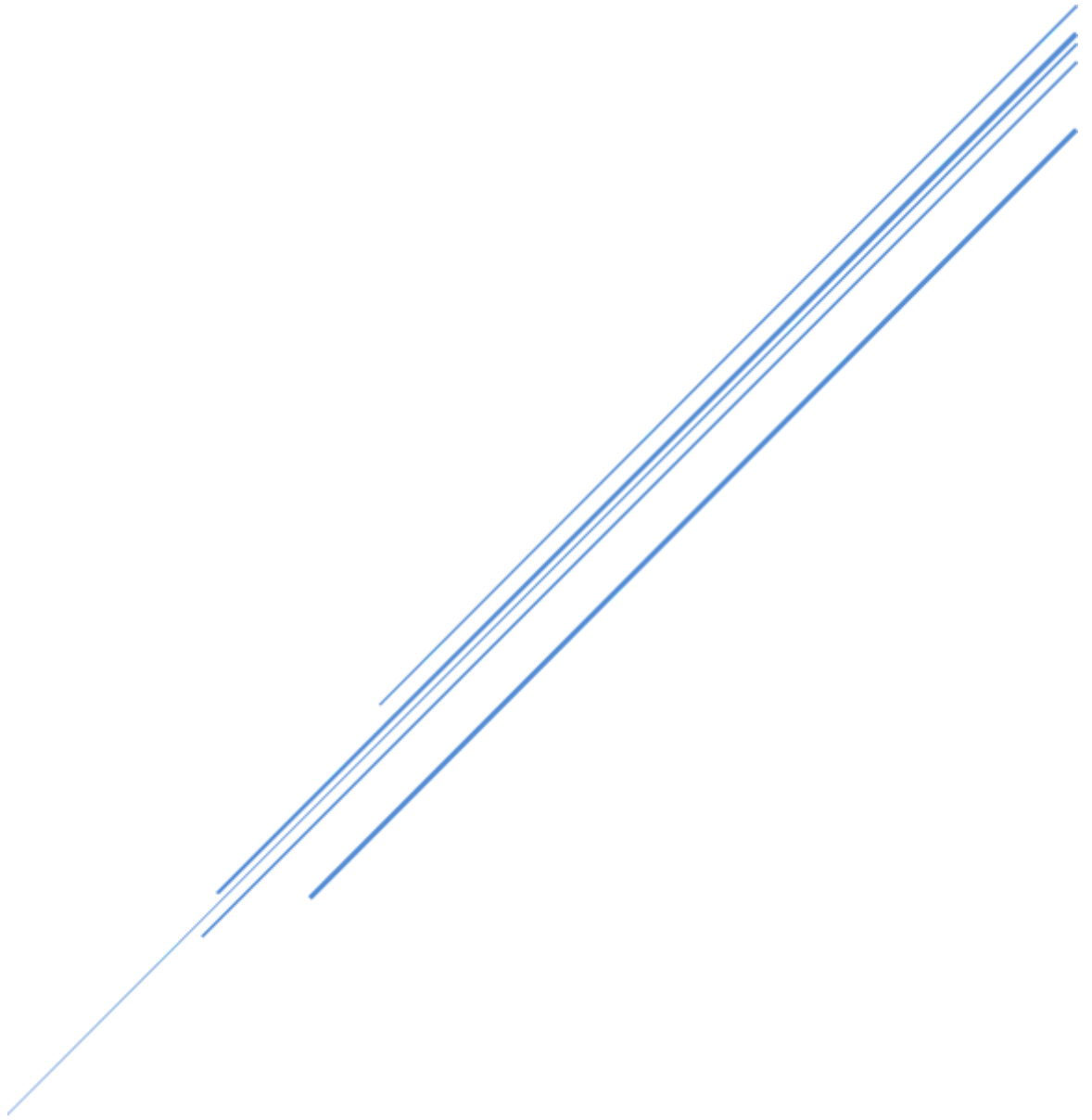


SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL A PRUEBA Y DELITOS DE GÉNERO

La violación a los intereses de las víctimas y la necesidad de un proceso penal constitucional.



Andrea Ivanna Suárez
DNI N° 34.373.300

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.	2
II. EJES DE LA PROBLEMÁTICA.	2
II.1. DELIMITACION CONCEPTUAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO:	2
II.2. SUSPENSION DEL PROCESO PENAL A PRUEBA.	5
II.2. LA PRETENDIDA INCOMPATIBILIDAD CON LA CONVENCION BELEM DO PARÁ.	9
II.3. VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA.	15
III. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.	19
IV. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA RIONEGRINA ACTUAL.	24
IV. LA SOLUCIÓN NO ES EL PUNITIVISMO.	30
V. CONCLUSIONES.	38
BIBLIOGRAFÍA	40

I. INTRODUCCIÓN.

Con el desarrollo del presente, me propongo al menos poner en crisis, desde un derecho penal constitucional, la negativa a aplicar el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba en los delitos de género.

Es sabido que, debido a la gravedad de ciertos hechos valorados como tales en nuestra cultura, la única salida es el enjuiciamiento y, en tal caso, la condena. Sin embargo, no todos los casos deben tener la misma respuesta.

Sobre esa base es que considero que la negativa a aplicar la suspensión del proceso penal a prueba en los delitos de género ataca al principio de *ultima ratio*.

El tratamiento de este principio constitucional no obsta a mi especial postura, según la cual aplicar sin discriminación aquella regla atenta contra el derecho de la víctima y estandariza sin dar respuestas.

Surge este trabajo desde la perspectiva de entender las garantías del imputado y los derechos de la víctima desde una tensión e introducir, en el análisis del presente trabajo, un paradigma del orden y de gestión de la conflictividad como una herramienta de análisis.

Al mismo tiempo, me propongo pensar ello desde una óptica de género que, según entiendo, es plenamente compatible con las garantías del imputado.

II. EJES DE LA PROBLEMÁTICA.

II.1. DELIMITACION CONCEPTUAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO:

La Convención Belem Do Pará define a la violencia de género, en su artículo 1, de la siguiente manera: *“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

A continuación, en su artículo 2, determina que *“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:*

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

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

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

Por su parte, el artículo 4° de la Ley N° 26.485 expresa que debe entenderse por violencia contra las mujeres a “(...)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”.

Creo oportuno aclarar que el término violencia de género es utilizado en clave de una concepción cultural, más no biológica. Explica Maqueda Abreu: “Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico

que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género.”¹

Por otra parte y desde una perspectiva criminológica, explica Iglesias Skulj: *“En el contexto del desarrollo y evolución de las políticas contra la violencia contra la mujer en el ámbito latinoamericano, es necesario reflexionar sobre la posibilidad de alejarnos de los falsos universalismos que pretende el concepto ‘violencia contra la mujer’ y, a cambio, ha de optarse por declinar en plural ambos sustantivos: violencias contra las mujeres, ya que de acuerdo con la perspectiva de género que adoptemos y la invitación de otros factores de opresión para complejizar el abordaje tendremos la posibilidad de establecer un vínculo entre las diversas manifestaciones de la violencia de que podemos ser víctimas las mujeres (...)*

Desde sectores feministas críticos (queer, lesbianas, poscoloniales) se llama la atención sobre el riesgo de que con el término violencia de género se pierda de vista la connotación de desigualdad ínsita en el término género y ponen en cuestión no solo el término ‘mujer’, sino también la categoría de género en un contexto de opresiones múltiples, que no pueden ser explicadas unidimensionalmente.

Lo que se pretende es evitar el universal de la ‘mujer’ en este ámbito, a cambio de conjugar la categoría de género con otras formas de opresión (culturales, raciales, de clase, sexualidad, edad, escolarización, etc.), que a su vez determinarán la definición de género de la que se parta. A lo que la definición de género debe atender es a la necesidad de que la opresión en un momento dado, en este caso en particular la violencia de género, no caiga en un proceso de homogeneización y opresión discursiva de las mujeres”².

Larrauri, a su turno, explica lo siguiente: *“Como ya he expuesto, el discurso de género ha simplificado excesivamente la explicación de un problema social, la violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja, al presentar la desigualdad de géneros como la causa única o más relevante del problema social de la violencia doméstica.*

¹ Maqueda Abreu María Luisa, “LA VIOLENCIA DE GÉNERO Entre el concepto jurídico y la realidad social”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02>

² Iglesias Skulj Agustina, “Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista”, Delito y Sociedad 35 | año 22 | 1º semestre 2013 | págs. 85–109

En este sentido, no puedo evitar destacar cómo el uso del valor igualdad por parte del discurso de género y su concepción determinista, recuerdan curiosamente los orígenes de la criminología crítica. Igual que la criminología crítica en su etapa inicial entendía que la pobreza era la causa última de toda delincuencia, para la perspectiva de género lo es la estructura patriarcal de la sociedad. La primera siempre tuvo dificultades para explicar por qué todos los pobres no delinquen, la segunda en explicar por qué no todas las mujeres son víctimas.

Desde luego, no niego que la subordinación de las mujeres, en términos de distribución y de reconocimiento, sea un rasgo característico de nuestras sociedades, pero si la relación subordinación-victimización fuera tan directa y lineal como en ocasiones parece suponerse, no haría falta ninguna teoría criminológica. La mayor victimización de los negros se explicaría por su subordinación, y el mayor número de víctimas mujeres también.

No obstante, esa sería una criminología intelectualmente pobre (...)”³.

Excede a este trabajo el análisis en profundidad desde una perspectiva criminológica del análisis del concepto de violencia de género; sin embargo, no quise dejar de traer a colación algunas reflexiones que aporta dicha disciplina, puesto que con frecuencia se suele escuchar que la violencia de género es aquella que sufren las mujeres “por el solo hecho de ser tales”. En primer término, dicha afirmación suele englobar una concepción biologicista y, en segundo lugar, si bien existe una subordinación, introducir la variable desigualdad de género sin consideración a otros factores de vulnerabilidad aparece como reduccionista.

Tal como podrá observarse, no se puede hablar de violencia contra la mujer, puesto que no puede elaborarse una categoría universal sino una estructura social donde el género se conjuga con opresiones en un relación, en un momento, en un contexto dado y en el que influyen distintos factores de riesgo.

