerirá a la Oficina de Gestión de Audiencias Penales que fije fecha de audiencia de acusación.

En la audiencia de acusación con el imputado detenido por orden del Ministerio Público Fiscal, la defensa técnica ‘podrá’ requerir que se realice un control jurisdiccional de la detención de su pupilo procesal conforme lo previsto por el art. 345 del C.P.P.⁵⁶

Si en dicha audiencia de acusación las partes no arriban a un acuerdo de aplicación de algún principio de oportunidad, se avanzará a la etapa de ofrecimiento de prueba, aceptación o rechazo de ésta y se requerirá que se fije pronta fecha de debate.

En tanto, la investigación penal preparatoria, prevista para delitos de mayor complejidad y de mayor gravedad, encuentra su procedimiento en los artículos ya estudiados en el 2.5 de este capítulo, es decir, decretada la detención por el Ministerio Público Fiscal,

⁵⁶Art. 345: “En cualquier momento, sólo el imputado o su defensa, podrán solicitar el control jurisdiccional de la privación de la libertad y la aplicación de los Artículos 281, 292 y 295, directamente ante el Juez de Garantías, quien deberá seguir el procedimiento previsto por el Art. 294, bajo pena de nulidad. La resolución será apelable por el Fiscal, el querellante particular, el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo y deberá seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del Art. 294, bajo pena de nulidad.”

éste en el término previsto por el art. 348 del C.P.P. requerirá la prisión preventiva del imputado. En la audiencia oral prevista al efecto, el órgano acusador solicitará la aplicación del encarcelamiento preventivo fundando su pedido en las previsiones del art. 293 del C.P.P. y, generalmente, la defensa se opondrá a tal medida requiriendo la liberación de su defendido o requerirá que se aplique una medida menos gravosa.

En definitiva, en ambos procesos el órgano jurisdiccional analizará la medida de coerción dispuesta por el Ministerio Público. Sin embargo, al encontrarnos en el proceso correccional con una disposición que establece que en este procedimiento especial no es de aplicación el art. 348 del C.P.P., podría llegar a suceder que ni el Ministerio Público Fiscal ni la defensa técnica requieran que se controle la detención del imputado, quedando éste detenido por orden fiscal hasta la finalización de su proceso, el que si bien resulta abreviado podría extenderse durante varios meses.

Se considera que resulta de buena práctica judicial que el o la juez interviniente invite a las partes que no lo han requerido a que se realice un control jurisdiccional respecto de la detención del imputado en el proceso correccional, toda vez que nadie puede estar detenido sin orden de juez competente.

Aclarada esta situación entonces tenemos que en los procesos que tramitan por investigación penal preparatoria y luego culminan, en su caso, en un juicio plenario oral y público, tramitarán los delitos que revisten penas mayores, en lo que aquí interesa: homicidio agravado por violencia de género (art. 80 inciso 11 del C.P.); homicidio agravado por violencia de género transversal (art. 80 inciso 12 del C.P.); lesiones graves dolosas y lesiones gravísimas dolosas agravadas por mediar violencia de género (art. 92 en función de los art. 90, 91 y 80 inciso 11 y 12 del C.P.); abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 segundo párrafo del C.P.); abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del C.P.).

Mientras que en el proceso correccional tramitarán Lesiones Leves Dolosas Agravadas (art. 89 en función del art. 92 y 80 inciso 11 del C.P.); Amenazas Simples (art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del C.P.), Coacciones (art. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del C.P.), Amenazas Agravadas (art. 149 bis segundo párrafo del C.P.);

Desobediencia (art. 239 del C.P.), Abuso Sexual Simple (art. 119 primer párrafo del C.P.) todo ellos cometidos en contexto de violencia de género.

Finalmente, cabe señalar que el art. 439 bis del C.P.P. regula el procedimiento de flagrancia el que dispone en lo pertinente:

“En los casos en que se procediera a la aprehensión in fraganti del prevenido conforme regulan los artículos 287 y 288 de este Código, y siempre que se trate de delitos dolosos que no superen la pena de veinte (20) años de reclusión o prisión, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal bajo sus directivas, formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado con la presencia del defensor frente al Juez de Garantías en Flagrancia, Juez Correccional, Juez de Garantías o al Juez del Juzgado Penal Colegiado según la asignación de la audiencia por la OGA u OGAP, según corresponda.”

Asimismo, en el art. 439 ter establece que en la audiencia preliminar las partes ofrecerán la prueba del debate del proceso directísimo, cuya audiencia de finalización deberá realizarse en el plazo de 2 días hábiles desde la aprehensión. Se prevé en este artículo que si la fecha de debate es posterior a los diez días desde la imputación formal, el Ministerio Público Fiscal deberá proceder según los artículos 348 y 293, inc. 1), salvo que existiere riesgo procesal podrá solicitar la prisión preventiva, conforme el inc. 3) del mismo artículo.

Se considera que resulta sobreabundante la aclaración de la solicitud de la prisión preventiva en razón de las disposiciones del inciso 3) del art. 293 del C.P.P. dado que debe analizarse en cada caso que se presente si existen indicadores o factores de riesgo procesal, no pudiendo proceder de forma automática el dictado de la prisión preventiva.

3.2. Inicios de la investigación penal con perspectiva de género

Cuando una mujer decide denunciar, por si o por intermedio de otra persona, que ha sido víctima de un delito que *prima facie* aparece agravado por ser cometido con violencia de género o por cometerse en un contexto de violencia de género, se activa (o debe activarse) tanto en el sistema judicial de manera general como en sus agentes particulares un protocolo especial de tratamiento hacia la mujer presunta víctima. Ello no resulta menor. No solo por

las exigencias convencionales y constitucionales a las que se ha obligado la República Argentina para la protección de la mujer sino por todas las incidencias que tendrán estos primeros encuentros con la mujer presunta víctima o con el escenario en donde han sucedido los hechos, sobre el proceso penal y todas las medidas que deban tomarse en torno a éste.

La recolección de prueba, o mejor dicho, de evidencia, tal como debe denominarse a aquélla en los procesos acusatorios con tintes adversariales como el del C.P.P. de Mendoza, debe recolectarse desde el minuto cero con perspectiva de género.

Conforme lo reseñado en el Capítulo II de este trabajo, la perspectiva de género entonces será aquel tratamiento y mecanismo que permita identificar estereotipos patriarcales basados y justificados en diferencias biológicas entre hombres y mujeres.

Dicho de otro modo, la perspectiva de género es la herramienta que debe ser utilizada por los operadores de justicia, en nuestro caso, para detectar actos de discriminación, desigualdad o violencia contra la mujer; la lupa por la que debe atravesarse cada acto procesal que luego ingresará al proceso en calidad de evidencia y que en definitiva conformará el plexo probatorio del que se valdrán las futuras decisiones que se adopten. Para ello, cada operador debe encontrarse debidamente capacitado en cuestiones de género, para comprender la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse la mujer víctima de violencia y todo el contexto que la rodea.

Resulta esencial la capacitación en cuestiones de género del personal de las oficinas fiscales y el personal de policial judicial o todo aquel que toma contacto con la mujer denunciante o con el lugar de los hechos y que gravite sobre las tomas de decisiones primarias a fin de evitar futuras nulidades y conflictos con otros principios y garantías del proceso penal. Este punto resulta un mandato u obligación en razón del dictado de la Ley n° 27.499, denominada Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para Todas las Personas que Integran los Tres Poderes del Estado que en el art. 1 prevé: “Establézcase la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.”

De no ser así, hemos de suponer una situación hipotética en la que un operador por convicción personal –u otros motivos- decidiese no aplicar la perspectiva de género o por desconocimiento (lo que se encuentra vedado conforme las disposiciones de la ley n° 9196, mediante la cual Mendoza adhiere a la Ley Nacional 27499, más conocida como “Ley Micaela García”, vigente en el país desde diciembre de 2018) nos enfrentaríamos a graves riesgos procesales que podrían derivar en sanciones de nulidad, amenazando el correcto devenir del proceso penal; investigaciones incompletas; uso de estereotipos de género; etc.

En consecuencia, desde la toma de denuncia por el personal de las oficinas fiscales del Ministerio Público Fiscal o desde la toma de conocimiento de un hecho delictivo por parte del personal policial, se deben poner en marcha todos los mecanismos de aplicación de la perspectiva de género.

Así, en el marco del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Mendoza, haciéndose eco del Modelo de Protocolo Latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), Protocolo de la ONU, se dictó el Protocolo de Investigación de las Muertes Violentas de Mujeres por Razones de Género (Femicidio), que regula estándares mínimos de actuación de todas las partes y sectores que deben intervenir en dicha investigación.

Se destaca que el protocolo ha sido redactado para la investigación de femicidios/feminicidios, directos e indirectos, a efectos de dar cumplimiento a las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que establecen un deber de diligencia reforzada para los casos de violencia contra la mujer; tales como el art. 2 de la CEDAW; art. 4, 7 y 8 de la Convención Belem Do Para; Comité CEDAW – la violencia contra la mujer, recomendación general nro. 19 del periodo de sesiones décimo primero, 1992, punto 24, t; el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem Do Para (MECSEVI) en la Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014,

De entre estas menciones de instrumentos de derechos humanos, se destaca lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en cuanto expresó

en el caso González y otras vs. México, mayormente conocido como “Campo Algodonero” de 2009, en cuanto dice que: “

“...Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará [...]En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.”.

Es decir, la debida diligencia reforzada refiere a una aplicación efectiva de los mecanismos de protección y practicas policiales, judiciales –incluidos los equipos interdisciplinarios y médicos forenses- y jurisdiccionales, que sean serias, ciertas e inmediatas ante las denuncias, que deben traducirse en instituciones que otorguen respuestas eficientes. En consecuencia, todos los operados deben tener una mirada de género interinstitucional, intersectorial e interdisciplinaria.

Sentado entonces que la perspectiva de género y la debida diligencia reforzada son directrices fundamentales en la materia, la capacitación del personal conformará –como ya se ha señalado- el elemento integral para lograr una correcta aplicación de aquéllos en los comienzos de la investigación y así evitar de revictimización próxima y futura.

El art. 3 inciso K de la Ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales establece

“Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:... k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.”

Deberá evitarse en los primeros instantes de la investigación y en todas sus etapas subsiguientes la re-victimización de la mujer. Por ello, los procedimientos deben estar minuciosamente establecidos para lograr el respeto por todas las garantías del proceso penal y no perjudicar el futuro procesal del caso y obtener una respuesta adecuada y, en su caso, lograr la sanción del agresor.

Puede describirse la re-victimización como aquel proceso mediante el cual se produce un sufrimiento por parte de las instituciones y los operadores de éstas al tomar las denuncias, investigar hechos delictivos u ordenar medidas para esclarecer los hechos.

Se resalta que la re-victimización se produce respecto de quien ya se considera que ha sido víctima de un hecho delictivo, siendo que en el proceso penal rige el principio de presunción de inocencia por lo que debe entenderse que el sujeto pasivo del hecho delictivo, esto es, la mujer es presunta víctima, *status* el cual se adquirirá recién con la declaración cierta y firme de condena del imputado. No obstante ello, la no re-victimización debe evitarse y está dirigida directamente ante la presunta víctima, a efectos de evitar las consecuencias negativas que tendría sobre aquélla; sin perjuicio de que se la designe indistintamente presunta víctima o víctima, estado éste que se atribuirá –como ya se dijo- en una sentencia condenatoria firme.

El MECSEVI ha dicho al respecto “[...] la revictimización secundaria conlleva consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas, que afectan además

negativamente las relaciones de la víctima con su comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a sus necesidades.”⁵⁷

Se destaca aquí la opinión de Jordi Ferrer Beltrán⁵⁸ en cuanto señala que en la práctica de la prueba, la revictimización se da ante todo tipo de delito debido a las técnicas de litigación oral que se enseñan en las cátedras de derecho que poseen como finalidad ‘destruir’ al testigo y no a la obtención de información fiable y compara la revictimización que puede sufrir alguien que se encuentra inmerso en un conflicto hipotecario y la víctima de violencia de género. Señala que en ambos supuestos, ante alguien que sufre una situación traumática y de alta tensión, ese tipo de técnicas pueden ser especialmente dañinas.

Respecto a lo expuesto por el conferencista, si bien acierta Ferrer Beltrán en cuanto a que las técnicas de litigación deben dirigirse a la obtención de información clara y fiable por parte del testigo o víctima sea cual fuere el proceso y el fuero en el que se interroga, lo cierto es que reviste características específicas el proceso que encuentra víctima a una mujer –e igual podría señalarse respecto de los niños, niñas y adolescentes y de las personas con discapacidad- toda vez que se encuentran comprendidas dentro de grupos en situación de vulnerabilidad y cuyo contexto de comisión delictual difiere de un conflicto civil o laboral. Aquí, la denunciante o presunta víctima vive una situación traumática que en la mayoría de los casos se vivencia en un ámbito de profunda intimidad, donde se ha ejercido violencia sistemática –en general en ámbitos domésticos por la pareja de la víctima- por una persona por la que se ha tenido un gran afecto. La revictimización no se dará solo entonces por la reiteración vivencial del hecho, por las preguntas e interrogaciones que puedan realizar las partes sino también por la violencia institucional que responda a estereotipos de género cuya génesis se sostenga en diferencias biológicas entre las partes que intervengan en el conflicto y en referencia a esto especialmente.

No se desconoce las secuelas y traumas que puedan generar otros conflictos de la vida social de las personas, tales como remates de hipotecas o despedidos laborales, pues cada uno de ellos tendrá sus especificaciones y particularidades, pero mal puedes compararse

⁵⁷ Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014, www.oas.org, consulta: febrero de 2021

⁵⁸ Ferrer Beltrán, Jordi; La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. Cátedra de Cultura Jurídica. <https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4>. s/f

todas las re-victimizaciones secundarias y más aún, aquella de quien podría ser víctima de un delito cometido con violencia de género.

En la praxis, la re-victimización se sorteará –entre otras- realizando preguntas pertinentes y útiles y no repetitivas al tomarle declaración a la víctima, logrando que la mujer no deba repetir el relato ante distintos efectores; prohibiéndose preguntas que hagan a la intimidad de la mujer o a sus hábitos o que de cualquier modo escondan estereotipos patriarcales y denoten una discriminación clara basada en roles justificados en diferencias biológicas entre géneros. A su vez, deberá ofrecerse asistencia y abordaje integral a la víctima en áreas y lugares específicos, con personal profesional debidamente capacitado.

Asimismo, en la producción de la evidencia del caso, deberán los órganos del Ministerio Público Fiscal articular todo los medios para garantizar debidamente los derechos de todas las partes, evitando nulidades absolutas y relativas, otorgando pruebas de calidad dispuestas al control de todas las partes del proceso, resguardando siempre la intimidad de la mujer.

3.3. Presupuestos para el dictado de la prisión preventiva en delitos cometidos en contexto de violencia de género: Sus notas de especialidad

Una vez reunidos todas las evidencias necesarias, el Ministerio Público Fiscal requerirá al órgano jurisdiccional que disponga la prisión preventiva del imputado.

El art. 293 del C.P.P. de Mendoza, nos indica cómo deberá ser el juicio de razonamiento que llevará a cabo el magistrado al dictar una prisión preventiva. Así deberá analizar la coexistencia de dos presupuestos interdependientes entre sí: El *fumus bonnis iuris* y el *periculum in mora*.

La acreditación de estos dos supuestos será la base sobre la cual habrá de adquirir legitimación el avasallamiento o avance sobre los principios de presunción de inocencia y de libertad durante el proceso penal.

Aquí se deja entrever la elección que se realiza en este trabajo entre la concepción de la prisión preventiva de las teorías procesalistas y de las teorías sustantivistas; seleccionando como la adecuada la primera de ellas. Es que la elección entre una y otra llevarían a resultados distintos y más aún en algunos casos de delitos cometidos en contexto de violencia de género que se encuentran sancionados con penas de prisión leves dentro de la graduación que contiene todo el Código Penal Argentino. Sobre ello se volverá al tratar el segundo presupuesto de la medida cautelar.

a. Fumus bonis iuris o fummus commissi delicti

La existencia del hecho así como también la participación del imputado en aquél con el grado de probabilidad requerido en la etapa procesal por la que transitarán estos casos reviste ante delitos cometidos en contexto de violencia de género ciertas características particulares.

El fummus bonis iuris o verosimilitud del derecho refiere a la existencia de material de evidencia suficiente que permita sostener como probable la hipótesis de la acusación.

En este momento, la prueba o evidencia que se ha producido en la investigación será expuesta por las partes a la valoración jurídica individual y conjunta del magistrado.

En cuanto a este momento de valoración jurídica de la prueba en un proceso judicial, Jordi Ferrer Beltrán, tiene dicho que la perspectiva de género no tiene ninguna injerencia, toda vez que todos los casos deben ser valorados sin sesgos y sin perjuicios de género ni de ningún otro tipo. Valorar sin ningún sesgo sería estar dentro de la valoración racional de la prueba.⁵⁹

Se discrepa con Ferrer Beltrán en cuanto suponer una valoración racional de la prueba sin ningún tipo de sesgo sería interpretar al magistrado como una especie de supra-humano, exento de de-construirse de los estereotipos patriarcales dado que lo tendría instintivamente o por pretensas capacidades extraordinarias de captación de nuevas necesidades sociales.

⁵⁹Ferrer Beltrán, Jordi; La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. Cátedra de Cultura Jurídica. <https://www.youtube.com/watch?v=SIsol3WQLy4>, s/f

Además, el razonamiento del conferencista llevaría a entender el derecho como neutral, sin encontrarse atravesado por necesidades de ajustes y atención de nuevas tensiones, pues el juez ya “no necesitaría” adoptar perspectiva alguna porque la tendría incorporada.

Por el contrario, la perspectiva de género no solo implica una capacitación jurídica consciente, continua y permanente respecto a los estereotipos patriarcales sino que también interpela a la utilización de ella como herramienta para detectar discriminaciones basadas en el género y justificadas en cuestiones biológicas. Así, la valoración racional de la prueba debe verse iluminada por distintas perspectivas para lograr con la discriminación positiva igualar las partes en los procesos.

Así, por ejemplo, si una persona denuncia que ha sido víctima de un robo y tarda meses en denunciar no podrá valorarse -gracias a la utilización de la perspectiva de género- de igual modo que si una mujer tarda meses en denunciar a su ex pareja por un abuso sexual con acceso carnal. Pues en el segundo supuesto, habremos de considerar la situación de violencia psicológica que traduciría un caso típico de violencia de género y respondería a los cuestionamientos de la demora en denunciar el hecho delictivo, ello haciendo un análisis interdisciplinario del acto procesal de la denuncia, en el contexto en el que ella se produce, esto es, en una relación desigual de poder en la que la mujer puede temer que su victimario le haga mayor daño si denuncia ante las autoridades los delitos de los que es víctima.

La perspectiva de género permitirá visibilizar la violencia de género en la que podría estar inmersa una mujer denunciante o presunta víctima y permitirá al juzgador valorar la prueba bajo estos parámetros a fin de determinar si se ha reunido material probatorio suficiente, conforme la etapa procesal por la que transitan las medidas cautelares, y determinar si este acervo probatorio habilitará el primer presupuesto para la aplicación de la prisión preventiva o no.

En consecuencia, ante la presentación de la prueba de las partes se habrá de utilizar esta herramienta de perspectiva de género para analizar y ponderar qué valor revisten en el proceso concreto.

Teniendo entonces aclarado que toda la evidencia acumulada en la etapa de investigación en la que solicita el encarcelamiento preventivo debe ser valorada de forma

racional con perspectiva de género, debemos ponderar qué sucede entonces entre las exigencias constitucionales, por intermedio de la CEDAW y de la Convención Belem Do Para, y la Ley n° 26.485 sobre la valoración de la prueba en casos de violencia de género y con los principios constitucionales del estado de derecho que deben regir en el proceso penal. Es decir, de qué manera tensionan unos y otros principios sin anular ninguno de ellos.

En efecto, el Art. 16 de la Ley n° 26.485, establece como Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos que

“Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:...i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”

Es decir, la legislación nacional establece la amplitud probatoria en los procedimientos judiciales o administrativos.

En consecuencia, teniendo en cuenta el ámbito en el que se producen la mayoría de este tipo de delitos, esto es, en un ámbito de intimidad, sin la presencia de testigos calificados y muchas veces sin dejar rastros del tipo objetivo; habremos de preguntar: ¿Esta amplitud probatoria significaría considerar que el testimonio único es suficiente como prueba de cargo en los delitos cometidos en contexto de violencia de género? ¿Modificar las normas sobre carga probatoria implicaría un debilitamiento del principio de inocencia?

