



DRA. MARÍA DOLORES AGUIRRE GUARROCHENA | Jueza de Menores de la 4ª Nominación de Rosario

# Derechos Humanos y género: ¿*Probation* en delitos cometidos en contexto de violencia de género?

*A cinco años del fallo «Góngora», el empleo de la probation en delitos cometidos en contexto de violencia de género abre un amplio abanico de posturas, aún no cerradas.*

I. Conviene aclarar anticipadamente que cuando se habla de género, no estamos aludiendo a «cuestiones de mujeres» de un modo más elegante o estilizado. En realidad, cuando hablamos de género estamos hablando de mujeres y de varones y de las relaciones de poder entre ambos.<sup>1</sup>

La idea de género apunta a una construcción social –y, por lo tanto, histórica y cultural– que establece una jerarquía entre sujetos: un sujeto hegemónico –el varón– y otro subordinado –la mujer–.

En una apretada síntesis –que siempre corre el riesgo de ser simplona–

podemos decir que inicialmente, esta jerarquía se planteó en términos naturales (el hombre es superior a la mujer, de acuerdo a Aristóteles en su *Política*<sup>2</sup>), es decir, en términos de «naturaleza».<sup>3</sup>

Más adelante, con el advenimiento de la fábrica y el surgimiento de espacios diferenciados (el espacio público y el espacio doméstico) a aquella apuntada diferencia biológica inicial se le agregó una distribución sexual de tareas, destinando a los varones al ámbito de la producción y del trabajo fabril o en talleres y a la mujer, al ámbito doméstico y reproductivo. Incluso, ya desde un principio se concibió que aquel trabajo fabril o en talleres (realizado por varones, tal como se dijo) debía ser asalariado, extremo que aún hasta en estos últimos años no ha sido reconocido al trabajo doméstico (aún en la actualidad desarrolla-

do mayoritariamente por mujeres), salvo algunas contadas excepciones. Todo ello fue abonado con supuestas «condiciones naturales» que presentaban unos y otros sujetos que los/las hacían «más aptos» para desarrollar aquellas funciones socialmente asignadas (las mujeres son más intuitivas y emocionales y los varones son más fríos y racionales)<sup>4</sup>, dando lugar a estereotipos de género y, consecuentemente, a roles estereotipados.

II. Por lo brevemente desarrollado, resulta obvio que cuando referimos a violencia de género estamos aludiendo a *aquella construcción social* y no a otras manifestaciones de violencia, que no negamos. Concretamente, la eventual violencia desplegada por una mujer sobre un varón no constituye un supuesto de violencia de género –como equivocadamente se escucha

algunas veces–, sin negar que es posible que exista algún otro tipo de violencia, que nadie pretende negar (por ejemplo, violencia familiar, si se dan sus presupuestos).

Estas precisiones son ineludibles si se pretende avanzar en un análisis más profundo.

**III.** Sentado lo anterior, y antes de adentrarnos específicamente al estudio del tema planteado en el título de este trabajo, pretendemos resaltar otra cuestión previa: el carácter patriarcal del Código Penal vigente en Argentina. Ello puede visualizarse a través del tratamiento dado a múltiples cuestiones, desde la salud reproductiva (la penalización del aborto); el retaceo de las causas de justificación en ciertos delitos cometidos por mujeres (por estimar que no se dan sus

presupuestos, sobre todo en orden a la agresión ilegítima en curso o a la proporcionalidad del medio empleado) y la ausencia de toda referencia al contexto de violencia de género, sea como tipo penal independiente, sea como agravante genérica.

Sintetizando, podemos señalar que el Código Penal vigente no contempla el delito de violencia de género en sí. Sólo se encuentra tipificado el femicidio (art. 80 inc. 11), el femicidio indirecto o reflejo (art. 80 inc. 12) y la agravante de las lesiones (desde las leves a las gravísimas) cometidas en contexto de violencia de género (art. 92).

En este marco normativo, sólo algunas de las agresiones que conforman el *contexto de violencia de género* encuadran en tipos penales clásicos (lesiones, amenazas simples, amenazas coactivas o amenazas calificadas) en

tanto que otras agresiones –que también forman parte de aquel contexto– son escasamente denunciadas pese a encuadrar también en tipos penales clásicos (abusos sexuales), en tanto que un tercer grupo de agresiones no encuadran en delito penal alguno (hostigamientos, descalificaciones, agresiones verbales, control, aislamiento, sometimiento).