³ Larrauri Elena, “Criminología crítica y violencia de género”, extraído del sitio http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Criminologia_critica_y_la_violencia_de_genero.pdf

II.2. SUSPENSION DEL PROCESO PENAL A PRUEBA.

La suspensión del juicio a prueba consiste en la paralización del trámite del proceso penal iniciado en contra de una persona, durante un cierto lapso, siempre que concurren las condiciones de admisibilidad previstas por la ley. Durante ese período de tiempo el imputado deberá cumplir una serie de pautas de conducta, y en la medida que haya daño constatable y acorde a sus posibilidades económicas, deberá reparar el daño a la víctima. Cumplidas las condiciones y transcurrido el período de prueba, la acción penal se extingue, caso contrario el proceso penal continuará en el estado que se encontraba previo al otorgamiento de la suspensión⁴.

No voy a profundizar sobre la normativa y el instituto en sí, sino en algunas cuestiones puntuales que creo que revisten relevancia al momento de analizarlos en el marco de un sistema penal constitucional y el contexto de los delitos de género: el propio respeto al interés de la víctima y su consecuente reparación.

En primer lugar, el instituto mencionado se aplica, como bien sabemos, para delitos que no son considerados de gravedad extrema, en razón de que, para aplicarse, la posibilidad de una pena en concreto no debe superar los tres años de prisión. La especial relevancia que adquiere este instituto está vinculada con las vastas posibilidades de obtener un resarcimiento que tiene la víctima respecto del hecho en cuestión, puesto que, en lugar de ir a juicio oral, el imputado (que podría ser victimario) se somete a medidas de conducta que fijan los jueces (como hacer tratamiento, ofrecer servicio comunitario, abstenerse de ir a lugares, entre un amplio universo de posibilidades).

A lo anterior se le suma el ofrecimiento de una reparación razonable por el daño producido. Durante el tiempo que se decida -conf. Art 27 CP nunca menos de dos años-, el proceso queda en suspenso, el acusado debe cumplir con las medidas impuestas y reparar. La suspensión del proceso penal a prueba no es el extremo contrario a una condena, sino que es una alternativa al juicio oral y, en este último caso, tampoco es el equivalente a la condena, sino una alternativa que funciona frente a la posibilidad de que ello acontezca. Es decir, no es sinónimo de impunidad. Entre esas respuestas

⁴ Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl (dirección) Terragni, Marco Antonio (coordinación) (2002) Vitale, Gustavo y otros, *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial"*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.

institucionales hay una diferencia abismal: la suspensión del proceso penal tiene como objetivo fundamental reparar a la víctima, mientras que el juicio público llevado adelante sólo persigue el castigo de quien es reconocido como victimario, desconociéndose, además -y muchas veces omitiéndose- la opinión de la víctima en sentido contrario.

Entiendo que el instituto en cuestión tiende a la disminución de la selectividad del sistema penal, a la vez que permite mejorar su eficacia habilitando la persecución de delitos de mayor gravedad social, disminuyendo el poder punitivo estatal.

A lo anterior debe adicionarse que el instituto incluye, entre sus fines, la protección del interés de la víctima, democratizando de esta manera la visión respecto del conflicto y diversificando respuestas frente a hechos lesivos.

Se ha sostenido en párrafos precedentes que la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba no es sinónimo de impunidad.

Tal como sostiene Gustavo Vitale: *“Este mecanismo está muy lejos, demasiado lejos, de constituir un instrumento al servicio de la impunidad, como algunos ligeramente han sostenido, incluso por escrito en algunos fallos. Por el contrario, se trata de un mecanismo que tiende, entre los objetivos básicos, a la prevención de delitos. Esa prevención se pretende conseguir, precisamente, a través del establecimiento de un plazo dentro del cual el imputado tiene una serie de obligaciones que cumplir.*

Es más, el incumplimiento de esas obligaciones que el imputado debe cumplir en el período de prueba no solamente pueden dar lugar a la revocación de la suspensión y a la consecuente continuación del trámite del proceso, sino también puede dar lugar a consecuencias francamente lesivas para el imputado, como es el caso de la pérdida de la posibilidad de la condena condicional en caso de comisión de un delito en el plazo en el que quedó sometido a prueba. Sería el supuesto de la condición común de cualquier suspensión del proceso a prueba, que es la obligación de no cometer un delito en el plazo de prueba. Si comete un delito en dicho lapso, no solamente va a ser condenado por ese delito, sino que, además, el proceso penal que se había suspendido sigue su trámite y, si es encontrado culpable en ese proceso, además de condenarlo por

aquel delito, pierde la posibilidad de ser condenado en suspenso y tiene que ser encarcelado necesariamente en forma efectiva, aunque la ley penal permita la condenación condicional. Con ello queda en claro que la obligación de no delinquir, en el plazo en que se somete a prueba al imputado, tiene en verdad una garantía legal de cumplimiento sumamente grave para la persona sometida a proceso, lo que está mostrando ya con esto el contenido sancionatorio de la suspensión del proceso a prueba”⁵.

Excede a este trabajo el desarrollo sobre la visión punitivista de ciertos sectores del feminismo que, además, es tomada para estandarizar respuestas, no brindar soluciones a cada caso en concreto y dinamitar el sentido de la suspensión del proceso penal a prueba.

A los fines de graficar lo sostenido, voy a tomar lo que explica Rita Segato:

“... Decimos que la agresión sexual que conseguimos tipificar como crimen es la punta del iceberg de un comportamiento social extenso y normalizado, que constituye un espiral de violencia cuyos innumerables actos y prácticas perfectamente estabilizadas en las rutinas cotidianas en todos los ámbitos no son criminalizados por la ley porque, en verdad, no podrían serlo. Estas mal disimuladas rutinas opresivas, violentas, en verdad, de una violencia psicológica, moral, política, financiera y profesional constituyen el semillero, el caldo de cultivo, la incubadora donde germinan las agresiones mayores, los crímenes de responsabilidad jurídica. **No es otra razón por la cual no podemos detener este tipo de crimen ni con la ley ni con la cárcel. La sociedad tiene que cambiar” (...)**⁶.

⁵ Vitale Gustavo, “Los debates actuales sobre el proceso penal: suspensión del proceso a prueba para delitos de género”, consultado en <http://www.saij.gob.ar/gustavo-vitale-debates-actuales-sobre-proceso-penal-suspension-proceso-prueba-p-ara-delitos-genero-dacf150174-2014-10/123456789-0abc-defg4710-51fcanirtcod>

⁶ El resaltado me pertenece.

Querer detener este tipo de crimen con cárcel es como querer eliminar un síntoma sin eliminar la enfermedad”⁷.

Si bien en lo específico Segato está hablando de la violencia sexual, considero plenamente trasladable aquella conclusión a cualquiera de las manifestaciones de la violencia de género.

Venimos insistiendo, desde distintas corrientes feministas no punitivistas, en que la cárcel no es más que reproductora del orden patriarcal bajo el cual nos encontramos insertos y que, de ninguna manera, tiene algún tipo de efecto positivo el encarcelamiento de un culpable. Es necesario trabajar sobre la sociedad y en gran parte ello puede lograrse desde las reglas de conducta, el tratamiento y la reparación a la víctima. Ello es claro cuando no hablamos de crímenes en extremo violentos.

II.2. LA PRETENDIDA INCOMPATIBILIDAD CON LA CONVENCION BELEM DO PARÁ.

La negativa a aplicar este instituto en delitos de género se sustenta en una interpretación del art 7 de la Convención Belem Do Pará, mediante la cual el Estado argentino se obliga a “sancionar” los delitos de género y garantizar a la víctima un “juicio oportuno”. Sobre esta base interpretativa, se dice que toda medida mediante la cual se evite el juicio oral y público es contraria a la obligación internacional asumida por el Estado. Aquello es la síntesis del razonamiento utilizado por la CSJN en el caso “Góngora”⁸ y continuado por los tribunales del país.

Tal como Mario Juliano expresó, *“El celo punitivo con que algunos tribunales, entre ellos la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha interpretado el texto de la Convención de Belem Do Para ha esmerilado, significativamente, las alternativas judiciales para afrontar ciertos conflictos sociales captados por el sistema penal.*

⁷ SEGATO, Rita, *“La guerra contra las mujeres”*, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2ª Ed., Prometeo libros, 2018, pág. 209.

⁸ CSJN, in re “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n' 14.092”, Sentencia del 23 de abril de 2013.

El análisis que ofrecen es sencillo: la norma convencional obliga a investigar, sancionar y garantizar a la víctima un juicio oportuno (Art 7° Convención Belem Do Para). Luego, toda medida que evite el juicio oral y público y la correspondiente sanción (entendiendo sanción como la pena que sería consecuencia de una sentencia penal condenatoria) es contraria a la obligación internacional asumida por el Estado. De aquí se sigue que las denuncias por conflictos relacionados con la violencia de género deben, necesariamente, derivar en un debate penal”⁹.

A los fines de desmenuzar un poco aquello, recordemos que el art 7 de dicha Convención, establece: “*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:*

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;¹⁰

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas

⁹ (Mario A. Juliano - Gustavo L. Vitale, 2015) Pág. 41

¹⁰ El resaltado me pertenece

jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.¹¹

Expresa el máximo tribunal del país que, en caso de prescindirse de la realización del debate, “*se desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos”).*

Esto resulta así, pues, conforme la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados a los estados partes en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la “Convención de Belem do Pará”, saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo)”.

Se establece que el término juicio empleado en dicha Convención es coincidente con el utilizado por los Códigos Procesales como la etapa final del juicio, ello es, el juicio oral y público propiamente dicho, “*... en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir,*

¹¹ El resaltado me pertenece

verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención...” (CSJN in re “Góngora”, considerando 7).

Por otra parte, el otro argumento esgrimido por la CSJN para denegar la aplicación de una suspensión del proceso penal a prueba es 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. Prescindir en el sub-lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar 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”*.

Respecto de aquello sostenido por la Corte, Juliano expresaba: *“Algunos razonamientos binarios tienden a ubicarnos ante una grieta lógica y axiológica. Es el que utilizan algunos jueces para sostener que el respeto de la Convención Belem Do Para requiere un juicio y una sentencia, y que cualquier alternativa al juicio, aun cuando solucione el conflicto, implica una violación a la obligación asumida.*

*Existen matices que no pueden quedar fuera del análisis, ya que también existen instrumentos internacionales que instan a evitar la imposición de penas cortas privativas de libertad e instruir, en su reemplazo, medidas alternativas a la prisión (Reglas de Tokio)”*¹².