Al respecto, José Luis Ramírez tiene dicho que:

“La doctrina jurisprudencial suele afirmar que la regla «testis unus testis nullus» (testigo único, testigo nulo), con arreglo a la cual el testimonio de una sola persona es insuficiente para condenar a alguien como autor de un hecho delictivo, constituye un residuo del derecho histórico vinculado a los sistemas de prueba legal o tasada. Este modelo atribuía a cada prueba un valor fijo o predeterminado, de manera que el juez, quien no podía tomar en consideración determinados medios

probatorios, se limitaba a hacer con las pruebas permitidas operaciones aritméticas, sumando y restando pruebas, para llegar a una conclusión con independencia de su convicción personal”.⁶⁰

Así, el ordenamiento argentino no contiene la regla de prueba legal tasada sino el de la sana crítica racional, el que establece que los magistrados deben motivar y justificar sus decisiones para que sus decisiones aparezcan razonadas y para el debido control de la ciudadanía.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, con Sede en Madrid, para fecha 24 de julio de 2019, tiene dicho que:

“Se reprocha en el recurso que la única prueba de cargo es la declaración de la víctima y frente a esa queja conviene recordar que el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia número 258/2007, de 18 de diciembre , seguida por muchas otras, ha establecido de forma reiterada que "[...] la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (por todas, STC 347/2006, de 11 de diciembre , FJ 4) [...]". La exclusión del testigo único como prueba de cargo (testimonium unius non valet) es una regla propia de un sistema de prueba tasada. En cambio, un sistema basado en la valoración racional admite que la condena tenga su fundamento en un solo testigo. Por tanto, nada se puede objetar a que la sentencia condenatoria tenga como único fundamento la declaración de la víctima, si bien el análisis valorativo de esa prueba cuando es la única o fundamental debe ser especialmente cuidadoso. La exigencia de una fundamentación objetivamente racional impide que la condena tenga como fundamento la creencia subjetiva de que el testigo no miente. No es un problema de fe sino de que el testimonio sea objetiva y racionalmente creíble. Precisamente para hacer posible esa indagación esta Sala ha identificado una serie de criterios o parámetros que hacen posible o facilitan ese análisis, en el bien entendido que no se trata de presupuestos que necesariamente deban estar presentes, ya que ello conduciría a una valoración tasada de la prueba, lo que no se compadece con el principio de libre valoración de la prueba establecido como regla general en el artículo 741 de la LECrim . Los criterios consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación. Son criterios orientativos que permiten exteriorizar el razonamiento

⁶⁰ Ramírez Ortiz, José Luis; El Testimonio Único de la Víctima en el Proceso Penal desde la Perspectiva de Género; Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning N. 1; Madrid, 2020; pp. 201-246; p. 4

judicial y que hacen posible que la credibilidad que se otorgue al testimonio de la víctima no descansa en un puro subjetivismo, ajeno a todo control externo, sino en criterios lógicos y racionales.”⁶¹

Esta misma línea jurisprudencial ha seguido la Ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Mendoza en el precedente Cabrera Casanovas⁶² así como también algunos de los integrantes del Juzgado Penal Colegiado de la Provincia de Mendoza.

No solo se toma como parámetro la amplitud probatoria que debe regir en los tipos penales que se cometen en contexto de violencia de género y la jurisprudencia mencionada para resaltar que el testimonio único no puede ser descartado como prueba de cargo, sino que no existen prueba legales positivas ni pruebas legales negativas, conforme las expuso oportunamente Ferrajoli, según José Luis Ramírez (2019), que indiquen que el testigo único es o no prueba de cargo.

No es posible, ergo, rechazar sin más como prueba de cargo el testimonio único de la víctima pudiendo tomarse una decisión razonada, aún en la provisoriedad que lleva ínsita el encarcelamiento preventivo, utilizando los métodos que ha aportado la doctrina.

Siguiendo la explicación aportada en la doctrina, indicada en los párrafos que anteceden así como lo enseñado por José Luis Ramírez (2019), podemos decir que el test de credibilidad valorará tres puntos, a los que en este trabajo se le agregarán las características particulares de acuerdo a los delitos que se cometen en contexto de violencia de género:

1) La credibilidad subjetiva de la víctima: en éste se analizará las capacidades físicas o psíquicas de la mujer; en las que utilizando el método de la perspectiva de género se deberá considerar especialmente si se encuentra ésta inserta en una relación desigual de poder, en

⁶¹Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 24/07/2019 N° de Recurso: 10085/2019 N° de Resolución: 391/2019 Procedimiento: Recurso de casación Ponente: EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA Tipo de Resolución: Sentencia, 2019

⁶²Ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Provincia de Mendoza Expte: P 132618/14 EXPTE. N° P-132.618/14- Apel. N° 5245/1/U “F. c/ Cabrera Casanovas p/ Robo Agravado....”; 18 de agosto de 2015

qué estado del círculo de violencia se encuentra, el temor hacia su presunto victimario, qué tipos de violencia han sido ejercidas sobre ella y bajo qué modalidad, etc.

Respecto al ciclo de la violencia, cabe destacar lo expuesto por Silvio Lamberti (2016) en cuanto, siguiendo las enseñanzas de la abogada estadounidense Leonore E. Walker, aquel ciclo se caracteriza por tres fases: la de acumulación de tensiones por parte del varón, la del incidente agudo de golpes y la del pedido de disculpas y nuevo enamoramiento de la pareja, que desemboca en una nueva fase de acumulación de tensiones y reinicia el ciclo.⁶³.

El ciclo de violencia así explicado refiere al supuesto específico en que la violencia de género se produzca en el ámbito intrafamiliar, pero resulta de interés el entendimiento interdisciplinario de lo que sucede a la mujer víctima en el periodo de tiempo en el que sufre las consecuencias de los delitos y de allí radica la importancia de determinar si la mujer se encuentra inserta en ese ciclo y en qué fase de éste está.

Asimismo, hará a la credibilidad subjetiva de la víctima la ausencia de fines espurios en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

La correcta utilización de la perspectiva de género permitirá evitar que el magistrado valore la evidencia como se le presenta bajo estereotipos patriarcales, tales como considerar que la mujer denuncia por ‘resentimiento’ al hombre –ex pareja, pareja, celos, etc.- o por ‘venganza’. Ello en modo alguno se traduce en la desidia en el análisis y valoración de la concurrencia de esos fines o motivaciones –que bien pueden concurrir en algún caso- sino en el despojo de las presunciones machistas que históricamente se le han otorgado a las denuncias expuestas por mujeres contra hombres, sobre todo parejas o ex parejas, convivientes o no.

⁶³ Lamberti, Silvio, *Violencia Masculina Intrafamiliar, Una visión integradora desde el psicoanálisis y el derecho*, Ed. Grupo Editorial 20XII, 2016, p. 63

b) La verosimilitud del testimonio: El relato debe ser coherente, lógico o posible así como también que coexistan con éstos datos objetivos periféricos que permitan corroborarlo.

Este ítem bajo la perspectiva de género, y bajo los condicionamientos de la Ley n°24.685 que señalan la amplitud probatoria en este tipo de delitos, permitirá considerar que un relato de una víctima es coherente, lógico o plausible de acuerdo al contexto en el que se ha producido, esto es, una relación desigual de poder donde encontramos una mujer que puede estar afectada psicológicamente o emocionalmente.

En otras palabras, lo que para algunos no resultará lógico o coherente, como por ejemplo que la mujer no haya denunciado maltratos previos o que luego de serias y graves agresiones continúe el vínculo emocional con el hombre, podrá escapar a la lógica de un relato ordinario pero en el tipo penal adquirirá relevancia el contexto en el que se produce. De acuerdo a lo expuesto en el Capítulo II, pudimos observar que el proceso para realizar una denuncia penal reviste diversas aristas que no solo son alcanzadas por lo que se espera del ‘hombre medio’, sino por vertientes psicológicas y presiones emocionales que impiden encontrar una coherencia de lo que ‘se espera’. Deberá analizarse ésta teniendo en cuenta estándares o parámetros psicológicos que, probablemente se encontrarán y entreverán en las entrevistas forenses practicadas a la mujer.

En cuanto a los datos objetivos periféricos serán, entonces, las pericias físicas, pericias psíquicas y entrevistas preliminares, los que aportaran datos objetivos que permitan ahondar sobre la veracidad del relato de la testigo.

c) La persistencia en la incriminación: Aquí se examinará la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones de la testigo, la concreción en la declaración (sin vaguedades o ambigüedades) y la ausencia de contradicciones entre las distintas declaraciones.

Las modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones de la testigo y las contradicciones, adquiere bajo la perspectiva de género un rasgo especial al encontraron en este supuesto el típico caso cuestionado, conforme las máximas de la experiencia, en que la mujer se arrepiente de lo denunciado o se desdice de sus anteriores relatos.

La perspectiva de género, permitirá vislumbrar que el círculo de la violencia implique transitar por lo que se conoce como 'luna de miel' o pedidos de disculpas o nuevo enamoramiento, donde la mujer denunciante se desdice y/o niega haber sido víctima de un ilícito en base a los pedidos de perdón y de promesas de no concurrencia futura por parte de su victimario. Estas circunstancias deberán adquirir fuerza en el iter de razonamiento que realice el juzgador, el que siempre deberá contar con informes de equipos interdisciplinarios.

Se reitera que la fuerza que otorga la perspectiva de género al análisis del testigo único implica armonizar las desigualdades intrínsecas que existen en la sociedad y que afectan los procesos judiciales cuando se encuentran estereotipados, sirviendo de herramienta para igualar al sujeto pasivo y al sujeto activo de la relación. Más no debe olvidarse, como señala José Luis Ramírez (2019) “[..] las causas del convencimiento han de ser intersubjetivamente transmisibles, controlables y compartibles”, no siendo suficiente una convicción interna o justificada en la simple mención de la perspectiva de género sino que se requiere por parte del juzgado una motivación razonada.

Asimismo, deberá tenerse, conforme enseña Perfecto Andrés Ibañez (2009), plena conciencia de las dificultades intrínsecas de las testimoniales y evitar la automatización del test de credibilidad del testigo único, atendiendo los aspectos más objetivos de la declaración testimonial que son los que tienen como vehículo la clave verbal.⁶⁴

El razonamiento bajo la perspectiva de género debe ser fácil y objetivamente controlable por todas las personas.

Se recuerda que no es este el momento en el cual se pretende que se tome una decisión jurisdiccional acerca de la certeza o falta de ella sobre la culpabilidad y responsabilidad penal del presunto autor del hecho, derrumbando la presunción de inocencia, pero el análisis valorativo que realizan los magistrados en los inicios de la investigación y sus actos consecuentes, como las medidas cautelares, requieren iguales reglas aunque no idéntico grado convictivo.

⁶⁴Ibañez, Perfecto Andrés, “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 123

En este sentido, Perfecto Andrés Ibáñez (2009) refiere que:

“[...] La presunción de inocencia –en el correcto decir de Illuminati ‘el único modo aceptable de plantear la investigación judicial, hasta el punto de haber llegado a ser, en el Estado de derecho, más que una opción normativa contingente, casi un principio de razón’- es, además y antes incluso que una regla de juicio- o, precisamente, como regla de juicio-, una regla probatoria, que debe imperar eficazmente en la formación de la prueba”.⁶⁵

No obstante, servirá la perspectiva de género como metodología para evitar el descarte de evidencias por estereotipos, dejándolas prevaler sin sesgos patriarcales o machistas y bajo el examen de criterios provistos por la sana crítica racional.

Adelantando la respuesta a las preguntas que se han realizado, e invirtiendo su orden, se considera que no se han tergiversado las normas que regulan las cargas probatorias en el proceso penal. En dirección opuesta, lo que se revoluciona en el proceso penal es la aplicación de esta lupa o herramienta que permitirá un análisis minucioso en los tipos penales que se cometen en contexto de violencia de género.

En otras palabras, no se considera en este trabajo que todo lo que diga la mujer, como testigo única, reviste verosimilitud por el solo hecho de ser mujer y por encontrarnos insertos en una sociedad patriarcal.

En ningún apartado de la Ley n° 24.685 como así tampoco en la CEDAW y en la Convención Belem Do Para, se señala que debe primar la palabra de la mujer ante la del hombre agresor, pues de expresarlo desconocerían sus propias bases en búsqueda de la igualdad entre géneros.

El Estado de derecho continúa vigente y en su mayor plenitud en tanto se deben conjugar las distintas tensiones en juego. Las conquistas del Estado de derecho, como el principio de presunción de inocencia, se enriquecen cuando en el proceso se decide por la versión de la parte, que de forma fiable y con garantías de igualdad se aproxima más a la verdad.

⁶⁵ Ibáñez, Perfecto Andrés; La prueba y convicción judicial en el proceso penal, Ed. Hammurabi, 2009, p. 79

Se discrepa con Jordi Ferrer Beltrán en cuanto señala que la cuestión del testigo único se resuelve estableciendo un estándar probatorio y que ello no tiene vinculación con el principio de inocencia. Se considera en este trabajo que establecer un estándar probatorio se aproxima a establecer presunciones iure et de iure, que se alejan del análisis de los casos concretos para estandarizar la prueba que resultaría suficiente conforme cada tipo penal.

Cada infracción a una norma penal reviste particularidades cuya prueba de su corroboración deben ser definidas conforme al hecho, que en determinados casos resultará suficiente y en otros, de acuerdo a ese conflicto particular, no lo será.

Sentados entonces los lineamientos cuando concorra el testimonio único de la víctima o del testigo único en este tipo de delitos, también habremos de mencionar que todas las pruebas deben valorarse razonadamente y con perspectiva de género, de acuerdo a lo que las partes presenten conforme los distintos contextos y espacios en que hayan acaecido los hechos.

En este orden de ideas, también habrán de valorarse aquellas pruebas que tiendan a demostrar la interseccionalidad por lo que pueda encontrarse atravesada la violencia de género, teniendo en cuenta si la mujer se encuentra dentro de otros contextos tales como etnias, grupos originarios, discapacidad, niñez o adolescencia, cuestiones económicas etc; encontrándose en situaciones de múltiple vulneración.

Estas circunstancias y condiciones que rodeen a la mujer deberán ser valoradas por el magistrado, dado que de encontrarse inserta en aquéllas la mujer se encontrará en más de un grupo en situación de vulnerabilidad y ello diversificará la valoración que deba realizarse para ver cómo se interrelacionan las distintas circunstancias de la mujer y de qué manera ello ha influido o no en la comisión del hecho que se investiga.

También, serán fundamentales las pericias e informes técnicos que practiquen los profesionales en medicina forense, psicológicos, criminalística y otras ciencias sociales; inspecciones oculares, reconocimientos en rueda, allanamientos, registros, etc.

En definitiva, la especificidad que requiere la perspectiva de género en esta medida de coerción personal obliga a que la evidencia nos permita determinar las circunstancias de comisión del hecho, el contexto de violencia de género y otras discriminaciones sufridas por

la mujer, determinar conforme los arts. 4, 5 y 6 de la Ley n° 24.685 el tipo y modalidad de violencia, individualizar al autor del hecho junto con sus antecedentes no solo judiciales sino también de otras situaciones de violencia hacia otras mujeres o hacia la misma denunciante y determinar la participación penal del autor en el hecho.

Todos estos elementos de prueba deberán valorarse con perspectiva de género, para determinar su fiabilidad y qué grado de corroboración poseen, mediante el cruce de información que los mismos contienen⁶⁶. Dicho de otro modo, se establecerá el nivel de corroboración de hipótesis conforme el grado de probabilidad que se requiere para el dictado de una medida cautelar mediante el examen de cada evidencia en particular y luego tratamiento de todo el cuadro probatorio.

Evaluado y valorado todo el plexo probatorio, el magistrado estará en condiciones de realizar una motivación respecto a la reunión de elementos probatorios que permitan tener como probable la existencia del hecho y la participación del imputado en él.

Por último, se recuerda que si bien la verdadera prueba será producida con las características de contradicción e intermediación únicamente en el juicio oral, lo cierto es que, tal como expresa Ibáñez (2009), en casos complejos, o como el presente de tipo penal complejo, en razón de su especificidad, es necesario que las aportaciones instructorias alcancen un apreciable grado de concreción y con garantía judicial. Agrega Ibáñez “...no es pensable un debate en vista pública sin contar antes con un cierto caudal de datos fijados preliminarmente de manera fiable”.⁶⁷

Por otra parte, no obstante que se reconoce, al decir de Del Vecchi (2017) “Los hechos cuya confirmación empírica habrá de discurrir la injerencia probatoria son entonces hechos normativamente cualificados”⁶⁸, es decir, ligados estrechamente en su comprobación a la calificación normativa; lo cierto es que la constatación de la *questio facti* y su posterior

⁶⁶ Ibáñez, Perfecto Andrés,..., p. 65

⁶⁷ Ibáñez, Perfecto Andrés,...p. 145.

⁶⁸ Del Vecchi, Diego,..., p.133

interpretación y valoración por parte del magistrado, resultará una tarea ineludible en la formación de la decisión.

Ello no desconoce, como enseña Del Vecchi (2017) que el hecho externo probado, deba ser interpretado, en lo sucesivo, descriptivamente y adscriptivamente. Dicho de otro modo, las evidencias deberán girar en torno a probar el *fumus commissi delicti* y, luego, a que éste ocurrió en contexto de violencia de género.

b.- Periculum in mora o periculum libertatis

El segundo presupuesto para la procedencia de la prisión preventiva es la comprobación de la existencia de peligro procesal. Como se sostiene en este trabajo, la constatación de este requisito reviste especificidad por el tipo penal. De esta manera se expondrán a continuación y en primer lugar, la justificación de la adopción de la teoría procesalista, lo que si bien ha quedado en claro en los párrafos que anteceden, lo cierto es que es aquí donde debe ser tratado, por ser donde adquiere mayor relevancia su tratamiento en tanto y en cuanto la finalidad de la prisión preventiva se percibe con nitidez al realizar el tratamiento del segundo presupuesto de procedencia: el *periculum in mora* o el *periculum libertatis*. En segundo lugar, se expondrán las notas particulares que reviste este presupuesto en los factores de riesgo en los delitos cometidos en contexto de violencia de género y por último, se analizarán las medidas alternativas al encierro forzoso y se esbozará una propuesta de mejora.

b.1. Adopción de la teoría procesalista como justificativa de la prisión preventiva

La prisión preventiva se encontrará legitimada solo, y solo sí, se considere que toda otra medida de coerción de menor gravedad no resultaría suficiente para neutralizar los peligros procesales en el caso concreto; ello en virtud de sus características de indispensabilidad y ultima ratio. En otras palabras, será únicamente la prisión preventiva, y ningún otro, el instrumento que podrá sosegar los peligros procesales.

En la República Argentina, en tanto estado de derecho, la única concepción no solo permitida por nuestro ordenamiento sino que justificativa del encarcelamiento previo es la teoría procesalista que compatibiliza el principio de presunción de inocencia con la medida cautelar, en tanto la aplicación de ésta no anula el mentado principio.

Efectivamente, en interdependencia coexisten razones de juicio positivo y negativo que permiten concluir que la respuesta adecuada para la justificación de la prisión preventiva puede encontrarse únicamente en las teorías procesalistas.

En primer lugar, el encarcelamiento preventivo es una herramienta excepcional que reviste una utilidad única dentro del proceso de investigación previo a la condena. Solo en la evitación de riesgos procesales encontramos la justificación de la prisión preventiva. Ergo, de producirse los peligros que se intentan evitar se frustrarían los fines del proceso y se burlaría la ley penal.

En segundo lugar, el encarcelamiento previo no podría verse justificado ni motivado en los fines preventivos de la pena, asimilándola a ésta, dado que implicaría un grave avance y desmedro de las instituciones del estado de derecho, desconociendo totalmente la presunción de inocencia que le asiste a todas las personas.

Hasta que no recaiga una sentencia condenatoria firme en el marco de un proceso, no se puede encarcelar en un establecimiento penitenciario al imputado dado que la privación de libertad solo puede habilitarse a título cautelar, es decir que la finalidad debe ser prevenir la producción de los peligros procesales que puedan frustrar el proceso penal.

Ello, asimismo, como una derivación del principio de inocencia que impone la regla del tratamiento como inocente mientras dure el proceso y a permanecer en libertad.

En tercer lugar, los tratados internacionales reglamentan las condiciones que debe revestir la prisión preventiva para ser respetuosa de los derechos humanos, así el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

El principio III. 2 último párrafo, del documento emanado por la CIDH, “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad”, establece que:

“La prisión preventiva de la libertad, como medida cautelar y no punitiva, deberá además obedecer a los principios de presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria en una sociedad democrática, que sólo podrá proceder de acuerdo con los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.”⁶⁹

Asimismo, en el párrafo 138 del Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas refiere:

“138. Del derecho a la presunción de inocencia se deriva también, como se ve en el Capítulo V del presente informe, el deber del Estado de asegurar la separación efectiva entre condenados y procesados en los centros de privación de libertad, y de asegurar que éstos reciban un trato acorde con su calidad de personas inocentes cuya privación de libertad sólo tiene fines cautelares. Igualmente, las personas detenidas y absueltas en primera instancia deberán ser puestas en libertad inmediatamente.”⁷⁰

De este modo, en diversos precedentes la Corte IDH ratificó que la prisión preventiva es una medida cautelar y no un adelantamiento de pena.

