

REFLEXIONES EN TORNO DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

REFLECTIONS ON THE PROBATION IN CASES OF GENDER VIOLENCE

Gabriel E. Páramos
Docente de la Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2019.

Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2019.

RESUMEN

En el presente artículo me propongo reflexionar acerca de la aplicación de soluciones alternativas al conflicto penal como la suspensión del proceso a prueba (probation), en casos de violencia contra las mujeres/de género. Me concentraré en las discusiones jurisprudenciales que han tenido lugar en la Argentina, a partir del fallo "GÓNGORA" de la Corte Suprema de Justicia. Los lineamientos que emergen de dicho precedente, relativos al modo en que deben ser interpretadas las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, han obligado a los tribunales de jerarquía inferior a realizar, en cada caso, un exhaustivo análisis que les permita determinar si resulta o no procedente la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con la citada doctrina del Máximo Tribunal. Los aportes efectuados por estos pronunciamientos al estudio de la cuestión, serán relevados a lo largo de este trabajo.

ABSTRACT

In this article I intend to reflect on the application of alternative solutions to criminal conflict such as the probation, on cases of violence against women/gender violence. I will concentrate on the jurisprudential discussions that have taken place in Argentina, from the "GÓNGORA" ruling of the Supreme Court of Justice. The guidelines that emerge from this precedent, relative to the manner in which the provisions of the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women must be interpreted, have forced the lower courts to carry out, in each case, an exhaustive analysis that allows them to determine whether or not the probation is appropriate, in accordance with the aforementioned doctrine of the High Court. The contributions made by these pronouncements to the study of the matter will be relieved throughout this work.

PALABRAS CLAVE

Violencia – Mujeres – Género – Probation – Góngora

KEYWORDS

Violence – Women – Gender – Probation – Góngora

ÍNDICE

1. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA (*PROBATION*) EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO. DEFINICIONES Y CONTORNOS. 2. EL FALLO “GÓNGORA”. 3. REPERCUSIONES DEL FALLO “GÓNGORA”. 3.1. Interpretación de los términos “sancionar” y “juicio oportuno”. 3.2 Relevancia de la opinión del acusador público y de la víctima. 3.3. Necesidad de contemplar las particularidades de cada caso. 3.4. Acerca del encuadre de la situación como de violencia de género. 3.5. El caso “C”. 4. CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. THE SUSPENSION OF THE TEST PROCESS (*PROBATION*) IN THE ARGENTINE CRIMINAL SYSTEM. DEFINITIONS AND CONTOURS. 2. THE "GONGORA" PRECEDENT. 3. IMPACT OF THE "GONGORA" PRECEDENT. 3.1. Interpretation of the terms "punish" and "timely trial." 3.2 Relevance of the opinion of the public prosecutor and the victim. 3.3. Need to contemplate the particularities of each case. 3.4. About the framing of the situation as gender violence. 3.5 The “C” case. 4. FINAL CONSIDERATIONS. 5 BIBLIOGRAPHY.

1. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA (*PROBATION*) EN EL SISTEMA PENAL ARGENTINO. DEFINICIONES Y CONTORNOS

La suspensión del proceso a prueba, como método alternativo de solución para el conflicto penal, fue incorporada al Código Penal argentino a través de la ley 24.316¹, que introdujo los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater en ese cuerpo normativo. Como explica Mauro A. DIVITO: *“Se trata de un modo de extinción de la acción penal, admisible en ciertos casos, respecto del imputado que cumple con determinadas reglas de conducta durante un período de prueba, conforme a los requisitos legalmente establecidos”*². El universo de casos a los que pretende darse respuesta a través de este instituto es limitado, tal como revelan los documentos relativos al trámite parlamentario³.

¹ Publicada en el Boletín Oficial, el 19 de mayo de 1994.

² DIVITO, Mauro A., Suspensión del juicio a prueba, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos Precedentes, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, La acción penal y la pena, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 39.

³ En este sentido, del mensaje que el Poder Ejecutivo dirigiera al Congreso Nacional, acompañando el respectivo proyecto de ley, surge que la suspensión del proceso a prueba: *“...no pretende abarcar todas*

El legislador tenía claros los objetivos que perseguía con la inclusión de la suspensión del proceso a prueba en nuestro sistema, entendiendo que en ningún caso significaba dejar de dar una respuesta al conflicto. La doctrina señala que: *“La implementación de este instituto responde a la intención de descongestionar el sistema de administración de justicia de casos vinculados con delitos leves con el objeto de concentrar recursos en la persecución de los delitos más graves, instaurando al mismo tiempo un mecanismo que tiende a posibilitar la reinserción social del sujeto que fue sometido a proceso y a evitar la estigmatización que implica la prosecución misma de una causa criminal y la eventual imposición de una condena, aun cuando su ejecución hubiese podido ser pronunciada en forma condicional”*⁴.

También es preciso destacar que el instituto prevé la reparación del daño que hubiese podido resultar de la comisión del delito, y de esta manera *“...se atiende a los intereses de la víctima, los que no deben asimilarse a los meramente económicos, atento a la variedad de soluciones a las que se puede recurrir para reparar objetiva o simbólicamente el conflicto”*⁵. Además, el legislador no sólo previó en qué casos y bajo

las causas pendientes que año a año acumulan los distintos tribunales, sino tan sólo las de menor gravedad, comprensivas de hechos delictivos que dañan intereses individuales y sociales, actualmente sin respuesta estatal o que reciben una sentencia de ejecución condicional, conforme puede apreciarse en la gestión actual de los tribunales”. También que: *“En esta adscripción a un derecho penal orientado a las consecuencias..., es menester acudir a alternativas realistas, que prescindan de la aplicación de las reacciones más gravosas, cuando éstas puedan sustituirse por recursos que satisfagan igualmente las necesidades de la comunidad”* y que: *“Precisamente, junto con las penas y las medidas de seguridad, la condena condicional y los mecanismos que modernamente se utilizan para limitar la aplicación de la pena, constituyen el tercer pilar sobre el cual se apoya la política criminal. No se deja sin respuesta el delito, sino que se trata de evitar el mal de la aplicación de la pena o reducirlo lo más posible...”*. Señalaba, además, el mensaje: *“...creemos oportuno proponer al Honorable Congreso de la Nación los instrumentos jurídicos indispensables para que el pleno respeto de la garantía del ‘debido juzgamiento’ no impida al Estado adjudicar una respuesta penal adecuada a todos los delitos perpetrados”* (Del diario de sesiones de la Cámara de Diputados, reunión 6ª del 2 de junio de 1993, ps. 1290/1291. El destacado me pertenece).

⁴ D` ALESSIO, José Andrés –Director- DIVITO, Mauro A. –Coordinador-, Código Penal Comentado y Anotado, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General, Arts. 1 a 78, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1092.