De esta forma, la obligación de sancionar los delitos relacionados con violencia de género no puede ni debe ser entendida como una obligación de penar siempre y en todos los casos, puesto que además pareciera sostenerse un principio de legalidad ortodoxo que es de imposible aplicación.

Al respecto, Eleonora Devoto sostiene: *“En los últimos tiempos se ha ido gestando, como las tormentas, una corriente que niega toda posibilidad de aplicación*

¹² (Mario A. Juliano - Gustavo L. Vitale, 2015) Pág. 42

de alternativas a la prisión (suspensión de juicio a prueba, mediación en hipótesis delictivas) a los casos de violencia doméstica o de género.

En una referencia al tema, Mario Juliano ha calificado la corriente punitivista como una “mancha que se extiende”, en relación especialmente a la negativa a otorgar la suspensión del juicio a prueba en los casos de abusos sexuales simples (...)

Creo que no parece necesario señalar que la afirmación de que la suspensión del juicio a prueba es preferible en todos los casos en que es admisible por límite legal no importa, en modo alguno, negar la violencia contra las mujeres o la gravedad que ostenta. Nada de eso: solo que se reafirman las ventajas de un instituto que, al par que evita la impronta claramente negativa de la cárcel, impone reglas de conducta al presunto opresor que son funcionales a la evitación de los ataques cuya incidencia se pretende reducir.

Vale aclarar, a fin de esclarecer totalmente el punto, que los casos más graves de ataques contra las mujeres no se encuentran alcanzados por los confines de la suspensión del juicio a prueba, por lo que la cuestión se acota a los casos de criminalidad leve (o levisima, como el del caso que se comenta) y media”¹³.

Es aclarador el Estudio Exploratorio de Violencia de Género del CEJA, el cual arroja lo siguiente: *“En la CABA, la denuncia inicial se realiza mayoritariamente ante la Oficina de Violencia Familiar (OVD) dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Desde dicha dependencia, se da intervención a la justicia civil a efectos de la aplicación de medidas cautelares de protección y si el hecho denunciado además constituye un delito que no requiere instancia privada se da también intervención a la justicia penal. Como consecuencia de esto, en muchos casos intervienen simultáneamente tanto la justicia civil como la justicia penal sobre el mismo conflicto, sin coordinación. Esta fragmentación del conflicto y la falta de una respuesta integral no funciona adecuadamente y eso genera que en el debate de políticas públicas primen opciones punitivas sin respaldo empírico alguno, más allá de las referencias apoyadas en la suerte de los casos en los que el fracaso de las medidas adquirió notoriedad pública.*

¹³ (Mario A. Juliano - Gustavo L. Vitale, 2015). Pág. 30

En relación con el uso de las salidas alternativas, se suele argumentar que son inconvenientes porque implican tolerancia con prácticas a las que debe dirigirse el máximo de respuesta penal. Además, como la mayoría de estos mecanismos conllevan prácticas de acuerdo, negociación o conciliación, se asume como condición sine qua non, asimetría e ilegitimidad de cualquiera de esas formas cuando median expresiones de violencia de género.

En línea con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Góngora', se entiende que el compromiso asumido por el Estado argentino en cuanto a la respuesta que debe brindar a estos casos solo se puede satisfacer mediante la realización de un juicio.

Por otra parte, hay quienes desalientan el uso de respuestas alternativas en el entendido de que esas restricciones son necesarias para revertir la forma histórica de tratamiento de estos casos por parte de los sistemas de justicia penal, caracterizada por su renuencia a investigarlos conduciendo los casos a archivos, sobreseimientos prematuros, entre otras respuestas que marcan una necesidad específica de fijar criterios de selectividad claros en torno al uso del poder penal.

En efecto, aun con las restricciones del caso Góngora, el sistema elude la investigación y juzgamiento sin siquiera de usar salidas alternativas, es decir, los casos no se atienden sustancialmente. Conforme la investigación llevada a cabo por la dirección de políticas de Género del MPF, arrojó como resultados relevantes para esta indagación que mientras que un 80% de los casos iniciados se archivaron o sobreseyeron en un tiempo promedio de 3 meses, los juicios orales y los juicios abreviados representaron apenas el 5% de los casos. La suspensión del proceso a prueba representó el 15% de los casos.”¹⁴

Como bien podrá observarse, se declara incompatible la aplicación del instituto de suspensión del proceso penal a prueba sobre la base de que es necesaria la

¹⁴ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), “Estudio exploratorio sobre prácticas del sistema de justicia en torno a casos de violencia de género en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires: Medidas de Protección y Gestión Alternativa a los Juicios Penales”. Extraído del sitio: <https://inecip.org/publicaciones/estudio-exploratorio-sobre-practicas-del-sistema-de-justicia-en-torno-a-casos-de-violencia-de-genero-en-la-justicia-nacional-de-la-ciudad-de-buenos-aires/>

realización de un juicio, cuando, al menos en CABA, el 80% de las denuncias terminan en archivo.

Otro de los puntos es que la Corte establece que es necesaria la comparecencia de la víctima para hacer efectivo el proceso y hacer valer su pretensión sancionatoria. Sin embargo, no creo que sea en vano recordar que en “Góngora” se estaba juzgando una agresión y la víctima había solicitado, en el marco de la suspensión de un proceso penal a prueba, una reparación económica. No había pretensión sancionatoria como dice la Corte, sencillamente porque hablan desde formas vacías sobre la voluntad de la víctima.

Al margen de las consideraciones sobre los distintos tipos de interpretaciones que pudieron haberse realizado y el elegido por la Corte¹⁵, no hubo un solo reparo sobre el rol e interés de la víctima frente al conflicto en sí.

II.3. VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA.

Desde finales del siglo XII, aproximadamente, el proceso penal se ha caracterizado por la expropiación del conflicto por parte del Estado a las partes. De esta forma, el Estado no solamente asume la representación de la víctima, sino que la desplaza. Uno de los aspectos más relevantes de los sistemas inquisitoriales, respecto de la voluntad de las víctimas, está dado por un fuerte paternalismo estatal en el marco de esta expropiación del conflicto.

Pese a que se ha avanzado en reformas procesales en América Latina y especialmente en Argentina, tendientes a abandonar el modelo inquisitorial para dirimirnos a uno adversarial que “vuelva la gestión del conflicto a las partes”, han quedado algunos resabios, como lo es la consideración al interés de la víctima, que pareciera que aún no se desprenden de aquellas viejas (y no tanto) prácticas.

¹⁵ Para ampliar sobre ello puede citarse el trabajo de Gargarella, R. “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina,” *Jurisprudencia argentina*, II, 2007.

En atención a lo antes expuesto, cuando se trata de mujeres víctimas de violencia de género y fundamentalmente de violencia doméstica¹⁶, no solamente son desplazadas de la calidad de víctimas, sino que también se convierten en aquello que hay que tutelar porque no pueden tomar decisiones por sí mismas.

Voy a volver sobre lo expresado por la Corte en “Góngora” (ya citado): *“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”*.

Lo menos que puede decirse es que es hipócrita lo sostenido, puesto que sostiene la Corte que hay que hacer comparecer a la víctima para hacer valer la pretensión sancionatoria y que aquello no se da en la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba, que podría negarse a pesar de la voluntad favorable de aquella.

Nuevamente, la víctima en el caso específico de Góngora había aceptado la reparación económica y se falló contra esa aceptación.

Ello en mi opinión tiene graves consecuencias.

En primer término, porque, en plena aplicación de los sistemas acusatorios, se sigue dejando de lado la voluntad de la víctima, aplicando sin una crítica profunda en las provincias aquella máxima establecida por el máximo tribunal de nuestro país.

Respecto de ello, la Recomendación 33 de la CEDAW ha expresado: *“Las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados. La eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una*

¹⁶ A los fines de ahondar en las distinciones de estereotipos de víctimas respecto de “violencia de género” y “violencia doméstica” y un análisis criminológico sobre “las buenas víctimas” se puede profundizar en (Agustina, 2013) y (Elena, 2007) entre otras.

medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y los supervivientes”¹⁷.

Coincido con Eleonora Devoto en cuanto a que *“En los casos que ahora ocupan se agregan otras variantes. Se trata de aquellos en los que el fiscal niega el consentimiento, aunque la presunta víctima efectivamente no solo acepta la suspensión, sino que la promueve.*

Estos casos son numerosos: mujeres agredidas que, situadas en contexto familiar, buscan el apartamiento del agresor, pero en modo alguno proponen su encarcelamiento; ni siquiera su perjuicio.

Esas mujeres, muchas veces madres de familia, víctimas de amenazas o de lesiones de leve entidad, o aun de abusos sexuales simples, pretenden la incumbencia del Estado a través de formas de respuestas eficaces, conducentes y racionales”¹⁸.

Por otra parte, son sabidas las dificultades que la cárcel plantea hacia el interior de una familia donde no hay redes de contención y los recursos económicos son escasos. Pensemos por ejemplo en una familia con niños y niñas donde el único que trabaja es el hombre y la mujer ha quedado en la economía informal o directamente no tiene fuentes de ingresos. Bajo esta lógica estandarizada de aplicar el mismo tipo de respuesta a todos los casos, la mujer víctima debe decidir si el imputado puede terminar preso y perder el sustento económico del grupo familiar cuando en verdad lo que está pretendiendo es una respuesta eficaz del Estado.

Respecto de este último punto, es esclarecedor el Estudio Exploratorio de Violencia de Género del Ceja, que ya fue citado con anterioridad: *“el 87% de las denunciadas tiene hijos/as a cargo: el 34% tiene 1 hijo/a cargo, el 28% 2 hijos/as, el 6% 3 hijos/as, el 16% 4 hijos/as y el 3% 7 hijos/as. Solo el 13% no tienen hijos/as a cargo”¹⁹*, por otro lado, *“la mayoría de los denunciados son trabajadores remunerados, el 75% del total, el 13% se encuentra desocupado, el 3% es comerciante y en el 3% de los casos no se pudo consignar el dato.”²⁰*, mientras que *“se puede*

¹⁷ Recomendación 33 de la CEDAW, extraída del sitio <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

¹⁸ (Mario A. Juliano - Gustavo L. Vitale, 2015) pág. 35.