Así, la Corte IDH en el caso *López Álvarez Vs. Honduras* señaló:

“67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. [...]”⁶⁹. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no

⁶⁹ CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad, Adoptados por la Comisión durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, página web visitada por última vez el 20/02/2021: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

⁷⁰ CIDH; Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, OEA, 30 diciembre 2013, página web www.cidh.org, consulta: 20/02/2021.

impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena.”⁷¹

Del mismo modo se resolvió en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*, en tanto la Corte IDH estableció:

“144. Asimismo, el Tribunal ha indicado que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.”⁷²

Igualmente se puede mencionar en un precedente más reciente, caso *Amrhein y otros Vs. Costa Rica*, en el que la Corte expresó:

“357. En este sentido, en casos relativos a detenciones preventivas dentro de un proceso penal, la Corte ha indicado que la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no

⁷¹ Corte IDH. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

⁷² Corte IDH. Caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.”.⁷³

Idéntico razonamiento podrá observarse en “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas” del año 2014, “Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” del año 2014; “Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas” de 2019; “Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas” del año 2019, entre otros.

b.2. Naturaleza de las circunstancias o factores de riesgo

Reviste fundamental relevancia adoptar una postura respecto a la interpretación que debe darse a los circunstancias que habilitan a presumir que existe peligro procesal en un caso concreto, dado que ello habilitará la medida de coerción personal.

Tales circunstancias son las mencionadas en los distintos incisos del art. 293 del C.P.P. de Mendoza, en cuanto enumeran aquellas situaciones que se consideran que constituyen peligro procesal. Ahora bien, ¿Qué naturaleza jurídica tienen estas circunstancias? ¿Son presunciones o indicios e indicadores?

Si entendemos que las circunstancias de no poseer residencia fija, arraigo, etc. –por ejemplo- son presunciones –ya sean *iuris tantum* o *iure et de iure*- se establecerá que quien debe aportar prueba que contraríe dichas presunciones será el imputado.

Ahora bien, si estas circunstancias son indicadores de peligro procesal, ellos solo podrán ser inferidos en un caso concreto, no siendo nunca iguales uno con otros.

Este segundo punto de vista resulta el que mayor acierto presenta con el estado de inocencia del que goza la persona sometido a proceso, del que se puede inferir que es el

⁷³ Corte IDH, Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354

estado a través de sus órganos quien debe acreditar que en un caso concreto existe un peligro tal que ponga en riesgo los fines del proceso.

En este sentido ha resuelto la Comisión IDH en el caso Díaz Peña v. Venezuela, en cuanto consideró que la aplicación de una presunción del riesgo de fuga sin una consideración individualizada de las circunstancias específicas del caso es una forma de detención arbitraria, aun cuando tal presunción estuviera establecida en la ley. La Comisión consideró además que el hecho de que tal presunción se aplicase en función de un pronóstico de la pena constituía una violación al derecho a la presunción de inocencia.⁷⁴

Del mismo modo resolvió la Corte IDH en caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica en cuanto señaló que el peligro procesal no se presume sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

b.3. La Ley nº 27.372. ¿Una presunción que tergiversa el status de inocente del imputado?

La Ley nº 27.372 denominada “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, promulgada por el Congreso de la Nación Argentina el día 11 de julio de 2017, regula en el juego de sus artículos 5 y 8, una aparente presunción de peligro procesal, que de interpretarse de ese modo, habilitaría la aplicación de la prisión preventiva automáticamente, desplazando la carga probatoria al imputado, tergiversando así los lineamientos del status jurídico del que goza aquél, y sin una valoración del caso concreto.

El art. 5 inciso prevé que “La víctima tendrá los siguientes derechos: [...]d) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes”, en tanto que el art. 8 establece “En los supuestos del inciso d) del artículo 5º, se presumirá la existencia de peligro si se tratare de víctimas de los siguientes delitos:[...] e) Delitos contra la mujer, cometidos con violencia de género;[...] La autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para neutralizar el peligro. En especial, podrá reservar la información sobre su domicilio o

⁷⁴ CIDH, Informe Sobre...,..., parágrafo 152

cualquier otro dato que revele su ubicación. La reserva se levantará cuando el derecho de defensa del imputado lo hiciera imprescindible.”

Como se observa de la simple lectura de estos incisos, la ley crea una presunción que invierte la carga probatoria y que infiere conforme una presunción que existe peligro procesal y que debe adoptar una medida para neutralizar el peligro. Se adelante aquí, que la norma no expresa que deba aplicarse como medida para la evitación del riesgo la prisión preventiva en sí, sino que habla de ‘medidas necesarias’, pudiendo ser la mencionada así como otras de menor gravedad, las que deben ser analizadas y descartadas con anticipación a la admisión de la prisión preventiva.

Se considera que el tipo penal podría resultar en un indicador más, junto con otros que se aporten en el caso concreto para inferir que existe un riesgo serio y cierto de que se frustrarán los fines del proceso, pero que en modo alguno podría por sí solo justificar el encarcelamiento preventivo.

Se entiende en este trabajo que la redacción de la norma sobre derechos y garantías de las víctimas no se compadece con un estado de derecho, en el que todas las personas son consideradas inocentes y cuyo principio cobra especial relevancia durante el curso de una investigación, en la cual este principio eleva la exigencia probatoria por parte de quienes desean avanzar sobre él para encarcelar preventivamente a una persona.

Una interpretación distinta, conllevaría admitir que existe la aplicación automática de las medidas de coerción en ciertos delitos, que la prisión preventiva se justifica por intermedio de una teoría sustancialista, como adelantamiento de pena y en la que prevalecen los fines preventivos de la pena sobre los fines cautelares.

b.4. Los indicios o indicadores previstos en el art. 293 del C.P.P. bajo la perspectiva de género.

En los delitos cometidos con violencia contra la mujer, la acreditación del peligro procesal reviste un giro en el procedimiento general que se le atribuye ante la comisión de otros tipos penales. La perspectiva de género permitirá vislumbrar y detectar aquellos estereotipos patriarcales que han instalado en el proceso una mirada parcializada y

androcéntrica y protegerá a la mujer contra discriminaciones y evitará peligros contra su integridad física y su salud.

La perspectiva de género, tal como se ha explicado en este trabajo, no debilita ni merma las exigencias procesales y constitucionales ni de todos sus principios en relación a los requerimientos de las medidas de coerción. Por el contrario, aquélla se une a estos principios como una herramienta de fortaleza constitucional y convencional que por intermedio de su uso permitirá decisiones más equitativas y justas para todos.

En este orden de ideas, en los tratados de derechos humanos, que ha suscripto la República Argentina, se establece para la mujer el derecho a la tutela efectiva. Veamos:

El art. 4 de la Convención Belem Do Para, establece que:

“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:...f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley”.

En el art. 7 del mismo cuerpo legal se prevé:

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: ...d. *adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad*”, en tanto que en el art. 8 establece “Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, *medidas específicas*, inclusive programas para: (...) d. suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados; (la *itálica* me pertenece)

El art. 3 de la Ley n° 26.485 regula:

“Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:... h) *Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad;*” mientras que en el art. 16 se prevé “Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:... b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva;...e) *A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3° de la presente ley;*” y el art. 30 establece que “El/la juez/a tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y *proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material.*” (la *itálica* me pertenece)

De este modo, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia se encuentra garantizado por la obligación del Estado de otorgar la tutela efectiva a la mujer mediante la adopción de medidas para evitar que la hostiguen, intimiden, amenacen, dañen o pongan en peligro su vida.

En primer lugar, de la simple lectura de los artículos reseñados tenemos que no está mencionada literalmente la prisión preventiva y mucho menos como medida. Sin embargo, no puede desconocerse que el derecho a la tutela efectiva y protección de los derechos de las mujeres garantiza la aplicación de las medidas de coerción personal.

Por consiguiente, ¿El plexo normativo en materia de género deviene en una modificación de las estructuras habituales para la aplicación de la prisión preventiva? La respuesta a este interrogante, se adelanta, es afirmativa en razón de la aplicación de aristas particulares guiadas por la perspectiva de género.

La legislación local ha regulado en el art. 293 del C.P.P. e intentado enumerar de forma completa los indicios de peligro procesal que habilitarían la aplicación de la medida de coerción personal más gravosa. Empero, no resulta posible la enumeración cerrada o *numerus clausus* de supuestos de indicios de peligro procesal.

Por el contrario, nos encontramos ante un sistema abierto y de amplitud probatoria, en el que las partes deben acercar al magistrado todas las evidencias que demuestren que en el caso concreto existe un peligro serio y cierto de que se entorpecerá la investigación o se evitará la aplicación de la ley o, de otra manera, que tiendan a demostrar que el encartado se someterá a proceso y no entorpecerá la investigación.

Así, los incisos 1, 2 y 3 del art. 293 del C.P.P. de Mendoza, regula indicios, indicadores o pautas que deben ser interpretadas y valoradas, siempre sin apartarse de lo que la ley dice, por el magistrado.

Conforme lo define la Del Vecchi (2017) utilizando una definición que realiza la RAE, Peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal.

Así, el art. 293 del C.P.P. enumera esos peligros de que suceda algún mal para el proceso, conforme lo visto en el punto 2.5 de este capítulo.

El inciso 1 y 2 establecen aquellos supuestos en los que no resultaría procedente la pena de ejecución condicional en tanto que el inciso 3 regula el supuesto en el que a pesar de resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso o al cumplimiento de una eventual condena, conforme la enumeración de las disposiciones siguientes sin perjuicio de otras que podrían invocar las partes. Luego el inciso 3 señala en la letra a) el peligro de entorpecimiento, letra b) peligro para la víctima o testigo y en la letra c) el peligro de fuga, señalando en cada una de ellas indicadores pertinentes.

La perspectiva de género, como se ha planteado, será el método que debe utilizarse para evaluar los indicadores de peligro procesal en los que particularmente la libertad del encartado amenace la vida o integridad física de la mujer víctima, sus familiares o realice atentados contra sus bienes.

Se reitera que el encierro forzoso no puede ser aplicado de forma automática por parte de los magistrados, quienes deben valorar las premisas que las partes les presenten y –

en su caso- disponer la prisión preventiva de acuerdo a los indicadores que han formado el conjunto serio y cierto para arribar a una presunción de peligro. La perspectiva de género junto al estudio del caso concreto revestirán suma utilidad en estos tipos penales.

El estado es el que debe tutelar de forma efectiva los derechos de las mujeres víctimas de delitos, evitando que sufran riesgos en su vida o integridad física o en sus bienes, adoptando medidas conducentes a la evitación de esos peligros.

Peligros que deben correlacionarse directamente con el hecho investigado y el caso concreto pues no puede utilizarse el encarcelamiento preventivo para otorgar a la medida cautelar fines materiales propios de la pena.

Aquí es donde debe producirse el equilibrio entre los estándares internacionales que obligan a ponderar si los peligros que se quieren evitar puede ser por intermedio de medidas menos gravosa que no impliquen una privación de la libertad, aunque si una restricción a ella.

En este orden de ideas, para un análisis ordenado, se indagará en lo subsiguiente qué sucede en aquellos hechos delictivos en los que, en el hipotético caso de recaer sentencia condenatoria, no sería posible la aplicación de la condena condicional en los términos del art. 26 del CP, y aquellos casos en los que resulta procedente la condena de ejecución condicional.

b.5. La pena como indicio de peligro procesal en los delitos de género

En los ilícitos penales agravados por mediar violencia de género o por ser cometidos en ese contexto, la justificación y motivación sobre la procedencia de medidas cautelares encuentra en la praxis jurídica una laxitud en la suma de indicios que deben reunirse para demostrar en el caso concreto el riesgo procesal.

Dicho de otro modo, aquí la perspectiva de género *pareciera* inclinar la balanza hacia una exigencia débil en la conformación del riesgo procesal, en parte por la ya estudiada Ley de Derechos y Garantías de las Víctimas de Delitos, lo que habilitaría al órgano acusador a –si se quisiera, en una postura cuestionable- simplemente invocar que se ha cometido un delito en contexto de violencia de género o agravado por ella cuya sanción no habilitaría a

imponer, en el hipotético caso de recaer sentencia condenatoria, la condena de ejecución condicional.

En los delitos que prevén penas graves, si se logra acreditar que *prima facie* el hecho transcurrió conforme fue denunciado -gracias a la reunión de evidencia con el suficiente grado de probabilidad que satisfagan el requisito de verosimilitud en el derecho- para la formación del criterio sobre la existencia de indicios de riesgo procesal, la vara para evaluar si se ha conformado un plexo probatorio sobre los indicios de peligro procesal disminuye considerablemente.

Aquí, es donde –sin admitirse- se trasluce una justificación de la teoría sustancialista de justificación del encarcelamiento preventivo dado que es en estos delitos de mayor gravedad donde la escala penal con la que se encuentran conminados aquéllos adquirirá un papel principal en desmedro del análisis profundo del 3er inciso del art. 293 del CPP.

Si bien se observa en la práctica judicial que los magistrados tienen a justificar la procedencia de la medida cautelar en este tipo de ilícitos con otros indicios, lo cierto es que la escala penal sigue siendo la protagonista.

En este orden, establecer la pena como una presunción de peligro procesal llevaría a considerar que el encierro cautelar reviste características de adelantamiento de pena y aquél es dispuesto para apaciguar la alarma social que generan estos tipos delictivos.

Sin embargo, en estos casos debe el órgano jurisdiccional encontrar justificación para la imposición de la prisión preventiva en otros indicios o indicadores, en tanto la sola invocación de la escala penal para justificar el encarcelamiento en penitenciaria no resulta constitucionalmente válido.

No es admisible en nuestro ordenamiento jurídico que exista una aplicación automática de medidas de coerción cuando se cometan ciertos tipos delictivos, tales como los agravados por violencia de género sancionados con penas mayores a tres años. Ello atenta contra el principio constitucional de igualdad ante la ley y contra el Estado de Derecho en tanto avasalla el principio de inocencia que conlleva un tratamiento de inocente a toda persona que se encuentre sometida a proceso, sin importar la pena con la que se encuentre conminado el delito.

Es decir, debe otorgársele a la prisión preventiva –como ya se ha dicho- un tratamiento procesalista, en el cual solo se podrá avanzar sobre el principio de inocencia y encarcelar preventivamente a una persona que no ha sido declarada responsable penalmente mediante una sentencia, únicamente de forma excepcional y cuando se hayan acreditados peligros procesales que atenten contra los fines del proceso.

En este sentido el fallo Díaz Bessone, utilizado en los juzgados provinciales como precedente dominante en materia de encarcelamiento preventivo posee plena vigencia en estos tipos penales, no siendo disímil con otros tipos delictivos.

En este sentido, respecto a la valoración de la pena como parámetro para determinar la existencia de peligro procesal, el Dr. Eduardo Riggi en el fallo mencionado tiene dicho que:

“6.- a) Como se vio en el acápite precedente, el argumento de la severidad de la sanción penal no puede ser el único a tener en cuenta a la hora de evaluar sobre la procedencia del dictado de una medida cautelar de coerción personal, pues si bien el mismo resulta claramente indicativo en orden a la posible voluntad del imputado de someterse al proceso, otorgarle una preeminencia absoluta frente a otros parámetros que confronten con él y que pudieran resultar plenamente acreditados en una causa, puede conducir a resultados disfuncionales e incompatibles con el ordenamiento constitucional y legal.”

En conclusión, se afirma en este trabajo que la pena no es ni debe ser el único indicio que deberá utilizarse para evaluar si en la causa podrían frustrarse los fines del proceso, ni aún con la perspectiva de género.

Nada indica, de acuerdo a lo ya estudiado, que la perspectiva de género le otorgue un sentido distinto a este principio axiológico de inocencia que se compadece con todo el ordenamiento constitucional y convencional.

b.6. Ponderación de normas o derechos en tensión

Se considera aplicable en este punto lo que el autor Robert Alexy (1993)⁷⁵ ha denominado ley de ponderación, el que resulta un método de alto valor en este fuero en el que encontramos una tensión entre normas deontológicas, que son aquellas que se desarrollan en el ámbito del deber ser.

Enseña el autor citado que la colisión de principios –ya determinados por lo que denomina ‘Ley de colisión’ donde no existen principios superiores a otros- pueden ser solucionados mediante el establecimiento de una relación condicionada de precedencia – ‘Ley de ponderación’-. De este modo, una ponderación será calificada como racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundado racionalmente.

Alexy (1993) establece que, por ejemplo, un enunciado de preferencia condicionado puede estar justificado o fundamentado en la voluntad del legislador, en las consecuencias negativas de una determinación alternativa, el que menos consecuencias lesivas tenga y en decisiones anteriores.

En este orden de ideas la voluntad del legislador provincial, en la ley de rito, ha sido instaurar un sistema de regla/excepción, en tanto la libertad es la regla y la privación de ella es la excepción. El sistema está basado en las consecuencias negativas de adoptar una postura que contenga una regla sin excepciones, como sería la de no sopesar los riesgos de que un imputado se encuentre en libertad en desmedro de los fines del proceso y los derechos de las víctimas. Asimismo, la adopción del sistema de libertad como regla y encarcelamiento preventivo como excepción se justifica en las decisiones de la jurisprudencia del país y de los órganos internacionales en el sentido de considerar a la prisión preventiva como una medida cautelar.

En igual sentido explica esta colisión de derechos Laura Clérico (2016) en cuanto refiere:

⁷⁵ Alexy, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, Ed. Fareso S.A., 1993, p. 138/172.

“Dos o más derechos fundamentales y/o bienes colectivos constitucionales colisionan cuando en una situación determinada no pueden al mismo tiempo ser realizados de forma completa. Un paso adelante en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro (es decir, de su restricción) y a la inversa. Los derechos fundamentales, en la parte en que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual.”⁷⁶

En consecuencia, enseña Clérico (2016) la colisión entre esos dos derechos debe ser solucionada a través de la ponderación de los dos principios debiendo determinarse cuál gana más peso en el caso concreto. Se destaca que no pueden realizarse un orden de valores definitivo, cerrado y a priori, sino que deberán evaluarse las circunstancias en el caso concreto.

Esta tensión entre principios también se encuentra marcada en el proceso penal, en el que juegan los derechos y garantías que le asisten al imputado de mantener su estado de libertad durante la tramitación del proceso, y –por el otro lado- el derecho a la tutela efectiva que tiene la víctima con más la sociedad que esperan una respuesta ante la infracción de deber por parte del imputado.

Ergo, para disminuir la fuerza que posee el principio de inocencia en el tratamiento del imputado se deberá acreditar en el caso concreto la existencia de indicadores de peligro procesal y para asegurar los fines del proceso, los que se encuentran directamente relacionados con los derechos de la víctima, todas premisas las cuales deberán ser comprobables y razonables para obtener un enunciado de preferencia condicionado que permita avanzar sobre el principio de inocencia.

En definitiva, utilizando la ley de ponderación se determinará cuál de los derechos en tensión deberá prevalecer en el caso concreto, por intermedio de la producción de evidencia por las partes en conflicto destinada a acreditar las respectivas hipótesis.

No es la sanción grave de prisión efectiva el único elemento que deberá considerarse para el dictado de la prisión preventiva, y ello no difiere en los tipos penales que poseen penas de prisión en los que procede la pena de cumplimiento condicional.

⁷⁶ Clérico Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, p. 175

b.7. El inciso 3 del art. 293 del C.P.P. de Mendoza y su análisis obligatorio como requisito indispensable para la procedencia de la prisión preventiva

De acuerdo a lo visto hasta aquí, el inciso 3º del art. 293 será un ítem obligatorio que deberá ser acreditado por el órgano acusador si pretende la aplicación de la prisión preventiva, así como será de valuación obligatoria para el magistrado que deba decidir sobre la medida.

La norma en estudio establece que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del mismo y pese a resultar procedente la condena de ejecución condicional, podrá ordenarse la prisión preventiva cuando la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado la torne indispensable.

Así, en el reconocimiento que la violencia contra la mujer es una violación a los derechos humanos, la perspectiva de género permitirá ponderar con acierto la ‘gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y demás condiciones del imputado’, conforme lo ya estudiado en los puntos anteriores en cuanto refieren a la especial situación en la que se encuentra la mujer víctima de este tipo de delitos.

En otras palabras, un correcto uso de la herramienta servirá para evitar descartar situaciones que sin este método podrían observarse como de gravedad leve o nula; o cuyas circunstancias, de no ser tratadas interdisciplinariamente, podrían ser valoradas incorrectamente dejando por fuera el contexto en el que se encuentra la mujer.

Ahora bien, lo dicho no adhiere a ningún criterio en el cual deba procederse al encierro en establecimiento penitenciario por la alarma o clamor social. La medida cautelar no puede ni debe tener como fundamento apaciguar un reclamo social. El caso concreto, la alarma que produciría la libertad del imputado en el caso concreto y la situación particular de la presunta víctima y sus derechos es lo único que debe ponderarse, so peligro de utilizar el proceso con fines preventivos generales.

b.8. Los factores de peligro procesal

b.8.1. Peligro de fuga por falta de arraigo

La falta de domicilio o residencia fija, asiento familiar o de negocios o trabajo es uno de los indicadores que permiten conjurar que existirá riesgo de incomparecencia o de fuga en el proceso. Asimismo, se tendrán en cuenta las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás condiciones que influyan en el arraigo del imputado.

