

El abordaje de la violencia desde la perspectiva del derecho penal

1. Introducción

Mucho se discute respecto de la pertinencia del abordaje de la problemática de la violencia doméstica desde el derecho penal. Este debate ganó protagonismo en el escenario nacional a la hora de sancionar las herramientas legales para combatir la violencia doméstica, imponiéndose la corriente que considera que se trata de una conflictiva social y no de un delito.

Sin embargo, recientemente se han producido algunas modificaciones que parecen revertir esa tendencia pues la normativa legal vigente en materia de violencia de doméstica habilita su implementación por parte de cualquier magistrado o magistrada, incluso de quienes poseen competencias penales. Asimismo, tras la sanción de la ley 26.791¹ se modificó el código penal agravando el monto de las sanciones de aquellas agresiones que se cometen con base en el género, la identidad de género y la orientación sexual y/o en virtud de haber mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.

De esta forma y aunque en nuestro país la violencia doméstica no constituye un tipo penal específico, como ocurre por ejemplo en otros como Estados Unidos o España, cientos de miles de casos que presentan esta problemática transitan por los estrados judiciales con competencia penal.²

Al respecto, resulta oportuno señalar que, en estos casos, no se analizan contextos

¹ Ley 26.791. Sancionada: Noviembre 14 de 2012. Promulgada: Diciembre 11 de 2012. Publicada en el Boletín Oficial del 14 de Diciembre de 2012. Número: 32543. p.: 1.

² En este trabajo se analiza el modo en que se abordan los casos de violencia doméstica en el ámbito de la justicia penal de la CABA. No se profundiza respecto de la pertinencia del tratamiento de esta problemática desde esta rama del derecho.

en los que sólo existen relaciones de violencia, sino también en los que se producen hechos constitutivos de acciones reprimidas por nuestro ordenamiento penal (delitos). Es precisamente ello lo que promueve la intervención del derecho penal y, por tanto, lo que torna dificultoso cuestionarse, por lo menos desde el punto de vista práctico, que así suceda. En efecto, si frente a cualquier conducta típica, como por ejemplo un robo o un homicidio, difícil sería cuestionarse si corresponde o no la intervención del derecho penal, tampoco correspondería hacerlo ante la amenaza vertida por uno de los miembros de la pareja en el contexto de una conflictiva como las que se analizan en el presente trabajo.

Por tal motivo, en el presente capítulo se señalan las características del enfoque de la violencia doméstica desde el derecho penal y cómo éste se inserta frente a la necesidad de asegurar un análisis integral e interdisciplinario de la problemática.

Antes, se da cuenta de una creciente tendencia hacia la criminalización de los conflictos sociales entre los que también se encuentra el de la violencia doméstica, y las razones esgrimidas por ciertos sectores del colectivo feminista que impulsan su abordaje desde la perspectiva del derecho penal. Esto permite comprender que se trata de un proceso que no sólo involucra a esta última problemática en particular, sino que representa un complejo discurso instalado hace ya varias décadas que, mientras por un lado asigna relevancia pública al flagelo, por otro, conduce a una retirada del Estado en términos de la provisión de los recursos públicos necesarios para su atención.

Expuesto todo ello, se analizan los criterios delineados por los jueces y juezas del fuero penal local a la hora de poner en práctica criterios, principios e institutos que hacen al desenvolvimiento de la disciplina penal.

2. El avance punitivo: la tendencia creciente hacia la criminalización de las problemáticas sociales

Tal como se señaló, en los últimos tiempos creció la demanda de intervención del sistema penal a través de la aplicación de sanciones en los casos de violencia doméstica. Cabe preguntarse si esta demanda recae sólo sobre esta problemática social en particular o si, en cambio, constituye una tendencia generalizada respecto del modo en que dichos problemas son abordados por parte de las autoridades públicas. La respuesta se orienta rotundamente hacia la segunda afirmación.

