

Tipicidad de las amenazas en un contexto de violencia de género*

Typicity of threats in a context of gender violence

María Florencia Caminos Garay**

ORCID: 0000-0002-7226-9768

Resumen: La normativa aplicable en relación a la violencia de género, en Córdoba (Argentina), concibe en el proceso penal un ámbito de valoración, donde la palabra de la víctima mujer adquiere peso suficiente para ser determinante en actos o medidas judiciales importantes y donde entran en juego distintos derechos y garantías constitucionales. En tal sentido, surgen dos tesis que permiten interpretar la tipicidad de la figura de amenazas prevista en el art. 149 bis –primer párrafo- del Código Penal de la Nación, en caso de que una mujer le anuncie a un hombre: “te voy a hacer meter preso”: a) restringida: implica un excesivo rigorismo formal que descarta la tipicidad solo por no ser la mujer quien cumpla el rol laboral que permite dictar la prisión; b) amplia: realza la importancia del contexto situacional y de la posición del hombre medio, como factores que inciden sobre aquél dictado.

Palabras Clave: violencia de género; amenazas; tipicidad; privación de la libertad; amplitud probatoria

Abstract: The applicable regulations in relation to gender violence in Córdoba (Argentina) , conceive in the criminal process a scope of assessment where the word of the victim woman acquires sufficient weight to be decisive in important acts or judicial measures, where are involved different rights and constitutional guarantees. In this regard, two theses emerge that allow us to interpret the typicity of the threat figure envisaged in art. 149 bis -first paragraph- of the Criminal Code of the Nation, in case a woman announces to a man "I am going to imprison you": a) Restricted: it implies an excessive formal rigorism that discards the typicality just for not being the woman who in fulfills the labor role that allows to dictate the prison; b) Broad: enhances the importance of the situational context and the position of the average man, as factors that influence the dictated one.

Keywords: gender violence; threats; typicity; deprivation of liberty; probatory amplitude.

*Recibido el 25 de marzo de 2018 y aprobado definitivamente para su publicación el 20 de octubre de 2018

**Poder Judicial de Córdoba – E-mail: mfcaminosgaray@gmail.com - ORCID: 0000-0002-7226-9768

Introducción

De acuerdo con la normativa aplicable en relación a la violencia de género en Córdoba, se concibe en el proceso penal un ámbito de valoración donde la palabra de la víctima mujer adquiere suficiente peso como para ser determinante en alguno de los actos o medidas judiciales importantes y donde entran en juego distintos derechos y garantías constitucionales.

En tal sentido, este trabajo plantea de qué manera se puede interpretar la tipicidad de la figura de amenazas prevista en el art. 149 bis –primer párrafo- del Código Penal¹, teniendo en cuenta la susceptibilidad que aquél marco genera en la sociedad actual.

Si bien la idea principal es realizar observaciones sustanciales que parten de la exégesis del tipo penal en tales condiciones y con un determinado sujeto activo y sujeto pasivo, la perspectiva que se abordará, estará delimitada de acuerdo con los procedimientos desarrollados en la justicia de la provincia de Córdoba.

Violencia de género

Marco normativo

La violencia de género –o, más bien, contra la mujer-, ha merecido un amparo especial, a nivel supranacional por medio de la “Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (más conocida como la “Convención de Belém Do Pará”, aprobada en Argentina por Ley 24632), de la Ley 26485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) y, a nivel local, a través de la Ley 9283 (Ley de violencia familiar) y Ley 10401.

La Convención antes mencionada pretende afirmar los Derechos Humanos reconocidos primordialmente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos², en tanto considera a la violencia contra la mujer justamente como una violación de tales derechos y de sus libertades fundamentales con origen en relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. De este modo, establece, como uno de los deberes de los Estados, condenar todas las formas de violencia contra aquella, debiendo actuar con la debida diligencia a la hora de prevenir, investigar y sancionar³.

¹ El análisis servirá también para las coacciones previstas en el segundo párrafo de dicho artículo, pues, en definitiva, son amenazas que consisten en anunciar un mal para que, en caso consecuente, la víctima haga algo, deje de hacer algo o tolere algo (conducta activa u omisiva).

² La Convención de Belém Do Pará adquirió jerarquía supra legal el 7/9/2011, mientras que la DADH O y la CADH (Pacto de San José de Costa Rica) tomaron estatus constitucional tras la reforma constitucional del año 1994 por medio del art. 75 inc. 22 CN.

³ Convención de Belém Do Pará, artículo 7: “Los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas,

Cierto es que, desde antes de que rigiera este acuerdo internacional, existía la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” (aprobada en Argentina por Ley 24632), de suma importancia para el reconocimiento de la lucha por la igualdad de géneros y en pos de proteger a quien, a lo largo de la historia y culturalmente, ha resultado especialmente vulnerable, por saber: la mujer.

La ley nacional argentina prevé la protección de determinados derechos y garantías en los procedimientos, y entre ellos contempla expresamente la posibilidad de adoptar el criterio de amplitud probatoria⁴ que se analizará más adelante. Precisamente, esta ley conecta a ambas convenciones y brinda una definición de violencia contra la mujer⁵.

Luego, al estar la violencia de género íntimamente emparentada con la violencia familiar⁶, rige también la Ley Provincial 9283, modificada por Ley 10400, que define el marco preventivo y los procedimientos judiciales frente a tales contextos, y deja en claro que el juez dispone de todas las medidas, ya sea cautelares o análogas, que sean necesarias para su protección⁷. Por otra parte, la reciente Ley 10401 establece criterios jurisdiccionales y procesales referidos a la aplicación de la ley nacional, y es de suma importancia que haya reconocido expresamente la amplitud probatoria y la valoración de la prueba con perspectiva de género⁸.

orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...).”

⁴ Ley Nacional 26485, artículo 16: “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 quienes son sus naturales testigos; (...)” y artículo 31: “Resoluciones. Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes”.

⁵ Ley Nacional 26485, artículo 4: “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 también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

⁶ “La circunstancia que autor y víctima se encuentren vinculados por una relación interpersonal (pareja, ex pareja, noviazgos), presenta la violencia familiar como un caso sospechoso de violencia de género, esta demanda de la subsunción convencional. La subsunción típica del hecho, es el presupuesto necesario para abordar la subsunción convencional.” (TSJ, Sala Penal, “Medina”, S. n° 273, 23/06/2016)

⁷ Ley Provincial 9283, artículo 20: “En toda cuestión de violencia familiar, además de las medidas previstas en la legislación vigente, el juez -de oficio, a petición de parte o del Ministerio Público-, deberá disponer todas las medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, la libertad y seguridad personal, así como la asistencia económica e integridad patrimonial del grupo familiar (...)”.

⁸ Ley Provincial 10401, artículo 3: “En todas las actuaciones que se generen por aplicación de la presente ley debe garantizarse, como mínimo, sin perjuicio de los demás derechos reconocidos por la legislación aplicable, conforme lo dispuesto por Ley Nacional N° 26485 y Ley N° 10352: (...) e) La amplitud probatoria y la obligación del juez de valorar la prueba con perspectiva de género (...)”.

Marco jurisprudencial

En función de las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y la normativa aplicable *ut supra* invocada, los tribunales de nuestra provincia utilizan el criterio de amplitud probatoria para acreditar aquellos hechos que sean investigados bajo el tipo penal de amenazas. Además, se suma un análisis basado en la perspectiva de género y la necesidad de que este tipo de causas llegue a la instancia del debate.