Analizado este factor bajo la perspectiva de género deberá valorizarse especialmente:

- Si la mujer presunta víctima reside en el mismo domicilio que el imputado
- Las posibilidades que tenga el imputado de residir en otro lugar que no sea el de residencia de la mujer
- Si existen hijos en común
- La proximidad del domicilio del imputado del de la víctima
- La proximidad del domicilio laboral o de los negocios del imputado con el domicilio real o laboral de la víctima

b.8.2. Peligro de fuga por la sujeción a medida cautelar previa

El inciso 3 letra b.2. del art. 293 del C.P.P. refiere que podrá entenderse que existirá peligro de fuga si el imputado se encontrare sujeto a otra medida cautelar de forma previa. Deberá indagarse las causales de la imposición de la medida cautelar previa, su vigencia o antigüedad, si la medida fue adoptada en un proceso que se investigue algún tipo de violencia contra la víctima u otras víctimas, etc.

b.8.3. Peligro procesal por la conducta del imputado

El inciso 3 letra b.3. del art. 293 del C.P.P. establece que se entenderá que existe peligro de fuga por el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencia su voluntad de no

someterse a la persecución penal y en particular si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.

Se considera en este trabajo que el comportamiento del imputado para ser utilizado como fundamento de la acreditación del peligro de fuga, debe ser en la causa que se investiga, en la actual y no en otras pasadas. Por lo tanto, este indicador debe ser ponderado con suma cautela, so pena de transgredir las normas que prohíben el doble juzgamiento.

No obstante, la actitud asumida por el imputado en procesos anteriores respecto a la misma víctima u otras mujeres, deberá ser ponderada dada la caracterización del sujeto activo de los delitos de violencia contra la mujer.

Es que como señala Maier (2011) no se concibe en materia penal que el procedimiento penal quede a merced del enjuiciado, de su voluntad, y por ello, necesitamos privar de la libertad cuando se determine, por ciertos criterios fácticos, que aquél no desea someterse al procedimiento o resulta probable que lo impida con su ausencia.⁷⁷

En consecuencia, se valorará especialmente si el imputado falseo datos personales – los que impedirían un control o supervisión en caso de que recupere la libertad. Los datos falsos impedirán proteger debidamente a la mujer dado que no podría darse con el imputado en su domicilio, por su nombre verdadero o por su teléfono.

También se valorará si se declaró su rebeldía y no fue justificada, circunstancia que debe aclararse para que la condición no sea insuficiente

b.8.4. Entorpecimiento probatorio

El inciso 3 letra a. 1 del art. 293 del C.P.P. regula el supuesto de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación a través de la destrucción, modificación, ocultación, supresión o falsificación de elementos de prueba; mientras que en el inciso 3 letra a.2. del mismo artículo señala que también puede entorpecerse por intermedio de inducción,

⁷⁷ Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Parte General- Actos Procesales, 1era Edición. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 382

amenazas o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Estos factores influirán directamente en la averiguación de la verdad, impidiendo u obstaculizando arribar a ella.

La perspectiva de género en estos indicadores establece que deberá investigarse seriamente si el imputado inducirá falsas declaraciones o atentará contra coimputados, testigos o peritos, dado que el contexto en el que habitualmente se producen los delitos de violencia de género no suelen concurrir testigos, por lo que de haberlos deberá tenerse especial consideración en la existencia de evidencia que compruebe que el acusado podría inducirlos o amenazarlos. Por ello, deberá indagarse con sumo cuidado si el imputado llevará a cabo las acciones mencionadas, entorpeciendo el camino hacia la averiguación de la verdad.

b.8.5. Entorpecimiento probatorio por peligro para la víctima o testigo

La letra b) del inciso 3º del art. 293 de la ley de rito refiere que se entenderá que existe peligro de entorpecimiento probatorio cuando se acredite que existe peligro para la víctima o testigo. Se entenderá que existe tal peligro cuando la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

En cuanto al peligro para la víctima, el correcto uso de la perspectiva de género logrará determinar si el hombre, sujeto activo del hecho, se encuentra –por el impulso inicial del proceso penal o su continuación- en lo que Lamberti (2016) denomina “compulsión a la repetición”, que lo lleva a la constante reproducción del ciclo de la violencia.⁷⁸

En otras palabras, el juzgador, en virtud de la evidencia arrojada por las partes, deberá atender especialmente en qué etapa de la escalada de violencia se encuentra el hombre, dado que ésta resulta ser cíclica, crónica y periódica, y probablemente - se puede adelantar- el hombre se encuentre acumulando tensiones por la denuncia que realizó la mujer

⁷⁸ Lamberti, Silvio, *Violencia...*, p. 73

y por todas las aristas que conlleva encontrarse sujeto a un proceso penal y deba, en consecuencia, garantizarse, mecanismos de protección hacia la mujer.

El ciclo de la violencia contra la mujer es repetición de lo igual.

“Sin pensar en VMI, aunque describiéndola en su totalidad, FREUD puntualizó que fuera del ámbito analítico existen ‘personas que durante su vida repiten sin enmienda siempre las mismas reacciones en su perjuicio, o que parecen perseguidas por un destino implacable, cuando una indagación más atenta enseña que en verdad son ellas mismas quienes sin saberlo se deparan ese destino. En tales casos adscribimos a la compulsión de la repetición el carácter de lo *demoniaco*’ que ‘se impone a la psique avasallando el pensar lógico’.”⁷⁹

Por otra parte, deberá analizarse el peligro para la víctima en aquellos casos que no presentan en sus antecedentes otros episodios de violencia, pero que también se encuentran incluidos en los parámetros de la violencia de género.

De este modo, deberá indagarse en aquellas circunstancias que hagan presumir que aquél utilizará la relación desigual de poder con la presunta víctima para ponerla en peligro. Si el varón utilizó su asimetría de poder y ejerció violencia en perjuicio de la mujer, habrá que determinar si ello podría volver a suceder, teniendo en cuenta la gravedad de la agresión o la brutalidad demostrada por el agresor, en correlación con el riesgo de sufrir un mal futuro.

CAPÍTULO IV: LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Introducción

Con los lineamientos fijados en el Capítulo III, en cuanto a las particularidades que reviste la prisión preventiva bajo la perspectiva de género, debemos interrogarnos: ¿Es el encarcelamiento preventivo o prisión preventiva la medida que debe adoptarse si o si en los delitos agravados por ser cometidos con violencia de género o cometidos en contexto de violencia de género? ¿Es posible neutralizar el peligro y proteger a la víctima con otras medidas?

⁷⁹ Lamberti, Sivio, *Violencia...*, p. 77/78

Para otorgar una respuesta a estas cuestiones, el Informe de Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas del año 2007 efectuado por la CIDH tiene dicho que:

“56. La obligación de los Estados fijada por el artículo 7 inciso D de la Convención de Belém do Pará, de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de las mujeres en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad, debe ser interpretada como un aspecto particular de la obligación de garantizar el acceso a mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial conforme lo dispone el artículo 25 de la Convención Americana. En tal sentido, una dimensión particular del derecho a la protección judicial, consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva. El artículo 8 inciso D de la Convención de Belém do Pará indica algunos componentes del tipo de recursos cautelares que los Estados tienen el deber de proporcionar en casos de violencia contra las mujeres, tales como servicios especializados apropiados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados. Ello, además de recursos judiciales de índole cautelar para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas.”⁸⁰

Es decir, los Estados están obligados a otorgar una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de la situación de vulneración en la que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género a través de medidas de índole cautelar. La violencia contra la mujer es una violación a los derechos humanos por lo que el Estado está conminado a actuar con la diligencia debida reforzada para prevenirla.

Ahora bien, nada dicen ni los tratados internacionales de derechos humanos ni las leyes nacionales de que la medida –o la única- que debe adoptarse es el encierro forzoso preventivo sin la utilización de otras medidas alternativas previas a aquél.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, conocidas como Reglas de Tokio, adoptadas por la OEA en el año 1990, con la determinación de que las medidas privativas de libertad sean utilizadas de acuerdo con el

⁸⁰ <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>, s/f

principio de mínima intervención, regula los principios que deben regir para el dictado de medidas alternativas a la prisión preventiva.

En lo referente a las disposiciones previas al juicio, prevé en el apartado II.5.6.1 que “En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”.⁸¹

En este sentido, en el fallo Peirano Basso de la Corte IDH se ha dicho que:

“75. Como toda limitación a los derechos humanos, ésta debe ser interpretada restrictivamente en virtud del principio pro homine, por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos. Ello se impone, asimismo, para evitar que la excepción se convierta en regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia hasta tanto un fallo firme lo destruya. De ahí la necesidad de que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso, y antes de la _sentencia definitiva, sean de interpretación y aplicación restrictiva, con el cuidado de que no se desnaturalice la garantía antes citada”.⁸²

Es decir, el uso de la medida cautelar es de aplicación restrictiva y no es la única medida que puede adoptarse. De seguirse una práctica tal, se convertiría la regla de libertad durante el proceso en excepción y nada habría ya que evaluar dado que la medida de prisión preventiva regiría siempre al calificarse un hecho en la órbita de la violencia de género, lo que es constitucionalmente inadmisibile.

El art. 7 de la Constitución de la Provincia de Mendoza prevé, en este sentido, el principio de igualdad en tanto reza “Todos los habitantes de la provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes.”. En igual sentido el art. 16 de la C.N en cuanto refiere: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos

⁸¹ OEA, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990

⁸²http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe_35del07_uruguay.pdf, s/f

sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

El uso de las medidas alternativas debe ser analizado primigeniamente al de la prisión preventiva en razón de que existirán en muchos casos medidas que sean suficientes para la protección de las víctimas.

En este sentido, la Regla 6.2 de las Reglas de Tokio, establece que “Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible”, reafirmando que el encierro forzoso preventivo resulta la excepción a la regla de mantenimiento de la libertad durante el proceso penal.⁸³

Un estado respetuoso de los derechos humanos, recurrirá entonces a la privación de la libertad únicamente cuando sea necesario y de forma proporcionada a esa necesidad

Cabe recordar que las medidas de coerción son escalonadas, debiendo analizarse si el peligro puede ser neutralizado con medidas menos gravosas. Como ejemplo, siguiendo las disposiciones del art. 26 de la Ley n° 26.485⁸⁴, pueden mencionarse:

⁸³ OEA, Reglas Mínimas... II.5.6.2.

⁸⁴ art. 26 de la Ley n° 26.485 que establece: Medidas preventivas urgentes: a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes medidas preventivas de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5° y 6° de la presente ley: a. 1. Ordenar la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia; a.2. Ordenar al presunto agresor que cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia la mujer; a.3. Ordenar la restitución inmediata de los efectos personales a la parte peticionante, si ésta se ha visto privada de los mismos; a.4. Prohibir al presunto agresor la compra y tenencia de armas, y ordenar el secuestro de las que estuvieren en su posesión; a.5. Proveer las medidas conducentes a brindar a quien padece o ejerce violencia, cuando así lo requieran, asistencia médica o psicológica, a través de los organismos públicos y organizaciones de la sociedad civil con formación especializada en la prevención y atención de la violencia contra las mujeres; a.6. Ordenar medidas de seguridad en el domicilio de la mujer; a.7. Ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer. b) Sin perjuicio de las medidas establecidas en el inciso a) del presente artículo, en los casos de la modalidad de violencia doméstica contra las mujeres, el/la juez/a podrá ordenar las siguientes medidas preventivas urgentes: b.1. Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente; b.2. Ordenar la exclusión de la parte agresora de la residencia común, independientemente de la titularidad de la misma; b.3. Decidir el reintegro al domicilio de la mujer si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor; b.4. Ordenar a la fuerza pública, el acompañamiento de la mujer que padece violencia, a su domicilio para retirar sus efectos personales; b.5. En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, de acuerdo con los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen en la materia; b.6. En caso que la víctima

- La notificación al imputado de medidas de protección sobre la víctima a las que se encuentra condicionada su mantenimiento de libertad durante el proceso.
- La realización de tratamientos psicológicos o psiquiátricos a través de efectores públicos o privados especializados y formados en materia de violencia de género tanto para el hombre como para la mujer víctima.
- Inclusión en un programa de protección de testigos para la mujer víctima.
- El resguardo o reserva de los datos personales de la víctima para evitar que el imputado se contacte o acerque a ésta.
- Medidas de rondines o custodia periódica o permanente policial en el domicilio de la mujer, exclusión del hogar del imputado; retiro de efectos personales de la mujer.
- Prohibición de comprar o tener armas de fuego.
- Secuestro de armas de fuego.
- Prohibición de acercamiento hacia la mujer, hacia el domicilio o los lugares que ella frecuente.
- Prohibición de contacto por cualquier medio o vía.
- Prohibición de asistencia o visita a determinados sitios
- Obligación al hombre de constituir domicilio en un radio que no sea cercano a la vivienda de la mujer.
- Uso de pulsera electrónica geo-referencial.

fuere menor de edad, el/la juez/a, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta la opinión y el derecho a ser oída de la niña o de la adolescente, puede otorgar la guarda a un miembro de su grupo familiar, por consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.b.7. Ordenar la suspensión provisoria del régimen de visitas; b.8. Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, de cualquier forma, en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de los/as hijos/ as;b.9. Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno;b.10. Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa.

-Cualquier otra medida de seguridad tendiente a producir el cese de agresión del hombre hacia la mujer.

-Caución juratoria, personal o real

-Detención domiciliaria

-Detención discontinua o semi-detención

-Encierro carcelario en un establecimiento penitenciario, como medida de ultima ratio.

Las medidas arriba señaladas como previas a la prisión preventiva, son solo ejemplificativas, pues pueden ordenarse otras medidas cautelares o preventivas que pongan en acción mecanismos efectivos de protección hacia la mujer, lo que debe decidirse en cada caso concreto teniendo en cuenta el grado de peligro acreditado, siendo flexibles en las medidas que se adopten que siempre y cada vez este dirigidas a la efectiva y eficiente protección de la mujer presunta víctima de este tipo de ilícitos.

Las medidas no son excluyentes entre sí, pudiendo imponerse dos o más si ello resulta necesario y proporcionado al peligro que se quiera evitar, considerando siempre los factores sociales, culturales y sobre todo personales que rodean a la mujer y a la situación de violencia por ella sufrida, aunque sea un hecho que –todavía- no ha sido declarado cierto mediante una sentencia de condena firme. Ello en consonancia con lo dispuesto por el art. 27 de la Ley n° 26.485 la que establece “Facultades del/la juez/a. El/ la juez/a podrá dictar más de una medida a la vez, determinando la duración de las mismas de acuerdo a las circunstancias del caso, y debiendo establecer un plazo máximo de duración de las mismas, por auto fundado.”

La complejidad de la problemática de violencia de género obliga a que en todos los casos se asista y acompañe a la mujer víctima quien también se encuentra incluida en el ciclo de violencia y propensa a las periodicidades de él, que redundan en posibles retractaciones o intentos de ‘renuncias’ a los procesos penales y/o familiares que se han iniciado. Asimismo, resulta imperante reconocer esos estadios dentro del ciclo de violencia en la mujer no implica desconocer su autonomía personal y su reconocimiento como una persona fuerte y con capacidades plenas para tomar decisiones respecto a llevar a la justicia o no ciertos delitos. Sin embargo, protegiendo y acompañando a la mujer con un abordaje integral

y por profesionales capacitados se reducirán las probabilidades de que la mujer tome aquellas decisiones sin haber salido del ciclo de violencia o con conciencia de haber sido víctima – aunque sea de un hecho aislado-de un hecho de violencia por ser mujer.

Conforme tiene dicho María Domínguez Vela (2016) “Según el ‘Informe Mundial de Violencia y Salud’ de la OMS, las consecuencias de la violencia doméstica en la salud de las mujeres tienen repercusiones físicas, psicológicas y conductuales, sexuales y reproductivas y consecuencias fatales”.⁸⁵

Las repercusiones psicológicas, como vemos, deben ser atendidas por quienes evalúan los peligros hacia la mujer. En efecto, las mujeres “presentan distorsiones cognitivas como la minimización, negación o disociación que les permiten conseguir soportar los incidentes de maltrato agudo” (Walker, 1989); “[...] las mujeres maltratadas pueden cambiar la forma de verse a sí mismas, a los demás y al mundo y desarrollan la mayoría o todos los síntomas que se presentan en el trastorno por estrés postraumático (TEP)” (Domínguez Vela, 2016)

Por ello, se reitera, resulta fundamental ante la adopción de cualquier medida tendiente a tutelar y proteger a la mujer un acompañamiento psicológico integral que acompañe a la mujer en el discurrir del proceso penal, ya sea que se encuentra en un proceso histórico de violencia con su victimario o sea un hecho aislado y único.

Ahora bien, el encierro carcelario forzoso no es ni puede ser la medida cautelar primaria para proteger a la mujer en todos los casos por igual. El riesgo procesal deberá ser atendido con medidas proporcionales al nivel de gravedad que aquel revista.

2. Introducción hacia posibles soluciones

Referidos ya los aspectos generales que orientan este trabajo, esto es, que la prisión preventiva es la medida cautelar que debe ser tomada de forma excepcional y como *ultima ratio*, guiada por el principio de mínima intervención, no se puede soslayar que en la práctica la utilización de las medidas alternativas se encuentra con una serie de obstáculos en su

⁸⁵Domínguez Vela, María, *Violencia de género y victimización secundaria*; Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia, Volumen VI, Número 1, Marzo 2016.

forma de implementación así como también en la supervisión del cumplimiento de las condiciones que se impongan, que tiene como resultado el dictado de las medidas más gravosas sobre las menos gravosas.

Por ello, ante la incertidumbre que generan otras medidas, el juez termina optando por la medida que minimiza los efectos y peligros procesales, cual es, el encierro forzoso.

En consecuencia, es dable interrogarse: ¿Cómo es posible tutelar y proteger de forma efectiva a la mujer aplicando medidas alternativas y sin que se frustren los fines del proceso? ¿De qué manera es posible articular un sistema que equilibre las garantías en tensión?

Así, en el reconocimiento de las falencias que presenta el sistema actual, a continuación se describirán dos sistemas que se encuentran como una posible solución práctica y eficaz. Por ello, en primer término se describirán las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas, sus objetivos, alcances y demás aspectos generales; en segundo lugar, se hará lo mismo con las Pretrial Service o Servicios de Antelación al Juicio y finalmente se esbozará una propuesta que pretenderá dar respuesta a los valladares de la problemática actual.

3. Breve reseña sobre las OMAS. Concepto y Alcance.⁸⁶

El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Argentina (INECIP) generó un plan piloto denominado Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas a la Prisión Preventiva (OMAS).

Sus autores Carolina Ahumada, Vanina Almeida y Tobias José Podesta (2016) explican que en las legislaciones actuales no se ha logrado afianzar nuevas prácticas que den prioridad al análisis de los riesgos procesales, con alternativas menos gravosas que eviten el encarcelamiento cautelar.⁸⁷

⁸⁶ Ahumada, Carolina; Almeida, Vanina; Tobias José Podesta; *Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas. Prácticas y estrategias*; 1era. Edición, INECIP, Buenos Aires, 2016.

⁸⁷ Ahumada; Almeida; Podesta; *Oficina...*; 2016.

Las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (en adelante denominada por su sigla OMAS) tienen por objeto generar información sobre el imputado y su contexto, la que inserta en un proceso adversarial por las partes permitirán una discusión más profunda sobre la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva. Posteriormente, las OMAS se encargaran de la supervisión de las medidas que se imponga. Asimismo, las OMAS pueden recolectar información para la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC)

Señalan Ahumada, Almeida y Podestá (2016) que el desafío consiste en implementar programas que funcionen eficazmente y que logren el objetivo principal: generar información de calidad para evitar la aplicación automática de la prisión preventiva; favorecer que las decisiones sobre las salidas alternativas se adopten de manera informada y que se ejecuten adecuadamente.

Ahumada, Almeida y Podestá (2016) señalan que son funciones de las OMAS:

“1. Buscar y presentar información sobre el imputado que pueden incidir sobre la determinación de riesgos procesales. 2. Supervisar al imputado una vez que es liberado durante todo el proceso, monitoreando la observancia de las condiciones de liberación y asegurando el cumplimiento de los llamados del tribunal. 3. Recabar información, a pedido de parte, para la discusión en audiencia sobre la salida alternativa más conveniente. 4. Controlar la ejecución de las salidas alternativas al proceso y sus condiciones cuando fueran decretadas e informar sobre su cumplimiento e incumplimiento. Estas funciones son esenciales para que, a través de la información que introducen las partes, los jueces adopten decisiones que permitan conocer las particularidades de cada caso y encontrar la mejor solución posible para el imputado, sin desconocer los principios en juego y, además favoreciendo controles efectivos y reales en la ejecución de lo decidido.”