¹⁹ ((CEJA), 2020)

²⁰ ((CEJA), 2020)

observar que la mayoría de las mujeres es trabajadora remunerada, el 56% del total, el 22% se encuentra desocupada, el 19% es trabajadora no remunerada y el 3% es comerciante.”²¹ Si bien la mayor parte de las denunciante es remunerada mientras que ello representa el 56% de la población denunciante, el 75% de los denunciados es remunerado y el 87% tiene hijos a cargo.

La estandarización de respuestas, cuando estamos frente a víctimas, no guía a ninguna mejora en la calidad de sistema. Ello responde a un paradigma de “justicia penal sin las víctimas” o “pese a ellas”²², lo que claramente debe contraponerse a un modelo que tienda hacia lo restaurativo, entendiendo cada caso en particular. Se torna completamente necesario desarrollar mecanismos de escucha a la víctima en violencia de género, sin producir revictimización. En este punto es donde considero que el principio de *ultima ratio* es perfectamente compatible con los derechos de la víctima, si estamos prestos a una escucha real sobre su voluntad.

Al respecto, sobre lo que se viene desarrollando, Angriman expresa. “*Al explorar el campo de actuación del poder penal dentro de esta problemática, es clave tener en cuenta que violencia y discriminación de las mujeres constituyen un binomio inescindible, que remite a una problemática social asociada a la estructural y desigual distribución de bienes y recursos entre hombres y mujeres, que se remonta al centro de la historia y que hunde sus raíces en la naturalización de la división socialmente construida entre los sexos, que confiere legitimidad a un orden social patriarcal, que está afianzado mediante instituciones jurídicas, políticas y sociales, donde el derecho ocupa un rol preponderante, y que como todo sistema de dominación se sostiene mediante el uso de diversas modalidades de violencia contra las mujeres. Esto explica que el grado de rendimiento que puede esperarse del sistema de justicia penal sea muy limitado, y, frente a la criminalización de un problema social, queda realzada la operatividad del principio de ultima ratio, puesto que su intervención debe reservarse para los supuestos más graves, en la medida en que el ejercicio de poder punitivo*

²¹ ((CEJA), 2020)

²² RUIZ LÓPEZ, Cristina, “*Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación,* consultado en https://www.ubu.es/sites/default/files/portal_page/files/cristina_ruiz_lopez_tfm_2016.pdf

comporta el empleo de la herramienta más violenta de gestión de la conflictividad social”²³.

Debe adicionarse a lo antes mencionado que, en general, cuando se trata de violencia doméstica, parece existir una visión de una víctima totalmente estereotipada: una mujer débil e incapaz de tomar decisiones. Pareciera que no existe una sujeta de derechos.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Explica Gustavo Vitale que *“Cuando hablamos del poder penal estamos hablando de violencia. El poder penal es violencia: violencia estatal para tratar de afrontar la violencia individual”*²⁴. La violencia estatal sin límites debe ser contenida por principios constitucionales que funcionen como frenos, dentro de los que se encuentra por ejemplo el principio de mínima intervención penal.

Para que la violencia estatal sea contenida, se requiere que sea efectivo el principio de mínima intervención penal y, a su vez, para que esto último sea posible, es necesario que funcionen los mecanismos de diversificación de respuestas frente a los hechos que no son en extremo lesivos. En tal sentido, Vitale expresa: *“Si nosotros no implementamos estos mecanismos de diversificación de respuestas, estas alternativas al proceso penal, a la posible condena o a la posible pena carcelaria, entonces el principio de mínima intervención es una mera proclama; se convierte en una cruda mentira”*²⁵.

La suspensión del proceso penal a prueba es un mecanismo de diversificación de respuestas y entre los objetivos políticos criminales perseguidos se encuentra la disminución de la persecución penal. De esta forma, rompe con el pretendido principio

²³ ANGRIMAN, Graciela, *“Violencia de género y justicia penal: la influencia de la voz de las mujeres en el acceso a la justicia”*, consultado en <https://www.erreius.com/actualidad/12/penal-y-procesal-penal/Nota/343/violencia-de-genero-y-justicia-penal-la-influencia-de-la-voz-de-las-mujeres-en-el-acceso-a-la-justicia>

²⁴ (Mario A. Juliano - Gustavo L. Vitale, 2015) pág. 109-110

²⁵ (Mario A. Juliano - Gustavo L. Vitale, 2015) pág. 110

de legalidad procesal (en mi concepción irrealizable), según el cual todos los delitos deben ser investigados, para dar paso al principio de oportunidad.

Respecto de ello, explica Alberto Binder: “ (...) *Se debe señalar que la discusión sobre la antinomia legalidad y oportunidad es uno de los modos a través de los cuales se ha vuelto a introducir en la discusión del Derecho Procesal Penal actual el problema de la selectividad intrínseca de la Política criminal, que ya destacó con fuerza en las décadas pasadas la Criminología Crítica. La pregunta en esa dimensión interpela al llamado principio de legalidad de un modo muy particular; porque si hay algo que merece el nombre de “funcionamiento estructural” de nuestros sistemas procesales es su funcionamiento selectivo, no ya en el sentido de la “selección primaria”, es decir, el recorte fragmentario propio de la legislación penal, sino en su funcionamiento real, ligado a la preocupación consistentemente arbitraria respecto de unos casos y el descuido sistémico y persistente sobre otros, de un modo independiente de la gravedad de uno sobre otros; funcionamiento arbitrario que se funda tanto en razones políticas como burocráticas, en razones de fondo, provenientes de la desigualdad social como de pequeñas costumbres de los tribunales, fundadas en la desidia o en modelos organizacionales que imponen sus procesos de trabajo sin importar las consecuencias.*

*Tampoco podemos olvidar que se trata de una discusión que pone en el tapete el problema de la eficacia del sistema penal, sin duda uno de los grandes temas de la política criminal contemporánea. En gran medida, estas dos dimensiones (el problema de la selectividad como funcionamiento inevitable del sistema penal y el problema de la eficacia de la justicia penal) están siempre presentes en las discusiones y son, en realidad, los dos grandes temas que se debaten cuando uno discute el principio de oportunidad, sea esto explícito o quede como substrato de un análisis dogmático más clásico, que no expresa con claridad estas preocupaciones aunque las tenga e influya en las soluciones que proponga (...)*²⁶.

Entiendo que un correcto análisis de la profundidad que implica el concepto de legalidad procesal, como el de oportunidad, indica abandonar la idea de colocarlos como antinómicos, para pasar a colocarlos a cada uno dentro de una concepción, un

²⁶ Alberto M. Binder, “SENTIDO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL DE AMERICA LATINA”, extraído del sitio <https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>

paradigma distinto. Entiendo de este modo que el principio de legalidad se ubica dentro de un paradigma del orden mientras que el de oportunidad dentro de un paradigma de gestión de la conflictividad²⁷.

Respecto de esto, continúa explicando Alberto Binder: *“Cuando hablamos del principio de oportunidad, admitimos la necesidad de abandonar la persecución de determinados comportamientos tipificados como delitos, tal como lo expresa el principio de legalidad. Ahora bien, abandonar dicha persecución significa diseñar de un modo completo una política de intervención de la justicia penal en la complejidad social. Es sentar las bases claras de cuáles van a ser los criterios de selección y significa también determinar con claridad la división de tareas entre todas las formas de intervención de los conflictos vistos de una manera integral, sin caer en el ideologismo que sostiene que o aplicamos penas o ya no tenemos ningún otro recurso. De este modo, avanzaremos en una perspectiva constructiva de lo que significa el principio de oportunidad, abandonando la visión que lo piensa desde la negación del principio de legalidad. Se puede perfectamente reflexionar alrededor del principio de selección de casos (oportunidad) sin ninguna referencia al principio de legalidad (política que “excluye” la selección). No son opuestos o, mejor dicho, su consideración como “opuestos” –y la “oportunidad reglada” como síntesis- es una, y no precisamente la más productiva, forma de analizar este tema. La selección de casos se da en dos dimensiones. En primer lugar, existe una dimensión vinculada con la política criminal y, en segundo lugar, otra dimensión relacionada con la justicia penal, concebida como una organización con recursos limitados. Y ahora, aunque parezca obvio, podemos identificar dos criterios que merece la pena destacar porque no se han asumido en la práctica, ni siquiera en el desarrollo de las políticas públicas alrededor de la justicia penal.*

En primer lugar, desde la perspectiva de la dimensión político criminal, podemos asumir que existe un principio rector de la política criminal, propio de un Estado democrático republicano y fundado en el Estado de Derecho, que es el principio de “última ratio”. El Estado usará los instrumentos violentos sólo como última

²⁷ Pude ampliarse el concepto de “paradigma del orden” y “paradigma de gestión de la conflictividad” en Alberto M. Binder “El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual” disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30679.pdf>

instancia, como último recurso, como la última posibilidad que tiene de intervenir como reacción al daño causado. El principio de última ratio, que merece o reclama discusiones teóricas mucho más ricas desde el punto de vista del Derecho Penal, se ha abandonado, se le ha prestado poca atención, se ha sostenido que es solamente un criterio que reviste la forma de una especie de consejo moral a los legisladores -de tal manera que no creen muchos tipos penales- pero que no tiene mayor trascendencia, porque los legisladores pueden en última instancia sancionar cuántas leyes penales quieran. Hasta se lo considera un principio débil cuando, por el contrario, es un principio cardinal que hace funcionar toda la justicia penal. Existe escasa reflexión a su alrededor desde el punto de vista de la dogmática penal, o se ha pretendido conceptualizarlo como un simple rector de la interpretación de los tipos penales. Es decir que, desde el punto de vista de la dogmática penal, se ha empobrecido el principio de última ratio que constituye uno de los fundamentos del principio de oportunidad. Vemos pues que el principio de oportunidad se funda de un modo autónomo en el principio de “última ratio” y por eso no necesita ser desarrollado desde la oposición al principio de legalidad procesal”²⁸.