⁵ D` ALESSIO, José Andrés –Director- DIVITO, Mauro A. –Coordinador-, Código Penal..., op. cit., p. 1093. En nuestro ámbito, la probation tiene una connotación distinta de aquella que tiene en otras latitudes. Tal como se indica en el mensaje del Poder Ejecutivo dirigido al Congreso Nacional *“...aunque la doctrina no es uniforme, un estudio de los sistemas penales comparados nos ilustra sobre la variedad de instituciones que en este punto ya se han ido desarrollando en distintos países con el fin de adaptar la respuesta penal a las características de hecho y a las posibilidades del sistema judicial. Es sabido que en las causas en las que se ha dictado sentencia de condena, el modo de ejecución de las penas privativas de la libertad puede ser de cumplimiento efectivo, seguido de la libertad condicional (C.P., artículo 13; parole en el sistema penal norteamericano); o puede suspenderse la ejecución de la pena impuesta mientras el condenado se someta a determinadas reglas de observación o curación (C.P., artículo 26; probation). Una variante de este instituto –que recoge en nuestro sistema jurídico la ley 22.278, artículo 4º– es la suspensión de la imposición de la sentencia....En una etapa procesal previa, es decir, sin que el tribunal llegue a desarrollar el juicio oral ni dictar sentencia, se conoce la institución de la suspensión del proceso a prueba y la figura de la ‘diversión’ (o paralización extraordinaria del proceso) para situaciones especiales, como las ofensas entre familiares o ciertos delitos cometidos por menores de edad...Vale señalar que un sector de la doctrina también identifica a la ‘diversión’ como la suspensión del proceso a*

qué presupuestos, resultaría procedente el instituto, sino que estableció, taxativamente, algunos supuestos en los que eso no resultaría posible. Inicialmente, se dispuso que no procedería cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito, como tampoco con relación a los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Más adelante y a través de la ley 26.735⁶ del año 2011, se estableció que no procedería con respecto a ilícitos aduaneros o tributarios, previstos en las leyes 22.415⁷ y 24.769⁸, respectivamente. Estas limitaciones dieron lugar a numerosas discusiones. Algunas han recibido respuestas de orden doctrinario. Otras, también las han recibido por parte de los tribunales de justicia⁹.

2. EL FALLO “GÓNGORA”¹⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹, por mayoría, analizó en el caso “GÓNGORA” los alcances del artículo 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”, aprobada por la ley 24.632).

En este caso, contando con la oposición de la fiscalía, el tribunal de juicio rechazó la petición de la defensa del imputado para que le fuera concedida la suspensión del proceso a prueba. La defensa recurrió esa decisión, la cual fue anulada luego por la Cámara Nacional de Casación Penal, cuyos jueces entendieron que el dictamen de la fiscalía no sólo no resultaba vinculante para el tribunal, sino que incluso

prueba sin limitaciones de ninguna naturaleza (diversión francesa)” (Del diario de sesiones de la Cámara de Diputados, reunión 6ª del 2 de junio de 1993, página 1289).

⁶ Publicada en el Boletín Oficial el 28/12/2011.

⁷ Publicada en el Boletín Oficial el 23/03/1981.

⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 15/01/1997.

⁹ En efecto, ante las distintas interpretaciones jurisprudenciales, el Máximo Tribunal consolidó una posición que se conoce como de la “*tesis amplia*”, plasmada en el fallo “ACOSTA” (CS, 331:858), donde se señala, entre otras cosas: “*Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*”. Estas directrices permitieron apartarse de la interpretación que emergía del Plenario “KOSUTA” (CFCP, Plenario nº 5, c. 1403, del 17/08/1999) de la Cámara Federal de Casación Penal, conocida como la “*tesis restrictiva*” y que limitaba la aplicación de la suspensión del proceso a prueba a aquellos casos en que el monto máximo de la pena correspondiente al delito -o concurso de delitos- no superara, en abstracto, los tres años de prisión.

¹⁰ CS, Fallos, 336:392.

¹¹ Integrada por los jueces Ricardo Luis LORENZETTI, Elena I. HIGHTON de NOLASCO, Carlos S. FAYT, Juan Carlos MAQUEDA, Carmen M. ARGIBAY y Eugenio Raúl ZAFFARONI.

se había apoyado en cuestiones de política criminal no relacionadas con los presupuestos de admisibilidad, legalmente previstos para la procedencia del instituto. Contra este último pronunciamiento, el Fiscal General interpuso un recurso extraordinario federal, y tras su denegatoria, la queja que daría lugar para que la Corte se pronunciara sobre el asunto debatido.

El Máximo Tribunal aclaró, en primer lugar, que no se encontraba en discusión que los hechos se ajustaban a las definiciones del artículo 1° de la citada convención, como constitutivos de violencia contra la mujer y que el debate se circunscribía, entonces –y exclusivamente–, a la posibilidad de conceder al imputado, en ese caso, la suspensión del proceso a prueba.

La Corte fue contundente al afirmar la necesidad del juzgamiento, en la medida en que: *“...siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un ‘procedimiento legal justo y eficaz para la mujer’, que incluya ‘un juicio oportuno’ (cfr. el inciso ‘f’, del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al 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”*. El obstáculo para optar por soluciones alternativas para el conflicto penal, como aquella que ofrece la suspensión del proceso a prueba, lo ha encontrado la Corte en la letra del citado artículo. Sostuvo en este sentido que: *“Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que 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 (así, cf. Libro Tercero, Título I del Código Procesal Penal de la Nación), 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 exigida por la Convención. Particularmente, en lo que a esta causa respecta, la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle”*. Además, señaló: *“En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el ‘acceso efectivo’ al proceso (cfr. también el inciso ‘f’ del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba”*¹².

En definitiva, el juicio propiamente dicho resultaba ineludible para la Corte porque *“...prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar*

¹² La situación habría cambiado a partir de la sanción de la ley 27.372 (Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos), publicada en el Boletín Oficial de fecha 13 de Julio de 2017, cuyo artículo 5° prevé, entre otros derechos acordados a las víctimas de delitos, el de *“...ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal...”* (inciso k) y el de *“...ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada”*.

una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la ‘Convención de Belem do Pará’ para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados” y rechazó, enfáticamente, que el mecanismo de reparación previsto en el marco de la suspensión del proceso a prueba pudiera satisfacer aquellos deberes, y por eso consideró que debía descartarse también “...el argumento esgrimido por el a quo y sostenido, antes, por la defensa al presentar el recurso de casación, mediante el que se pretende asignar al ofrecimiento de reparación del daño que exige la regulación de la suspensión del juicio a prueba (cfr. artículo 76 bis, párrafo tercero, del C.P.), la función de garantizar el cumplimiento de lo estipulado en el artículo 7, apartado ‘g’, del instrumento internacional al que se viene haciendo mención”. Consideró, además, que la reparación como tal, es independiente de la dimensión sancionatoria y que esto surge de la propia convención. Sostuvo, en ese sentido, que: “Contrariando esa posición, es menester afirmar que ninguna relación puede establecerse entre ese instituto de la ley penal interna y las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la norma citada en último término, referidas al establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo, por parte de la mujer víctima de alguna forma de violencia, ‘a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces’. Asegurar el cumplimiento de esas obligaciones es una exigencia autónoma, y no alternativa –tal como la interpreta la cámara de casación–, respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso ‘f’ de ese mismo artículo...”.

De este modo, el Máximo Tribunal afirmó –por mayoría– que, en función de lo dispuesto en el artículo 7 de la “Convención de Belem do Pará”, no resulta procedente la suspensión del proceso a prueba en casos de violencia contra la mujer.

Conviene destacar que, al pronunciar su voto, el ministro Eugenio Raúl ZAFFARONI, remitió –en lo pertinente– a los fundamentos del Procurador Fiscal, Eduardo Ezequiel CASAL, cuyo dictamen no se centró en el análisis de los alcances que debiera otorgarse a la citada disposición convencional, sino en el carácter vinculante que la oposición del fiscal tenía para el tribunal en este caso que, no obstante, había concedido el beneficio.

3. REPERCUSIONES DEL FALLO “GÓNGORA”

3.1. Interpretación de los términos “sancionar” y “juicio oportuno”

Tras conocerse el fallo de la Corte, los tribunales inferiores debieron adecuar sus pronunciamientos, sea para seguir sus lineamientos, sea para apartarse de ellos. Los magistrados que se han inclinado por la aplicación del precedente “GÓNGORA”, han puesto énfasis en que, a partir de la interpretación que de los términos “sancionar” y “juicio oportuno”, ha efectuado el Máximo Tribunal en ese caso, a la luz de las convenciones internacionales, cualesquiera otras soluciones alternativas al conflicto que impliquen la no realización del debate oral y público que podría conducir, eventualmente, a la imposición de una pena, no resulta procedente en los casos de violencia de género.