Agregan los autores: “[...] en Latinoamérica estas oficinas nacen bajo la idea de morigerar el uso automático de la prisión preventiva mediante el aporte de información relevante que garantice una discusión real del caso concreto y que brinde alternativas al encierro factibles de ser cumplidas por el imputado y que logren la finalidad pretendida de garantizar la concurrencia al juicio.”

Las OMAS deben trabajar bajo los principios de ultima ratio, presunción de inocencia, proporcionalidad, autonomía funcional, independencia, objetividad,

confidencialidad, legalidad, gratuidad, universalidad –para todos los imputados-, interinstitucionalidad, eficacia y eficiencia. Obligatoriedad y responsabilidad, transparencia, adaptabilidad y flexibilidad.

No podemos soslayar que las OMAS tal cual han sido diseñadas, no realizan evaluaciones de riesgo procesal ni efectúan recomendaciones respecto a cuál medida debe aplicarse. Solo esta destinada a realizar un informe objetivo que las partes puedan utilizar en audiencia ante el juez.

El sistema OMAS comienza cuando una persona es aprehendida dado que la entrevista con el imputado es el primer paso de recopilación para la elaboración del informe, siendo imprescindible que se establezca una fuente de comunicación con OMAS para que tome conocimiento cuando ello suceda. Se deberán recabar los datos personales del aprehendido los que luego deben ser verificados con fuentes externas como testigos, familiares, registros etc.

Exponen Ahumada, Almeida y Podestá (2016) que la Asociación Nacional de las Agencias de Servicios de Antelación a Juicio (National Association of Pretrial Services Agencies –NAPSA) sugiere que se realice una investigación independiente que recoja la siguiente información: 1. Duración en su lugar de residencia actual y anterior, 2. lazos familiares y relaciones con la comunidad, 3. situación laboral e historial del mismo; 4. condiciones económicas y medios de vida; 5. estado físico y psíquico, 6. identidad de las referencias que pueden verificar la información y ayudar al imputado a cumplir con las condiciones que se le pudieran imponer, 7. registro de antecedentes, 8. registro de cumplimientos anteriores a las convocatorias del tribunal, 9. en el caso de las mujeres es importante recabar información sobre embarazos, cuidado de los hijos e historial de violencia doméstica si lo hubiera.

Cabe aclarar que el detenido puede negarse a hacer uso del programa OMAS.

En caso de que el aprehendido acepte hacer uso del programa OMAS, luego de recabar la información pertinente, esta deberá ser verificada a través de informes de policía, registro de antecedentes, registro de otras OMAS, informes de establecimientos penitenciarios; informes del registro civil, registro automotor y registro de la propiedad,

registro impositivo e instituciones de crédito, informes de entidades educativas; registro de migraciones, registros médicos, registro de aportes provisionales, declaraciones de miembros de la familia.

Ahumada, Almeida y Podestá (2016) refieren la información que se debe recabar en casos de violencia doméstica

“[...] → Datos sobre el alcance de la relación que tiene el imputado con la supuesta víctima, si tienen hijos en común y si comparten el espacio habitacional. → Si se encuentran divorciados, separados de hecho o si aún están casados y el tiempo de la convivencia. → Si tienen disputas por la tenencia de los hijos. → Cómo es la relación con la supuesta víctima, según el imputado. → Si el imputado cree que la relación continuará. → Si el imputado asiste o asistió a algún tipo de terapia o asesoramiento para hechos de violencia doméstica. → Detectar si existen órdenes de exclusión del hogar en contra del imputado. → Domicilios alternativos, distintos al lugar donde vive la víctima, donde podría vivir el imputado en caso de ser liberado.”

Agregan los autores que no OMAS no debe entrevistar a la víctima porque se perdería imparcialidad, dejando esa tarea para la oficina de victimas

En igual sentido, en los casos de violencia doméstica, NAPSA refiere que el programa podrá ayudar a los oficiales de justicia presentando la siguiente información:

*“The defendant’s relationship with the alleged victim, including living situation and whether they have — children in common. — The possible existence of any court orders (past or current) restraining the defendant from contacting the victim. — Substance abuse problems of the defendant. — Possible living arrangements, separate from the alleged victim, that may be available for the defendant, if released. — Mechanisms that can be used to prevent contact between the defendant and the alleged victim during the — pretrial period and to monitor the defendant’s conditions of release”*⁸⁸

A saber, la relación que existe entre el acusado y la presunta víctima, incluyendo la situación habitacional y si tienen hijos en común; la posible existencia de órdenes judiciales,

⁸⁸Mahoney, Barry Mahoney; Beaudin Bruce D.; Carver III John A; Ryan Daniel B.; Hoffman Richard B.; *Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential*, NCJ 181939, March 2001, p. 21

pasadas o actuales, que restrinjan el contacto con la víctima; problemas de abuso, posibilidad de arreglar una vivienda para el acusado separado de la presunta víctima si es liberado, mecanismos que pueden ser utilizados para prevenir el contacto entre el acusado y la presunta víctima durante el periodo previo al juicio y monitorear las condiciones de libertad del acusado.

Luego de obtenida esa información se realiza un reporte objetivo, que se debe entregar a las partes antes de la audiencia en la que se debatirá si se adopta o no una medida cautelar y cuál. Este informe es previo a la adopción de cualquier medida cautelar y puede ser utilizado por las partes para argumentar conforme sus pretensiones. Luego, en caso de adoptarse una medida alternativa a la prisión preventiva con condiciones de cumplimiento se elabora otro reporte.

Explican Ahumada, Almeida y Podestá (2016):

“La herramienta de evaluación de riesgos se formula a partir de estudios estadísticos que relacionan situaciones sociales y/o personales de un individuo con esos riesgos. Por ejemplo, se pondera la situación de residencia, antecedentes laborales, penales etc., y la forma en que ello incide en los riesgos. Las oficinas emplean una base estadística para individualizar una serie de circunstancias particulares del individuo, a las cuales se les atribuye un puntaje numérico determinado, que podrá ser positivo o negativo. La suma de esos factores, dará un puntaje total (ej. 4 o -3) que, dependiendo del resultado, determina un nivel de riesgo procesal: alto, medio o bajo.”

Respecto a si debe realizarse una evaluación del riesgo procesal, los autores difieren en sus opiniones en tanto que hay quienes consideran que su práctica ayudara a estandarizar y objetivar cuando existe probabilidad de que un imputado no comparezca al juicio o represente un peligro para la sociedad. Quienes están en contra, refieren que ello afecta la función de OMAS y que operaría como un sustituto de la decisión del juez.

Una vez adoptada una medida alternativa en un caso concreto, OMAS supervisará las condiciones que imponga el juez. Frente a un incumplimiento OMAS deberá comunicar al fiscal y a la defensa.

OMAS también controla las medidas que se dispongan si en el marco del proceso se adopta una solución alternativa del conflicto, tales como la suspensión de juicio a prueba, conciliación, etc.

Para poder supervisar una medida alternativa se debe reunir la documentación pertinente, para que OMAS se interiorice de la medida adoptada y las reglas que han sido impuestas, la acusación o hecho intimado, reporte inicial de OMAS, reporte de coimputados de OMAS, datos aportados por la acusación, fechas y citaciones de audiencias, debiendo crear un registro a tal efecto. Luego se incorporarán detalles de cumplimiento por parte del imputado, actividad de supervisión de cada regla o medida.

Para una correcta supervisión se deberá delinear un plan con las intervenciones que se llevaran cabo, las reglas de conducta, responsabilidad del funcionario que ejecutará la supervisión, con qué periodicidad la ejecutará, qué actividades son responsabilidades son del funcionarios y cuáles de la persona sujeta a control.

Las estrategias de supervisión son variadas y pueden incluir que el imputado mantenga su residencia, trabajo o calidad de estudiante; mantener contacto directo y regular con OMAS, sea mediante visitas, llamadas telefónicas, etc.; límites para ausentarse del domicilio; prohibición de salir del país o de determinada jurisdicción; las ordenes de restricción de acercamiento a determinadas personas (víctimas, testigos y sus familiares); la prohibición de ir a ciertos lugares; de abusar de bebidas alcohólicas o de usar estupefaciente o el estar sometido a arresto domiciliario, etc.; recordatorios de asistencia; revisión de otras detenciones ordenadas respecto del acusado; monitoreo de las medidas, reglas de conducta y establecer condiciones de acuerdo; verificación del lugar de residencia; verificación del empleo a través de la revisión de documentos tales como recibos de sueldo, acreditación de aportes, etc., o contactar a los empleadores; contactar al acusado en su sitio de trabajo u observarlo en su lugar de trabajo; verificación de su actividad educativa;

Para mantener comunicación entre el acusado y OMAS podrán realizarse: comunicaciones telefónicas con OMAS; aplicación de sistemas o métodos biométricos de identificación por voz; los funcionarios deben realizar visitas a su residencia y/o lugar de empleo en horarios no programados; contacto con cierta periodicidad (semanal, quincenal, mensual, etc.). Para el logro de estos objetivos es imprescindible modernizar los canales de

comunicación a través de la utilización de redes sociales o medios electrónicos para mantener un contacto más fluido.

Asimismo, se podrán utilizar formularios electrónicos para mantener la información del acusado actualizada.

Si hay restricción de derechos, para supervisar la medida OMAS proveerá instrucciones a las personas sujetas a control sobre la imposibilidad de pernoctar fuera de su domicilio, de salir la jurisdicción/el país de acuerdo a las imposiciones del juez; y en razón de ello podrá retener el pasaporte, mantener contacto con el imputado y sus familiares o utilizar medios tecnológicos como el monitoreo electrónico (RF o GPS), etc.

Si se imponen restricciones de contactar a determinadas personas (como víctimas, testigos, coimputados, entre otras.); OMAS debe recordar a los imputados el nombre de las personas que no pueden contactar y advertir a esas personas que en caso de tomar contacto con el acusado por cualquier medio, deberán dar aviso a la oficina para que ésta inicie un protocolo de emergencia, y con la colaboración de la policía, la oficina de protección de víctimas y testigos, entre otros, actúe de manera inmediata para evitar la concreción de cualquier riesgo a la víctima o testigo.

Se le puede proveer de un teléfono para casos de urgencia; de un botón antipánico u otro equipamiento de alerta y georeferenciación; o resguardo policial, etc.

En caso de imponerse restricciones de movimiento o confinamiento: en estos casos podrá ser útil el sistema de monitoreo electrónico a través de frecuencia de radio y por el sistema de geo posicionamiento global.

Ahumada, Almeida y Podestá (2016) refieren que las agencias de Pretrial Service estadounidense utilizan un sistema de niveles para cada caso. Para esta clasificación se establecen una serie de factores tales como las características del imputado, el tipo de medida de coerción impuesta, el conflicto que originó el caso, el nivel de riesgo, etc.

Proponen que se segmente la labor en tres niveles (bajo, medio y alto) de acuerdo a los requerimientos operativos necesarios para asegurar la efectividad del control de las medidas o reglas, se podría hacer la siguiente diferenciación. El grado o nivel de supervisión

requerido debe ser determinado por el juez a instancia de parte y es recomendable que OMAS tenga tecnología para encarar el control

Si el imputado incumple las condiciones que le fueran impuestas, OMAS actuará de forma inmediata para lo cual se debe diseñar de antemano un plan de hipótesis de riesgo y el medio para conjurarlos. A su vez debe informarse el quebrantamiento a las partes para que ellas evalúen la gravedad del incumplimiento, y eventualmente, soliciten al juez las medidas que consideren pertinentes. En consecuencia, OMAS efectuará un reporte determinando de qué manera se incumplió y explicar el resultado de las restantes estrategias de supervisión.

Por otra parte, la OMAS debe contar con apoyo interinstitucional e interactuar con otros organismos públicos y/o privados para lograr mayor efectividad en las tareas vinculadas con las tareas de recolección y verificación de información como de la supervisión (y realización) de medidas, reglas de conducta y puntos de acuerdo.

4. Los Pretrial Services Programas (PSA) o Servicios de Antelación al Juicio (SAJ)

El programa OMAS fue inspirado –aunque luego adoptan un objetivo distinto- en el programa “Pretrial Services Programs”, programas que se desarrollaron en Estados Unidos entre los años 60 y 70.

Ahumada, Almeida y Podestá (2016) señalan que esos programas de EEUU tuvieron su origen en la desigualdad que generaba la imposición del pago de una caución para reducir el tiempo de detención, caución que muchas personas no podían afrontar.

El monto de la fianza se fijaba arbitrariamente solamente en relación al tipo de ofensa que se atribuía⁸⁹, a menudo pequeña o muy excesiva⁹⁰, siendo muy difícil o casi imposible su pago por aquellas personas que no podían afrontar el pago de tales fianzas. De este modo, se producía el encierro preventivo de los pobres e incapaces de cubrir aquellas fianzas.

⁸⁹ Beeley, Arthur Lawton, *The Bail System in Chicago*, 1era Edición, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1927, p. 163

⁹⁰ Beeley, Arthur Lawton, *The...*, p. 155.

En consecuencia, en el año 60 se inició una reforma basada en el principio de igualdad y la presunción de inocencia.

Se inició un experimento en 1961 denominado Manhattan Bail Project por Herbert Sturz, un joven periodista, fundado por Louis Schweitzer, quienes luego de visitar las cárceles de Manhattan se convencieron de que la mayoría de los prisioneros que esperaban su juicio estaban privados de su libertad dado que no podrían afrontar las fianzas, ponderando que el sistema estaba basado en la presunción de inocencia encontraron esta situación inaceptable.⁹¹

De este modo la “Vera Foundation” se basó en el objetivo de que estas personas pudiesen ser liberadas bajo su propia responsabilidad o reconocimiento o bajo la promesa escrita de comparecencia, basado en su historia de empleo, sus lazos familiares y sus antecedentes. Basados en un sistema de factores de riesgo, se realizaba una recomendación al juez de liberación bajo su propia responsabilidad.

Así, 3505 personas fueron liberadas sin fianza durante el experimento y solo el 1.6% falló en presentarse ante la corte. Pasados tres años de la existencia del experimento el 70% de las recomendaciones de Vera Fundatio fueron seguidas por las tribunales.

Habiendo atraído la suficiente atención nacional, en 1966 se dictó la Ley de Reforma de la Fianza (“*Bail Reform Act of 1966*”), firmada por el Presidente Jhonson, ampliando los derechos de los acusados por delitos penales federales a ser liberados en espera del juicio, cambiando las condiciones de liberación (“*conditions of release*”) bajo su responsabilidad (*own recognizance*) o bajo fianza personal (*personal bond*).⁹²

En el caso de los delitos sin pena capital la aplicación de la fianza u otra garantía no financiera se impone por existir una presunción de inocencia a su favor salvo que el tribunal estime necesario imponer otras condiciones. En cambio en los delitos de pena capital esa

⁹¹Kholer, Scott, *Vera Institute of Justice: Manhattan Bail Project*, 1962

⁹²Wald, Patricia M., Freed, Daniel J.; *The Bail Reform Act of 1966: A Practitioner's Primer*, en la página web: <https://dcchs.org/>, consulta: 6 de febrero de 2021.

presunción no se impone y el tribunal deberá analizar si existen razones para creer que el acusado libre se fugará o será un peligro para la comunidad.

En 1970 las agencias de servicio de antelación de juicio sufrió una crisis por una deficiente disposición de recursos económicos y humanos y debido a la preocupación de la sociedad por los delitos violentos cometidos por personas que recuperaron su libertad bajo su responsabilidad. Ello llevó a una reforma de los estándares en los que se incorporó la seguridad pública como uno de los argumentos que podía ser utilizado en el análisis de liberación previa al juicio.

Hacia los años 80 se reconoció que los servicios de antelación a los juicios podían ayudar a aliviar el hacinamiento con técnicas apropiadas de supervisión y ayudar a minimizar el riesgo de fuga antes del juicio.

La iniciativa fue imitada por los Estados de Norteamérica, y para el año 1999 todos habían incorporado sistemas de *petrial service release*.

En efecto, el sistema de Petrial Service opera en 94 distritos del Sistema de la Corte Federal y en más de 300 localidades.

Este sistema también fue aplicado en otros países del continente americano; conocido como “Servicios Previos al juicio” (México); “Servicios de Antelación al Juicio” (Chile), “Oficina de Servicios con antelación a juicio” (Puerto Rico) y “Bail Program” (Canadá).

De este modo, tenemos que los Servicios de Antelación al Juicio (SAJ) son organismos autónomos imparciales que proporcionan información empírica necesaria para medir el riesgo procesal de forma estandarizada y determinar con exactitud qué medida resulta más apropiada e idónea para el caso concreto.

Las agencias de SAJ ayudan a los funcionarios a obtener y verificar información sobre los acusados detenidos que esperan una audiencia para decidir sobre su libertad provisional; presentan un informe sobre la evaluación de riesgos previa al juicio el que incluirá recomendaciones; supervisan a los acusados que son liberados para garantizar el cumplimiento de los términos y condiciones bajo los cuales fue otorgada su libertad.

A modo de ejemplo, el Distrito de Columbia, el cual está formado por varias agencias Petrial Service Agency (PSA), cumple dos tareas importantes:

“PSA investiga y ofrece información sobre los acusados recientemente arrestados y sobre las opciones para libertad condicional que son disponibles a los oficiales judiciales. Dado que cada persona que es arrestada se presume inocente, existe también la presunción de que los arrestados tienen el derecho a ser puestos en libertad mientras pende su proceso judicial. Al tomar la decisión inicial de ofrecer libertad condicional, el oficial judicial – un juez o magistrado- considera la información sometida por el fiscal y el abogado defensor como también lo recomendado por PSA. PSA ofrece datos verificados sobre cada acusado para asistir al juez en el momento de la decisión judicial. Las recomendaciones de PSA sirven para controlar los riesgos de fuga y para asegurar la seguridad pública asociados con la puesta en libertad de cada acusado.[...] PSA supervisa a los acusados que han sido puestos en libertad durante el período previo al juicio monitoreando su cumplimiento de las condiciones de su libertad. La supervisión de PSA es variable según el grado de riesgo que presente cada acusado: análisis de drogas, horas restrictivas (toque de queda), monitoreo electrónico, y sanciones a base de tratamiento para la droga. Los programas de supervisión de PSA dan al acusado la oportunidad de participar en intervenciones de conducta social que disminuye la probabilidad de futuro comportamiento criminal. A lo largo del período previo al juicio, PSA notifica al juez y al fiscal sobre cualquier transgresión a las condiciones de libertad impuestas.”⁹³

Los estándares sobre liberación previa al juicio son una guía para los operadores del sistema de justicia criminal para desarrollar sistemas eficaces y justos en las etapas previas al juicio. Existen dos instrumentos básicos que reúnen los estándares utilizados: los National Association of Pretrial Services Agencies (NAPSA) Standars on Pretrial Release y los ABA Criminal Justice Standard son Pretrial Release.

¿Cómo se llega determinar o predecir un incumplimiento de las condiciones que se impongan al liberado? Para ello lo primero es crear un instrumento de evaluación de riesgos determinando previamente los factores o indicadores de riesgo, que se someten a un proceso de validación y si se reitera el fenómeno el factor de riesgo se adopta como un predictor confiable. Pueden existir factores estáticos (sexo, género autopercebido, antecedentes) y dinámicos (abuso de estupefacientes, desempeño laboral actual).

⁹³Pretrial Service Agency for the district of Columbia, página web: https://www.psa.gov/?q=en_espanol; consulta: 17 de febrero de 2021.

Asimismo, el instrumento de evaluación de riesgos contendrá una escala de niveles de riesgo por intermedio de un sistema de puntuación de los factores de riesgo y luego se lo clasifica en alto, medio, bajo y nulo.

La investigación consiste en la entrevista al detenido, investigación de la historia criminal, investigación independiente y verificación de la información de la entrevista, y aplicación de evaluación de riesgo, previamente validadas.

4.1. La entrevista al aprehendido/detenido

La entrevista del imputado es fundamental a los efectos de recabar datos sobre él y las fuentes con las que posteriormente se podrá verificar esos datos. La entrevista puede ser en forma personal o virtual, siempre antes de que se lleve a cabo la audiencia en la que se discutirá sobre su liberación y sucede ante cualquier ofensa criminal.

Conforme el estándar ABA 10-4.2 b.i la entrevista con el servicio de antelación al juicio es voluntaria.⁹⁴

“La entrevista es la realización de preguntas sencillas a la persona aprehendida/detenida sobre distintos aspectos que permita obtener la mayor cantidad de información posible, para evaluar la necesidad de cautela en el caso. Se realiza personalmente por un funcionario del servicio de antelación al juicio. No debe ni puede ser reemplazada por un formulario que tramite la persona aprehendida/detenida de manera escrita. La entrevista debe ser voluntaria. No es una recopilación de preguntas en torno al hecho delictivo, ni es una investigación paralela sobre el delito, ni es una instancia en la cual comience a dilucidarse la responsabilidad pena”.⁹⁵

El imputado debe ser informado de la función de la SAJ y que la información que se recolecte no podrá ser usada como prueba para determinar su culpabilidad o inocencia.