A ello hago referencia cuando menciono que debe ubicarse al principio de oportunidad en el paradigma de gestión de la conflictividad, puesto que detrás de cada delito subyace un conflicto, pero no en primer término con la ley sino de base social. El principio de oportunidad implica reconocer la base social de ese conflicto.

Respecto del principio de mínima intervención, Binder expone “*Para avanzar en el discernimiento de sus funciones y fundamentos es indispensable ahondar en su contenido, ya que, bajo el nombre de un mismo principio, englobamos distintas manifestaciones de una idea general que debe ser esclarecida. En primer lugar, en sentido estricto, el principio de mínima intervención, en su acepción más general, tiene dos fundamentos distintos. Por un lado, es un límite externo a la política criminal, fundado en la idea de que los hombres no deben ser tratados violentamente (en realidad ningún ser de la naturaleza debe ser tratado violentamente). Es un principio ético que limita la acción del Estado, una manifestación más de la idea propia del Estado de Derecho. En segundo lugar, el principio de mínima intervención es una regla de*

²⁸ (Binder)

eficiencia y como tal constituye un límite interno a la política criminal. Según esa regla, si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de los conflictos es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr y evitar aquello que más peligrosamente se acerca al abuso de poder.

Por otra parte, además de su primer significado, es decir aquél según el cual (1) debe existir una primacía de los instrumentos no violentos o con historia menos abusiva (principio de última ratio), existen otros principios adyacentes que normalmente forman parte de la misma formulación y que son: (2) No se deben utilizar instrumentos violentos si el conflicto no tiene ya algún componente violento que deba ser neutralizado o acotado (principio de mínima intervención en sentido estricto); (3) No existe ningún conflicto que por sí solo tenga una naturaleza que implique la intervención violenta del Estado, ya que la “gravedad” no sólo se mide por los atributos de ese conflicto sino por la eficacia de los métodos de respuesta (principio de máxima eficacia); (4) La selección de un conflicto como uno de aquellos que “reclaman” una intervención violenta no debe ser rígida, ya que siempre se debe dejar la puerta abierta, en el caso concreto, para que otra forma de intervención de los conflictos produzca el mismo efecto social con menor costo en términos de violencia (principio de economía de la violencia estatal). Por otra parte, si bien no se deducen directamente del principio de “última ratio”, son también principios adyacentes el de “utilidad” (es dañino utilizar la violencia si es inoperante) y el de “respaldo”, según el cual la política criminal no tiene finalidades propias, sino que le da soporte, fortalece otra política. Si recomponemos conceptualmente estos principios y le damos un nombre específico (aunque sea de modo provisional) a cada uno de ellos, tenemos un cuadro de los principales principios rectores de la política criminal en un sistema democrático, que constituyen sus límites internos, a los que se le debe sumar los límites externos, provenientes de la idea de Estado de Derecho que son propios del sistema de garantías.

1. Principio de última ratio (primacía de los instrumentos no violentos).

2. Principio de mínima intervención (No se debe introducir violencia allí donde no existe).

3. *Principio de no naturalización (La utilización de la violencia no se corresponde “naturalmente” a un tipo de conflicto. Rigen razones de eficacia).*

4. *Principio de economía de la violencia (la autorización del uso de violencia no puede ser rígida).*

5. *Principio de utilidad (no se puede utilizar violencia ineficaz o inoperante o que produzca resultados mínimos).*

6. *Principio de respaldo (la política criminal “ayuda” siempre a otra política; no tiene finalidades propias)”.²⁹*

En el acápite que sigue, se ve claramente la expropiación de ese conflicto en uno de los fallos traídos a examen, puesto que se puede observar cómo, pese a la voluntad de la víctima, se pretende una respuesta punitiva. Y, peor aún, puede observarse en ambos fallos cómo, en una primera instancia, se pretendía una respuesta punitiva cuando ninguno de ambos casos tenía ya componentes violentos.

El principio de ultima ratio y el de mínima intervención tienen su origen en el Estado Democrático de Derecho; el avance hacia un paradigma de gestión de la conflictividad implica una democratización del conflicto en sí y de la gestión del mismo, debiendo en consecuencia avanzar hacia las manifestaciones del principio de oportunidad y permitir que quienes están involucrados en el conflicto, de manera primaria, puedan arribar a soluciones que eviten acrecentar aún más las consecuencias del mismo.

IV. ANALISIS DE JURISPRUDENCIA RIONEGRINA ACTUAL.

En el año 2017 entra en vigencia la ley 5020, sancionada en 2014, que sanciona el Código Procesal Penal vigente actualmente en la provincia de Río Negro, implicando un cambio de paradigma desde un modelo inquisitivo mixto a un modelo acusatorio-adversarial.

Entre los principios rectores del proceso, el art 14 de dicho cuerpo normativo expresa: *“Solución del Conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del*

²⁹ (Binder)

conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social”. En este sentido, se sostiene que se busca la resolución del conflicto primario.

En tal sentido, en el Capítulo III del CPPRN encontramos las reglas de disponibilidad de la acción penal, estableciendo el artículo 96 los “*criterios de oportunidad*”. De acuerdo con dicho texto legal: “*Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, previo requerir la opinión de la víctima, en caso de que ésta sea habida, en los casos siguientes: 1) Cuando se trate de un hecho insignificante o un hecho que no afecte gravemente el interés público. 2) Cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción atribuida tenga prevista una sanción que exceda los seis (6) años de pena privativa de libertad. 3) En los delitos culposos cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena. 4) Cuando la pena que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos. 5) Cuando exista conciliación entre las partes o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente y se repare el daño en la medida de lo posible. Las partes podrán conciliar en todo delito de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y que la o las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación.*

No corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él”.

Tal como se desprende del artículo anteriormente citado, cuando se trate de un delito cometido mediando violencia de género, pero se encuentren cumplimentados los requisitos anteriormente enumerados, es viable la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba.

A partir de la vigencia del actual Código Procesal Penal, el Procurador General de la provincia emitió la Instrucción General 02/18 en la que se dispone *“En ese orden se hace imperioso que los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, en los casos en que hagan uso del instituto ante casos de violencia de género, no solamente deban fundar debidamente su posición, sino que, además, habrán de valorar y formular especiales consideraciones respecto a que la solución adoptada resulta la más adecuada y reparadora del daño causado; habrán de tener en cuenta además la opinión de la víctima, la ponderación que efectúa sobre la libertad, el empoderamiento de esa libertad al momento de emitir dicha opinión y el mayor bienestar de la víctima y su grupo familiar. Asimismo, deberá considerarse, dentro de las pautas de valoración, si el imputado ha planificado la agresión o la transgresión al orden; la probabilidad de que el mismo vuelva a desarrollar una conducta ilícita o vuelva a constituir una amenaza para la seguridad de la víctima o su grupo primario de relación; el estado actual de la relación de la víctima con el acusado; la historia que presentó la relación entre ambos y toda otra consideración con perspectivas de género del contexto social y familiar que rodea al hecho”*. Sin embargo, dentro de los criterios generales de dicha instrucción se especifica que *“En todos los casos debe consultar a la víctima, pero su opinión no resultará vinculante para la decisión que se adopte”* y entre los supuestos en los que no procede la aplicación de un criterio de oportunidad encontramos entre otros: *“(…) Hechos cometidos con armas (propias o impropias y utilería). b) Hechos cometidos junto a menores de edad cuando hubiere aprovechado tal intervención. c) Casos de violencia de género. d) En los casos de violencia doméstica cuando la víctima se encuentre en un especial estado de vulnerabilidad (ancianos, niños, niñas y adolescentes y personas con capacidades diferentes). e) En casos del delito de desobediencia a la autoridad vinculados con hechos de violencia de género. f) Delitos contra la integridad sexual (...)*.

En 2019 el Tribunal de Impugnación de la provincia de Río Negro decidió hacer lugar al pedido de suspensión del proceso penal a prueba en el legajo “Fernández Claudia Patricia C/ Quintriqueo Félix Maximiliano” Entre otras cuestiones, el tribunal antes mencionado expresó, al momento de hacer lugar a la aplicación del instituto, que *“La carencia de perspectiva de género ha marcado la totalidad de la intervención del ministerio público fiscal y de la judicatura. Nótese que la víctima no sólo no ha sido*

oída por el Juez de Revisión, quien tenía el deber de hacerlo conforme la Ley 26.485 (lo cual vicia ab initio la resolución), sino que su decisión no ha expuesto razonadamente y conforme las constancias de la causa la ponderación del interés y los derechos de la misma. Mas bien encuentro un discurso que, si bien refiere a la violencia de género, desatiende no solo cuestiones básicas de la teoría de género, la calidad de sujeta de derecho de la víctima y de sujeto de derecho del imputado y ... la centralidad del conflicto subyacente, sino también que se desentiende de los efectos de la resolución en la vida de la Sra. F. y su grupo familiar: La respuesta a este fenómeno de automatización de salidas alternativas como expresión de prácticas de discriminación estructural no puede llegar al extremo de negar su aplicación en todos los casos, sobre todo si nos enrolamos en concepciones que insisten en devolver centralidad al conflicto humanizado de los procesos penales (Arduino, Género y Justicia Penal, Ed. Didot)”.

Una de las grandes críticas, desde la perspectiva de equidad e igualdad de género, justamente es la invisibilización de las mujeres y el silenciamiento de sus voces, como víctimas que atraviesan un sistema de justicia patriarcal que emite respuestas homogeneizadoras en todos los casos, sin atender a las necesidades concretas y particulares de cada de una de estas víctimas³⁰. La carencia de respuestas restaurativas en muchos casos revictimiza a las mujeres, a las cuales se les niega “su condición de sujeto social en interacción y relación social activa, así como toda posibilidad de buscar alternativas de respuesta frente al problema, elaborando estrategias para evitar y escapar del maltrato” (Hernández Pita Iyamira, Violencia de género. Una mirada desde la sociología). Corresponde evitar las respuestas autoritarias y reduccionistas de la complejidad del orden social que muchas veces colocan a las víctimas en peor situación, posicionándolas como objetos de protección y no como sujetas con derecho a la protección y prevención de la violencia.