En este sentido, en el precedente “MARTÍNEZ SALGADO”¹³, de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal y con remisión a su voto en el caso “OJEDA”¹⁴, del mismo tribunal, el juez Luis María GARCÍA, sostuvo que: “...la prescindencia de la realización del juicio frustra toda posibilidad de investigar y dilucidar en aquel estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como hechos de violencia contra la mujer. Pues no se trata solamente de sancionar tal clase de hechos, sino establecer si ellos han sucedido, obligación estatal independiente de la de sancionar, aunque estrechamente vinculada con ella”¹⁵. También indicó que los pronunciamientos que se apartaban de la interpretación efectuada por la Corte en “GÓNGORA”, eran desautorizados: “...por la opinión del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), comité creado en el marco de la OEA”, dado que puntualmente había recomendado: “Prohibir tanto el uso de métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres, como el uso del criterio o principio de oportunidad, y armonizar la legislación procesal con estas prohibiciones”¹⁶.

En la misma dirección se pronunció el juez Marcelo LUCINI¹⁷, quien consideró en el caso “M., J. M.”¹⁸ que: “...la suspensión del juicio a prueba no resulta procedente, pues es responsabilidad internacional del Estado Argentino velar por la sanción de estos casos y por ello es que no caben las soluciones alternativas para estos supuestos”.

Por su parte, la jueza Magalena LAÍÑO, al resolver el caso “B., N.”¹⁹, afirmó que la interpretación que, en el fallo “GÓNGORA”, ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación con el término “sancionar”: “...difiere de lo afirmado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos”. La magistrada remitió en ese punto a un trabajo publicado por Mariano MACIEL²⁰, quien recuerda que para la

¹³ CNCCC, Sala I, “MARTÍNEZ SALGADO”, c. 40.794/2015, resuelta el 08/11/2017.

¹⁴ CNCCC, Sala I, “OJEDA”, c. 21.075/2013, resuelta el 08/10/2015.

¹⁵ Confrontar, asimismo Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “SETTON”, c. 63.872/2013, resuelta el 07/04/2015; CNCCC, Sala de Turno, “FERNÁNDEZ”, c. 74.358/2012, resuelta el 28/05/2015; Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, “RIVERO”, c. 136/2013, resuelta el 20/08/2013. En este último caso, el Juez Gustavo M. HORNOS recordó que distinta había sido hasta entonces su posición con relación a la interpretación que debía darse a las disposiciones de la Convención de Belém do Pará, postura que modificó a partir del pronunciamiento de la Corte Suprema.

¹⁶ En ese sentido, no puede soslayarse que en el Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará, del año 2017, el Comité de Expertas recomendó: “Asegurar el efectivo acceso a la justicia de las mujeres que sufren violencia, **impidiendo la aplicación del recurso de suspensión del juicio a prueba o probation y otros como justicia restaurativa, ya que en la práctica encubren formas de mediación penal**” (Información disponible en <https://www.oas.org/es/mesecvi/nosotros.asp>. El destacado me pertenece).

¹⁷ Integrante de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

¹⁸ CCC, Sala VI, “M., J. M.”, c. 55.344/15, resuelta el 17/10/2017.

¹⁹ CCC, Sala VI, “B., N.”, c. 37.520/17, resuelta el 13/09/2018.

²⁰ MACIEL, Mariano, Desandando la huella del fallo “Góngora” de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba - Alcances del deber de sancionar de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV - Nº 7, La Ley, Buenos Aires, 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete última de la Convención Americana²¹ *“...sí es factible ante la comisión de conductas ilícitas la imposición de sanciones con medidas no penales”*. También señala el autor que al tratar por primera vez un caso de violencia de género²² (caso *“María DA PENHA”*), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²³ incluyó entre sus recomendaciones las de: *“b. Simplificar los procedimientos judiciales penales a fin de que puedan reducirse los tiempos procesales, sin afectar los derechos y garantías del debido proceso; c. El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera...”*²⁴, lo que lleva al autor a concluir que: *“...dicho*

²¹ Tal como ha sostenido en la sentencia del 26 de septiembre de 2006, en el caso *“ALMONACID ARELLANO”*, en los términos que siguen: *“... La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del Estado, también están sometidos a ella... En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...”*.

²² Informe N° 54/01, en los autos *“MARÍA DA PENHA FERNANDES C. BRASIL”*.

²³ Cuyas opiniones deben servir de guía para la interpretación de las disposiciones convencionales, tal como nuestro Máximo Tribunal reconoció en el fallo *“BRAMAJO”* (CS, Fallos, 319:1840).

²⁴ No obstante, interesa destacar que en el caso *“María DA PENHA”*, la Comisión señaló: *“La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer”*. Se trataba, conviene aclararlo, de un caso donde se analizaba la responsabilidad de la República Federativa de Brasil, a partir de la denuncia de la víctima que alegaba la tolerancia, por parte de sus agentes, de la violencia que había sufrido a manos de quien fuera su esposo, durante los años de convivencia matrimonial, acciones que concluyeron con un homicidio en grado de tentativa, a propósito de lo cual la víctima padece de paraplejía irreversible y otras dolencias desde el año 1983. Con motivo de este caso se sancionó en Brasil la ley 11.340, el 07 de agosto de 2006, que entre otras cosas establece: *“Se prohíbe la aplicación, en los casos de violencia doméstica y familiar contra la mujer, de penas de canasta básica u otras de prestación en dinero, así como la sustitución de pena que implique el pago aislado de multa”* (artículo 17). La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a este caso en *“CAMPO ALGODONERO”* (Corte IDH, *“Caso GONZÁLEZ y otras (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO”*, sentencia del 16/11/2009), señalando: *“En el caso Maria Da Penha Vs. Brasil (2000), presentado por una víctima de violencia doméstica, la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas. La Comisión concluyó que, dado que la violación forma parte de un ‘patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado’, no sólo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes”*. Y más adelante sostuvo: *“...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*

organismo supranacional no considera que los procesos penales en los que se dirimen cuestiones relacionadas con la Convención de Belém do Pará, deban ser indefectiblemente definidos a través de un juicio oral y que necesariamente deban dictarse, en caso de corresponder sanciones, condenas con la imposición de penas de prisión”. Y añade que, por lo demás, tal como se encuentra prevista la suspensión del proceso a prueba en nuestro medio, ésta constituye una verdadera “sanción” para quien se somete a ella “...en tanto implica una enérgica respuesta estatal, que tiene una mirada integral del conflicto planteado y que además de la serie de obligaciones y deberes que se impone, tiene en especial consideración a la presunta víctima del hecho investigado. De esta manera, las mujeres que hubieren sido víctimas de hechos violentos en razón de su género, dados los alcances del procedimiento de suspensión de juicio a prueba, podrán hacer oír su voz y además de ello, ser resarcidas económicamente por la afectación que hubieren sufrido”.