La máxima instancia provincial, en el fallo “Sánchez”⁹, expresó que en los casos de violencia de género, cobra una especial relevancia el relato de la víctima. Esto significa que su palabra adquiere un valor de preferente ponderación, en la medida que resulte fiable y esté corroborado por indicios que tengan “una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio *in dubio pro reo* de base constitucional”. Refirió que el “contexto de violencia” comprende un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, y agregó que “estos hechos se suceden en un marco de vulnerabilidad, dado que raramente se realizan a la vista de terceros, porque una de las características de la dominación por violencia en sus múltiples manifestaciones es precisamente el aislamiento de la víctima”¹⁰.

Posteriormente, con la resolución en autos “Quevedo”¹¹, si bien el TSJ confirmó “la prueba sobre la existencia del hecho y las circunstancias que permiten inferir el riesgo procesal son condiciones que deben concurrir simultáneamente para la justificación de la coerción, debiendo la fundamentación del pronunciamiento que dispone la medida proyectarse en forma autónoma con relación a cada uno de ellos”¹², reparó en aquella necesidad del debate oral para los casos relacionados con la violencia de género. Asimismo, ello ha quedado dispuesto en el precedente “Góngora”¹³ de la Corte Suprema a efectos de respetar los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. En él se revocó una suspensión del juicio a prueba y se centró el debate en el artículo 7 de la Convención Belém Do Pará, haciendo hincapié en “los objetivos mencionados respecto a la necesidad de establecer un ‘procedimiento legal justo y eficaz para la mujer’, que incluya ‘un juicio oportuno’”. Por ende, quedó en claro que el instituto de la “*probation*” dejaría de ser una alternativa para evitar el juicio oral en lo que respecta a casos de violencia de género, en tanto únicamente de aquel puede derivar “el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención”.

Por su parte, en autos “Peñaflor”¹⁴ de la Cámara de Acusación de Córdoba, se ha resaltado la importancia del juicio: “dadas las particularidades de este tipo de delitos

⁹ TSJ, Sala Penal, “Sánchez”, S. n° 84, 04/05/2012.

¹⁰ Citando a otro de sus fallos: “Monzón”, S. n° 403, 28/12/2011.

¹¹ TSJ, Sala Penal, “Quevedo”, S. n° 174, 28/05/2014.

¹² Citando sus propios precedentes “Conesa”, S. n° 97, 20/11/2002; “Bianco”, S. n° 111, 19/11/2003; “Montero”, S. n° 1, 14/02/2005; “Medina Allende”, S. n° 9, 09/03/2006; entre otras.

¹³ CSJN, “Góngora”, sentencia del día 23/04/2013. Criterio que ya existía en la provincia: TSJ, Sala Penal, “Guzmán”, S. n° 239, del 31/08/2011.

¹⁴ CA, “Peñaflor” AI n° 116 del 08/04/2015; y en el mismo sentido “Machado”, AI n° 138, del 21/04/15; “Aliendo”, AI n° 144, del 28/04/15; y, más recientemente, en “Jara”, AI n° 670, del 26/11/15.

resulta que tanto la consistencia o inconsistencia de las versiones de víctima e imputado (...) deben necesariamente dilucidarse en la etapa del plenario, única que permite la discusión de la prueba aportada, de modo oral, continuo, con intermediación del juzgador y contradictorio pleno y que será lo que permita en definitiva, con certeza positiva tanto para condena como para absolución, o bien con certeza negativa o duda para también un pronunciamiento absolutorio, definir lo allí acontecido.

En definitiva, en situaciones en las que la falsedad no puede vislumbrarse en la etapa liminar del proceso, este avanzará hacia el debate oral, donde prevalece el criterio llamado "la tesis de la contradicción insalvable"¹⁵.

Igualmente, no hay que descontar que, aun si la víctima mujer perdona a un hombre que supuestamente cometió un delito de violencia de género en su contra, o incluso si llegara a negar lo sucedido en el hecho, seguirá la postura de someter la causa a debate, en tanto pueden existir "razones de interés público por las características del hecho, que hacen útil, necesario y conveniente su conocimiento y juzgamiento, para el orden y bienestar de la comunidad"¹⁶.

Amplitud probatoria

Primero hay que decir que las pruebas en casos que tienen que ver con violencia contra las mujeres son de difícil recolección, sobretodo en delitos como las amenazas, debido a que se caracterizan -la mayoría de las veces- por su comisión en ámbitos de intimidad y reserva, lógicamente así buscados¹⁷. Se tiene en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas que pueda apreciarse en informes y demás constancias que acumulan este tipo de causas, donde se demuestra que por temor, vínculo con respecto al autor (desde pareja, familiar, padre de sus hijos, etcétera), o contacto de algún modo con este, los relatos podrían verse influenciados y consecuentemente fluctuar a lo largo del proceso.

Por estas razones se explica que el Estado reconoce la preeminencia de lo narrado por la víctima mujer, en tanto no aparecen elementos que pongan en duda su veracidad. Surge así, el criterio que refleja una manera de contrarrestar una posición desaventajada que el Derecho ya ha reconocido en otras oportunidades, en aras de alcanzar un debido proceso y la paridad de armas. Como ejemplo, en el fuero laboral, entra en juego el principio de la carga dinámica de la prueba que implica que, quien está en mejores condiciones, sea quien debe estar obligado a probar, pues se pretende introducir un factor de compensación o corrección que logre el equilibrio de quienes son desiguales por la posición que ocupan¹⁸. Puede verse reflejado en su derecho de fondo, a través de una serie de presunciones en favor del trabajador previstas en la Ley del Contrato de Trabajo n° 20744¹⁹, y en precedentes jurisprudenciales, tal como sucedió en

¹⁵ Lopardo, Mauro y Rovatti, Pablo. Violencia contra la mujer y suspensión del juicio a prueba. AR/DOC/2163/2013.

¹⁶ Cám. Crim. y Correc. Cruz del Eje, "Reynoso", AI n° 53 del 18/04/2016; y en el mismo sentido: el TSJ rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa en dicha causa, que considera imprescindible el ejercicio de la acción penal (S. n° 515 del 24/11/2016).

¹⁷ TSJ, Sala Penal, "Sánchez", S. n° 84, 04/05/2012.

¹⁸ Se reconoce que el empleador tiene una capacidad para negociar que es superior a la del trabajador, amén de que puede contar también con superioridad económica y cultural. Esta desigualdad real, también se traslada al hecho que la parte más fuerte detenta la información, documentación y disponibilidad de medio.

¹⁹ Artículos 23, 55, 57, 115, 178 y 181.

el conocido caso “Pellicori”, resuelto por la CSJN²⁰.

En el Derecho penal rige el principio de inocencia, y ello hace que no entre en discusión que sea el Estado quien debe ocuparse de hacer caer la presunción de inocente que posee el imputado. Esto genera una tensión frente a la fuerza del testimonio de la víctima en esta clase de sucesos, donde abogados defensores exigen la incorporación de prueba independiente. Aquellos entienden que, muchas veces, el imputado termina cargando con la prueba e indirectamente deben demostrar su inocencia cuando consideran que no les corresponde.

De esta manera, el criterio de amplitud probatoria es una inteligencia adoptada y aceptada por el sistema, para receptar la mayor cantidad de elementos necesarios que acrediten la verdad de un hecho. No obstante, también permite admitir que en casos de orfandad probatoria sean determinantes elementos que no hubieran sido suficientes en investigaciones llevadas a cabo en otros ámbitos y con otras figuras. Esto último es lo que suele suceder con la denuncia y/o testimonios de testigos no presenciales que reproducen lo que la víctima les ha contado en primera persona.