En efecto, en las últimas décadas la respuesta estatal a los problemas sociales en general se caracterizó por una reducción del Estado social y un crecimiento significativo del poder punitivo. Sostiene Garland (2005) al respecto que:

Durante gran parte del siglo XX, la mayoría de las decisiones de la política criminal y de la justicia penal se basaban en un estilo *social* de razonamiento. Los problemas del delito tenían una causa social y una solución social. Los problemas particulares que surgían debían ubicarse en su contexto social, debían rastrearse sus raíces sociales y debían tratarse con las herramientas sociales más apropiadas, como la asistencia social personalizada, la provisión social y la reforma social [modelo del estado social o *welfare*]. Recientemente, sin embargo, ha surgido una nueva forma de enfocar los problemas, un estilo que podría describirse como “económico” en lugar de social. Esta manera de pensar ha moldeado la forma en que los profesionales de la justicia penal toman decisiones, asignan recursos y hacen uso de sus poderes (p. 306).

Según Garland (op. cit) esto se debe a que:

Con el transcurso del tiempo, nuestras prácticas de control del delito y de hacer justicia han tenido que adaptarse a una economía cada vez más insegura que margina a importantes sectores de la población; a una cultura consumista y hedonista que combina libertades personales amplias con controles sociales débiles; a un orden moral pluralista que lucha por crear relaciones de confianza entre extraños que tienen muy poco en común; a un Estado “soberano” que es cada vez menos capaz de regular una sociedad de ciudadanos individualizados y grupos sociales diferenciados; y a tasas de delito crónicamente elevadas que coexisten con bajos niveles de cohesión familiar y de solidaridad comunitaria. El carácter arriesgado e inseguro de las relaciones sociales y económicas actuales es la superficie social que da origen tanto a nuestra nueva preocupación enfática y generalizada por el control como a la velocidad y afán con que segregamos, fortificamos y excluimos. Es esta circunstancia de fondo la que alienta nuestros intentos obsesivos de mantener bajo vigilancia a individuos sospechosos, de aislar poblaciones peligrosas e imponer controles situacionales en escenarios que, de otro modo, serían abiertos y fluidos (pp. 314/315).

Desde fines de la década de 1970 estas transformaciones políticas, económicas y culturales han dado lugar a nuevas formas de entender y gestionar las cuestiones colectivas vinculadas al ámbito de lo público. Así, los fuertes cuestionamientos recibidos por el modelo del Estado de bienestar o “welfare”, –sus instituciones, su

propia dinámica y la lógica con que se definían las políticas públicas— han marcado el surgimiento de nuevos discursos que, en el plano filosófico y político dieron sustento al desarrollo de nuevas formas de administrar los recursos públicos y concebir la propia gestión estatal.

Dentro de este campo complejo de redefiniciones y transformaciones se ubica por supuesto la “gestión de la conflictividad” y la problemática del “delito” que en los últimos años son visualizadas en una crisis permanente, que lejos de retraerse se agrava día a día. Dicha crisis, percibida como un incremento de la violencia y en consecuencia del riesgo y la inestabilidad a la que son sometidos amplios sectores de la sociedad, se tradujo también en un difundido sentido de crisis de los actores estatales que tradicionalmente han sido competentes en este terreno de las políticas públicas, generalmente ubicados en el nivel estatal federal o provincial —policía, justicia penal, prisión—.

Ante este panorama, se produjo un desplazamiento respecto de quienes son visualizados como responsables, pero también respecto de quienes efectivamente terminan adoptando las decisiones importantes en la materia. Como consecuencia de los fuertes cuestionamientos a los que se hiciera referencia, tuvo lugar una creciente “politización” de la cuestión criminal, entendiéndose por tal el proceso caracterizado por resultar la clase política la que define las políticas, idearios, discursos, etc., vinculadas al abordaje y tratamiento de la problemática del criminal, se desplazó así al cuerpo —burocrático y especializado— de expertos y expertas en la materia, conjuntamente con las instituciones propias del modelo de bienestar.