Demás está decir que, por esta razón fundamentalmente, considera inapropiado referirse a la *probation* como un mecanismo que conduzca hacia la impunidad, algo que también es compartido por la jueza LAIÑO, quien agregó en el citado precedente que: *“...la naturaleza o características del delito enrostrado no puede per se constituir un obstáculo para el acceso al instituto por parte de un sujeto a quien sus derechos le son reconocidos en virtud de los principios de igualdad e inocencia (ver, mutatis mutandi, CSJN, ‘N.’ Fallo: 321:3630 y Corte IDH, ‘S. R.’, del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77)...y menos aún puede interpretarse que su concesión puede asimilarse a una situación de ‘impunidad’ o ‘desnaturalización’ del instituto. La concesión de la suspensión del proceso a prueba respecto de quien carga con tal imputación no acarrea necesariamente a incumplir el deber asumido por el Estado argentino de adoptar las políticas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Afirmarlo, supone desde mi perspectiva un desconocimiento de la naturaleza y propósitos de la solución alternativa de conflictos con la ley penal, más allá de la histórica y abstracta mirada”.*

3.2 Relevancia de la opinión del acusador público y de la víctima

El juez GARCÍA, en el ya citado fallo “MARTÍNEZ SALGADO”, también aseveró, de modo categórico, que: *“[s]i es correcta la proposición de la Corte en punto a que la suspensión del proceso frustra la posibilidad de elucidar en un juicio la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, y que la realización del juicio no es facultativa para el Estado, sino que es una obligación que se infiere del art. 7 de la Convención, entonces ninguna relevancia tendría que el Fiscal o la víctima hubiesen presentado su acuerdo a la suspensión”.*

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 esa dirección, en un caso en que se contaba con el consentimiento del fiscal y con la opinión favorable de la víctima para conceder el beneficio²⁵, fue rechazada la petición por la jueza Ana DIETA DE HERRERO, señalando: *“...la sola manifestación efectuada por la presunta víctima durante la audiencia y la afirmación de que no se han reiterado situaciones de violencia hasta la fecha no alcanza para apartarme de la jurisprudencia de la Corte Suprema sentada en el fallo señalado que impone la realización del debate oral para poder determinar la responsabilidad del imputado y eventualmente en su caso la sanción a imponer, máxime cuando el hecho por el que se elevaron las actuaciones al Tribunal podría constituir un delito de violencia de género en los términos fijados por los artículos 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará. Por ello, dentro de la interpretación acordada a la convención, entiendo que, en autos, la normativa contenida en aquella sí se presenta como un obstáculo para conceder el pedido efectuado”*. Con estos argumentos, los magistrados se desentienden de cualquier discusión relativa a la necesidad de consentimiento por parte del fiscal para la procedencia del instituto, así como del valor que pudiera tener la opinión de la víctima.

Contrariamente, el juez Jorge Luis RIMONDI sostuvo en *“CARRIÓN MONTES”*²⁶, que frente a la ausencia de contradictorio entre las partes interesadas –dado que tanto el fiscal como la víctima, habían opinado en favor de la procedencia de la suspensión del proceso a prueba–, el juzgador no podía apartarse de la solución que propiciaban. De este modo y con remisión a los votos que emitiera en casos anteriores, consideró que superando el dictamen fiscal el control de legalidad y logicidad correspondientes: *“...no habría motivo alguno para que la jurisdicción se pronuncie en sentido contrario”*. El juez Mariano GONZÁLEZ PALAZZO fue aún más allá, señalando en el caso *“COLOMBO”*²⁷ que: *“...ante la expresa conformidad fiscal y la ausencia de la víctima en el acto –que evidencia su desinterés en el proceso–, la solución no puede ser otra que la que marcan las partes”*.

Con relación al valor que corresponde otorgar a la opinión de la víctima, la jueza Patricia M. LLERENA, integrando el Tribunal Oral nº 26, había sostenido, en un pronunciamiento emitido poco después de conocerse el fallo *“GÓNGORA”*, que en la medida en que su palabra había sido escuchada por el acusador público, ante quien expuso su voluntad favorable a la concesión de la suspensión del proceso a prueba respecto del acusado, acompañada de las explicaciones que estimaba pertinentes y de la solicitud de que realizara un tratamiento psicológico, advertía la juzgadora que de ese modo: *“...el Sr. Fiscal General ‘dio el poder’ a la presunta víctima (con el giro indicado traduzco el verbo en inglés ‘empower’ o el sustantivo ‘empowerment’), y la puso en igualdad de condiciones que a un hombre a los fines de decidir sobre la forma de solucionar el conflicto. Lo dicho no es un dato menor ya que del Preámbulo de la Convención Interamericana de Belem do Pará, ratificada por Ley 24.632, a la que se hace referencia en el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, surge en su párrafo tercero la preocupación porque “... la violencia contra la mujer es una ofensa a*

²⁵ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 25 de la Capital Federal, *“PIÑERO”*, c. 39.995/2017, resuelta el 07/05/2019.

²⁶ CNCCC, Sala 1, *“CARRIÓN MONTES”*, c. 73.741/2015, resuelta el 23/03/2019.

²⁷ CCC, Sala IV, *“COLOMBO”*, c. 66.481/2017, resuelta el 28/11/2017.

la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...”²⁸.

En sentido similar se pronunció la jueza LAIÑO en el citado caso “B., N.”, destacando el rol protagónico de la víctima en el proceso penal moderno y advirtiendo que no alcanza con la mera formalidad de darle ocasión de opinar para cumplir con la obligación de escucharla. La opinión de la víctima, aun cuando no resulte vinculante, debe ser considerada conjuntamente con el resto de los antecedentes del caso, a la hora de tomar una decisión que pueda afectarla, como ocurre con la suspensión del proceso a prueba.

3.3. Necesidad de contemplar las particularidades de cada caso

En el caso “RIQUELME”²⁹, los jueces Gustavo A. BRUZZONE, Eugenio C. SARRABAYROUSE y Daniel MORÍN, sostuvieron: *“Como venimos diciendo, al resolver el caso “Gómez Vera”, también señalamos las cautelas que debían adoptarse cuando se pretende extraer de un fallo judicial conclusiones generales. Es que las sentencias, a diferencia de las leyes, resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia del tribunal. Por esto, los tribunales no resuelven cuestiones teóricas y debemos atenernos a los hechos que motivaron el caso, ya que de ellos depende la solución que se alcanzó. De allí, que las sentencias no puedan interpretarse como leyes, abstrayéndolas de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento. Además, para arriesgar la formulación de una regla o principio general deben acumularse una serie de casos análogos resueltos del mismo modo, lo que es discusión en esta temática en particular. Por otra parte, no debe perderse de vista que el presente caso resulta, a nuestro criterio, sustancialmente diferente al que resolvió la CSJN en ‘Góngora’ pues allí la suspensión del juicio a prueba no contó en ningún momento con el consentimiento fiscal y había sido este órgano el que había llevado el expediente hasta la máxima instancia judicial. En la sentencia dictada en el caso ‘Herrero’, señalamos que no podían asumirse criterios absolutos en casos problemáticos como el aquí planteado donde se investigan hipótesis de violencia contra las mujeres...Asimismo, la Convención de Belém do Pará insta a los Estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, pero no exige que todo supuesto de violencia reciba una pena privativa de la libertad, luego de la realización de un juicio. Por lo tanto, en cada caso concreto se debe analizar si la suspensión del juicio a prueba puede ser una alternativa, sin establecer un patrón general y absoluto, que implique denegarla o concederla de manera automática. Entre las diversas pautas de*

²⁸ TOC nº 26, “M.A.F.”, resuelta el 28/05/2013. Con relación a la opinión de la víctima, cobran relevancia también las consideraciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto afirma: *“...que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”* (Corte IDH, Caso “VELÁSQUEZ PAIZ Y OTROS VS. GUATEMALA”, sentencia del 19/11/2015, con remisión a lo decidido en el “Caso DE LOS NIÑOS DE LA CALLE” (VILLAGRÁN MORALES Y OTROS) VS. GUATEMALA”, sentencia de 19/11/1999).

²⁹ CNCCC, Sala 2, “RIQUELME”, c. 4.216/2014, resuelta el 22/04/2015.

valoración, pueden considerarse: la gravedad del delito, la índole de los daños padecidos (físicos o psicológicos), el empleo de armas, la existencia de amenazas posteriores, si la agresión había sido planificada, la probabilidad de reiteración, etc.”.