Repercusión institucional de la perspectiva de género

A grandes rasgos, “perspectiva de género”, en lo que aquí nos interesa, apunta a la idea de lograr la igualdad entre ambos géneros o, dicho de modo contrario, contrarrestar las desigualdades que aún existen y se reflejan como posiciones de dominio, principalmente por parte del hombre en su trato hacia la mujer por el sólo hecho de ser tal en un contexto social y cultural²¹. La realidad indica que, en estos últimos años, mientras los medios de comunicación y distintos organismos o instituciones buscan despertar conciencia en la temática, la Justicia también intenta, desde su lugar, sumar un aporte a su comprensión y asimilación.

Así, en Córdoba, se ha creado la Oficina de la Mujer²², que se encuentra enlazada, a través del llamado “Convenio Marco de Colaboración entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba”²³, con la dependencia instituida a nivel nacional. Del mismo modo, se vincula con las de otras provincias, con otras entidades, y hasta con organizaciones no gubernamentales y sociedades civiles.

Esta clase de oficina fija distintos objetivos con el propósito de impulsar en diferentes ángulos la incorporación del concepto en el quehacer judicial, tanto para los usuarios del sistema como para los operadores jurídicos que desarrollan la labor de brindar una respuesta en la resolución de causas. Con ello se permite reforzar la especial atención que el Estado quiere dar a este problema, frente al reclamo social reflejado en

²⁰Allí se resolvió que más allá de que el sujeto pasivo de un acto de discriminación injusta que resulta despedido sin causa deba probar el acto injuriante, será el empleador quien tiene a su cargo demostrar que el despido no tuvo su origen en ello, por encontrarse en mejores condiciones de aportar pruebas (Resolución de fecha 15/11/2011 en autos “Pellicori, Lilita Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo”).

²¹Estará íntimamente vinculada a la concepción de violencia de género ya trabajada a raíz del art. 80 inc. 11 del CP.

²²Ac. Reg. n° 1119, Serie “A” del TSJ, 23/09/2010.

²³Celebrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el día 19/12/2012.

denuncias y otros hechos que a veces no llegan a los tribunales, pero que forman parte de un desequilibrio cultural proveniente de años, por el que hoy se entiende que la mujer necesita un *plus* de protección por sobre el género del hombre (que vendría a ser el “aventajado” ante la mirada del Poder Judicial).

Credibilidad y valor del testimonio de la mujer víctima

No hace muchos años, ya sea en sede policial, administrativa o judicial, el relato de una víctima mujer se veía obligado a superar varias dificultades que se traducían en la falta de confianza que despertaban sus denuncias. Actualmente, se viene dando un giro al respecto, que va adquiriendo cada vez más fuerza: se ha ido comprobando que detrás de la mayoría de las víctimas mujeres fatales o no fatales, había una historia previa de denuncias y pedidos desesperados de ayuda que en su momento fueron desestimados por quienes tenían la obligación de dar una respuesta.

Lo cierto es que, cuando una mujer es amenazada, por ejemplo, por su pareja hombre, suele ser en un ámbito de intimidad. Es poco frecuente que haya testigos presenciales, a no ser que sean hijos en común (muchas veces menores de edad) o terceras personas que hubieran podido escuchar por encontrarse cerca (como ser, los vecinos o transeúntes). Esto hace que las manifestaciones de la mujer (más allá de que sea sometida a un peritaje sobre las características de su personalidad, a efectos de establecer su capacidad de fabulación) alcancen un valor crucial por sobre lo que pueda refutar el hombre, quien sería en definitiva el que habría decidido el lugar, tiempo y modo para anunciar la amenaza, de manera estratégica y para sortear los elementos que puedan incriminarlo.

Delito de amenazas

El artículo 149 bis del Código Penal prevé como conducta punible el “uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas”. Esta norma protege la libertad individual como bien jurídico; ella es entendida desde la esfera psíquica que incide en el Derecho, a cómo pensar o cómo obrar.²⁴ Atenta contra el derecho de las personas a no ser víctimas de actos susceptibles de alterar su tranquilidad espiritual y que les produzcan inquietud o temor²⁵.

²⁴ “(...) Lo que se protege es la libertad psíquica que encuentra su expresión en la intangibilidad de las determinaciones de la persona (...)” (Creus, 1998: 328). Puede entenderse también, como libertad de organización, ya que el autor amenaza para coartar o restringir un marco de posibilidades de ejecución de acciones futuras de la víctima (Aboso, 2017: 796).

²⁵ TSJ, “Rivero”, S. n° 307, 03/08/2015. Cfr. Núñez, 1999: 168. Donna agrega el sentimiento de tranquilidad como bien jurídico protegido, al que tiene derecho todo individuo en el marco de la plena vigencia de un Estado de derecho. Cfr. Abosso, 2017: 796.

Como comportamiento, consiste en el anuncio de un mal cuya realización pueda depender del sujeto activo que lo exterioriza (por acción u omisión), a fin de infundir temor en un sujeto pasivo determinado o que pueda determinarse (Creus, 1998: 332) y que no necesariamente debe ser el destinatario del daño amenazado (D'Alessio, 2004: 341).

Dicho anuncio debe ser: a) serio, lo que demuestra que "tiene directa relación con el daño anunciado, debiendo ser éste, al menos, de posible realización" (D'Alessio, 2004: 342); b) idóneo, para que exista capacidad objetiva de lograr el temor buscado, siendo que lo expresado se encuentre dentro de la esfera de dominio de quien amenaza, y escape a una predicción o expresión propia de su deseo (D'Alessio, 2004: 342). Y su mal contenido, corresponderá que sea: a) grave, por tratarse de una lesión o detrimento del bien o interés de la/s persona/s amenazada/s, con entidad suficiente a efectos de lograr la efectiva vulneración de la libertad que conforma el bien jurídico protegido por la norma; b) posible, que pueda ocurrir de acuerdo a la seriedad del anuncio o aunque objetivamente sea imposible, si la víctima cree en dicha posibilidad²⁶; c) ilegítimo e injusto, no encontrándose el receptor obligado a tolerarlo, y más allá de que aquel no se alarme²⁷; d) futuro, por ser dicho peligro de carácter potencial.

Como modo de comisión, se reconoce indistintamente la manera escrita, oral o gestual, siempre que el sujeto a quien se dirija pueda reconocer la amenaza y no simplemente inferirla (Breglia Arias, 2016). Es en dicho momento cuando se produce la consumación del delito, mientras que la tentativa -admitida por ciertos autores²⁸ y en fallos jurisprudenciales²⁹-, tendrá lugar si por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, lo anunciado no llega al destinatario.

El tipo subjetivo solo admite un dolo que estará integrado por el conocimiento de lo que se está amenazando (elemento cognitivo), que puede contemplar también, la voluntad de llevar a cabo tal expresión (elemento volitivo)³⁰. Asimismo, autores tales como D'Alessio (quien sigue a Creus), agregan la concurrencia de la finalidad de alarmar o provocar intimidación como un elemento subjetivo distinto del dolo (D'Alessio, 2004: 343; Creus, 1998: 331).

²⁶TSJ, Sala Penal "Rivero, José Antonio p.s.a. Desobediencia a la autoridad reiterada, etc.- Recurso de casación", Sentencia n° 307 del día 03/08/2015 citando a Carrera, D y otros (1994: 397).