No todos los casos deben resolverse de la misma manera. El poder judicial tiene el deber de dar la respuesta más acorde a los derechos de las partes y, en especial, en casos de violencia de género buscar los medios para generar medidas transformadoras del orden social en general, que sean preventivas, reparadoras y restauradoras para la víctima en particular. Tal como sostiene Arduino: “resulta necesario expandir el debate más allá del horizonte dogmático normativo para evitar posicionamientos rígidos, tanto

³⁰ El resaltado me pertenece.

procesales que ontologizan, con aparente neutralidad, el discurso garantista ignorando que se trata de una construcción historizada, como aquellas reivindicaciones punitivas que, desde el discurso de género, incluso bien intencionadamente, se proponen sin medir los sesgos o manipulaciones autoritarias a que puedan conducir” (Género y Justicia penal, Ed. Didot). Tan autoritaria es la respuesta que, en el presente caso, a la señora F. no solo no se la escuchó como ella misma denuncia (ni siquiera se refirió en los fundamentos de la resolución a los informes que dan cuenta de su posición actual y de su opinión) sino que la consideración de su bienestar estuvo ausente al momento de expresar las razones del posicionamiento tanto por parte del fiscal como de los jueces intervinientes a lo largo del proceso” (del voto de la jueza Rita Custet Llambí.)³¹.

Puede observarse cómo socava tan profundamente a los intereses de la víctima y su familia la aplicación de reglas sin atender al caso concreto, la falta de escucha a la víctima, las respuestas homogéneas, la violación a principios constitucionales y la aplicación de una justicia patriarcal que nada soluciona y el desatender por completo las respuestas que estaban peticionando de manera fundada las personas involucradas en el conflicto.

En similar sentido, el Tribunal de Impugnación de la provincia de Río Negro el 25 de junio de 2020 en autos “CH. C. S. C/ F. M. L. S/LESIONES” (legajo MPFBA 05823-2018) dicta resolución sobre la procedencia de aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba en un delito de lesiones.

Lo originario de este caso a grandes rasgos es que el hecho que ocurrió el 27 de noviembre de 2018 cuando el imputado va a buscar a la casa de ella a su hija en común. En ese momento golpea a la víctima quien cae al piso con un golpe en el rostro y aprovecha para pegarle una patada. Provocándole una lesión en rostro y espalda.

Sostuvo entre otras cuestiones el tribunal: *“No he advertido una sola línea de razonamiento que considere el pedido de la Sra. F. a la luz de todos los informes existentes y su ponderación progresiva en el marco de la dinámica de las relaciones humanas- y que fundamente el rechazo de la suspensión de*

³¹https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=cd8fd2cd-0253-4695-b451-330c4ef74800&stj=0

juicio a prueba que tanto ella como el imputado están solicitando.

No ha existido una exposición de motivos que compare ambas respuestas penales (condenación condicional y suspensión de juicio a prueba) y le dé razones valederas al imputado y -principalmente- a la víctima -conforme lo exige el art. 18 del CN y el art. 200 CP- de la negativa a su pedido de control y acompañamiento judicial mediante el seguimiento a través del instituto de suspensión de juicio. La alegada asimetría de poder no basta por sí sola, para descartar la aplicación del instituto de Suspensión de Juicio a Prueba”³²

Asimismo, dicho tribunal sostuvo “Frente a la veda de aplicación de suspensión de juicio a prueba en casos de violencia de género la sociedad civil ha reclamado que se privilegie la reparación del daño y se atienda el punto de vista de las víctimas, requiriendo que las mismas deben obtener respuestas adecuadas al conflicto. A su vez, sostienen que las víctimas de violencia de género necesitan “más atención a sus derechos insatisfechos, más eficacia dirigida a sus reclamos y menos ensañamiento con las personas victimarias”. Reivindican el tratamiento a las víctimas como sujetas de derecho y rechazan que las mismas sean “usadas por el estado como excusa para aumentar el uso del castigo penal”. Exigen al Estado que cumpla su rol en orden “a resolver causas estructurales de la violencia”. Para las organizaciones resulta positivo otorgar a quien agrede a otra persona por razones y/o en contextos de violencia de género la posibilidad de reparar el daño que se ha producido y han dejado en claro la necesidad de revisar “la cultura patriarcal de la que el castigo punitivo es parte”. Han puesto de manifiesto que llevar todos los casos a juicio pudiendo resolverlos de otra forma distinta, compromete recursos que siempre son limitados para casos extremadamente más graves, destacando que el castigo penal no guarda ninguna relación con la reducción de la violencia (10 razones para no prohibir la suspensión de juicio a prueba. INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales); APP (Asociación Pensamiento Penal); CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Colectivo Ni Una Menos; OCA (Observatorio Contra el Acoso); Red de Mujeres; Colectivo Mujeres al Derecho, Colectivo para la Diversidad

32

https://fallos.jusriego.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=3e1ddf2c-54fb-4153-8460-908a861a7485&stj=0

(COPADI); Campaña Nacional Contra la Violencia Institucional; Asociación Contra la Violencia Institucional; SITRAJU Nación (Sindicato de Trabajadores Judiciales); CEPOC (Centro de Estudios de Política Criminal); Cátedra de Criminología y Control Social, Facultad de Derecho UNR; Cátedra de Criminología Facultad de Derecho UNC; Movimiento de Profesionales para los Pueblos)

En segundo lugar, dejo -una vez más- asentada mi profunda preocupación por el reduccionismo que implica una pretensión de respuesta única para todos los casos, la persistente desvalorización -en un sistema de justicia androcéntrico- de la palabra, la voz y la voluntad de quienes por ser mujer y ser (o haber sido) víctima de violencia son estereotipadas bajo el rótulo de la “incapacidad jurídica” y “la debilidad” y en consecuencia, son despojadas del derecho a ser oídas y del derecho a recibir una consideración fundada sobre sus opiniones. Ergo, son sustituidas en la decisión que afectará sus vidas por quienes presumen, como se ha presumido históricamente, conocer “lo que es mejor para ellas”.

“El Fiscal, ante nuestra audiencia expreso que la voluntad de la Señora Ch. no está viciada, sin embargo, considera que igualmente debe llevar el caso a juicio, porque busca una respuesta punitiva ya que, pretende que el señor F. reciba una condena para evitar que vuelva a atacar a otras mujeres. En el caso no se acredita que el acusado tuviera otras investigaciones en su contra y estas estuvieran vinculadas por su violencia hacia las mujeres con que se vincula.

El Fiscal, en esa dirección, también expresa que adhiere a una respuesta reparatoria, pero no en este caso, repitiendo una supuesta peligrosidad de F., porque al haberlo hecho contra C. hay un ataque al género.” (del voto de la jueza Rita Custet Llambí.)³³

Nuevamente lo que se debatía en el presente caso es la negativa sin fundamento a dar viabilidad a la suspensión del proceso penal a prueba pese a haber sido solicitada por la víctima. En la audiencia ante el Tribunal de Impugnación es el propio fiscal quien sostiene que si bien la voluntad de la señora no está viciada considera que igualmente

33

https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=3e1ddf2c-54fb-4153-8460-908a861a7485&stj=0

debe llevar el caso a juicio porque busca una respuesta punitiva cuando la obligación de considerar la opinión de las mujeres contenida en el art 16 de la ley 26485 debe conllevar al deber de explicitar razones por las cuales en el caso en concreto no se hace lugar a la petición de la mujer. Y por razones en un estado constitucional de derecho debe como mínimo entender una necesidad de fundamentación que la discrepancia.

IV. LA SOLUCIÓN NO ES EL PUNITIVISMO.

Me gustaría retomar la afirmación hecha con anterioridad por Rita Segato, según la cual *querer detener este tipo de crímenes con la cárcel es como querer eliminar un síntoma sin eliminar la enfermedad.*

Explica además Segato que *“En toda agresión de género se cruzan dos ejes de interlocución: un eje vertical, que va del agresor a la víctima. En ese eje o relación, el agresor se dirige a su víctima, le comunica que ella forma parte de su territorio, le hace saber que controla su existencia y la castiga porque le atribuye estar en potencial desacato con el orden patriarcal, es decir que identifica en ella una desobediencia con relación a su posición de patriarca o autoridad en el territorio. Es en ese sentido que he dicho, por ejemplo, que el violador es un moralizador.*

En el eje horizontal la interlocución se da entre el agresor y sus pares. Este es el eje sobredeterminante en la economía simbólica de toda agresión, pues es de sus pares que el agresor recibe el estímulo para agredir y es a los pares -presentes en la escena o en el horizonte mental del agresor- a quien él le dedica la exhibición de la toma de posición y el acto de control sobre el cuerpo de su víctima. Es de los pares de quien emana el mandato de masculinidad y también la titulación de “hombre” que se le asigna a quien cumple con ese mandato. En la agresión verbal, en contextos de acoso laboral, por ejemplo, el eje vertical es el dominante”³⁴.

Nunca la duplicación del dolor fue la respuesta. Utilizo no de forma inocente la palabra dolor, sino en el sentido utilizado por Nills Christie³⁵. La única solución

³⁴ (Rita, 2018). pág. 222.

³⁵ CHRISTIE, Nills, “*Los Límites del Dolor*”, Santiago de Chile, 1° edición, Ediciones Olejnik, 2019, pág. 11 a 13.

posible es la real comprensión y entendimiento; caso contrario, no es posible actuar con eficacia.

Respecto de lo anteriormente expuesto, Eleonora Devoto enfatiza: *“Creo que la violencia de género, violencia contra las mujeres, es un drama cultural, y elijo las palabras que estimo son las mejores para sintetizar el problema.*

No se necesita ser antropólogo o psicólogo social para opinar así, porque tal conclusión es del más elemental sentido humano.

Me parece que se está sobreactuando en relación al tema, no porque la cuestión no sea dramática (así la calificué), sino porque la reiteración de las situaciones trágicas que se suceden no parece que vaya a mermar porque se agraven las penas aplicadas o aplicables a quienes agreden a las mujeres.