En contra de la aplicación automática del precedente “GÓNGORA” también se ha pronunciado el juez Mauro A. DIVITO, afirmando en el caso “G., L.”³⁰ que: *“...en virtud de que el rechazo de la probation se fundó en que el señor juez de grado consideró que no estaba en condiciones de apartarse de la doctrina del fallo ‘Góngora’, corresponde señalar que conforme los fundamentos que desarrollé en mi voto en la causa número 59.096.098/12, ‘D. G., F.’, del 26 de mayo de 2014, no cabe extraer del citado precedente (G. 61. XLVIII, Recurso de hecho, ‘G., G. A.’, causa n° 14.092, resuelta el 23 de abril de 2013) la conclusión de que la probation resulta completamente inviable en todos los casos de violencia de género, cualesquiera fueren las circunstancias particulares del hecho atribuido y las vicisitudes procesales – principalmente, las vinculadas con la existencia o no de la conformidad del Ministerio Público Fiscal– que en la causa hubieran acaecido. En tal sentido, se advierten diferencias entre el caso ‘Góngora’ y el presente que, a mi entender, resultan dirimentes, ya que en estas actuaciones, como se adelantó, la representante del Ministerio Público Fiscal ha manifestado su expresa conformidad para el otorgamiento de la probation, extremo que adquiere singular relevancia al tratarse de un proceso tramitado en los términos previstos por la ley 27.272, conforme a la cual se ha instaurado un modelo eminentemente acusatorio en el que el órgano jurisdiccional cumple un rol de ‘juez de garantías’. Además, la imputación formulada en ‘Góngora’ involucraba dos hechos de abuso sexual –uno en grado de tentativa– en perjuicio de dos mujeres, de modo que difería sustancialmente de la que aquí se examina, vinculada con un único episodio cuyas connotaciones –conforme lo expresó la damnificada– no han revestido singular gravedad. Ello, en definitiva, no hace más que corroborar la razonabilidad de la posición –favorable a la concesión de la probation solicitada– que ha asumido el ministerio público fiscal, que –en definitiva– ha acordado con la petición de la defensa y no impulsa la prosecución de la causa a la etapa siguiente”. Coherente con estos razonamientos, en otro caso³¹, el mismo magistrado se inclinó por una solución distinta, y lo hizo en los siguientes términos: *“...la pretensión de la damnificada, al celebrarse la audiencia que prevé el art. 293 del CPPN, de que era su deseo que se dilucide lo acontecido en un juicio oral y público, la posterior actitud que exteriorizó el imputado tras comunicársele la decisión adoptada en ese acto –se puso violento y comenzó a gritarle tanto al Juez de la causa como a la víctima, a quien trató de mitómana y mentirosa– y las medidas que debieron adoptarse en consecuencia (...), me convence de la necesidad de que el sumario arribe a la próxima etapa procesal”.**

Por su parte, la jueza LAIÑO afirmó, en el citado precedente “B., N.” que no podían soslayarse las normas y dispositivos instaurados con el propósito de proporcionar a las víctimas las herramientas adecuadas para intervenir en procesos como el que nos ocupan, en pie de igualdad, y no sólo desde una perspectiva estrictamente penal, sino interdisciplinaria, remarcando que: *“...no siempre la solución estará dada por la respuesta punitiva y ello, desde mi punto de vista, es lógico si se*

³⁰ CCC, Sala VII, “G., L.”, c. 20.203/2017, resuelta el 04/05/2017.

³¹ CCC, Sala VI, “M., J. M.”, c. 55.344/2015, resuelta el 17/10/2017.

tiene en cuenta que no todos los casos que pueden enmarcarse en un contexto de violencia de género son iguales; los distintos ribetes, conflictividad y niveles de gravedad que cada uno exhibe, serán la base necesaria para establecer una respuesta correcta”.

En síntesis, los jueces sostuvieron que el consentimiento de Ministerio Público Fiscal, distinguía estos casos de “GÓNGORA” y reiteraron que la procedencia del instituto debía analizarse en función de las peculiaridades de cada caso, poniendo énfasis en la participación de la víctima a lo largo de todo el proceso y a su opinión favorable o desfavorable a la concesión del beneficio. También se hizo hincapié en que la concesión de la *probation* no implicaba, necesariamente, la no realización del debate, pues dependería, en definitiva, del cumplimiento por parte del acusado, de las reglas de conducta impuestas.

3.4. Acerca del encuadre de la situación como de violencia de género

No resulta ocioso señalar que algunos tribunales han llegado a la conclusión de que, aun cuando los hechos atribuidos no se ajusten a uno de los tipos penales agravados por haber sido cometidos en un contexto de violencia de género, es posible analizar el caso –y sus circunstancias–, a los fines de aplicar el instituto de la *probation*, bajo esos mismos parámetros. Es decir que, si la situación global encuadra dentro de aquellos límites, podrá entonces considerarse el caso como de violencia de género y desde esa perspectiva, estudiar la procedencia o no, de la suspensión del proceso a prueba.

En este sentido, el juez Pablo JANTUS ha sostenido en el caso “ORTÍZ”³²: *“...el impugnante señala que la calificación legal estipulada en el requerimiento fiscal de elevación a juicio no incluye la agravante por violencia de género. Sin embargo, tal alegación implica confundir la subsunción legal asignada al hecho –la cual es provisoria–, con el encuadre normativo del conflicto objeto del proceso, que tornaría aplicables normas del derecho internacional y doméstico, que generan obligaciones para el Estado argentino y que determinan las soluciones a adoptar, más allá de los tipos penales particularmente involucrados en el caso”.* En la misma dirección, los jueces Alberto SEIJAS y Carlos Alberto GONZÁLEZ, sostuvieron en el caso “NOGUEIRA”³³ que: *“Sin perjuicio del bien jurídico que de manera directa se lesiona a través del delito de desobediencia, tipificado en el artículo 239 del Código Penal, no puede desconocerse que el accionar atribuido a Nogueira afectó también a la denunciante por cuanto la orden infringida en dos ocasiones había sido impuesta con miras a la protección de G.M. G. en el marco de un expediente por violencia familiar por ella iniciado ante la justicia de la provincia de Buenos Aires. Al evaluar qué sucesos pueden ser considerados como constitutivos de ‘violencia de género’, la respuesta emerge de los artículos 1° y 2° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, donde se establece 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,*

³² CNCCC, Sala de Turno, “ORTÍZ”, c. 30.156/2016, resuelta el 03/05/2019.

³³ CCC, SALA IV, “NOGUEIRA”, c. 3873/2017, resuelta el 14/03/2017.

tanto en el ámbito público como en el privado'. Desde esa óptica, los hechos investigados en las presentes actuaciones aparecen en principio alcanzados por tal descripción y, por lo tanto, el pedido de la vindicta pública encuentra respaldo en las previsiones del artículo 26, apartado a.4, de la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres”.

3.5. El caso “C”

El proceso se inició a raíz de lo sucedido en el marco de un ejercicio que proponía la simulación de una conferencia de prensa, realizado en una escuela de periodismo y, durante el cual, un reconocido músico y compositor argentino, invitado a participar de ese evento junto con estudiantes y profesores, pronunció una serie de frases que posteriormente fueron difundidas a través de las redes sociales y también por la prensa, recibiendo el repudio generalizado de la opinión pública. El caso llegó a los tribunales federales y los hechos fueron calificados como constitutivos del delito de incitación a la violencia colectiva, en los términos del artículo 212³⁴ del Código Penal. Durante la instrucción del sumario, “C” y su defensa, solicitaron la concesión de la suspensión del proceso a prueba, la cual fue rechazada por el juez a cargo de la dirección de esa investigación, señalando que: *“...los dichos del procesado, por su tenor y características propias, onstituyen una manifestación de la desigualdad existente entre hombres y mujeres y una incitación a la continuidad y profundización de prácticas violatorias de los derechos de ese último género. De tal manera, me encuentro en condiciones de afirmar que el presente es un caso de violencia contra la mujer”*³⁵. Por tanto, evocando las consideraciones del precedente “GÓNGORA” y sin perjuicio de que el Fiscal había prestado su consentimiento en este caso, la petición del acusado fue denegada.