²⁷Breglia Arias, 2016, citando a los autores Manzini, Carranca y Trujillo, y lo dicho en un precedente: "El delito se perfecciona con la amenaza misma, siempre que sea idónea, pues se trata de un delito de pura actividad, en el que resulta innecesario que se haya causado un efecto, ya que el tipo alude al que hiciera uso de amenazas para alarmar o amedrentar, por lo que la solución no pasa por determinar si la víctima es valiente o cobarde" (Cám. Crim. Corr. Morón, Sala 2ª 19/9/1992, "González, Víctor A., 1993-IV-síntesis).

²⁸"(...) especialmente en los casos de amenazas por escrito o simbólicas, cuando el escrito o el símbolo que se han enviado no llegan al destinatario por causas ajenas a la voluntad del agente (...)", Creus, 1998: 331.

²⁹ Confr. D'Alessio, 2004: 343, invocando causa "Caroselli, Eduardo", rta. 1980110/31, la sala III de la CNCrim. y Correc. que afirmó que "es posible la tentativa del delito de amenazas. Es que, ciertamente, el procesado profirió expresiones de claro sentido amenazante para el personal jerárquico de su empleadora, lo que hizo mediante la utilización de la vía telefónica y el aprovechamiento de una interpósita persona como fue en la especie examinada una empleada de la empresa que atendió el llamado. En tales condiciones, es evidente que no resulta relevante para quitar criminalidad al quehacer del imputado, el momento en que habríanse enterado los destinatarios de la amenaza de tales expresiones y, aun, si ello ocurrió o no" (La Ley, 1981-C, 60 - BCNCyC, 981-11-22).

³⁰ Parte de la doctrina deja al margen del dolo el elemento volitivo. En nuestro país, Gabriel Pérez Barberá y José Milton Peralta, son algunos de quienes han trabajado dicha postura.

Análisis de la tipicidad de la figura con relación a un caso hipotético puntual

Un caso hipotético podría darse en el corriente año y en la ciudad de Córdoba, donde una mujer le anuncie a un hombre: “te voy a hacer meter preso”³¹, con la idea de denunciarlo penalmente por algún delito vinculado a un hecho de violencia de género que pueda inventar (como ser, que le haya provocado lesiones, que la haya amenazado con un arma, que le ha generado algún abuso, entre otras alternativas)³².

Ahora bien, ¿podría una mujer lograr que la privación de la libertad de un hombre dependa de su voluntad? ¿Podría una mentira suya determinar el dictado de una medida de coerción?

Desde un análisis formal, la respuesta a tales preguntas debiera ser negativa. Sin embargo, la dimensión que hoy adquiere este contexto de violencia y que es percibida por el común de la gente, permite replantear si esto no merece una contestación distinta. Por la fuerza que toma la palabra de la mujer como víctima frente a un “dicho y contradicho”, es observable cómo aquella ha ganado hoy en día que la balanza se incline prioritariamente de su lado con menos exigencias que las que pueden requerir otras figuras delictivas previstas por el ordenamiento jurídico penal.

Como posible primera consecuencia de este supuesto hecho, aparece la prisión preventiva. Si la mujer obrara de mala fe, se encuentra en condiciones de lograr que sobre el hombre recaiga tal medida de coerción personal, sin perjuicio de que con el transcurso del proceso se esclareciera la verdad y llegara a recuperar la libertad. La privación ordenada por el fiscal de instrucción³³ tras una falso anociamiento, puede no requerir mayor sustento probatorio que una versión de los hechos que emane de la **supuesta** mujer. Más complejo sería que la mentira fuera obstinada y se aportaran elementos falsos que lograran desviar e incriminar al hombre injustamente hasta su condena con pena de prisión.

A tales efectos, incide que el inc. 3° del art. 281 ter del CPP contemple conductas del imputado que impliquen reiteraciones de violencia de género y que puedan obstaculizar la investigación influyendo negativamente en la víctima, testigos o

³¹ Expresión utilizada informalmente en la cotidianeidad para referir acerca de alguien que puede terminar privado de su libertad.

³² El caso está pensado en función de la plataforma fáctica fijada en autos “Agbashian”, por el cual el Juzgado de Control y Faltas n° 4 de Córdoba dictó el sobreseimiento de la imputada por el art. 350 inc. 3° del CPP (S. n° 135, 30/11/2016), confirmado luego por la Cámara de Acusación (AI n° 329, 07/06/2017). Ambos tribunales resolvieron entendiendo que la conducta era típica, caso contrario –y de haberse respetado el orden fijado en el art. 350-, el sobreseimiento pudo haber sido dictado en razón del inc. 2°. El hecho rezaba exactamente: “Con fecha tres de septiembre de dos mil dieciséis, siendo las dieciséis horas aproximadamente, la incoada (...) se habría constituido en el domicilio de su ex pareja (...), donde le habría manifestado de manera amenazante a la víctima, textualmente, ‘negro de mierda, te voy a meter preso a vos y a tu hermano, y vas a empezar a pedir piedad de nuevo, si yo hablo los puede hacer meter preso cuando se me ocurra negro de mierda, vos sabes de lo que soy capaz, ya te metí preso varias veces, así que sabes lo que puedo hacer’, produciéndole esos dichos temor a la víctima”.

³³ La Ley 10457 dictada por la Legislatura de la provincia de Córdoba (2017), ha modificado el art. 336 de Código Procesal Penal local, y estableció que será el juez quien dispondrá, a pedido del fiscal de instrucción, a la prisión preventiva. El Acuerdo Reglamentario n° 1430 – Serie “A”- del TSJ, difirió su aplicación hasta tanto haya capacitación en la implementación de audiencias orales.

peritos³⁴. Ello permite tener en cuenta, de un modo indirecto, la integridad psicofísica de aquellos, a pesar de que el objetivo esté en proteger el proceso.

Fundamentalmente, hay que señalar que la palabra de la mujer puede determinar que por prevención procesal o –equivocadamente– “sustancial”, se disponga la prisión preventiva.

Tesis “restrictiva”

No estaría configurada la conducta si consideramos que quien principalmente puede disponer de su libertad en tal sentido es un fiscal instructor, en caso de una prisión preventiva (al menos por ahora³⁵); un magistrado, si ha de confirmar la medida³⁶, o condenar a la persona con una pena de esa índole³⁷; o personal policial que aprehende de modo impostergable, cuando alguien es sorprendido cometiendo el delito en flagrancia³⁸. Es que, aún si la mujer cumpliera alguno de tales roles, lógicamente, tampoco estaría avocada a una causa que la involucre. Por esta razón, el mal futuro no es gobernable por su propia voluntad y queda así la cuestión vinculada a un futuro procedimiento judicial a través de la formulación de una denuncia penal que ésta haría en contra del hombre.