El entrevistador deberá encontrarse informado de las condiciones de detención del imputado, antecedentes y demás información que surja en otras SAJ y el entrevistado deberá

⁹⁴https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_pretrialrelease_blk/#10. Consulta: 18/02/2021.

⁹⁵Gutiérrez, Alberto; Reyes, Natalie; Villadiego, Carolina; *Manual de Servicios de Antelación al Juicio Mecanismos para Racionalizar el Uso de las Medidas Cautelares en Materia Penal* Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, diciembre 2011, en página web: www.corteidh.or.cr

encontrarse en condiciones psicofísicas aptas. De requerirse se le proporciona un traductor o interprete al imputado.

Constatada la voluntad de participar en la entrevista, se le informa al imputado que puede consultar con un abogado y luego asienta su consentimiento por escrito.

De acuerdo al estándar ABA 10-4.2 g.⁹⁶ la entrevista debe estar dirigida a reunir datos respecto del riesgo de fuga o de amenaza a la seguridad de cualquier persona o la comunidad y a la selección de condiciones de liberación apropiadas. Así, deberán reunirse datos respecto el carácter de la persona, su condición física y mental, lazos familiares, empleo, recursos financieros, tiempo de residencia en la comunidad, lazos comunitarios, conducta pasada, antecedentes relacionados con el abuso de drogas o alcohol, antecedentes penales y antecedentes relacionados con la comparecencia en el proceso judicial. Asimismo, recabar datos a fin de determinar en qué situación judicial se encontraba el acusado al ser detenido, esto es, si estaba en libertad condicional, en otra liberación pendiente de juicio, etc.

En la entrevista también se reunirán datos respecto a la persona que estén de acuerdo en ayudar al acusado a asistir al tribunal en el momento adecuado y otra información relevante para una supervisión exitosa en la comunidad y cualquier otro dato que permita una supervisión exitosa.

En definitiva, deberá investigarse respecto de cualquier factor que pueda hacer que el acusado sea elegible y sujeto apropiado para la liberación y las opciones de supervisión.

4.2. Otras fuentes de información

Se consultan otras fuentes de información ya sea para obtener datos del imputado o para verificar datos aportados por aquél en la entrevista.

La consulta con otras fuentes será a fin de establecer el arraigo laboral; sus antecedentes, concesión de fianzas o bajo otras condiciones; antecedentes penales; nivel

⁹⁶ www.americanbar.org,..., consulta: 18/02/2021

educativo; domicilio real del imputado o domicilio de familiares amigos o referentes laborales.

4.3. La verificación de la información

A efectos de controlar la información aportada por el imputado se realiza un proceso de verificación y revisar los datos aportados por otras fuentes o base de datos institucionales.⁹⁷

La verificación debe realizarse inmediatamente después de finalizada la entrevista con el imputado y recolectado los datos con otras fuentes para que ella sea de la mejor calidad y evitar que se pueda distorsionar por el imputado la información que ha aportado, concertando con otras personas para tal fin.

Los métodos para verificar pueden consistir en contacto telefónico con las personas que el imputado señaló como referentes, familiares, empleador, amigos, pareja, etc; consultar registros públicos o base de datos oficiales, y el estudio de documentos como boletas de servicios, etc.⁹⁸

4.4. Evaluación de riesgos

Enseñan Gutiérrez, Reyes y Villadiego (2011) que la evaluación de riesgos se desarrolla a través de un instrumento objetivo y estandarizado que determina o identifica en cada caso concreto la probabilidad de que un imputado no comparezca al juicio o entorpezca la investigación, mientras esté pendiente la realización del juicio oral. Esta evaluación proporciona orientación al juez en su decisión sobre la medida cautelar a decretar.

Asimismo, puede definirse como la “[...] predicción fundada del comportamiento esperado de la persona detenida una vez liberada”.⁹⁹

⁹⁷Gutiérrez, Reyes y Villadiego; *Manual...*, p. 38.

⁹⁸ Gutierrez, Reyes y Villadiego; *Manual...*, p. 39.

⁹⁹ Mamalian, Cynthia A., Petrial Justice Institute, *State of the Science of the Pretrial Risk Assessment*, Ed. Bureau of Justice Assistant, Washington DC, EEUU, marzo 2011 En página web: <http://www.pretrial.org/PerformanceMeasuresDocuments/PJI-StateoftheScience.pdf>

La evaluación de riesgos consiste en proporcionarle al tribunal un informe de diagnóstico sobre el detenido, basado en evidencias empíricas para que adopte una decisión acertada sobre la liberación previa al juicio.

De este modo, se utiliza un formulario que clasifica a las personas de mayor a menor riesgo, según los datos obtenidos en la entrevista y otras fuentes de información. En algunos casos utilizando una escala porcentual y en otros una escala que se clasifica en alto, medio y bajo.

Es dable destacar que la evaluación del rendimiento de los factores de riesgo y de las variables y la validación de cada factor de riesgo, debe realizarse con un equipo o comité interinstitucional encargado de la implementación de un instrumento de evaluación de riesgo que cubra las necesidades del lugar, para generar la mayor confianza.

4.5. El reporte

Gutiérrez, Reyes y Villadiego (2011) refieren que el reporte es la sistematización de la información que se ha recopilado y verificado a partir de la entrevista con la persona aprehendida/detenida y la consulta de otras fuentes de información. Además, puede incorporar los resultados de la evaluación concreta de riesgo procesal y sugerir recomendaciones en el caso concreto. Es fundamental que el reporte o informe se encuentre disponible en la audiencia donde se discute la medida cautelar.

El reporte permite suavizar la contradicción entre las partes, al ser emitido por un organismo neutral, aunque no reemplazan la decisión de la corte.

El reporte debe contener información identificadora del caso; información general recolectada; indicación del nivel de riesgo; recomendación; las condiciones de supervisión deben responder al riesgo procesal detectado; evaluación de riesgos o resumen de la información sobre la evaluación de riesgo concreta aplicada.

En EE.UU el 88% de los programas PSA efectúan recomendaciones al tribunal acerca de las condiciones de liberación previa al juicio. Así, las PSA del Distrito de Columbia.¹⁰⁰

4.6. La supervisión

Si el Tribunal decide otorga una libertad bajo condiciones, tales como arresto domiciliario, presentación periódica ante alguna autoridad, etc., se da comienzo a la segunda función más importante de SAJ: la supervisión.

Gutiérrez, Reyes y Villadiego (2011) definen la función de supervisión de la siguiente manera:

“La supervisión consiste en proporcionar un seguimiento eficaz al cumplimiento de las condiciones de las medidas cautelares alternativas impuestas por el juez, a través del control de las mismas con un conjunto de estrategias y métodos que permiten comprobar que las condiciones impuestas están siendo efectivamente cumplidas. En la audiencia en la cual se discute la medida cautelar a imponer, el juez determinará si el imputado debe ser liberado sin condiciones o si le aplica una medida cautelar. Hay que tener en consideración que las condiciones impuestas y los tipos de supervisión deben estar relacionados con el riesgo procesal identificado y deben ser lo menos restrictivas posibles para asegurar la comparecencia al juicio y la no concreción de los otros riesgos procesales.”¹⁰¹

La supervisión consiste en emplear métodos y estrategias suficientes para que se den los resultados deseados, asegurando la comparecencia del imputado al proceso y la seguridad de la comunidad durante el periodo previo al juicio.

Esta función comienza una vez que el tribunal ha impuesto la medida alternativa a la prisión preventiva y ordena al acusado presentarse ante el SAJ manteniéndose esta situación hasta que termine el juicio o se ordene el cese de la supervisión.

¹⁰⁰ https://www.psa.gov/?q=en_espanol

¹⁰¹ Gutiérrez, Reyes y Villadiego, *Manual...*, p. 59.

Cabe señalar que el tribunal decide qué grado de supervisión requerido, aunque las estrategias o métodos serán decididos por el SAJ, las que deben adaptarse al caso concreto.

Una vez que se otorga la libertad bajo condiciones, el servicio de antelación al juicio reunirá toda la información del caso y luego se reunirá con el acusado y mantendrá una entrevista con éste. En ella se explicitan las condiciones de libertad y la actividad que desempeña el SAJ.

Al finalizar la entrevista, previa detección de probables factores que podrían obstaculizar el cumplimiento de las condiciones y como superarlos, se realizará un reporte de instrucciones, firmado por el acusado en el que quedará plasmado los compromisos de supervisión.

La etapa de supervisión también tendrá una etapa de evaluación de riesgos, debiendo ser analizados los que se detectaron en la etapa de entrevista previa a la audiencia con los que se presenten novedosos. El plan de supervisión será entonces dinámico.

Gutiérrez, Reyes y Villadiego (2011) refieren que los métodos de supervisión esenciales, para todos los casos, pueden consistir en recordatorios de fechas de audiencias, mediante llamadas telefónicas, cartas, u otro tipo de comunicaciones. Además, el servicio debe recordarle la próxima fecha de audiencia en la que se debe presentar. En segundo lugar, revisión de su no detención. Se debe constatar que el imputado no ha sido detenido, especialmente: i) cada cierto tiempo (cada 30 días, por ejemplo); ii) antes de enviar un reporte de seguimiento al juez; y iii) cuando el caso ha finalizado.

Asimismo, existen otros métodos de supervisión. Aquellos que estén destinados a mantener el status quo del liberado utilizando como método la verificación del lugar de residencia, a través de llamas, visitas y revisión de documentos; verificación del empleo, contactando a empleadores, al imputado, visitas, etc.; verificación de educación, revisando registros y asistencia a los programas educativos.

Otro tipo de supervisión está destinada a que el acusado mantenga contacto con el SAJ: por teléfono o personalmente, reportándose o por intermedio de visitas al lugar de residencia o empleo, llamadas automáticas, etc.

De la supervisión aplicada, deberá realizarse un reporte o informe que debe entregarse antes del juicio o antes de que se aplique una salida alternativa a la pena.

4.7. Incumplimiento de las condiciones de liberación

Ante la violación de las condiciones impuestas, el servicio debe tener una reacción rápida, lo que evidenciará que las acciones del imputado están siendo efectivamente monitoreadas.

El servicio deberá dar conocimiento del incumplimiento al juez interviniente, recomendando la modificación de las condiciones o de la medida cautelar, o bien la revocación de la misma. El servicio deberá ponderar si se trata de incumplimientos leves o graves, que incrementen el peligro procesal, para así determinar qué se comunica a los tribunales, de acuerdo a las circunstancias y razones que rodearon el incumplimiento. Ello evitará una sobrecarga de los tribunales y en el propio servicio de antelación al juicio.

5. Una propuesta de mejora: El Servicio Especializado de Medidas Alternativas (SEMA)

A lo largo del presente trabajo se ha querido esbozar la problemática que genera las tensiones en juego cuando lo que se solicita es la aplicación de una medida cautelar ante un delito agravado por violencia de género o por ser cometido en contexto de violencia de género.

En este sentido podemos aproximar una conclusión: las medidas cautelares son escalonadas y siempre debe analizarse si el peligro podrá ser neutralizado mediante soluciones alternativas y menos gravosas que el encierro forzoso preventivo, que es la medida cautelar de ultima ratio.

Sin embargo, se encuentran dos escollos para que esta regla -que indica que se debe analizar primero la posibilidad de aplicar las medidas menos gravosas y si ello no resulta posible recién ahí disponer el encarcelamiento preventivo- se realice de forma plena en la práctica.

El primero de ellos refiere a que la regla se ha vuelto la excepción toda vez que en el sistema acusatorio con tinte adversarial, en el que se encuentra inserto el sistema procesal penal provincial, establece que son las partes quienes deben arrimar al magistrado los indicadores que permitan adoptar una decisión respecto a la procedencia –o no- de la prisión preventiva. Estos indicios o indicadores que se aportarán al caso a veces son escasos o carecen de suficiente entidad objetiva para determinar cuál es el peligro real de que el acusado estando en libertad frustre los fines del proceso.

Por ende, no existiendo una probabilidad afirmativa lo suficientemente fuerte para determinar si la medida que se dicta es la correcta o no, y ante la problemática de la violencia contra la mujer, se termina optando por la medida más gravosa.

El segundo escollo refiere a la supervisión de las medidas alternativas. Es de público conocimiento que la aplicación de medidas alternativas para neutralizar los peligros procesales que se encuentren en un caso concreto –por mínimos que sean- generan inseguridad en todos los intervinientes del conflicto penal dado que carecen de un efectivo y real control.

La sociedad reclama una protección real y seria hacia la mujer víctima con medidas que no sean fácilmente vulneradas o que carezcan de mecanismos de seguridad.

En razón de estos obstáculos es que se propone como una propuesta de mejora, o al menos como inicio a pensar una posible solución, la creación en el ámbito provincial del Servicio Especializado de Medidas Alternativas.

La OMAS, como se ha explicado en el punto 4.1. que antecede, toma como base las Petrial Service o servicios de antelación de juicio estadounidenses que surgieron para hacer frente a las desigualdades que generaban las libertades bajo caución a las personas que carecían de recursos para afrontar esa condición. En consecuencia, motivados en el principio de igualdad y la presunción de inocencia, se crearon estas oficinas de servicios previas al juicio para formar informes y reportes que contengan datos objetivos sobre los posibles riesgos de que el acusado no comparezca a juicio o ponga en riesgo a la comunidad.

Motivados en idénticos principios es que se entiende que una posible mejora al sistema procesal provincial actual sería la incorporación del Servicio Especializado de

Medidas Alternativas (SEMA), interviniendo directamente en los tipos penales cometidos en contexto de violencia de género.

5.1. Un servicio especializado. Justificación

¿Por qué crear un servicio especializado en violencia de género para la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva?

La respuesta a este interrogante se da en el marco social y cultural actual en el que no habiendo transcurrido más de dos meses del año 2021 se han cometido más de 44 femicidios. Algunos con tintes realmente alarmantes como es el reciente caso de Úrsula Bahillo quien habría sido asesinada por su ex pareja Matías Martínez, un ex policía que tenía una prohibición de acercamiento y quien tenía 18 denuncias previas. Cabe aclarar que, si bien el hecho aún no ha sido resuelto, lo cierto es que al menos las 18 denuncias previas debieron ser atendidas y supervisada su libertad.

La especialidad del servicio se justifica, primigeniamente, en que la problemática requiere de atención particularizada para lograr adoptar decisiones acordes a los contextos en los que se encuentren insertas las partes y para atender todas las aristas posibles en relación a aquéllos.

La casuística de los casos insertos en violencia de género, tales como los “ciclos de violencia” que caracterizan el vínculo entre las partes que transitan en acumulación de tensiones, periodo de golpes agudos y la “luna de miel”, requieren de profesionales especializados, versados en distintas disciplinas, en la detección de estas etapas o fases para evitar la escalada de violencia y el riesgo para las mujeres víctimas.

Por consiguiente, el punto culmine se encontrará en detectar estas características particulares y especiales que presentan los hechos delictivos de violencia de género, atendiendo de forma precisa y personal a las partes.

Un servicio destinado a cuidar intereses y satisfacer las necesidades que demanda el contexto de violencia de género, a través de las funciones específicas previas a la audiencia en la que se decidirá sobre las medidas cautelares y en la post audiencia, en la supervisión de las condiciones de liberación que se le impongan al imputado.

Lo dicho no descarta que se aplique el programa OMAS o SAJ en Mendoza para otros tipos penales, o para todos ellos, la que podría coexistir con el SEMA aquí propuesto.

5.2. Características y estructura de la SEMA.

El SEMA además de trabajar con los principios ya mencionados por la INECIP para las OMAS, a saber: de última ratio, presunción de inocencia, proporcionalidad, autonomía funcional, independencia, objetividad, confidencialidad, legalidad, gratuidad, interinstitucionalidad, eficacia, eficiencia, obligatoriedad, responsabilidad, transparencia, adaptabilidad y flexibilidad, trabajará con el principio de *especialidad* y no así el de universalidad.

El principio de universalidad de las OMAS no puede considerarse en esta propuesta dado que se pretende que el SEMA trabaje específicamente en los tipos penales de violencia de género y no otros, conforme lo ya explicado.

Se propone la creación de un servicio cuya organización trabaje con los principios mencionados, con profesionales de distintas ramas –abogados, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, sociólogos, personal de la oficina de la mujer, etc., que se encuentren especializados de manera comprobable en la temática de violencia de género, a cargo de un director o una directora que sea abogado o abogada con amplios conocimientos en el derecho penal y violencia de género.

El SEMA deberá insertarse en el ámbito de la administración pública, con autonomía funcional. Este ámbito de funcionamiento se entiende que debe permanecer bajo la órbita pública para garantizar la gratuidad de su servicio mas no bajo las normativas del poder judicial, dado sus limitaciones horarias.

Esta oficina con la especialidad que demanda requiere una flexibilidad en la atención que requiere atención las 24 horas, sobre todo en lo que atañe a la tarea de supervisión.

Por otra parte, la estructura del SEMA debe contar con apoyo interinstitucional e interactuar con otros organismos públicos y/o privados para lograr la constatación de información que se recolecte a través del pedido de informes o constancias.

5.3. Funciones del SEMA. Sus notas características en razón de su especialidad

Siguiendo el modelo propuesto por el INECIP y lo estudiado respecto a los Pretrial Service o Servicios de Antelación al Juicio con más las notas características que aquí se proponen, el SEMA tendrá tres funciones principales: a) Emitirá informes sobre indicadores o indicios que puedan incidir sobre el riesgo procesal del imputado , b) Emitirá un informe sobre el estado y situación de la víctima y c) Supervisará la medida alternativa al encarcelamiento preventivo que se disponga.

5.3.1. La entrevista al imputado y recopilación de información. Los pasos hasta la emisión del reporte de peligro procesal.

En cuanto al punto a), la emisión reporte sobre la existencia de indicadores o indicios de peligro procesal respecto al imputado, es la primera función que posee el SEMA.

El servicio debe recabar la información de manera automática, sin perjuicio de la solicitud de parte, siempre que se cuente con el consentimiento del imputado.

Se estima conveniente que la intervención de SEMA comience de forma automática ante la aprehensión de una persona que se presume autora de estos tipos penales dado que los tiempos procesales con los que se cuenta antes de que se lleve a cabo la audiencia en la que se decidirá sobre la situación procesal del acusado, puede devenir en tiempos acotados.

Asimismo, el abordaje del aprehendido y la entrevista personal debe ser llevado a cabo no solo por una persona con capacitación en el área sino también por un psicólogo especialista en violencia de género, que pueda realizar una entrevista preliminar para determinar en qué estado se encuentra.

Se recomienda que, para evitar futuras nulidades, toda la intervención sea llevada a cabo con conocimiento del Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica -particular u oficial. Cabe destacar que no se practicará sobre el encartado una pericia en los términos del art. 244 y sgtes del C.P.P. de la Provincia de Mendoza, sino que se efectuará un informe preliminar en el que únicamente se constaten el estado actual del aprehendido.

Igualmente, se estima relevante que el abordaje sea con un psicólogo dado que es este el profesional que posee mejores herramientas para enfrentar una entrevista con el imputado.

En virtud de lo señalado, en cuanto a la necesidad de mantener una interacción con otros organismos, es necesario que ni bien se produzca una aprehensión en estos tipos penales o se tome conocimiento de que se investigará a una persona por ello, se deberá poner en conocimiento a SEMA.

La oficina procederá a entrevistar al imputado de acuerdo a las pautas generales expuestas en el libro “Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS) Prácticas y Estrategias” de INECIP, incluidas las referidas a violencia intrafamiliar. A ellas habrán de sumarse aquellas que permitan formular datos objetivos respecto a casos que no sucedan en un ámbito de violencia intrafamiliar, pero que puedan encontrarse insertos en un contexto de violencia de género, cuyo formulario de preguntas deberá ser programado previamente con profesionales del área.

La *verificación* de estos datos se hará acudiendo a todos los organismos interinstitucionales que permitan avalar los ítems señalados por el acusado. Esto es, certificados expedidos por el Registro Civil, Registro de ANSES, etc.

Asimismo, para la verificación de datos personales podrá también acudir a entrevistar a familiares o vecinos, cuya participación es fomentada por el derecho internacional al aplicarse medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad.¹⁰²

Luego se procederá a la *evaluación de riesgo* a través del instrumento objetivo y estandarizado que permitirá la predicción del comportamiento del imputado si es liberado.

La clasificación de peligro procesal que se propone para el SEMA es de nulo, bajo, medio y alto, que obtendrá de la comparación entre los datos de los datos obtenidos en la entrevista y otras fuentes de información.

¹⁰² CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, Principio III.4

El reporte que se emitirá, a diferencia de las OMAS, incluirá no solo el resultado de la evaluación de riesgos y la clasificación del riesgo sino que también incluirá la recomendación de acuerdo al riesgo de liberar sin condiciones, liberar con condiciones de rango leve, medio o alto, o de no liberar; con una justificación detallada en base a los factores de riesgo, la cual no será vinculante para el juez. Ello en razón de que las partes, no obstante, el uso que hagan de este reporte, podrán presentar otras pruebas destinadas a acreditar que existe o no peligro procesal en el caso concreto.