Posteriormente, se requirió la elevación a juicio y el caso avanzó entonces hacia la siguiente etapa, donde el pedido de suspensión fue reeditado. Así fue como, en un extenso fallo³⁶, inusual para el tratamiento de una suspensión del proceso a prueba, el juez de cámara, Germán Andrés CASTELLI, integrante del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 7, finalmente concedió a “C” la suspensión del proceso a prueba.

³⁴ “ARTICULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación”. Con relación a esta figura, advierte la doctrina que: *“...requiere una adecuada interpretación a los fines de no afectar el derecho constitucional a la libre expresión”* (D` ALESSIO, José Andrés –Director- DIVITO, Mauro A. – Coordinador-, Código Penal Comentado y Anotado, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Tomo II, Parte Especial, Arts. 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 1059). Merece destacarse que el juez del Tribunal Oral Federal que finalmente concedió la suspensión del proceso a prueba en este caso, puso de relieve las controversias suscitadas entre distintos miembros del Ministerio Público Fiscal llamados a intervenir como acusadores y que, en su opinión, reflejaban hasta qué punto había llegado la discusión relativa al propio carácter delictivo de la conducta atribuida a “C”, circunstancia que lo persuadía aún más, acerca de la necesidad de analizar la conveniencia de recurrir a un método alternativo, para dar una solución al conflicto planteado entre las partes interesadas.

³⁵ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 6, CFP 11.248/2016, resuelta el 08/11/2017.

³⁶ Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 7, CFP 11.248/2016, resuelta el 01/04/2019.

En el fallo se señala que durante la audiencia celebrada en los términos del artículo 293 del Código Procesal Penal de la Nación, una de las representantes de la Fiscalía, la doctora María Luisa PIQUÉ destacó, entre otros aspectos, que la transmisión en vivo de esa audiencia, con amplia participación de las partes en la discusión, cumplía con el fin comunicativo del debate. También diferenció este caso de aquel que derivó en el fallo “GÓNGORA” del Máximo Tribunal, puesto que en este último se trataba de un abuso sexual cometido en perjuicio de dos mujeres, mientras que en el caso “C” no había *“...una víctima en particular –de carne y hueso– que haya sido destinataria directa de un daño físico, sexual o psicológico concreto, sino que, por el contrario, se trata de un colectivo que es plural y diverso, como lo es el colectivo de mujeres”*. Con cita de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– y de la Recomendación General nº 35 del Comité de la CEDAW³⁷, se afirmó que lo que debe evitarse es que los casos de violencia de género remitan obligatoriamente a procedimientos alternativos de solución de controversias como la mediación y la conciliación, distinguiéndose la suspensión del proceso a prueba de los anteriores en que no conduce inmediatamente a la extinción de la acción penal sino que el acusado queda sujeto a un período de supervisión o prueba durante el cual, debe cumplir una serie de reglas de conducta, bajo apercibimiento de revocarse el beneficio y reanudarse el proceso en su contra hasta su conclusión. También se destacó que no se trata aquí de un procedimiento extrajudicial *“...que es lo que constantemente los órganos internacionales vienen cuestionando, dada la desigualdad entre las distintas partes y en particular en aquellos casos en donde una de las partes es mujer y víctima de la violencia de género y está en una situación de vulnerabilidad con respecto a su agresor...”*. Seguidamente, el fallo señala que la doctora Mariela LABOZZETTA, también en representación del Ministerio Público Fiscal y como titular de la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres (UFEM) añadió que no debe partirse desde posiciones inflexibles a la hora de analizar la posible procedencia de soluciones alternativas para estos casos, que la autonomía

³⁷ La Recomendación General nº 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el apartado “Enjuiciamiento y castigo”, dispone en su artículo 32: *“El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas con respecto al enjuiciamiento y el castigo de la violencia por razón de género contra la mujer: a) Garantizar el acceso efectivo de las víctimas a las cortes y los tribunales y que las autoridades respondan adecuadamente a todos los casos de violencia por razón de género contra la mujer, en particular mediante la aplicación del derecho penal y, según proceda, el enjuiciamiento ex officio para llevar a los presuntos autores ante la justicia de manera justa, imparcial, oportuna y rápida e imponer sanciones adecuadas. No deberían imponerse tasas o costas judiciales a las víctimas y supervivientes; b) **Velar por que la violencia por razón de género contra la mujer no se remita obligatoriamente a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, como la mediación y la conciliación.** El uso de esos procedimientos debe regularse estrictamente y permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares. Los procedimientos deberían empoderar a las víctimas y supervivientes y correr a cargo de profesionales especialmente capacitados para comprender e intervenir debidamente en los casos de violencia por razón de género contra la mujer, garantizando la protección adecuada de los derechos de las mujeres y los niños y que dichas intervenciones se realicen sin una fijación de estereotipos ni revictimización de las mujeres. Los procedimientos alternativos de arreglo de controversias no deberían constituir un obstáculo para el acceso de las mujeres a la justicia formal”* (Recomendación General nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General nº 19. El destacado me pertenece).

de la voluntad de la víctima no puede ser menospreciada, como tampoco la posibilidad de obtener una reparación, e hizo hincapié en que el avance del proceso hacia el debate no garantiza tampoco la imposición de una condena en todos los casos. Se indicó que la Fiscal instó a: *“...reflexionar sobre esos puntos y tener presente que se ha logrado la visibilización de la violencia contra las mujeres, que se ha logrado instalar como un tema de agenda pública, que se ha logrado cambiar la legislación, que se está viviendo un momento histórico con el movimiento de mujeres y que se ha logrado desnaturalizar paulatinamente la violencia, incluso las más solapadas, pero que es necesario comenzar a ordenar ese gran movimiento dado que es muy diverso, complejo, que se están produciendo discusiones en el interior del movimiento y que no tiene una única demanda y respuesta. En base a ello, refirió que es necesario trabajar en la impunidad para eliminarla o reducirla y formar un sistema de justicia que pueda dar respuesta a ese fenómeno tan complejo, pero que también es necesario no dar respuesta radicalizada, intransigente y acrítica, porque no toda manifestación de la violencia de género requiere una pena de prisión, porque si no, eso implicaría una respuesta sin apropiarse de la responsabilidad, es seguir minimizando el asunto y tomar una conducta demagógica. Al respecto, indicó que el sistema tiene que hacerse cargo de la proporcionalidad, de la gravedad de los hechos, no es lo mismo matar que tener dichos discriminatorios por más horribles e insostenibles que sean...”*. Finalmente, las representantes del Ministerio Público Fiscal se pronunciaron en favor de la concesión de la suspensión del proceso a prueba con relación a “C”, enfatizando que: *“...el objetivo tiene que ser lograr aplicación de pena en casos graves, quedar abiertas para medidas alternativas cuando los hechos no revistan gravedad extrema, garantizando la reparación y escuchando la voluntad de la víctima, y entender que el derecho penal no es la única respuesta a los hechos de violencia de género”*.

Distinta fue la opinión de las partes querellantes³⁸ y del denunciante, quienes indicaron que sí resultaban de aplicación aquí los lineamientos del fallo “GÓNGORA”, añadiendo, entre otras consideraciones, que la condición de persona socialmente reconocida y referente para muchos jóvenes y la licenciatura en ciencias de la comunicación con la que contaba “C”, agravaban su conducta en este caso, la cual merecía ventilarse en un juicio público con el propósito de imponerle en definitiva una pena.

Al resolver, el juzgador realizó un exhaustivo y minucioso examen de las cuestiones planteadas, comenzando por la enunciación de la normativa aplicable. En ese sentido, consideró apropiado mencionar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará); la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (24.417³⁹); la Ley de Protección Integral a las Mujeres (26.485⁴⁰), y la “Ley Micaela” (27.499⁴¹), que establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para

³⁸ Asociación Civil de Red de Víctimas de Violencia –RED VIVA-, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo –INADI-, y el Instituto Nacional de Mujeres (Ex Consejo Nacional de Mujeres).