El criterio se evidencia mediante la sentencia dictada por la Cámara de Acusación en autos “Martínez”³⁹, aunque fue aplicado en circunstancias en parte diferentes: el traído a proceso habría escrito a su ex pareja que le iban a otorgar la tenencia de sus hijas. Allí, el tribunal entendió que el anuncio “no contiene –por su parte– un requisito típico sustancial de la amenaza, cual es un mal futuro que sea gobernable por su propia voluntad, ya que Martínez le manifestó en definitiva a la denunciante que un tercero (con toda obviedad: un juez), le iba a otorgar a él la tenencia de sus hijas por esos motivos” y que estaba referido a “una futura confrontación judicial y más precisamente a la formulación de su parte de una denuncia penal en contra de aquella, teniendo el imputado, como es sabido, el derecho de hacer valer en este ámbito las pretensiones que él consideraba legítimas.” Concluyó así que “más allá de la idoneidad de los anuncios del imputado para intimidar o amedrentar a su ex pareja y del contexto situacional en que estos se produjeron, entiendo que ellos fueron atípicos, en razón de que los daños futuros que el traído a proceso le anunció a la denunciante no

³⁴ Art. 281 ter CPP: “Para decidir acerca del peligro procesal de entorpecimiento de la investigación, se tendrá en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la sospecha de que el imputado podrá: (...) 3) Influir para que la víctima, testigos o peritos de hechos que tengan vinculación con situaciones de violencia de género se comporten de manera renuente en sede judicial, entorpeciendo su participación y cooperación en el proceso. Este extremo, entre otros indicios, podrá inferirse de la escalada de violencia, entendiendo por tal la reiteración de hechos violentos en el mismo proceso o en otro proceso anterior o que se encuentre en trámite y del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir sobre la víctima y/o testigos. En dichos supuestos se deberán tener presentes los derechos reconocidos, los deberes impuestos al Estado y las directrices que forman parte de las convenciones y tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional (...)”.

³⁵ Mediante Acuerdo Reglamentario n° 1430 – Serie “A”- del TSJ, continúa diferida la aplicación del art. 336 de Código Procesal Penal local modificado por Ley 10457 dictada por la Legislatura de la Provincia de Córdoba (2017).

³⁶ Art. 338 CPP

³⁷ Art. 412 CPP

³⁸ Art. 275 CPP

³⁹ CA, “Martínez”, S. n° 1 del 12/02/2015.

eran enteramente gobernables por su voluntad en cuanto la concreción de ellos dependía –en definitiva- de un tercero que hiciera lugar a sus reclamos judiciales.”

Además, si bien el mal proclamado en el caso cumple con ser ilegítimo e injusto por tratarse de una mentira o invención malintencionada (con miras de que el hombre termine preso), continuaría siendo atípico si el contenido implicara la apreciación de la mujer acerca de lo que efectivamente ha sucedido (considerando válidos sus motivos para recurrir a la justicia, y más allá de que hubiera pretensiones o intereses que pueda hacer valer en forma legítima).

Tesis “amplia”

De acuerdo con otra perspectiva, sí puede admitirse que la conducta señalada sea típica. En efecto, para determinar que el agente puede gobernar lo que anuncia, sea por una acción suya o por medio de un tercero, cobra especial relevancia el contexto situacional en que las amenazas son proferidas y el punto de vista del hombre medio, como factores que deben ingresar en la ponderación de la idoneidad⁴⁰.

En cuanto al contexto, importa la mirada más flexible en atención a cómo se dictan las prisiones preventivas (en causas vinculadas a tal clase de violencia), junto a las disposiciones relativas a la protección de la mujer y la repercusión social potenciada gracias a los medios de comunicación⁴¹. Al mismo tiempo, ante la sensibilidad que provoca la temática en la sociedad, es esperable que ningún órgano quiera –con razón- ser responsable o estar vinculado por sus decisiones a una ocasional consecuencia fatal, ni ser criticado o cuestionado respecto del ejercicio de sus funciones.

Luego, es prudente entender que el hombre medio sea cualquier persona consciente de todo lo antes mencionado. Tanto el sujeto activo (mujer) como el sujeto pasivo (hombre), pueden esperar o prever que por las interpretaciones provenientes de la justicia local, lo denunciado sea considerado preventivamente una “verdad” que deberá ser desvirtuada por la defensa de aquél último.

Para valorar ambos factores, se precisan criterios de razonabilidad. Creus ha relacionado dicho panorama “con el concepto de hombre común en las particulares circunstancias en que se encontró el sujeto pasivo”, entendiendo que es factible reconocer los supuestos donde la amenaza inidónea queda marginada de la tipicidad⁴². Por su parte, Muñoz Conde (1996: 142) explica que “la gravedad del mal y su adecuación para intimidar tiene que relacionarse con la persona del amenazado y con las circunstancias que lo rodean, pero no es preciso que la amenaza llegue a intimidar al amenazado, sino que basta con que objetivamente sea adecuada para ello”.

⁴⁰ Confr. TSJ, Sala Penal, "Ramírez", S. n° 92 del 29/8/2006; “Funes”, S. n° 196 del 12/08/2009; “Valente”, S. n° 234, 03/06/2016. El referido contexto situacional incluye el lenguaje corporal con el que se acompañan esos dichos, las características del sujeto activo y el sujeto pasivo, y demás circunstancias que enmarcan la cuestión (TSJ, Sala Penal, "Bagnarelli", S. n° 225, 27/06/2014).

⁴¹ “Detrás de las 19.600 causas por violencia familiar y de género que ingresaron el año pasado en los cuatro juzgados especializados de la ciudad de Córdoba, hay cinco datos muy preocupantes (...) Violentos y armados (...) Incumplidores (...) Reincidencia (...) Trastornos mentales (...) Adicciones (...)” (Cámara, 2017).

⁴² Creus, 2005: 351. Vale aclarar que el autor limitó la interpretación que yo utilizo extensivamente, a un juicio realizado si el estado de amedrentamiento o temor no se produce en el receptor de la amenaza.

También es importante la idea de dependencia que aparece por encima de la causación: “no tiene que ver con el proceso físico subyacente, sino sólo con propiedades de nivel superior a partir de las cuales podemos explicar la ocurrencia de R (algo) teniendo en miras nuestra habilidad de manipular el mundo para controlar la ocurrencia de R (algo)” (Ferrante en Peralta, 2014). Dicha idea instituye una condición necesaria para afirmar la existencia de una amenaza, a la que deben adicionarse los criterios estrictamente normativos que atribuyen la responsabilidad penal.

El sujeto pasivo adopta roles que se pueden deslindar para una mayor comprensión: a) es susceptible de ser perseguido/imputado por un supuesto hecho que no cometió y que lo puede privar de su libertad, es decir, un supuesto sujeto activo del delito que denuncia su pareja, b) es propiamente el sujeto pasivo de esta amenaza, y c) puede ser, a su vez, sujeto pasivo de una calumnia, en caso de que se lleve a cabo el mal anunciado.

La mujer como sujeto activo de las amenazas, es quien realiza la conducta dolosamente y tiene dominio sobre el hecho; aprovecha su incidencia en el rol de un tercero que sirve de instrumento para tal fin:

Como mínimo tiene que mostrarse como dependiente de la voluntad de quien formula la amenaza, por su propia acción o por la acción de un tercero supeditado voluntariamente a él (como podría ser un eventual partícipe o un supuesto de autoría mediata). Pero este no es un requisito estrictamente objetivo, es suficiente con que la operabilidad real del daño y su gobernabilidad, en los términos que expusimos, se presente de ese modo ante el sujeto pasivo. (Creus, 1998: 329).

Esto significa que la causación del mal anunciado dependerá de la mujer como autora, en la medida en que puede lograr que el accionar de la autoridad judicial verifique (a partir de lo que ha inventado) aparentes presupuestos fácticos necesarios para la procedencia de la privación de la libertad.

El grado de probabilidad requerido para que pueda dictarse la medida de coerción, estribará en la relevancia que puede adquirir la palabra de quien amenaza – como denunciante- y en los indicios que, además, puede generar (autolesionándose, relatando a terceras personas una versión de lo supuestamente ocurrido, etcétera). Es así como una prueba que no es independiente llega a ser, muchas veces, determinante, más allá de que luego puedan superarse los obstáculos en búsqueda de la verdad.