Con esto queremos resaltar, como se adelantara, el contenido patriarcal de nuestro código penal en lo atinente específicamente a la violencia de género (amén de otros aspectos que involucran a mujeres), por resultar totalmente insuficiente para abordar debidamente esta agresión pluriofensiva, dando como resultado que sólo algunos episodios aislados –cometidos dentro de aquel contexto– encuadren en delitos de escasa significación penal.

El referido marco normativo obliga a las víctimas de violencia de género a radicar una innumerable cantidad de denuncias (obviamente, refiriendo episodios aislados de todo un devenir que recién ahora estaría siendo analizado suficientemente y en su integridad como parte de un *contexto*).

Amén de ello, estas víctimas reciben, por lo general, respuestas judiciales cuyo control queda a cargo de las mismas, medidas que muchas veces generan delitos conexos como los de desobediencia de una orden judicial (los cuales últimamente estarían comenzando a ser abordados con algo más de firmeza, siendo que hasta hace poco tiempo atrás ni siquiera eran considerados seriamente).

Todo lo anterior ilustra no sólo el contenido patriarcal de nuestro código penal sino también la ingeniería judi-

cial que es su consecuencia, aspecto que merecería otro desarrollo que excede el presente.

**IV.** Que, puesta ahora a analizar puntualmente la posibilidad de habilitar procesos como la suspensión del procedimiento a prueba en delitos como los comentados, el tema dista de ser sencillo, dando lugar a una amplia gama de respuestas.

A favor de la procedencia de la *probation*, se argumenta que:

- a) las penas de prisión en nada contribuyen a la resocialización y son estigmatizantes;
- b) las penas de prisión de corta duración ocasionan más perjuicios que beneficios (pérdida del trabajo, deterioro subjetivo);
- c) la ocasional pérdida de trabajo del condenado puede derivar en mayores

perjuicios a la propia víctima, en los casos en los que ésta o sus hijos dependa económicamente de aquél;

- d) el fallo Góngora resulta más bien declamativo dado que, pese a él, la causa terminó prescribiendo;
- e) las cárceles se encuentran superpobladas y no tendrían capacidad para alojar a esta población, amén de que tampoco convendría que estos sujetos –los condenados por delitos cometidos en contexto de violencia de género– entren en contacto con otros condenados por delitos considerados más graves<sup>5</sup>;
- f) es preferible que al imputado se le impongan reglas de conducta (en el marco de una *probation*) a que termine recibiendo una condena condicional que ninguna consecuencia tangible le acarrea en los hechos<sup>6</sup>;

En contra de la procedencia de la *probation*, se argumenta que:

a) estos tipos de procesos desconoce una de las características más sobresalientes de la violencia de género: su carácter cíclico, lo cual se encuentra presente en gran parte de los casos estudiados. Siendo así, fácil es concluir que la víctima se encuentra sumida en un complejo proceso subjetivo que le demandará un tiempo incierto de elaboración, dentro del cual el tránsito por una probation resultaría desaconsejable;

b) no puede olvidarse que la víctima habrá de enfrentarse nuevamente a su agresor en una audiencia (párrafo 3 in fine del art. 76 bis del CP y, asimismo, párrafo 2 del art. 24 del CPP –ley 12.734–), respecto del cual se encuentra en condición de extrema vulnerabilidad (por haber transitado un pasado reciente de sometimiento, o por su comprensible confusión emocional o por su más entendible temor, entre otros factores). Ello supondría

una revictimización y no se vería superado habilitando audiencias por separado (el agresor por un lado y la víctima por otro), dado que los sujetos implicados podrían mantener –y, de hecho, mantienen– contacto a través de los medios más variados;

c) la víctima habrá de enfrentar una audiencia donde la mayoría de los asistentes (excepto, quizás, su agresor) tendrá título profesional (y aún más: la mayoría serán profesionales de la abogacía). Ello puede provocar, eventualmente, un desequilibrio de poder –aunque la víctima también sea profesional– frente a una serie de prácticas y de términos que difícilmente logre comprender cabalmente, colocada en la necesidad de dar una respuesta casi inmediata (aun suponiendo la dilación dada por un cuarto intermedio);

d) muchas de las víctimas revisten condición de vulnerabilidad no sólo por ser mujeres, sino por la depen-

dencia económica a la que el mismo agresor generalmente las ha sometido, motivo por el cual fácil es presumir que habrá de aceptar la propuesta que se le curse ante el temor fundado de perder la única fuente de subsistencia propia (y quizás, la de sus hijos);

e) este tipo de remedios procesales se desentiende de las causas mismas de la violencia y del modo como proveer a la víctima de herramientas efectivas que le permitan reconstruir su vida libre de aquélla. Aun suponiendo que se impongan reglas de conducta como condición de su otorgamiento, parecería que se vuelve a confiar en las promesas del agresor (no continuar agrediendo, participar de algún taller o de algún tratamiento psicológico) que el mismo, probablemente, ya haya formulado e incumplido;