Se concibe de mayor utilidad una recomendación por parte del organismo, dado que este gozaría de independencia funcional e imparcialidad respecto al resultado de la causa. La conformación del grupo interdisciplinario garantizará objetividad en la recomendación, la que estará motivada en el estudio particular del caso y en las posibilidades que se tengan de supervisar las recomendaciones que se hagan al magistrado.

5.3.2. La entrevista a la víctima y su respectivo reporte.

En cuanto a la función señalada en el punto b), la especialidad del servicio y su diferencia con OMAS, PSA o SAJ, estará dada porque incluye el reporte realizado respecto a la mujer presunta víctima. El fenómeno en cuestión habilita a considerar la situación de la presunta víctima en correlación con la del imputado, por lo que una entrevista con aquella a través de profesionales que conformen el SEMA. permitirá un grado alto de objetividad de la información que se aporte, sin que ello impida que luego se realicen las entrevistas de estilo, pero ya con el reporte emitido por SEMA, siempre teniendo en miras el principio de no re-victimización.

La entrevista a la mujer deberá ser una entrevista que permita obtener datos que ayuden a las partes y al órgano jurisdiccional formar un criterio respecto a los peligros procesales y riesgos en los que se encuentre inserta la víctima y su situación particular con respecto a la del imputado.

La forma más certera para acercarse a la realidad de la situación, a las necesidades de los verdaderos protagonistas del conflicto, es a través del contacto directo con estos de la forma más objetiva posible.

Todo lo expuesto en modo alguno desconoce el enorme avance en materia de género que se ha realizado dentro del poder judicial a través de la incorporación de la Dirección de la Mujer de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, la oficina de asistencia a la víctima, la Unidad Fiscal de Violencia de Género, Equipo Profesional Interdisciplinario (E.P.I.); así como también en el ámbito de la administración la Dirección de Género y Diversidad de la Provincia de Mendoza y distinta áreas de género en los municipios.

En cuanto al E.P.I., cabe destacar que tiene entre sus funciones la realización de los “Diagnósticos de riesgo de violencia física grave hacia la mujer” que requiriesen los Fiscales de Violencia de Género.

Ahora bien, se propone que el pedido de diagnóstico de riesgo, así como su realización se haga en el marco del SEMA para otorgar al informe la mayor objetividad posible dada su independencia del Poder Judicial, y que tal informe pueda ser valorado y meritado por las partes en igualdad de armas y presentado ante el juez de acuerdo a la teoría del caso que cada uno formule.

Nuevamente, el formulario de evaluación de riesgos deberá ser estructurado por profesionales expertos en la materia, siendo una propuesta a considerar la incorporación del EPI en el marco del SEMA.

Finalmente, se realizará un reporte o informe de los datos aportados por la víctima, los que deben tener estricta relación con los del imputado.

5.4. Supervisión

En cuanto al punto c), la supervisión de las medidas alternativas es el *quid* de la cuestión. Es en el acatamiento y en el cumplimiento de las condiciones de las medidas que se impongan, donde podrá valorarse la eficacia del SEMA, y sobre todo donde podrá el estado velar por la protección de las mujeres víctimas de violencia de género.

Las estrategias de supervisión deberán estar siempre dirigidas a la protección y tutela efectiva de la mujer presunta víctima.

Dado que la oficina tendrá de forma exclusiva la supervisión de medida alternativas que se dicten respecto de estos tipos penales, podrá llevarse adelante una supervisión sumamente eficaz y personalizada.

La supervisión se iniciará con la reunión de la documentación pertinente, que permita al servicio interiorizarse sobre las medidas que han sido dispuestas como condicionantes de la libertad del encartado y estructurar un plan de supervisión conforme a evaluación de riesgos que se llevó a cabo al inicio de las actividades del SEMA como así también de las nuevas circunstancias que puedan presentarse al dictarse la medida alternativa.

Las estrategias de supervisión serán dinámicas para adaptarse a las condiciones impuestas por el magistrado, conforme lo visto al analizar las OMAS y PSA o SAJ.

En estos tipos penales adquirirán especial jerarquía aquellas medidas que tiendan a proteger a las víctimas, testigos o familiares, tales como las prohibiciones de acercamiento y contacto. Para ello, además de la aplicación del sistema de vigilancia que el magistrado disponga, ya sea a través de visitas esporádicas del personal penitenciario o utilización de sistemas tecnológicos como RF o GPS, la SEMA dispondrá sus medidas en coordinación con aquellas, que impongan un control directo y continuo tales como videollamadas o visitas aleatorias, contacto a través de otros medios o redes, obligación de presentarse en el establecimiento del SEMA, etc.

Se resalta que la comunicación fluida con el imputado y la presunta víctima será de suma utilidad para lograr un acatamiento de las condiciones impuestas.

La comunicación fluida con la presunta víctima, a la que se debe proveer de los dispositivos que le sean necesarios, permitirá evitar en mayor medida la concreción de riesgos, instruyendo a aquélla para que utilice los medios que le sean puestos a su disposición –teléfono celular con números de emergencia o de la SEMA. o botón anti-pánico. SEMA deberá activar todas las medidas de protección urgentes para lograr la concreción de riesgos a través de la interacción con la policía y unidad fiscal que intervenga.

5.5. Incumplimiento de las condiciones impuestas al liberado

Si el acusado incumple con las condiciones que le fueron impuestas al recuperar su libertad, el SEMA deberá comunicar ello inmediatamente a las partes y al magistrado para que se adopten las medidas correspondientes.

Resulta imprescindible que las comunicaciones se realicen de forma inmediata, a fin de evitar la concreción de riesgos de mayor gravedad.

6. Palabras finales sobre la propuesta

La propuesta de la creación de un servicio especializado aquí expuesta en sus lineamientos más generales no pretende ser una respuesta acabada a la problemática de violencia de género en el ámbito penal, sino servir de herramienta para alcanzar un mayor grado de acatamiento de medidas alternativas y que estas recuperen el lugar de antelación ante el encierro forzoso, el que siempre debe ser la *ultima ratio*.

Por último, es dable mencionar que el SEMA ha dejado, al menos de forma provisoria, de lado la incorporación de soluciones alternativas al conflicto. Ello en base a dos razones.

La primera razón se justifica en el enfoque dado en el presente trabajo en el que se ha tratado la prisión preventiva en los delitos cometidos en contexto de violencia de género y las medidas alternativas al encierro forzoso. La solución alternativa del conflicto transita en otro estadio del proceso penal y es por ello que no se ha dado tratamiento a tan interesante temática.

La segunda razón refiere a la postura jurisprudencial adoptada en la República Argentina en la que, siguiendo los lineamientos del caso “Gongora” de la CSJN, ha adoptado una postura de rechazo de soluciones alternativas al conflicto que no sea el juicio oral y público.

No obstante, se considera en este trabajo, en coincidencia con Lamberti (2016) que las penas terminan por reproducir la violencia, la venganza y el delito y la aplicación estatal de estos recursos terminan agravando la problemática.¹⁰³

La suspensión de juicio a prueba es un instituto que pone en marcha un mecanismo alternativo de solución del conflicto sujeto a reglas o condiciones que el acusado debe cumplimentar. Es en la imposición de estas condiciones donde podrá abordarse el conflicto para solucionarlo, para que el estado pueda incidir positivamente en victimario y víctima, para la adquisición de conocimiento, conductas y recursos válidos.¹⁰⁴

La suspensión de juicio a prueba es una reacción del derecho penal al conflicto, que satisface la obligación del Estado Argentino de sancionar los delitos de violencia de género, conforme lo dispuesto por el art. 7 inciso c de la Convención Belem Do Para, a través de la compensación o reparación del año que deba ofrecerse a la víctima.

No obstante, se reitera, se deja de lado el tratamiento de la temática de soluciones alternativas por exceder los lineamientos de este trabajo, dejando abierta la discusión y la puesta en marcha de un servicio de antelación de juicio que evalúe la posibilidad de soluciones alternativas de conflicto.

¹⁰³Lamberti, Silvio; *Violencia...*, p. 109

¹⁰⁴Lamberti, Silvio, *Violencia...*,p. 114

CAPITULO V: CONCLUSIONES

1.

El objetivo principal de esta tesis ha sido analizar el conflicto que genera la materia de violencia de género en el ámbito del derecho procesal penal, como así también definir y explicar las posiciones doctrinarias de violencia de género y prisión preventiva para finalmente establecer criterios de procedencia de la medida cautelar en los tipos penales agravados por violencia de género o cometidos en contexto de violencia de género.

Como corolario, se propuso como objetivo determinar soluciones alternativas a la problemática planteada.

2.

Así, al abordar en el Capítulo II el conflicto que genera la materia de violencia contra la mujer y definir y explicar posiciones respecto de aquélla, se logró arribar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, a través del desarrollo histórico de los derechos de la mujer se pudo observar cuál fue la posición que aquélla ocupó en los distintos ámbitos de la vida social, cultural, la casi nula capacidad de derecho y de ejercicio de ellos que tuvo y el escaso tratamiento en el fuero penal, donde la violencia ejercida contra la mujer no solo fue dejada de lado sino que de algunos tipos penales se denotó la clara discriminación hacia la mujer y la nula perspectiva de género en su articulado.

La consideración de la mujer como un ser débil, destinado a la reproducción de la familia y al sustento dentro del hogar, se sustentó y sostuvo en las diferencias sexuales que tienen las mujeres con los hombres. La diferencia genetal, llevó incluso a pensar que las mujeres nacían con menores capacidades que los hombres y por ello no podían tener iguales derechos.

Luego, con el avance de los años, ante el reclamo de distintos grupos feministas y algunos políticos de la época, la mujer fue tomando la posición que le correspondía dentro de la sociedad, reconociéndosele mayores facultades respecto a su propia vida y en la vida en sociedad, hasta alcanzar en el día de hoy un grado avanzado de igualdad de derechos con el resto de las personas.

En efecto, se hizo un repaso histórico y evolutivo de los derechos de la mujer en la Argentina, que transitó desde la etapa colonial de nuestro país y el dictado en 1869 del Código Civil de Vélez Sarsfield, donde se consideraba a la mujer como incapaz. El dictado de la Ley n° 13.010 conocida como “Ley Evita” que permitió votar a la mujer por primera vez. En 1916 con el dictado de la ley 11.357 que le dio capacidad plena a la mujer aunque seguía con limitaciones respecto a la disposición de sus bienes, en el ejercicio de la tutela y curatela y el ejercicio de la patria potestad. Hacia 1968 con la entrada en vigor de la Ley n° 17.711 se le otorga capacidad legal a la mujer y administración y disposición de bienes. En 1985 la Ley n° 23.264 que equiparó los hijos extramatrimoniales y estableció el ejercicio

compartido de la patria potestad fue ampliando los derechos de la mujer. En 1987 se dictó la Ley de Matrimonio Civil que suprimió la obligación de utilizar el apellido del marido pero permanecía como una facultad agregar el “de” seguido del apellido de soltera. Posteriormente, hacia el año 1993 se dictó la Ley de Cupos, ampliando los derechos políticos de las mujeres. En el año 1994 con la reforma de la carta magna se le otorgó el mayor rango de jerarquía a los tratados de Derechos Humanos, entre los que se encuentra la CEDAW y la Convención Belem Do Para. En el mismo año se dictó la Ley de Violencia Intrafamiliar. En el año 2009 se dictó la Ley n° 26.485 de y en 2012 la Ley n° 26.743 de identidad de género. Finalmente, en el año 2015 se reformó el Código Civil y Comercial lográndose grandes avances en las cuestiones económicas, en la remuneración de tareas –visibilización de tareas realizadas en el ámbito del hogar-, en el uso del apellido, etc. Se destacó en el fuero penal la escasa perspectiva de género que tuvo desde su sanción en 1921, conteniendo tipos penales que denotaban las discriminaciones que sufría la mujer en razón de su género.

Asimismo, se hizo un repaso histórico del marco internacional transitando por los hitos sucedidos desde el S XVIII al S XX donde se dictaron documentos que conforman el actual corpus iuris de los derechos de la mujer tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979 y la Convención Belem Do Para en 1996.

De esta forma quedó confirmado el plexo normativo de protección a la mujer, el que deberá seguir creciendo hasta lograr una equidad social, cultural, económica y jurídica de la mujer.

Se considera que tal postulado no será de fácil alcance pero si de suma utilidad, pues es en el derecho igualitario donde se logra verdadera justicia y equidad.

3.

Por otra parte, se describió cómo la discriminación contra la mujer sostiene los sistemas patriarcales, los que se encuentra impregnados de estereotipos socioculturales patriarcales, definiéndose los supuestos roles femeninos y masculinos y dando espacio a la violencia contra la mujer.

De igual modo, se concluyó en el capítulo II que -no obstante los esfuerzos de algunos autores de la doctrina- el término “violencia de género” no es una especie del género masculino/femenino y no se infiere, en consecuencia, que exista violencia contra el hombre y contra la mujer en los términos fenomenológicos en los que ha sido planteado a lo largo de este trabajo.

El término género fue acuñado para describir la construcción social de los roles que se le asignó a las personas de los distintos sexos y a las pautas y características que deberían tener en razón de ello, motivando una discriminación sistemática y estructural sostenida por cientos de años, tolerada por la sociedad y por los estados, logrando ser aplacadas las diferencias como consecuencia de las luchas feministas.

Por ello deben ser adoptados en forma indistinta los términos de violencia de género, violencia contra la mujer o violencia de género contra la mujer, en razón de que no son ellos antónimos de la violencia contra el hombre.

Solo la violencia de la mujer tiene fundamento en la práctica sistematizada de opresión del hombre hacia la mujer, en la segregación de la mujer por el hombre, y en la discriminación social, cultural y económica hacia la mujer.

Se estableció que la mujer está incluida dentro de lo que se considera grupos en situación de vulnerabilidad, que son aquellos que en razón de su identidad o condición y por acción u omisión de organismos del Estado se ven privados del goce y ejercicios de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas.

En virtud del estudio de precedentes, se determinó que en relación a la mujer debe aplicarse un enfoque interseccional, aplicando la perspectiva de género y evaluando si aquélla se encuentra en otros contextos de vulneración.

La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW), la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas, celebrada en Beijín el 15 de septiembre de 1995, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem Do Para), concuerdan en establecer que la violencia contra la mujer es una violación a los derechos humanos y que impide la prosperidad de las naciones.

Finalmente, se hizo un repaso de las muertes violentas sufridas por las mujeres en el último año, tomando como referencia la base de datos aportadas por la Oficina de la Mujer de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

4.

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

Igualmente, quedó plasmado que la mujer debe ser definida como tal no solo en razón por el sexo biológico con el que nace sino en razón del género que adopte en los términos de la Ley n° 26.743.

Ello permite concluir sin mayor hesitación que el sujeto pasivo de los tipos penales agravados por violencia contra la mujer o cometidos en contexto de violencia de género deben tener como sujeto pasivo a la mujer que ha nacido como tal y se percibe en ese género como quien habiendo nacido de sexo masculino se autopercibe mujer y se ha amparado en la legislación mencionada.

5.

Se determinó los tipos de violencia de género, a saber: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, y simbólica y que, estos tipos de violencia, se manifiestan a través de distintas modalidades, tales como la violencia doméstica, la violencia institucional, la violencia laboral, la violencia contra la libertad reproductiva y la violencia mediática.

6.

Por último, al finalizar el capítulo II se realizó una breve reseña de los precedentes jurisprudenciales a nivel provincial, nacional e internacionales relevantes en la materia de violencia de género.

7.

Se procuró en el presente trabajo establecer el concepto de la prisión preventiva y sus caracteres generales. Así, se determinó que la coerción personal es una excepcional restricción o limitación que puede imponerse a la libertad solo cuando fuere imprescindible para asegurar los fines del proceso. La libertad constituye la regla siendo la privación de ella una medida excepcional. La libertad personal se encuentra resguardada tanto en la Constitución Nacional Argentina como en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

8.

Asimismo, se estableció como trascendental que el principio de inocencia debe presidir las medidas de coerción personal, el que solo puede ser quebrantado ante el dictado de una sentencia condenatoria firme.

9.

Se concluyó que la prisión preventiva no es una pena anticipada y solo se encuentra autorizada de forma excepcional cuando ello permita neutralizar los peligros procesales para los fines del proceso, esto es, tendiente a evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso.

Las medidas son cautelares en razón de que garantiza los fines del proceso. Debe ser excepcional en cuanto solo podrá ser dispuesta una medida cautelar cuando fuere estrictamente necesaria. Asimismo, las medidas deben ser proporcionales al peligro que se quiere neutralizar, para que la restricción no sea desmedida en relación a aquél. Las medidas cautelares son de interpretación restrictiva cuando lo que se coarte sea la libertad. Además las medidas deben resultar indispensables, es decir, imposibles de sustituir por otras medidas menos gravosas. El encierro preventivo forzoso solo podrá ser dispuesto cuando elementos suficientes que permitan suponer que una persona ha participado de un hecho ilícito, es decir, cuando se recaude un mínimo de prueba.

10.

Posteriormente, se describió el sistema de medidas cautelares en el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, a través del análisis de los artículos pertinentes, demostrando el escalonamiento de las medidas, las que van de las menos gravosas a la más gravosa que es la prisión preventiva.

11.

Se definió la prisión preventiva como la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme por un tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que aquél se dé a la fuga para evitar el juicio, para evitar la ejecución de la eventual condena y para evitar el peligro de que obstaculice la averiguación de la verdad.

Se determinó que la ley de rito provincial diagramada por Vélez Mariconde sufrió varias reformas. En 1999 se dictó la Ley n° 6.730 y en su art. 293, de forma similar a lo previsto por el Código de Vélez Mariconde; se estructuró la prisión preventiva como una medida de carácter excepcional. En 2016 el C.P.P. sufre una nueva reforma por la Ley n° 8.869.

De lo reseñado, se logra observar que aun, antes las varias reformas sufridas en la ley de rito, la libertad durante el transcurso del proceso sigue siendo la regla y la privación de ella excepcional.

12.

Asimismo, realizando un análisis del precedente “Silva Guajardo” de la Ex Octava Cámara del Crimen de Mendoza y del caso “Peirano Basso” de la CorteIDH, se concluyó que no pueden realizarse presunciones iure et de iure sobre peligro procesal sino que las circunstancias señaladas en el art. 293 del C.P.P. resultan indicios o indicadores que deben ser comprobados en cada caso concreto.

13.

El estudio descriptivo y explicativo de la violencia de género y de la prisión preventiva permitió responder con claridad cómo resulta determinante la perspectiva de género en los albores de la investigación penal –o información sumaria- hasta el dictado de

la prisión preventiva y bajo qué premisas se motivan el dictado de la prisión preventiva en los delitos de violencia de género.

La perspectiva de género es un mecanismo o método que permite identificar estereotipos patriarcales, basadas en supuestas diferencias biológicas entre hombres y mujeres, adquiriendo trascendencia en los momentos previos al juicio para evitar la valoración errada de las evidencias que se arrimen a la causa.

Así, se estableció que la perspectiva de género debe ser una herramienta de uso obligatorio en la investigación de los delitos cometidos en contexto de violencia de género o agravados por violencia de género, debiendo activarse un protocolo de tratamiento especializado para la mujer. Para ello se concluyó que:

13.1. La capacitación en violencia de género resulta fundamental en el personal del Ministerio Público Fiscal, de la policía judicial o de cualquier persona que tome contacto con la presunta víctima de violencia de género, dado que éstos serán los primeros que intervendrán en la producción de evidencia que ingresará al proceso.

13.2. La investigación debe estar guiada por el principio de debida diligencia reforzada que refiere que el estado debe hacer una aplicación razonada y efectiva de sus prácticas para otorgar una respuesta efectiva a las mujeres.

13.3. Para el logro efectivo de la debida diligencia reforzada todos los operadores jurídicos deben poseer una mirada de género interinstitucional, intersectorial e interdisciplinaria, acudiendo a efectores de otras disciplinas cuando ello resulte pertinente.

13.4. Deberá evitar la re-victimización de la mujer presunta víctima, es decir, el proceso mediante el cual se produce un sufrimiento a aquélla por parte de instituciones u operadores al tomar la denuncia e investigar el hecho. Para ello, deben encontrarse prohibidas las preguntas a la mujer sobre su intimidad, hábitos o que de cualquier modo escondan estereotipos patriarcales y denoten una discriminación basada en roles justificados en diferencia biológicas. Asimismo, deberán solo realizarse preguntas que sean útiles y pertinentes y no reiterativas o repetitivas.

13.5. Finalmente, se concluyó que es de suma relevancia que el órgano acusador, en su función de director de la investigación, en la utilización del método de perspectiva de género, garantice los derechos de todas las partes para evitar sus vulneraciones y que el proceso fracase.

14.

Se describió y explicó en el Capítulo III los presupuestos para el dictado de la prisión preventiva en delitos cometidos en contexto de violencia de género.