En tal sentido, se constituye un acto de violencia en provecho de los recursos institucionales establecidos para la protección de las víctimas de hechos reales de maltrato físico o psicológico:

Quienes en forma deliberada formulan una denuncia falsa de violencia contra algún integrante de su grupo familiar⁴³ saben que pueden navegar un tramo con viento a favor, porque en gran parte de esos casos el Estado —y el sistema de justicia en especial— habrá de desplegar un conjunto de medidas y actividades,

⁴³ Interpretación que es extensible a una pareja, por ejemplo, en casos de violencia de género

ejecutadas con la presunción de legitimidad de la que gozan primariamente los actos del poder público, que servirá a los objetivos de presión y estigmatización del otro perseguidos por el denunciante, quien habrá aprovechado de modo antifuncional en su favor lo que se ha desarrollado como una fortaleza del sistema de protección. (Caramelo, 2014).

De esta forma, la acción típica será aquí el anuncio que la mujer realiza deliberadamente al hombre de que va a lograr que vaya preso, sin que existan motivos legítimos para que aquello suceda y siendo esto dependiente de su voluntad. Es decir, la virtualidad que adquiere su expresión para afectar la libertad de quien tiene capacidad suficiente de intelección al interpretarla, se debe a cómo opera la protección de la justicia del Estado frente a la mujer víctima de violencia de género: de acuerdo con la jurisprudencia y en aplicación del marco normativo que hoy rige, especialmente, en la materia.

La libertad se ve amenazada objetivamente en un doble sentido. Por un lado, la expresión proclamada en sí (“meterlo preso”), posee entidad suficiente para producir una vulneración a través del temor generado si condiciona al hombre en sus acciones posteriores. Por otro, el contenido de la amenaza tiene que ver con una medida de coerción que irroga un agravio de imposible reparación ulterior, dada la jerarquía constitucional de la libertad personal de quien debe contar con la presunción de su inocencia.

Si bien se considera que no son típicas las amenazas proferidas impulsivamente en un altercado verbal, en un arrebato de ira, de ofuscación o de nerviosismo (por no tener idoneidad para amedrentar) y que más bien se trata de “excesos verbales”⁴⁴, el anuncio del caso planteado supera dicho contexto de discusión. No se trataría de una disputa normal o cotidiana, ni la manifestación de un simple y pasajero deseo de que al otro le incurra el mal. Pues, también pueden alcanzar preeminencia situaciones previas y características propias de los sujetos, que hubieran allanado el camino para que así sea la conducta⁴⁵.

Para concluir, el TSJ ha expuesto en “Bagnarelli”⁴⁶ que “el significado de las expresiones verbales y por ende, el contenido e idoneidad intimidante de las amenazas, no debe extraerse solo de su literalidad sino también, del contexto situacional en el que se formulan”, por lo que también, el anuncio, debe resultar objetivamente apto para atemorizar a la víctima desde la perspectiva o calidad de un hombre medio.

⁴⁴ “(...) se ha comprobado que las expresiones verbales atribuidas a la imputada, cuyo contenido no ha podido establecerse, (...) fueron vertidas en el fragor de una discusión por cuestiones personales, donde hubo agresiones verbales mutuas (...) por lo que más que un anuncio serio de males futuros, de haber existido, constituyen excesos verbales por parte de la imputada (...)”. TSJ, Sala Penal, S. n° 339, 18/12/2009.

⁴⁵ El hecho en autos “Agbashian” (nota al pie n° 38) evidenciaba que la mujer reconocía su capacidad de lograr el mal amenazado en tanto ya lo habría generado anteriormente: “(...) ya te metí preso varias veces, así que sabes lo que puedo hacer (...)”.

⁴⁶ TSJ, Sala Penal, “Bagnarelli”, S. n° 225, 27/06/2014 (Confr. “Ramírez”, S. n° 92 del 29/8/2006 y “Funes”, S. n° 196 del 12/08/2009, del mismo tribunal).

Privación de la libertad

Para mantener a una persona privada de su libertad durante la sustanciación de un proceso, el Código Procesal Penal de Córdoba, prevé en su art. 281, cuáles son los requisitos para que proceda la medida de coerción, cuyos fines preventivos son de carácter procesal: “*fumus boni iuris*” hace a un criterio excepcionalmente sustancial, acerca de la existencia de pruebas de cargo de la comisión de un delito, y “*periculum in mora*” uno procesal, que contempla el grave peligro de que si no se impone la medida, el imputado –en libertad- frustre algunos de los fines del proceso.

De acuerdo al estado actual de la jurisprudencia cordobesa, deben tenerse en cuenta los estándares en materia de prisión preventiva, que han sido receptados por el Tribunal Superior de Justicia provincial en el *obiter dictum* del precedente “Loyo Fraire”⁴⁷, con motivo del reenvío dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en aquellos autos⁴⁸ y luego de que esta máxima instancia nacional hubiera adoptado las pautas provenientes de los órganos del sistema interamericano^{49 50}.

Todo ello a efectos de ultimar que el encarcelamiento preventivo debe tener una finalidad exclusivamente procesal, entendido como una medida cautelar y no como una punitiva. Es decir, el límite estrictamente necesario es asegurar que el imputado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la Justicia; habrá riesgos solo fundados en circunstancias objetivas y ciertas, junto con las características particulares del caso concreto⁵¹.

Dicho esto, que el hombre pueda ir “preso” luego de que una mujer lo denuncie por violencia de género, sucede porque la mayoría de las veces –en la actualidad-, la medida aparece como indispensable para asegurar los fines del proceso en curso. Sin perjuicio de los criterios previstos legalmente, queda abierta la posibilidad de disfrazar, en verdad, una prevención de carácter sustancial tendiente a evitar el delito. Vale recordar el margen que otorga el inc. 3º del art. 281 ter. del CPP bajo la idea de proteger el proceso, o por qué no, el art. 302 de igual texto legal, para evitar que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores.

⁴⁷TSJ, “Loyo Fraire”, S. n.º 34, 12/03/2014.

⁴⁸CSJN, “Loyo Fraire”, Sentencia del día 06/05/2014, que se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación en esa misma causa.

⁴⁹Corte IDH, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, S. del 12 de noviembre de 1997, p. 77; caso “López Álvarez”, S. del 1º de febrero de 2006, Serie “C”, nro. 141, párrafo 69; caso “Palamara Iribarne”, S. del 22 de noviembre de 2005, Serie “C” n.º 135, párrafo 198; caso “Acosta Calderón”, S. de 24 de junio de 2005, Serie “C”, nro 129, párrafo 111; caso “Tibi”, S. del 7 de septiembre de 2004, Serie “C”, nro 114, párrafo 180; caso “Canese”, S. de 31 de agosto de 2004, Serie “C”, nro. 111, párrafo 153, Com.IDH, “Peirano Basso”, caso 12.553, Informe 12.553, párrafo 82, y ComIDH, “Peirano Basso”, párr. 85.

⁵⁰La Cámara de Acusación de Córdoba, con anterioridad al dictado del precedente antes mencionado de la CSJN, ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido de que, es la existencia de peligro procesal concreto, y no el mero peligro procesal abstracto, lo único que puede justificar el dictado de una medida estrictamente excepcional como lo es la prisión preventiva (“Maza”, AI n.º 388 del 03/11/2006; “Guerrero”, AI n.º 251 del 05/12/2006; “Olivares”, AI n.º 416 del 04/12/2006; ; “Irusta”, AI n.º 182 del 01/07/2008; “Flores”, AI n.º 492 del 19/12/2008; y “Ferreyra”, AI n.º 22 del 27/02/2009, entre muchos otros).