Quizá sea sustentable (aunque no es mi pensamiento) que el mayor rigorismo penal pueda reducir la criminalidad respecto de alguna forma de criminalidad, pero cabe augurar que no lo será en ésta. Serán otros los mecanismos, otros los abordajes, para morigerar la incidencia de la violencia contra las mujeres, para desmontar el arraigo machista, que no es, sin embargo, la exclusividad de la violencia llamada de género”³⁶

Se ha insistido a lo largo de este trabajo en que es necesario trabajar sobre ejes de gestión de la conflictividad, escucha a las víctimas y búsqueda de soluciones que permitan arribar a respuestas por fuera de la carcelaria porque, además, este tipo de respuestas habilitan la gestión democrática del conflicto desde que son peticionadas por las víctimas mismas.

Explica Graciela Angriman: *“Desde otro nivel de análisis, no es novedad que en todos los ámbitos la minimización y la naturalización de la violencia masculina contra las mujeres coadyuvan a estimular y legitimar el despliegue de mayores niveles de agresiones y toda clase de maltrato contra las mujeres. Pero no menos cierto es que existe una amplia gama de recursos disponibles en otras instancias de gestión de la conflictividad estatal por fuera de la política criminal, que conllevan menor grado de*

³⁶ (Mario A. Juliano - Gustavo L. Vitale, 2015), pág. 27

limitación de derechos fundamentales y que permiten dar respuestas menos violentas para neutralizar y responder a estos riesgos, cuando no hay peligro concreto ni lesión para el bien jurídico penal. Es siempre ineludible remarcar que la prisión por antonomasia es una institución violenta y que, en las condiciones de prestaciones que ofrece, es una herramienta ineficaz para contribuir a revertir comportamientos vinculados con la violencia machista y satisfacer el fin constitucional de reintegración social de la pena privativa de libertad, porque insalvablemente es un factor criminógeno reproductor de violencias. Dentro de este contexto, es aconsejable evaluar con precaución toda propuesta dirigida a alimentar la ilusión de que las mujeres serán liberadas de la opresión y discriminación del orden social patriarcal mediante el ejercicio de un poder penal que, por su estructural selectividad, inalterablemente ha criminalizado a los estratos más vulnerables de la sociedad, reproduciendo desigualdades, y que, además, como lo devela la retrospectiva histórica, jamás ha sido inocuo ni indiferente para las mujeres, como lo recuerda el poder inquisitorial donde, mediante el Malleus Malleficarum, han sido instaladas como enemigas primarias las brujas”³⁷.

Respecto de las respuestas punitivistas, explica Ileana Arduino, en una entrevista en página 12: *“Hay que abandonar definitivamente la agenda punitivista absurda que se proyecta como una agenda de derechos humanos que sostiene que en materia de violencia de género la respuesta eficaz es siempre el castigo penal. Primero porque hasta acá vinimos así y no resulta. En segundo lugar, porque creo que no hay que confundir desatención estructural con promesa punitiva. Precisamente me parece que el camino de las instancias es el camino del reconocimiento, de la heterogeneidad de los conflictos, de la posibilidad de responder buscando y privilegiando siempre las salidas propositivas y en esto no hay que confundir proposición con perdón o con reencuentro, sino con tratar de encontrar qué medidas reparan, absorben el daño que determinado hecho esté produciendo y se orientan a la gestión preventiva. Esa complejidad no puede ser administrada solo por el sistema de justicia; es indispensable también la articulación de las intervenciones judiciales con otras áreas del Estado, pero también con la sociedad civil (...)*

³⁷ (Graciela)

Yo creo que el punitivismo no es un patrimonio del feminismo. Somos una sociedad punitivista, castigocéntrica, porque no tenemos mecanismos intermedios de gestión de la conflictividad, hay una irracionalidad en la esperanza punitiva en momentos álgidos. Básicamente porque los mecanismos intermedios de gestión no funcionan. No hay mediaciones comunitarias u otro tipo de intervenciones y además el derecho penal es un dispositivo simbólico de muchísima visibilidad. Hay una relación ideológica construida muy fuerte entre reconocimiento de la importancia de un tema y su penalización, lo cual es dramático porque eso es muy barato como política pública en términos de la eficacia que tiene. El estado de cosas que tenemos demuestra que esa situación no responde, no satisface y que es la matriz de la derecha más radical (...)

Las experiencias que buscan respuestas centradas en la composición y la reparación no tienen nada que ver con respuestas destinadas a generar perdón entre víctima y victimario. En el ámbito del Estado, por ejemplo, algunos relevamientos que hemos podido hacer en la Fiscalía Especializada en Género en la Provincia de Neuquén indican que en el 95% de los casos que se aplicó una lógica centrada en la reparación del daño y el cumplimiento de reglas de conductas; hubo prácticamente un 100% de cumplimiento y además sin episodios de reincidencia. Fueron procesos donde las víctimas participaron muy activamente en la determinación de las reglas de conducta y llegaron a esa posición con un acompañamiento integral.

En Lomas de Zamora el juez Gabriel Vitale, aun cuando trabaja con condenas condicionales o en suspenso, tiene también un proceso muy interesante de acompañamiento del cumplimiento de las reglas que se imponen a las personas, que muestra altos grados de efectividad y bajísima reincidencia. Existen también experiencias como en Mar del Plata, donde el uso de mecanismos como la probation (suspensión de juicio con la condición de que la persona cumpla con reglas de conducta) un mecanismo que funciona dentro del sistema de justicia penal pero con lógicas reparatorias o compositivas, también ha tenido resultados exitosos por un involucramiento bastante inédito de la defensa pública como un actor institucional que posibilita que los acuerdos sean cumplidos, que las reglas acordadas sean viables, que se relacionen no solo con el cumplimiento de las medidas sino con medidas orientadas a desactivar otros conflictos que aparecen.

Por otro lado, podemos pensar en experiencias comunitarias en comunidades afroamericanas donde la intervención es acordada de manera comunitaria, no centrada en el castigo sino en la reparación, formada por la idea de que esos sectores conocen en detalle la cara punitiva del Estado y que, lejos de formar parte de la solución, solo agregan más dolor y nuevas posibilidades de mortificación, en lugar de intervenciones dirigidas a desactivar el conflicto y reducir la violencia.

La Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género prohíbe las mediaciones ¿Qué consecuencias trae esta restricción al momento de generar espacios de acuerdos o negociaciones?

Personalmente creo que es momento de revisar esos criterios, que no hay que confundir acceso efectivo a la justicia con acceso a la justicia penal. Al contrario, la heterogeneidad de las formas que asumen las violencias sexo genéricas demanda mucha imaginación y sobre todo heterogeneidad en las respuestas. Si solo pensamos en sistemas en los que se impone un castigo o no, no hay posibilidad de explorar otro tipo de intervenciones que muchas veces garantizan más que la justicia penal, como la escucha efectiva de lo que tienen para decir las personas que protagonizan el conflicto, pero en particular las personas victimizadas. Acaba de publicarse un informe del Ministerio Público Fiscal de la Nación que muestra que, entre la heterogeneidad de intereses que las víctimas expresan cuando se acercan al sistema de justicia, la aplicación de un castigo no ocupa ni remotamente un lugar protagónico.

No existen mecanismos ciento por ciento efectivos ni experiencias cien por ciento exitosas, me parece que de lo que se trata es tener la mayor diversidad de posibilidades de intervención para poder responder de la manera más adecuada a los intereses y a los hechos de cada caso concreto. Las prohibiciones normativas como la que tiene la ley hoy son muy cómodas para el Estado, pero, en definitiva, cuando las personas que llegan al sistema de justicia quieren salirse del proceso penal no tienen ningún otro tipo de intervención eficaz. Sencillamente porque hemos decidido tutelar sin escuchar y me parece que el problema de las intervenciones es básicamente ese. No se puede pensar que hay tutela judicial efectiva, que hay acompañamiento y respeto por la autonomía sin una escucha conducente (...)

El modelo hacia el que hay que ir es un modelo centrado en la reparación antes que en el castigo y que tenga diversidad de respuestas. Hay que romper esa idea falaz entre eficacia y castigo porque ya vemos que las estadísticas muestran que prácticamente no se llega a nada, que ni siquiera se castiga y en los casos que sí se castiga y es solo eso, se elimina la posibilidad de trabajar sobre la resolución del conflicto y la absorción del daño. Hay que tener diseños orientados a que esa respuesta sea una posibilidad, pero no una imposición a las víctimas. El problema del mal uso de la mediación o de los mecanismos negociados es cuando la utilización es producto de extorsiones institucionales o no se hace cargo de las asimetrías del conflicto. La eficacia de esos mecanismos también depende de que las decisiones que esas víctimas toman en esas circunstancias sean decisiones que respeten su autonomía (...)

Un modelo de gestión efectiva de la conflictividad tiene que tomarse muy en serio lo que hoy constituye una de las principales fallas que es el control de los acuerdos, de las medidas que se imponen. No hablo de un control burocrático de las reglas sino de un control activo, con intervención inteligente y articulada, que esté pensando que las medidas que se están imponiendo, las reglas, las reparaciones, tengan relación con los hechos y capacidad de modificar y de reparar. Muchas veces, la experiencia comparada y los resultados de algunos trabajos que nosotros hemos hecho, indican que se imponen reglas de conducta que no tienen nada que ver con el tipo de conflicto. Por ejemplo, usar la prohibición de consumos en casos donde la circunstancia de consumo no tuvo nada que ver. O bien la imposición de tareas comunitarias que tampoco guardan ningún tipo de relación con el daño que se ha hecho. Se trata de pensar inteligentemente la posibilidad de que lo importante es reparar y componer en el sentido de absorber el daño.

Esto que planteas me recuerda dos casos en los que se recurrió fuertemente a esa agenda punitivista, el caso de la violación en manada en Chubut donde sorprendió que la víctima haya acordado un juicio abreviado y la condena a prisión perpetua en el caso Nahir Galarza, donde el feminismo se corrió prácticamente sin hacer mención respecto del proceso judicial y la pena que recibió.