El primer presupuesto denominado *fumus bonis iuris* o *fumus commissi delicti* refiere a una de las características de las medidas cautelares que es el mínimo de prueba que se requiere para su dictado, es decir, la acreditación de elementos de convicción suficientes que permitan tener por acreditado el hecho delictivo. Es que la *questio facti* en la fase preliminar al juicio debe ser al menos fiable, aun cuando la verdadera prueba se produzca en el juicio oral y público.

De este modo las partes arrimaran al magistrado la prueba que consideren pertinente a fin de acreditar –o desacreditar- los extremos de la imputación.

Se concluyó en este trabajo que la valoración de la prueba debe realizarse bajo la perspectiva de género, como herramienta o método que evitará la desvalorización, rechazo o inadmisibilidad de prueba basada en estereotipos patriarcales.

Se logró consolidar la concepción de que la amplitud probatoria que rige en materia de comprobación de hechos de violencia de género, establecida en el art. 16 de la Ley n° 26.485 no representa una modificación de las reglas de la sana crítica racional como así tampoco en la carga de la prueba. Sin embargo, el uso del método de la perspectiva de género introduce en el proceso nuevas variables de valoración.

Así, de acuerdo al contexto en el que suelen producirse los hechos de violencia de género, se analizó la credibilidad de la mujer como testigo única. Se estableció, en primer lugar, que en nuestro sistema no existe la prueba tasada negativa ni positiva que permita descartar ese elemento probatorio *in limine*.

Por el contrario, la prueba del testigo único con perspectiva de género deberá traspasar el test de credibilidad, completándole la perspectiva de género, que incluye: 1) Credibilidad subjetiva de la víctima, en el que deberá tenerse especialmente en cuenta en qué fase o etapa del ciclo de violencia se encuentra la mujer o que circunstancias permiten sostener que la mujer ha sido presunta víctima de un hecho aislado de violencia machista. La perspectiva de género indica que la ausencia de fines espurios en estos tipos penales deberá ser utilizada como canal de evitación para estereotipos patriarcales (por ejemplo, que se entienda que la mujer denuncia a su ex pareja por venganza o celos, por histeria, porque es algo ‘usual’ o ‘típico’ en las mujeres, etc.); 2) Verosimilitud del testimonio: el relato de la víctima debe ser observado bajo el contexto en el que se produce, esto es, en una relación desigual de poder con todo lo que ello implica siendo nuevamente el análisis del ciclo de violencia será fundamental y el historial de violencia entre el varón y la mujer; o aquellas características que permitan sostener que la mujer ha sido víctima de un hecho aislado, siendo este caso de mayor dificultad probatoria pero el que analizando ciertos ítems permitirán afirmar el contexto de violencia (por ejemplo: la brutalidad en la agresión ejercida del varón hacia la mujer, las diferencias físicas o corporales, el vínculo relacional entre el hombre y la mujer; etc.); y 3) Persistencia en la incriminación: deberá ser especialmente considerada la actitud de la mujer en concordancia con su contexto, si se arrepiente o desdice de los hechos que denunció primigeniamente; si lo hace por encontrarse en el ciclo de violencia, o por miedo o temor serio y cierto.

Todo lo expuesto permitió concluir que toda la prueba debe ser valorada bajo las reglas de la sana crítica racional, ser intersubjetivamente transmisible y controlable por la sociedad, debiendo utilizarse la lupa de la perspectiva de género para obtener de la testimonial los datos objetivos que conformen la clave verbal que luego pueda ser constatado con otros elementos de prueba periféricos. Idéntico proceso deberá utilizarse para la valoración del resto del acervo probatorio.

15.

El segundo presupuesto del dictado de la medida cautelar, esto es, el *periculum in mora* o *periculum libertatis* fue analizado bajo la perspectiva de género. Concretamente en este punto se realizó una descripción de las distintas aristas que tienen los fines del proceso bajo la perspectiva de género. Previamente, se explicitó la adopción de la teoría procesalista

como fundamento de la prisión preventiva para concluir que no es la pena efectiva un factor de riesgo que habilita la aplicación de la prisión preventiva de manera automática. Se afirmó que las circunstancias mencionadas a lo largo de los tres incisos del art. 293 del C.P.P. son indicadores o indicios pero en modo alguno son presunciones, que deben verificarse en cada caso concreto. Se realizó una breve crítica a la Ley n° 27.372 “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, del año 2017, en cuanto contiene una presunción en sus arts. 5 y 8 que permitiría la prisión preventiva en los tipos penales de violencia de género, explicando que ello viola el principio de igualdad ante la ley y el principio de inocencia creando una causal automática de procedencia de la medida cautelar.

16.

Se reconoció la existencia de la tensión que se genera entonces entre los derechos y la tutela cautelar efectiva de las mujeres víctimas de delitos de violencia de género con el principio de inocencia que indica una regla de tratamiento durante la investigación. Se propuso entonces la utilización de la ley de ponderación de normas deontológicas, por ser aquellas que se desarrollan en el ámbito del deber ser. Al colisionar estos principios y derechos deberá establecerse un enunciado de preferencia que permita establecer qué principio o derecho posee mayor peso. El sistema procesal mendocino estableció un enunciado de preferencia general al establecer un régimen de regla/excepción en el cual la regla es la libertad y la excepción la restricción a ella. Se basó en las condiciones negativas que tendría establecer una regla sin excepción para las víctimas de los delitos que esperan que cuando se puedan verse gravemente afectados sus derechos pueda recurrirse al encierro cautelar del imputado y la sociedad que espera una respuesta o reacción del aparato estatal. El sistema también se fundó en lo que genera menores consecuencias lesivas para los derechos del imputado –sistema de regla/excepción- y en la jurisprudencia nacional y del derecho internacional que otorga a la prisión preventiva el carácter de medida cautelar. Igual procedimiento de ponderación deberá entonces hacerse en un caso concreto para determinar si es la regla o la excepción lo que tiene más peso conforme las evidencias que arrimen las partes al proceso.

17.

Seguidamente, se realizó un análisis del inciso 3 del art. 293 del C.P.P. estableciéndose que su análisis y valoración es de carácter obligatorio a fin de evitar la aplicación automática del encierro forzoso. Se utilizó la perspectiva de género para descubrir aquellos aspectos que difieren a las medidas cautelares en estos tipos penales. Así, se estableció como fundamental la visibilización de los hechos de violencia en lo que la norma señala como “gravedad de las circunstancias, naturaleza del hecho y demás condiciones del imputado” dado el especial contexto en el que se perpetran estos hechos delictivos. Sin embargo, la prisión preventiva no debe disponerse para apaciguar el clamor social siendo únicamente el imputado y sus derechos, la víctima y sus derechos y las circunstancias del caso concreto lo único que debe ponderarse para la toma de decisión. Luego se dio cuenta de las características particulares en cada uno de los apartados del incisos 3 del art. 293 del C.P.P. bajo la perspectiva de género.

16.

Del desarrollo de estos temas principales se concluyó que la prisión preventiva no es la única y principal medida para proteger los derechos de la mujer. Si bien el art. 7 inciso d de la Convención Belem Do Para obliga a los estados a adoptar medidas jurídicas para que el agresor no hostigue, amenace, dañe o ponga en peligro la vida de la mujer, o atente contra su integridad física o perjudique su propiedad, lo cierto es que no menciona que sea la prisión preventiva el medio para ello. En el mismo sentido, tampoco pudo observarse tal disposición al estudiar la Ley n° 26.485. Por el contrario, al estudiar las Reglas de Tokio y el precedente Peirano Basso se pudo vislumbrar que los estados deben evitar aplicar la prisión preventiva, siendo su utilización el último recurso.

En consecuencia, previo al dictado de la medida más gravosa debe ser merituada la posibilidad de aplicar una medida alternativa al uso carcelario, que neutralice los peligros procesales de la manera menos lesiva.

Al respecto Alberto Binder (2016) señalaba que es el concepto de eficacia no violenta (sin cárcel) el que nos permite construir un conjunto de respuestas del sistema

penal, de alta calidad, con mayor capacidad de lograr finalidades políticas criminales y sin el costo (global) del uso de la cárcel.¹⁰⁵

De este modo, se detalló una serie de medidas alternativas que pueden imponerse para la protección de la mujer presunta víctima del delito. Sin embargo, en la práctica los magistrados acuden a la medida más gravosa porque otorga mayor seguridad, reduciendo los efectos perjudiciales por la minimización de riesgos procesales. Así, el imputado estará bajo la custodia del sistema penitenciario existiendo únicamente el riesgo de fuga por evasión.

Esta toma de decisiones se basa en la insuficiencia de datos objetivos que permitan acreditar el grado de peligro procesal del caso concreto y de un sistema de supervisión efectivo que garantice el cumplimiento de las condiciones de liberación.

18.

En búsqueda de posibles soluciones, en el Capítulo IV se realizó un análisis de las OMAS y de las PSA o SAJ. Partiendo del origen, se conoció que los servicios de antelación al juicio nacen en los años 60 como una reacción a las libertades que se otorgaban bajo fianza en EEUU. Este sistema resultaba en contra del principio de igualdad ante la ley para aquellas personas que no disponían de dinero para afrontar esas condiciones. Se caracterizó a las OMAS, creadas en el ámbito de la República Argentina, y a las PSA o SAJ, creadas en EE.UU, desde las funciones que prestan estos servicios. A saber: La entrevista con el acusado desde el momento en que es aprehendido, la verificación de los datos aportados, la evaluación de riesgos y el informe o reporte que se entrega a las partes. Como diferencia sustancial tenemos que en el reporte que realizan las OMAS solo se incluyen datos objetivos que se entregan a las partes para llevar ante el tribunal pero no se realizan recomendaciones, lo que las diferencia de las PSA que si lo hacen. El objetivo de estos servicios de antelación al juicio es aportar información objetiva al proceso que permita una discusión profunda de

¹⁰⁵<https://inecip.org/tag/omas/>. Ahumada, Carolina; Almeida Vanina y Podestá Tobias; *Oficina de medidas alternativas y sustitutivas (OMAS). Prácticas y estrategias*. 1era edición. Buenos Aires. 2016, p. 14.

las medidas alternativas evitando el encierro forzoso automático, realizando evaluaciones con cierto grado de probabilidad que permitan establecer los factores de riesgo.

18.

Finalmente, en el punto 5 del Capítulo IV se realizó una propuesta de mejora, el SEMA. Un servicio especializado de medidas alternativas que preste funciones en el marco de la administración pública, dotado de personal interdisciplinario capacitado específica y excluyentemente en violencia de género, que recabe datos objetivos del imputado y la víctima, realice una evaluación de riesgo y recomiende si es posible adoptar una medida alternativa, bajo un plan de supervisión dispuesto por el servicio.

Se adoptó el organismo como un servicio y no como una oficina para apartarse de la burocracia que se infiere del propio término oficina. El servicio es un ámbito destino a atender necesidades específicas generando un beneficio para sus destinatarios.

Así las cosas, poder incorporar este servicio en el marco del proceso penal no es tarea fácil pero la especialidad y la necesidad del fenómeno de la violencia de género requiere tal esfuerzo.

Ciertamente la propuesta no pretende abarcar un proyecto acabado o completo toda vez que para ello se requiere de un equipo interdisciplinario y especializado para realizar los formularios y los estudios de campo. Mas si pretende abrir las posibilidades de las medidas alternativas ante este tipo de delitos que presentan tan particular casuística.

El SEMA procura obtener la posibilidad de racionalizar la carga de trabajo mediante la aceptación de la capacidad real del sistema para dar respuesta al conflicto de violencia de género, estableciéndose como un organismo independiente e imparcial, destinado al estudio exclusivo de estos tipos penales, las medidas que revestirían eficacia para le tutela cautelar de la mujer y la supervisión real y cierta de las condiciones de liberación, reduciendo al mínimo el quebrantamiento de esas condiciones. En su caso, estableciendo un canal de comunicación inmediato y expedito con la autoridad para impedir la concreción de los peligros que se generen ante los incumplimientos.

20.

Para garantizar y tutelar de forma efectiva a la mujer el estado debe encontrarse preparado en toda su estructura. Para ello se necesita que el personal del Poder Judicial, las fuerzas de seguridad y los organismos externos que se creen en relación a la problemática de la violencia de género, se encuentren altamente capacitados en la temática y con el desarrollo de habilidades emocionales en sus agentes.

La visibilización de la discriminación histórica que ha vivido la mujer permitirá: admitir y aceptar que el fenómeno existe y la proyección que éste tiene en todos los aspectos de la vida e incorporar la perspectiva de género que reclama el derecho internacional y las normas locales al respecto.

No es un tema baladí. Por el contrario, es una exigencia constitucional y convencional, para que todas las personas del mundo estén en condiciones de igualdad ante la ley, reconociendo las diferencias existentes entre ellas, y ajustando los mecanismos de control y protección necesarios.

La prisión preventiva de los delitos cometidos en contexto de violencia de género no escapa a estas exigencias constitucionales y convencionales, debiendo adaptar de forma equilibrada la perspectiva de género con el resto de los principios en tensión, realizando ponderaciones en el caso concreto para obtener respuestas del aparato judicial que garanticen los derechos de quien se encuentra sometido al proceso penal y a su vez protejan y tutelen a la mujer de forma más acertada, justa, seria y equitativa; generando un ámbito de igualdad en el fuero penal, diluyendo las discriminaciones hacia la mujer de una vez por todas.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

- Ahumada, Carolina; Almeida, Vanina; Tobias José Podesta; *Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas. Prácticas y estrategias*. 1era. Edición, INECIP, Buenos Aires, 2016.
- Alexy, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, Ed. Fareso S.A.
- Beeley, Arthur Lawton, *The Bail System in Chicago*, 1era Edición, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1927.
- Bodelón, Encarna; *Violencia de Género*, Ed. Didot, CABA 2014, p. 17.
- Buompadre, Jorge Eduardo; *Violencia de género, femicidio y derecho penal. los nuevos delitos de género*; Ed. Alveroni, Córdoba, 2003.

- Cafferata Nores, José I; Montero, Jorge y ots.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Segunda edición revisada y corregida. Editorial: Ciencia, Derecho y Sociedad. 2004 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba.
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional- SALA 2 CCC 29907/2013/T02/CNC2 Reg. N° 44112017, Fallo Mangieri, 2013
- CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad, Adoptados por la Comisión durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, página web visitada por última vez el 20/02/2021: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- CIDH; Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, OEA, 30 diciembre 2013, página web www.cidh.org, Consulta: 20/02/2021.
- Clérico Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*; Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239
- Corte IDH, Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354

- Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160108
- Corte IDH, Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014
- Corte IDH Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010
- Corte IDH Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.
- 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. 20591
- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141
- Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207
- Corte IDH Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014

- CSJN, G. 61. XLVIII., Recurso de Hecho, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092", 23/04/2013.
- Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014, www.oas.org, consulta: febrero de 2021
- Del Vecchi, Diego; *La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales*; Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2017
- Domínguez Vela, María, *Violencia de género y victimización secundaria*, Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia, Volumen VI, Número 1, marzo 2016
- Ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Provincia de Mendoza Expte: P 132618/14 EXPTE. N° P-132.618/14- Apel. N° 5245/1/U "F. c/ Cabrera Casanovas p/ Robo Agravado..."; 18 de agosto de 2015
- Ex Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza y Ex Octava Cámara del Crimen de Mendoza P-123.138/16 "F. C/ Silva Guajardo", junio de 2016
- Giordano, Verónica, *Evolución de los derechos civiles de la mujer Argentina siglo XX*. VI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004 p. 8/9

- Ferrer Beltrán, Jordi; *La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género*. Cátedra de Cultura Jurídica, disponible en página web: <https://www.youtube.com/watch?v=SIs0I3WQLy4>, s/f.
- Facio, Alda; *Feminismo, género y patriarcado*; http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf, consulta: enero de 2021.
- Facio, Alda; *Hacia otra teoría crítica del derecho*, disponible en página web: <https://www.pj.gob.pe/>; consulta: 20 de febrero de 2021.
- García, Susana; *Temas del Nuevo Código Procesal Penal: comentario y análisis de normas*, Ed. Morcos, 2006.
- Gutiérrez, Alberto; Reyes, Natalie; Villadiego, Carolina; *Manual de Servicios de Antelación al Juicio Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares en materia penal* Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, diciembre 2011, en página web: www.corteidh.or.cr
- Ibañez, Perfecto Andrés; *La prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, 2009, p. 79
- Irisarri, Santiago, *Violencia contra la mujer. Protección ante agresiones por razón de género*, Ed. Atrea, Buenos Aires, 2018

- Kholer, Scott, *Vera Institute of Justice: Manhattan Bail Project*, 1962, disponible en: https://cspcs.sanford.duke.edu/sites/default/files/descriptive/manhattan_bail_project.pdf
- Lamberti, Silvio, *Violencia Masculina Intrafamiliar, Una visión integradora desde el psicoanálisis y el derecho*, Ed. Grupo Editorial 20XII, 2016.
- Lavado, Diego Jorge y Vega, Dante Marcelo; *Libertad y Coerción Personal en el Nuevo Sistema Procesal Penal de Mendoza*”; Ed. Morcos; Buenos Aires.
- Mahoney, Barry Mahoney; Beaudin Bruce D.; Carver III John A; Ryan Daniel B.; Hoffman Richard B.; *Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential*, NCJ 181939, March 2001
- Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal*; Tomo III, Parte General- Actos Procesales, 1era Edición. Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011
- Mamalian, Cynthia A., Petrial Justice Institute, *State of the Science of the Pretrial Risk Assessment*, Ed. Bureau of Justice Assistant, Washington DC, EEUU, marzo 2011 En página web: <http://www.pretrial.org/PerformanceMeasuresDocuments/PJI-StateoftheScience.pdf>
- OEA, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, Montevideo, Uruguay, 19 de septiembre de 2014, disponible en www.oea.org
- OEA, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad, CIDH, Washington, marzo 2008, disponible en www.oea.org

- OEA, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General de la CIDH en su resolución 45/110, 14 de diciembre de 1990, disponible en www.oea.org
- Pascua, Francisco J., *Derecho Procesal Penal. Estudios al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*, Ley N° 6.730 y Ley N° 9.040, Ed. Asc. Libros Jurídicos, Año 2018
- Pretrial Service Agency for the district of Columbia, página web: https://www.psa.gov/?q=en_espanol; consulta: 17 de febrero de 2021.
- Ramírez Belmonte, Carmen; *Concepto de género. Reflexiones*; Ensayos Revista de la Facultad de la Educación de Albacete n° 28, 2008.
- Ramírez Ortiz, José Luis; *El Testimonio Único de la Víctima en el Proceso Penal desde la Perspectiva de Género*; Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning N. 1; Madrid, 2020; pp. 201-246.
- Sala Penal - Tribunal Superior Protocolo de Sentencias N° Resolución: 140 Tomo: 4 Folio: 1073-1082, Fallo Trucco, Año 2016
- Sbdar, Claudia; *La perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, www.infojus.gov.ar, 4 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150489, consulta: 18 de febrero de 2021.

- Schopenhauer, Arthur; *El amor, las mujeres y la muerte*; www.biblioteca.org.ar, consulta: noviembre de 2020.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, CUIJ: 13-05037523-9/1((018601-40710)) Querellante Y F. C/ Zurita Abrego Jesús M. y Alcaraz Pérez María Fernanda P/ Abuso Sexual Agravado (40710/18) (40710) P/ Recurso Ext. De Casación *10520336, 2020.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, CUIJ: 13-04879157-8/1((018602-97026)) Fc/ Di Cesare Melli, Andrés Salvador P/ Homicidio Agravado (97026) P/ Recurso Ext. De Casación *104963270*, año 2021.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 24/07/2019 N° de Recurso: 10085/2019 N° de Resolución: 391/2019 Procedimiento: Recurso de casación Ponente: Eduardo De Porres Ortiz De Urbina Tipo de Resolución: Sentencia, 2019
- Wald, Patricia M., Freed, Daniel J. *The Bail Reform Act of 1966: A Practitioner's Primer*, en la página web: <https://dcchs.org/>, consulta: 6 de febrero de 2021.
- www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_pretrialrelease_blk/#10. Consulta: 18/02/2021

- www.cij.gov.ar/nota-37461-La-Oficina-de-la-Mujer-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n-present--la-actualizaci-n-del-Registro-Nacional-de-femicidios.html#:~:text=Elena%20Highton%20de%20Nolasco%2C%20a,las%20mujeres%20en%20nuestro%20pa%C3%ADs%E2%80%9D. s/f
- www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/proteccion/violencia-obstetrica, s/f
- www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es#:~:text=Per%C3%BA&text=E1%20caso%20se%20refiere%20a,centro%20penitenciario%20Miguel%20Castro%20Castro. Consulta: 15 de febrero de 2021.
- www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm, s/f
- http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf. s/f
- www.g%C3%A9neroydiversidad.mendoza.gov.ar/observatorio, s/f
- www.oas.org/es/cim/, s/f
- www.un.org/es/sections/issues-depth/gender-equality/index.html, s/f