³⁹ Publicada en el Boletín Oficial, el 03/01/1995.

⁴⁰ Publicada en el Boletín Oficial, el 14/04/2009.

⁴¹ Publicada en el Boletín Oficial, el 10/01/2019.

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, colocando al Instituto Nacional de las Mujeres (INAM), en la órbita del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, como organismo de aplicación. También aludió a distintas agencias como el Observatorio Nacional de Violencia contra las Mujeres; el Observatorio de la Violencia Simbólica y Mediática; la Oficina de Violencia Doméstica (OVD), creada en el ámbito del Poder Judicial de la Nación; la Oficina de la Mujer, creada bajo la órbita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y la Unidad Fiscal Especializada en violencia contra las Mujeres (UFEM), creada en el año 2015, en el seno de la Procuración General de la Nación, entre otras. Luego efectuó un recorrido por distintos antecedentes jurisprudenciales, citando además las opiniones de destacada doctrina, especialmente los trabajos de Mariano MACIEL –ya mencionado–, y de Julieta Di CORLETO⁴², quien centró su análisis en la utilización de medidas alternativas a la prisión en contextos de violencia de género, indicando, entre otras cosas, que: *“...la prohibición de otorgarlos para cualquier supuesto, tal como se sugiere en el caso ‘Góngora’, puede ser arbitraria. Si el objetivo principal es proteger a la mujer maltratada, la respuesta a la violencia sexista debe evitar soluciones unitarias y uniformes lejanas a las particularidades de cada caso”* y que: *“Una respuesta penal con perspectiva de género no elaborará una estrategia con estándares fijos y excluyentes, pero sí tendrá en cuenta las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia, las características del ciclo de la violencia, la gravedad del delito, y la situación personal de la damnificada”*. También evocó el magistrado las críticas efectuadas por Mario A. JULIANO y Fernando ÁVILA⁴³, dirigidas hacia a las interpretaciones que proponen que, desde la perspectiva de la Convención de Belém do Pará: *“...cualquier alternativa al juicio, aun cuando solucione el conflicto, implica una violación a la obligación asumida”*, cuando: *“...lo cierto es que, independientemente de cómo se interprete y analice el tejido normativo, la suspensión del proceso penal a prueba no implica impunidad. El sujeto es sometido a condiciones durante un tiempo variable, entre ellas la de no cometer delitos, que de no ser respetadas derivan inexorablemente en el juicio oral y público. Este instituto no puede asemejarse a otras medidas alternativas de menor intensidad aflictiva (reparación, conciliación) ya que la duración del plazo de suspensión, las condiciones que se imponen necesariamente y a criterio del juez, el control estatal del cumplimiento de las condiciones y las consecuencias de su incumplimiento lo ubican en un plano más próximo a la pena que al perdón”*.

A continuación, el juzgador alzó sus propias críticas contra el fallo “GÓNGORA”, señalando: *“Es difícil no percibir las consecuencias regresivas de un fallo que empuja hacia un sistema inspirado por el principio de legalidad procesal en su forma pura, que, como se sabe, se encuentra ligado a la etapa inquisitiva iniciada en el siglo XIII, dominada por regímenes autoritarios. Es difícil no recordar que el mundo ha chocado*

⁴² DI CORLETO, Julieta, La concesión del juicio a prueba en casos de violencia de género. Límites y condiciones para su concesión. A propósito del fallo “Góngora”, en Leonardo G. PITLEVNIK, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 15, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

⁴³ JULIANO, Mario Alberto y ÁVILA, Fernando, La Convención de Belém do Pará y el patíbulo como paradigma para la solución de los conflictos sociales en Suspensión del Proceso a Prueba para delitos de género. Un mecanismo de prevención, Mario A. JULIANO – Gustavo L. VITALE (coordinadores), Hammurabi, 1° edición, Buenos Aires, 2015.

su cabeza contra la pared mil veces para darse cuenta que la prisionización absoluta tiene severas contraindicaciones en materia de compatibilizar los intereses sociales, de la víctima y de la persona imputada por delitos de menor gravedad. Es difícil no reparar que, paradójicamente, el caso 'Góngora' sea quizás la expresión descarnada y actual de ese fracaso, cuando se aprecia que allí se desestimó una resolución alternativa de conflicto en procura de una sanción –condena– y la causa terminó cerrándose por la prescripción de la acción penal⁴⁴.

El magistrado consideró que la Corte realizó una interpretación sesgada del inciso “f” del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, asilándola del contexto normativo en el cual se inscribe. Recordó, en ese sentido, que la citada convención no se encuentra incorporada a nuestro bloque constitucional, a diferencia de cuanto ocurre con la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, que sí lo está, no derivándose de la misma ninguna disposición que pueda ser interpretada en el sentido de que prohíbe la aplicación de la suspensión del proceso a prueba para estos casos. En éste en particular, el juzgador consideró que podían conciliarse armoniosamente los intereses y objetivos de la Convención de Belém do Pará de “prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género”, en la medida en que cumple con los requisitos del artículo 7, porque constituye: “...un mecanismo judicial que asegura la prevención, investigación y sanción de la violencia contra la mujer –inciso ‘b’–, a través de un procedimiento legal justo y eficaz, que asegura a la víctima el acceso efectivo a la justicia –inciso f– y prevé un medio de compensación justo y eficaz para la mujer –inciso g–” y se permitió augurar que: “...la inclusión de la prohibición de la suspensión del juicio a prueba en el proyecto del nuevo código penal, dará lugar a un previsible debate sobre su constitucionalidad, o, cuanto menos, a dificultades en el acatamiento de su aplicación⁴⁵”. Destacó finalmente el magistrado

⁴⁴ A lo que se añade, como observa MACIEL en el artículo citado anteriormente, que: “...las dos mujeres víctimas presuntas de los hechos investigados, habían manifestado que no tenían interés en asistir a la audiencia de suspensión de juicio a prueba, pero que aceptaban cualquier reparación económica que les ofreciera el requirente de la ‘probation’. Es decir, sus voluntades expuestas en el caso, fueron completamente ignoradas por el sistema penal, siéndoles igualmente cercenadas las posibilidades que tenían de recibir el resarcimiento que les fuera ofrecido oportunamente a cada una”.

⁴⁵ En efecto, la tesis sostenida por el Máximo Tribunal en “GÓNGORA”, ha sido recogida en el Anteproyecto de Reforma al Código Penal de la Nación que el Poder Ejecutivo remitiera al Senado de la Nación, con fecha 25 de marzo del año 2019. Se establece en su artículo 74 que: “**no podrá acordarse la suspensión del proceso a prueba:...2º) Si el hecho objeto de imputación hubiese sido cometido en un contexto de violencia de género**”, consignándose en la exposición de motivos que: “Se prevé la intervención de la víctima en los procesos de suspensión del juicio a prueba (probation) y se receptan los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la imposibilidad de suspender el proceso a prueba cuando se investiguen hechos cometidos en un contexto de violencia de género (fallo ‘Góngora’, G.61.XLVIII, del 23/4/2013)”. Comentado las citadas disposiciones, Marcelo SCAVINO afirma que: “...el texto reformado coincide con el principio establecido en el art. 28 de la ley 26.485, en el cual se expresa que ‘Quedan prohibidas las audiencias de mediación y conciliación’. En efecto, la suspensión del juicio a prueba es considerada por parte de la doctrina como una solución alternativa del conflicto penal que evita la realización del debate a cambio del cumplimiento de determinadas pautas por parte del imputado que se fijan en la ley” y asegura que el proyecto de reforma aspira “...a que delitos cometidos en un contexto de ‘violencia de género’ sean dirimidos en un juicio y, por lo tanto, que resulte improcedente la aplicación de la suspensión del debate por tratarse de delitos de suma gravedad” (SCAVINO, Marcelo, Suspensión del juicio a prueba. Avances para su mejor funcionamiento, en Comentarios al Proyecto de Código Penal, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 329). Por su