⁵¹“Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputan no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva (...)” (Corte IDH, “López Álvarez vs. Honduras”, S. del 1 de febrero de 2006, p. 69 y 81, “Bayarri vs. Argentina”, S del 30/10/2008, p.74, Comisión IDH, “Peirano Basso”, párr. 90).

Sin embargo, el eje de discusión está en que, en la violencia contra las mujeres, no **debe** utilizarse criterios de trasfondo sustantivo relacionados con la protección integral de la mujer y la afectación a su salud psicofísica como víctima. Este aspecto, equivocadamente, estaría vinculado al riesgo de reiteración delictiva y al contacto de víctima con victimario.

Al ser la violencia de género un problema que requiere respuesta por parte de los órganos estatales con carácter de urgencia, los operadores jurídicos deben analizar con sumo cuidado si dicha medida sobre el autor del hecho significa una solución apropiada; al igual que ocurre con situaciones de violencia familiar, para el dictado de medidas de urgente amparo en víctimas mujeres de violencia de género:

resultan suficientes la verosimilitud de la denuncia y la existencia de una sospecha de maltrato psíquico o físico y que ellas habitualmente se adoptan en un ámbito de cognición limitado y con postergación de la bilateralidad, por lo que tendrán virtualidad y proyección familiar y social, sin perjuicio de su posterior levantamiento. Se suma a ello que, por la naturaleza de las cuestiones involucradas, este tipo de cautelares se adopta sin que se exija contracautela real para su traba⁵².

La Cámara de Acusación debió aclarar recientemente en “Estigarribia”⁵³, cuándo procede la privación de la libertad y refutar lo que un magistrado había dispuesto en la anterior instancia:

“Teniendo en cuenta además que la juez de control al justificar la prisión preventiva, argumentó, entre otros, que ‘surge la posibilidad de que, de encontrarse en libertad, el encartado cometa nuevas agresiones contra la misma víctima, o contra los niños incidiendo en las declaraciones de las víctimas y testigos...’, corresponde diferenciar dos aspectos: por un lado, la integridad física de las personas, y por el otro los fines del proceso, ambos merecedores de tutela judicial, pero en virtud de diferentes marcos normativos –y de competencia jurisdiccional según se explicó previamente–, toda vez que será el juez de violencia familiar y género quien tome las medidas tendientes a neutralizar el riesgo para las personas, con el dictado de las denominadas medidas de protección –la ley las llama cautelares–, como por ejemplo con la entrega del dispositivo SALVA (Ac. Regl. 1409, Serie A, del 20/3/2017), y todas aquellas que considere necesarias.”

Respecto a ello, también la doctrina destaca que la “aplicación encubierta” de las “medidas de coerción procesal” constituyen un problema fundamental por resolver, y que dicha aplicación concreta:

⁵²Confr. Caramelo, Gustavo, ob. cit. invocando C Nac. Civ., sala C, 28/3/2000, "D. I., A. v. I., D. A.", ED 189-313; id., sala K, 3/2/2003, "R., G. O. y otro", DJ 2003-2-198 y Blanchard, Victoria, "Régimen de adecuada comunicación en los procesos de violencia familiar", LL Gran Cuyo, 2014 (marzo), p. 144.

⁵³CA, “Estigarribia”, AI n° 437, 03/08/2017.

generaría una colisión con el artículo 269 del CPP Cba. que, en consonancia con la Constitución Nacional (art. 18 in fine) y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 9.3, PIDCP), solo autorizan- como ya hemos señalado- la privación de la libertad cuando sea ‘... absolutamente indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley...’, es decir en los supuestos de peligrosidad procesal y no frente a la peligrosidad criminal que genera peligro de revictimización (Cafferata Nores y Bianciotti, 2016).

Cabe agregar, que la grave afectación en la salud psicofísica ya es una circunstancia incluida en varios de los tipos penales con los cuales se suelen calificar las conductas generadas en estos contextos. En definitiva, si bien en el delito de amenazas el bien jurídico protegido prevé a la libertad de autodeterminación, se busca evitar no solo la manipulación sobre las acciones de la víctima sino también que no se efectúe el mal anunciado, lo que generalmente mucho tiene que ver con la posible afectación a la salud. Por ello, en casos así, será coherente volver a valorar dicha ponderación como pauta para decidir acerca de la libertad del incoado. Además, la extensión de aquel daño también se vincula con el momento de individualización de la pena, según lo dispuesto por el artículo 41 de nuestro Código Penal⁵⁴.

Falsa denuncia, Calumnia y Falso testimonio. Acción por daños y perjuicios

De consumarse el delito de amenazas de conformidad con la tesis amplia expuesta, si *a posteriori* se realiza el mal amenazado, existirá una “falsa denuncia” que en verdad no configurará el delito previsto en el art. 245 del CP: para ello será necesario, como presupuesto típico, que no se trate de una atribución a una persona determinada (Creus, 1998: 237).

Si se atribuye la comisión de un delito (art. 149 bis CP), habrá lugar para un delito de acción privada del art. 109 del CP de calumnia, cuya acción solo podrá ser ejercida por el ofendido, o estando la persona muerta, por sus familiares, tal como lo establece el art. 73 del CP⁵⁵. Además, aun si la denuncia formulada no alcanza un pronunciamiento que considere veraz la imputación, quedará abierta la posibilidad para que el denunciado se sienta agraviado y evalúe efectuar algún planteo resarcitorio⁵⁶.

No solo se afectan derechos del imputado, al generar una estigmatización social, sino que, paralelamente, se afecta al sistema de justicia y sus mecanismos de evaluación en estos casos de violencia. Por ello, debe evaluarse con rigor si medió un obrar culposo o doloso por parte de la denunciante, y abstenerse de condenar en caso de duda: “de no establecerse tal nivel de exigencia, la determinación de condenas podría

⁵⁴Código Penal, artículo 41: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados”.

⁵⁵ Si esto no fuera así entendido, existiría una relación entre falsa denuncia y calumnia que, de acuerdo la postura, generaría un concurso ideal, real o aparente de leyes con la exclusión del art. 109 por el art. 245 del CP y, a la inversa, la exclusión de la falsa denuncia por la calumnia. Cfr. D’Alessio, 2004: 112.

⁵⁶“(...) ello si se tiene en cuenta que lo que en ella se pretenda será, principalmente, la reparación de la lesión al honor o a la identidad dinámica del sujeto, cuestiones inherentes a los derechos personalísimos del afectado; naturalmente, en caso de fallecimiento del ofendido, ella podrá luego ser continuada por sus herederos (...)”, confr. Caramelo, Gustavo, ob. cit.

tener el efecto no deseado de disuadir y amedrentar genéricamente a eventuales futuros denunciadores que necesiten realmente de protección”⁵⁷.

Ahora bien, no sería viable el delito de falso testimonio previsto en el art. 275 del CP, en tanto “quien denuncia un delito y miente en su declaración, podrá cometer el delito de calumnia o de falsa denuncia, pero no falso testimonio, porque de lo contrario, se violenta la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, o a decir la verdad en causa propia” (Tenca, 2017).