El caso de Nahir Galarza lo que deja en detalle es algunos niveles de confusión. Por un lado, para muchas expresiones del feminismo en su momento el problema fue la

velocidad de la condena -en realidad es un problema la demora en los procesos judiciales-, pero no es un ensañamiento un juicio oportuno tanto para víctimas como para acusados, el juzgamiento en tiempo es un derecho. Esta idea de leer apresuradamente como ensañamiento patriarcal algo que en realidad tiene que ver con una dinámica de funcionamiento de la Justicia, que ojalá no demorara los tiempos que demora en ningún caso, es un primer punto. Otro tiene que ver con advertir el subrayado punitivo que la criminología viene marcando mucho en relación con una mayor dureza de las condenas cuando las personas acusadas son cis mujeres, lesbianas, trans, travestis. Pero en este caso particular, este plus disciplinario y finalmente esta paradoja de que a ella le cabe la Ley de Ejecución Penal que impide egresos anticipados por la pena que tiene y por el delito por el cual ha sido condenada, fue sancionada tras el femicidio de Micaela García. Acá vemos cómo se afila la guillotina que luego nos cae encima.

Recordemos en el caso de Chubut, el fiscal Fernando Rivarola, a cargo de la causa, propuso un juicio abreviado a pedido de la víctima, quien había expresado que esa era su decisión porque quería terminar pronto con ese proceso que ya le había causado demasiado dolor, incluso tuvo que mudarse del lugar donde vivía por las amenazas que recibió. El repudio generalizado hacia el fiscal se dio cuando describió la conducta de los acusados como “desahogo sexual doloso” una expresión vetusta para referirse a lo que en realidad fue una violación en manada, mientras se cuestionaba al fiscal ¿el pedido de la víctima se pasó por alto?

En cuanto a ese caso, el primer llamado de atención fue el modo en el que la reacción colectiva -la violencia sexual y la violencia de género son un tema de agenda pública- se posicionó con total prescindencia de la más mínima idea acerca de la voluntad de la persona que había estado en ese proceso. Incluso con posiciones extremas diciendo que, aunque ella no quiera el caso es grave y debería ir igual a juicio. Pero ese juicio lo soporta un cuerpo, un conjunto de emociones, una subjetividad que es la de esa víctima. Por otro lado, también este planteo especular permanente respecto de que si la Justicia fuera de otra forma ella no hubiera elegido desistir de ir a juicio. Lo que supone un registro de buenas y malas víctimas dentro del propio feminismo. Es cierto que hay un montón de casos donde la víctima no llega al juicio

porque no existen todas las herramientas para sostenerlo, y por supuesto esto es una decisión condicionada de una manera ilegítima. Pero también hay casos en los que decididamente alguien no quiere ir a juicio. Se trata de que el sistema funcione ofreciendo a las víctimas condiciones de gestión que no minen su autonomía y a la vez respetar las decisiones de quienes no quieren sostener los procesos punitivos por más justos que a nosotres nos parezcan desde afuera.

Hasta donde entiendo, en el caso de Chubut, la víctima ahora sí tiene una abogada querellante porque los abogados en todo este ida y vuelta decidieron no acordar el juicio abreviado. Entonces lo que me gustaría colocar es la pregunta de si finalmente ella está yendo a juicio porque autónomamente decidió eso o el conjunto de presiones más el devenir del caso le terminaron imponiendo un juicio frente a un acuerdo que era lo que ella había construido y decidido.”³⁸

Es necesario un cambio de sensibilidad ética o lo que desde el feminismo se ha dado en llamar “deconstrucción” y considero que ello puede ser viable desde el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba, puesto que permite que, por ejemplo, una víctima pueda acceder a una terapia solventada por su agresor, el agresor pueda acceder a una terapia con perspectiva de género, entre un sinfín de herramientas que permiten canalizar la problemática de mejor manera que la cárcel. Sobre todo, teniendo en cuenta que se trata de delitos leves, el proceso de deconstrucción del agresor puede ser mucho más factible y viable.

Entiendo que la perspectiva de género implica una transversalidad en el análisis y que necesariamente debe escindirse de una mirada punitivista a los fines de poder democratizar los procesos penales y obtener una solución del conflicto (y no por el contrario lo que actualmente ocurre, una agravación del mismo). A los fines de posibilitar ello, entiendo que resulta imprescindible abandonar la estandarización de respuestas y obtener una real escucha de los requerimientos de la víctima.

³⁸ Entrevista a Ileana Arduino, “Justicia no es igual a cárcel”, Página 12 20/11/2020, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/306610-justicia-no-es-igual-a-carcel>

V. CONCLUSIONES.

Dependiendo de la postura que se sustente, se puede afirmar (o no) que no es posible encontrar una pena justa, ya que la imposición de sufrimiento a una persona por parte del Estado puede concebirse sólo como una manifestación política, esto es, un hecho de poder. Sin embargo, debe tenderse a que el derecho penal brinde elementos para reducir los efectos nocivos del ejercicio del poder irracional.

Por otra parte, dentro de aquella lógica debe encontrarse una tensión más o menos equilibrada con la voluntad de la víctima de un delito, específicamente conforme a lo aquí desarrollado, de género. Creo perfectamente compatible un derecho penal constitucional de *ultima ratio y mínima intervención penal* con una respuesta adecuada y eficaz a las víctimas de violencia de género.

Las herramientas que brinda la suspensión del proceso penal a prueba pueden ser sumamente provechosas desde una multiplicidad de extremos: el derecho de la víctima a ser oída, a que se respete su voluntad y obtener reparación, los derechos del imputado, el principio de mínima intervención penal y, fundamentalmente, la construcción de un proceso de cambio que realmente movilice sobre las bases las estructuras patriarcales.

Es necesario asimismo trabajar sobre los estereotipos de víctimas y el impacto que trae aparejado que la opinión de las mismas no sea tenida en cuenta, pasando por alto la opinión y expropiando por completo el conflicto. Estas prácticas son revictimizantes, violan el derecho de acceso a la justicia e incrementan la desconfianza de las víctimas hacia el Estado y, por consiguiente, el servicio de justicia.

Asistimos a un momento en que debe tenderse cada vez más a la democratización del conflicto, a brindar espacios donde puedan los principales protagonistas arribar a soluciones, si es que ello es posible, y a que esa tensión sea equilibrada, a la luz de abandonar el paradigma del orden para arribar a uno de gestión de la conflictividad.

Comparto en el presente trabajo una visión compatible con una postura criminológica propia de las corrientes críticas, de criminología crítica, que pone atención fundamentalmente en la reacción estatal frente a los delitos, concibiendo al

delincuente como un ser humano normal, no distinto a los demás, no caracterizado por rasgos físicos o psicológicos. Esta concepción del crimen lo concibe como un fenómeno no eliminable, que forma parte de la vida. Los delincuentes no son seres humanos distintos a los no delincuentes. Cualquier persona puede infringir la ley penal.

Las corrientes positivistas, por el contrario, concebían al crimen como algo propio de seres humanos distintos (de allí la tipología de delincuentes de Lombroso, por ejemplo, que partía de la afirmación de la existencia de delincuentes "natos", que nacían ya con inclinaciones criminales y que había que perseguirlos, aunque no cometan delito alguno, por su "peligrosidad").

Los imputados de delitos de género no pueden ser tratados como personas anormales, sino como seres humanos como cualquier otro, y, como tales, no pueden ser tratados como "peligrosos" y con menos derechos que otros, por ser tales. Al contrario, si se los acusa de hechos no demasiado graves, para los cuales la ley admite la procedencia de la suspensión del proceso a prueba, tienen derecho a esta vía alternativa, del modo que defiende en este trabajo: dependiendo, entonces, de la conformidad (no del fiscal sino) de la víctima.

A ello debe agregarse que muchas veces la negación de la aplicación del proceso penal a prueba llega cuando ya no hay un conflicto entre víctima y agresor, por lo cual, solo agrava el conflicto primario que alguna vez existió.

BIBLIOGRAFÍA

CEJA, C. d. (2020). *INECIP*. Obtenido de <https://inecip.org/publicaciones/estudio-exploratorio-sobre-practicas-del-sistema-de-justicia-en-torno-a-casos-de-violencia-de-genero-en-la-justicia-nacional-de-la-ciudad-de-buenos-aires/>

Agustina, I. S. (2013). Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista. *Delito y Sociedad*, 85-109.

- Angriman, G. (s.f.). *errei.us*. Obtenido de <https://www.errei.us/actualidad/12/penal-y-procesal-penal/Nota/343/violencia-de-genero-y-justicia-penal-la-influencia-de-la-voz-de-las-mujeres-en-el-acceso-a-la-justicia>
- Arduino, I. (20 de noviembre de 2020). Justicia no es igual a carcel. (E. Santoro, Entrevistador) Obtenido de <https://www.pagina12.com.ar/306610-justicia-no-es-igual-a-carcel>
- Baigún, D. -Zaffaroni, E. R. (2002). *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Binder, A. M. (s.f.). *INECIP*. Obtenido de <https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Binder-Principio-de-oportunidad-1.pdf>
- Ruiz López, Cristina (s.f.). *Universidad Carlos III de Madrid*. Obtenido de https://www.ubu.es/sites/default/files/portal_page/files/cristina_ruiz_lopez_tfm_2016.pdf
- Vitale, G.L. (octubre de 2014). *SAIJ*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/gustavo-vitale-debates-actuales-sobre-proceso-penal-suspension-proceso-prueba-para-delitos-genero-dacf150174-2014-10/123456789-0abc-defg4710-51fcanirtcod>
- Iglesias Skulj, A. (2013). Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista. *Delito y Sociedad*, 85-109.
- Juliano, Mario A. - Vitale Gustavo L. (2015). *Suspensión del proceso penal a prueba para delitos de género. Un mecanismo de prevención*. Buenos Aires, Hammurabi.
- Jusrionegro*. (s.f.). Obtenido de https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=cd8fd2cd-0253-4695-b451-330c4ef74800&stj=0
- Larrauri, E. (2007). Obtenido de http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Criminologia_critica_y_la_violencia_de_genero.pdf

Maqueda Abreu, M. L. (20 de enero de 2006). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02>

Christie, Nills (2019). *Los límites del dolor*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

Recomendación 33 CEDAW. (s.f.). Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora Gabriel Arnaldo, 14092 (CSJN 23 de 04 de 2013).

Segato, Rita (2018). *La guerra contra las mujeres*. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Prometeo.

Vitale, G. L. (octubre de 2014). *SAIJ*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/gustavo-vitale-debates-actuales-sobre-proceso-penal-suspension-proceso-prueba-para-delitos-genero-dacf150174-2014-10/123456789-0abc-defg4710-51fcanirtcod>