f) el peligro mayor reside en que, ante un nuevo ataque del agresor (cuestión que no debería descartarse de plano),

las y los funcionarios intervinientes se amparen en que la víctima ha *aceptado voluntariamente* la propuesta, soslayando que con el contexto profesional ya ilustrado han propiciado (y me atrevería a decir: influido) tal respuesta. En otras palabras: la aceptación de la víctima (brindada, como se dijo, bajo la eventual influencia de un contexto profesional), puede ser utilizada más tarde para responsabilizarla, soslayando las propias responsabilidades estatales y funcionales en la instrumentación de este tipo de herramientas procesales;

g) El Poder Judicial no puede desentenderse del mensaje comunicacional dado a la sociedad. Si bien no se trata de brindar un servicio de justicia «a la carta», dependiendo de los vaivenes de la opinión pública, no se puede soslayar el contenido político y comunicacional de las resoluciones judiciales como actos de gobierno.

**V.** Y una última reflexión. No se trata de ser punitivistas. Evidentemente, el derecho penal no constituye una herramienta eficaz para dismantelar siglos de cultura patriarcal. Ello habrá de lograrse con una educación clara –que no se visibiliza por el momento– y con políticas públicas serias que promuevan condiciones de igualdad de género (de lo cual la composición de la Suprema Corte de Justicia de nuestra Provincia no es sino un pequeño ejemplo de lo opuesto).

Probablemente tampoco exista una respuesta única y general para todos los casos que pueda terminar derivando en un sinsentido, sin perjuicio de sentar mi opinión contraria al empleo de este tipo de herramientas. Seguramente, la mejor garantía será la de propiciar la intervención de funcionarias y funcionarios altamente capacitados en perspectiva de género que

puedan aplicar estos instrumentos con racionalidad, compromiso y responsabilidad. Sin ellas y ellos correremos el riesgo de prácticas estandarizadas y, peor aún, de dejar a las víctimas libradas a su suerte... ■

### CITAS

<sup>1</sup> No se desconoce todo el amplio abanico de identidades de género que se abrió a partir de los reclamos feministas y que enriquecen el análisis. La introducción sólo pretende negar que las cuestiones de género versen exclusivamente sobre las mujeres, cuando en realidad se trata de una construcción social que alude a una relación con un otro.

<sup>2</sup> «...el macho es por naturaleza superior y la hembra inferior, uno gobierna y la otra es gobernada, este principio de necesidad se extiende a toda la humanidad» (Aristóteles, Política).

<sup>3</sup> Recientemente asistí a una conferencia brindada por Diana Maffía y Darío Stanjnszrajber en la que se planteó que cuanto más «natural» se revela una cuestión, tanto más evidencia la existencia de un poder que terminó por imponerse.

<sup>4</sup> Actualmente, con las nuevas perspectivas en materia de identidades de género, se entiende por mujer todos aquellos sujetos que se identifican con el género femenino, independientemente de su condición biológica o del sexo asignado al momento de nacer (art. 2 de la ley 26.743) y en esa clave debe interpretarse la explicación que intenta brindarse. Al decir de Simone de Beauvoir «mujer no se nace. Se llega a serlo». En otras palabras, la mujer es el resultado de un largo proceso de construcción de la identidad y de construcción de la subjetividad individual y social,

independientemente del aspecto biológico o del sexo asignado.

<sup>5</sup> Nótese lo llamativo de este argumento, al considerar «más graves» algunos delitos (implícitamente, los cometidos contra la propiedad, dado que no se explicita) que los delitos cometidos contra la vida y la integridad de las mujeres y su derecho a vivir una vida libre de violencia, lo cual también vuelve a poner en evidencia el contenido patriarcal del Código Penal y de algunas de sus interpretaciones.

<sup>6</sup> Este argumento no es del todo cierto, dado que la condena de ejecución condicional también puede prever la imposición de reglas de conducta. Si las mismas no se cumplen en nuestra realidad judicial y burocrática –lo cual es cierto–, no tenemos por qué creer que la situación será diferente en los casos de probation. Se nos podría replicar aduciendo que el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas como condición de una probation puede provocar la continuación del pro-

ceso suspendido (art. 24 in fine del CPP -ley 12.734), a lo que también se le puede contestar que lo mismo está previsto en los casos de condena de ejecución condicional (extremo que no sucede en el grueso de las prácticas judiciales que se conocen, al menos por parte de esta autora).