Sin circunscribirse a casos donde, generalmente, las mujeres denuncian a sus parejas hombres, se registran casos que podrían ser falsos como las provenientes de hijas en contra de sus padres dentro del campo de violencia familiar y que reafirmarían el temor que puede provocar una amenaza como la planteada.

A modo de ejemplo, en Córdoba un hombre estuvo detenido durante veinte meses luego de que su hija lo denunciara por abuso, y después aquella manifestó que había mentido porque su padre era “muy rígido y no la dejaba ir a bailar ni tener novio”. En otras palabras, por supuesta “venganza” o para “castigarlo” por no estar de acuerdo con sus criterios de educación. A pesar de que ello fue valorado durante la investigación penal preparatoria, la causa se elevó a juicio oral teniéndose en cuenta que las víctimas suelen echarse atrás en su decisión por temor a lo que pueda realizar el denunciado o porque en algún aspecto dependen de él (La Nación, 30/10/2009).

Un caso similar habría ocurrido en Neuquén, cuando una hija publicó, en sus redes sociales, “haber mentido” sobre un supuesto abuso sexual contra su padre, encontrándose su familiar cumpliendo una pena de prisión por tal motivo. Argumentó que “tenía 16 años y estaba muy enojada con él”, sin embargo, ello no pudo revertir la privación de libertad. Adquirió preeminencia que aquella hubiera sido sometida a pericias médicas y psicológicas, cuyos resultados permitían indicar a los especialistas que “no hay delirios ni patologías (...). No ha fabulado” (Barbano, 2017).

Asimismo, recientemente la titular del Centro de Prevención y Asistencia de Violencia Familiar (CEPREVI) manifestó, en referencia a los daños que pueden sufrir los hombres por parte de las mujeres, que “la mujer es más inteligente” porque cuenta con otros métodos. En tal sentido señaló -sin mencionar la privación de la libertad como medida extrema- que aquella puede presentar “una denuncia falsa contra el marido y lo excluye de la casa”, de esta manera, sostuvo el valor superior de su palabra⁵⁸.

7.- Conclusión

La hipótesis descripta abre la disyuntiva entre dos tesis: “restringida” y “amplia”. Una implica un excesivo rigorismo formal que descarta la tipicidad solo por no ser la mujer quien, en definitiva, cumple el rol laboral que permite dictar la prisión. La otra, realza la importancia del contexto situacional y de la posición del hombre medio, como factores que inciden sobre aquel dictado. El intérprete de la norma deberá evaluar la conducta, luego de haber tomado una posición al respecto, de acuerdo con la comprensión que considere más adecuada conforme a ciertas premisas valorativas.

⁵⁷“(…) la protección de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, o su autopreservación, determinan que en las denuncias no corresponda exigir certeza absoluta (...)” (Caramelo, 2014).

⁵⁸La Mesa de Café –Clariá, Miguel y Pereyra, Mario- (06/10/2016), “Crecen 36% las denuncias por maltrato de mujeres a hombres”, *Cadena 3*, <http://www.cadena3.com/contenido/2016/10/06/Crecen-36-las-denuncias-por-maltrato-de-mujeres-a-hombres-170880.asp>

Los elementos que forman parte del análisis de la figura y que emanan de interpretaciones doctrinarias y no del sentido material del texto, son considerados desde ambas posturas, con distinta extensión. Ninguna contraviene el principio de legalidad que hace referencia a lo que el ordenamiento jurídico efectivamente dice.

En la actualidad, se impone como necesaria la aplicación de una tesis “amplia” a efectos de no desconocer la gobernabilidad del relato de una mujer que es víctima de violencia de género. Ello impedirá negar el acceso a la justicia de los hombres que resultan víctimas de una acusación inventada en su contra.

Una interpretación cerrada, como en la tesis “restringida”, puede relegar la función primordial del Derecho penal: la protección de los bienes jurídicos. Esto significa que debe atenderse a la justificación político- criminal de la conducta prevista en la norma, lo que el legislador ha querido decir y los criterios de racionalidad que reconocen supuestos como el expuesto.

Mientras tanto, ante la dificultad en la recolección de elementos, resulta válida la admisión del criterio de amplitud probatoria. De igual modo, deben contrarrestarse las consecuencias que pudieran afectar derechos y garantías constitucionales que también posee el hombre. Se debe impedir que sus abogados estén atados en el ejercicio profesional si se tornan inútiles las estrategias defensivas, con el propósito de que no lleguen a considerar de antemano que se enfrentan a “casos perdidos”⁵⁹.

El problema estará en analizar cada hecho acertadamente mediante una investigación apropiada, determinando quién se aproxima a la verdad real. El riesgo por correr será: o que una acusación se convierta en un resultado concreto, o que se logre el avasallamiento de la libertad de un inocente. Si se trata de esto último, valdría la pena preguntar si ello configura un mal necesario en pos de proteger a las mujeres por su desigualdad histórica y cultural en cuestiones de género, o si tan solo representa parte del modo en que, hasta ahora, se pueden investigar este tipo de causas.

⁵⁹Nota de la autora del presente artículo: “Como operadora jurídica he observado, en distintos planteos defensivos, una fórmula que se repite y que es dirigirse hacia el magistrado pidiéndole que, antes de decidir, analice el mismo hecho como si fuera el hombre la víctima y la mujer la autora del hecho. Se pretende flexibilizar o demostrar lo que para ellos implica una desigualdad y desventaja, más que un equilibrio de protección pretendida y reconocida por el Estado”.

Referencias Bibliográficas

Aboso, G. (2017). *Código Penal de la República Argentina*. Buenos Aires: Editorial Bief.

Barbano, Rolando. (12/08/2017). Denunció a su papá por violarla, lo condenaron y ahora se desdijo. *Clarín*, en: https://www.clarin.com/policiales/denuncio-papa-violarla-condenaron-ahora-desdijo_0_SJwbtCjv-.html

Cafferata Nores, J. I. y Bianciotti, D. (2016). ¿Puede el derecho Procesal Penal hacer algún aporte para la prevención de los delitos de género? En Cafferata Nores, J. I. (comp.), *Proceso Penal y Constitución*, Córdoba: Advocatus.

Cámara, Javier. (08/05/2017). Cinco datos muy preocupantes de la violencia de género en Córdoba. *La Voz del Interior*, en: <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/cinco-datos-muy-preocupantes-de-la-violencia-de-genero-en-cordoba>

Carrera, D. y otros (1994). *Estudios de las figuras delictivas*. Córdoba: Advocatus

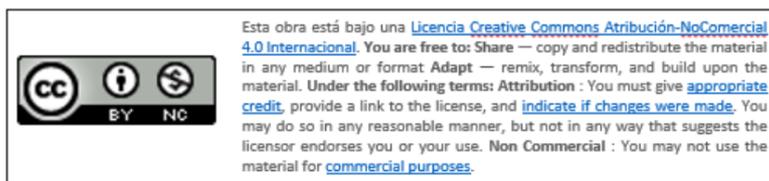
Creus, C. (1998). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.

D'Alessio, A. J. (2004). *Código Penal Comentado y Anotado, Parte Especial* (Arts. 79 a 306). Buenos Aires: La Ley.

Muñoz Conde, E. (1996). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Núñez, R. (1999) *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2da. Edición actualizada por Víctor F. Reinaldi. Córdoba: Marcos Lerner Editora.

Tenca, A. (2016). El denunciante no es testigo: análisis a la luz del derecho constitucional y del derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 67.



DOI: 10.26612/2525-0469/2018.7.05