que tanto durante la instrucción como en la siguiente etapa, la cuestión fue planteada y contó en ambas ocasiones con el consentimiento del Ministerio Público Fiscal, a través de dictámenes que superaron el control de legalidad y razonabilidad; dio cuenta de las dudas que en torno de la naturaleza delictiva de los hechos atribuidos a “C”, emergían de las discusiones al interior del organismo mencionado en último término; tuvo en cuenta la gran repercusión pública que habían tenido las expresiones del imputado y de la consecuente e inmediata respuesta que recibió por parte del sistema penal; remarcó el amplio debate que las partes tuvieron ocasión de mantener durante la audiencia oral y pública, oportunidad en la que pudieron ser escuchadas las denunciantes, en los términos de la ley 27.372 *“Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos”* (art. 5, inciso “k”), audiencia que por lo demás, fue difundida en vivo a través de la página web del Centro de Información Judicial (CIJ), con acceso al público en general; señaló que el imputado “C” *“...reconoció la necesidad de deconstruir en su persona aquellos valores patriarcales culturalmente adquiridos, demostrando, a la vez, su voluntad de cumplir medidas reparatorias”*; recordó que la respuesta del sistema punitivo estatal debe guardar la debida proporción con el delito atribuido y su gravedad, señalando en esa dirección que el delito atribuido a “C” (según artículo 212 del Código Penal) prevé una escala penal que va de los tres a los seis años de prisión y que si bien afecta al colectivo de mujeres en su totalidad, se enmarca dentro de las figuras de peligro abstracto y no de resultado y que, por tanto, no resultaban de aplicación en este caso las consideraciones y lineamientos del fallo *“GÓNGORA”* del Máximo Tribunal. Con apoyo en estos razonamientos, estimó que correspondía conceder al imputado la suspensión del proceso a prueba, remarcando especialmente la labor de las representantes del Ministerio Público Fiscal, a quienes se refirió con elogiosas palabras, destacando que: *“En una discusión tan ardua compleja y sensible, celebro la formación de las Sras. Fiscales, la solidez de sus exposiciones, el esfuerzo y valentía en procurar una solución justa del caso, que, por la propia relevancia de sus funciones, contribuye, indudablemente, al fortalecimiento de las instituciones democráticas”*.

parte, Paula Ximena MORALES señala que: *“...contemplar de manera expresa en el código de fondo que no podrá concederse la suspensión del juicio a prueba en aquellos casos en los que hubiere mediado violencia de género, permite poner coto a interpretaciones forzadas que intentan eludir los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, como así también obligaciones nacionales, intentando estirar al máximo los bordes legales, sosteniendo, por caso, la aceptación de la víctima para la suspensión del proceso”* (MORALES, Paula Ximena, Un compromiso con retribución a la víctima y a la sociedad, en Comentarios al Proyecto de Código Penal, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 341). Con todo, en el ya referido caso *“MARTÍNEZ SALGADO”*, el juez GARCÍA señalaba que denegar la suspensión del proceso a prueba en estos casos, no comprometía el principio de legalidad porque: *“...si bien es cierto que no surge de la literalidad del art. 76 bis CP una exclusión expresa de la posibilidad de suspender el proceso a prueba que tiene por objeto hechos calificables como violencia contra la mujer, ello no implica que se lesione la legalidad. Porque, en definitiva, el obstáculo es normativo y se infiere de una norma del derecho internacional de los derechos humanos que el Estado argentino se ha obligado a cumplir al suscribir la convención que la contiene, convención que, por lo demás, tiene jerarquía superior a las leyes según el art. 75, inc. 22, último párrafo, CN”*.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Podría decirse que los juzgadores que han seguido los lineamientos del precedente “GÓNGORA”, han optado por remitirse a sus argumentaciones en torno de la interpretación que corresponde asignar al artículo 7º de la Convención de Belém do Pará, valorando adicionalmente en algunos casos, la oposición fundada del fiscal a la concesión del beneficio para denegarlo. Los magistrados que, por el contrario, se han apartado de los lineamientos del citado precedente, se aproximaron a la cuestión desde otros ángulos y perspectivas. Sin dejar de considerar las directrices de aquel fallo, muchos han hecho pie sobre la interpretación que consideran más adecuada respecto de la normativa internacional y que, en su opinión, contempla la puesta en práctica de soluciones alternativas al conflicto penal, incluso para casos de violencia de género. También han destacado muy especialmente la necesidad de escuchar a la víctima, cuya palabra no puede ser ignorada ni desatendida, con la excusa de garantizar la protección de sus propios intereses, sobre todo cuando, en no pocos casos, su posición es acompañada por las y los representantes del Ministerio Público Fiscal. Los jueces, por cierto, también han hecho hincapié en la imposibilidad de soslayar las particularidades que cada uno de los casos ofrece, al momento de resolver sobre la procedencia de estos institutos. En esa línea, los precedentes que hemos repasado, invitan a reflexionar sobre la conveniencia de contar con instancias de reparación y de reeducación, que prioricen los intereses de la víctima sin desmerecer las garantías del acusado ni deshonorar los compromisos asumidos por los Estados con la comunidad internacional. La suspensión del proceso a prueba no implica cerrar definitivamente el camino hacia la imposición de una pena, sino que, antes bien, supedita la conclusión anticipada del proceso al cumplimiento de diversas reglas de conducta que, durante un lapso que actualmente no puede ser inferior a un año, el imputado debe observar. Desde este punto de vista, la aplicación del instituto para estos supuestos específicos y bajo las circunstancias adecuadas, no parece incompatible con los principios que emergen de la normativa analizada.

5. BIBLIOGRAFÍA

D` ALESSIO, José Andrés –Director– DIVITO, Mauro A. –Coordinador–, Código Penal Comentado y Anotado, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, Parte General, Arts. 1 a 78, La Ley, Buenos Aires, 2009.

D` ALESSIO, José Andrés –Director– DIVITO, Mauro A. –Coordinador–, Código Penal Comentado y Anotado, 2ª Edición Actualizada y Ampliada, Tomo II, Parte Especial, Arts. 79 a 306, La Ley, Buenos Aires, 2009.

DI CORLETO, Julieta, La concesión del juicio a prueba en casos de violencia de género. Límites y condiciones para su concesión. A propósito del fallo “Góngora”, en Leonardo G. PITLEVNIK, Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 15, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

DIVITO, Mauro A., Suspensión del juicio a prueba, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos Precedentes, Derecho Penal, Parte General, Tomo III, La acción penal y la pena, La Ley, Buenos Aires, 2013.

JULIANO, Mario Alberto y ÁVILA, Fernando, La Convención de Belém do Pará y el patíbulo como paradigma para la solución de los conflictos sociales en Suspensión del Proceso a Prueba para delitos de género. Un mecanismo de prevención, Mario A. JULIANO– Gustavo L. VITALE (coordinadores), Hammurabi, 1° edición, Buenos Aires, 2015.

MACIEL, Mariano, Desandando la huella del fallo “Góngora” de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba – Alcances del deber de sancionar de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año IV – Nº 7, La Ley, Buenos Aires, 2014.

MORALES, Paula Ximena, Un compromiso con retribución a la víctima y a la sociedad, en Comentarios al Proyecto de Código Penal, La Ley, Buenos Aires, 2019.

SCAVINO, Marcelo, Suspensión del juicio a prueba. Avances para su mejor funcionamiento, en Comentarios al Proyecto de Código Penal, La Ley, Buenos Aires, 2019.