Siguiendo a Garland —quien analiza los procesos desarrollados en los Estados Unidos y el Reino Unido, pero cuyas conclusiones también considero aplicables al caso argentino— puede afirmarse que frente a esta situación se delinearon dos respuestas estatales típicas. Por un lado, una “respuesta denegatoria”, caracterizada por una actitud que niega la realidad, sus transformaciones y la insuficiencia de las respuestas hasta el momento conocidas. En virtud de ello, reafirman la conveniencia de continuar aplicando las mismas políticas, incrementando y enfatizando la utilización de viejas técnicas de intervención. En esta línea, se construye como discurso público que el mapa actual se debe a no haber avanzado lo suficiente en el camino marcado desde el pasado o, incluso, al hecho de haber generado reversiones que han debilitado exageradamente las estrategias de control del delito. Este tipo de respuesta ha sido fuertemente impulsada por los sectores “políticos” y se ha apoyado fuertemente en la penetración del neoconservadurismo —en sus diferentes aristas locales— como racionalidad gubernamental, especialmente desde la década de 1990

en adelante, generando lo que Sozzo (2009) define como “populismo punitivo”. Entre estas nuevas estrategias de control del delito que sin dudas constituyen la tendencia predominante, encontramos decisiones y acciones caracterizadas por el incremento del uso de la fuerza por parte de las policías, la multiplicación de la población carcelaria con las consiguientes situaciones de sobrepoblación y hacinamiento, entre otras.

Por otro lado, se planteó una “respuesta adaptativa” que reconoce los límites de las maneras de pensar y actuar que tradicionalmente han sostenido los actores estatales competentes y busca generar innovaciones. A diferencia de la respuesta “denegatoria”, se caracteriza por el desarrollo de una serie de propuestas que no poseen demasiada coherencia o unidad y sí un alto nivel de heterogeneidad. Éstas, que incluyen desde la racionalización y comercialización de la administración de la justicia penal a las iniciativas de instalación legal de alternativas a la pena privativa de la libertad, fueron construidas en el marco del neoliberalismo (por oposición al Estado de bienestar).

Además, un cambio crucial comprendido en este tipo de respuesta estatal ha sido la reubicación y traspaso de responsabilidades desde los actores estatales tradicionalmente competentes en materia de control del delito hacia otros actores, en un verdadero proceso de “responsabilización” —como lo ha llamado pioneramente Omalley (2006)— que se ha hecho especialmente visible en las formas de “privatización”, con o sin fines de lucro, de las intervenciones para producir seguridad.

Como se mencionó en el acápite anterior, a partir de 1960 se fue gestando un incipiente reconocimiento de la violencia de género como una cuestión de derechos humanos y como derivado, la positivización de prerrogativas de protección para las mujeres. Sin embargo, paralelamente se produjo una desarticulación del aparato público estatal de protección y atención social de las problemáticas que, por supuesto, también afectan a este colectivo. Y, en su lugar, se delinearon respuestas que privilegiaron la desresponsabilización estatal y el crecimiento del poder punitivo.

Resulta en este punto pertinente adoptar la categoría desarrollada por M. Beloff (2008), cuando al analizar las reformas legales y el reconocimiento de los derechos económicos y sociales de los/as niños/as en Latinoamérica, habla de una “victoria pírrica”,³ pues aquello que parece un avance en términos del reconocimiento de derechos se ve contrarrestado por la “desresponsabilización”

³ Beloff utiliza el concepto de “victoria pírrica” para dar cuenta de cómo tras la sanción de instrumentos internacionales de Derechos Humanos y reformas legales en materia de derechos de los niños y niñas, que significaron un avance en el campo de los derechos de primera generación, la desarticulación de la institucionalidad tutelar estatal produjo un retroceso en términos del reconocimiento y ejercicio de los derechos económicos y sociales de aquel segmento de la población.

estatal y la desarticulación de políticas de atención social (y su reemplazo por políticas punitivas) cuyo desarrollo permitiría precisamente tornar efectivos los derechos reconocidos.

De esta forma, podemos señalar que el discurso punitivo que pretende vincular la violencia doméstica con la sanción penal como única alternativa para la solución del caso, no puede asignársele de manera exclusiva al reclamo de un importante sector del movimiento de mujeres, sino que se enmarca en un proceso mucho más amplio que refleja un tiempo social que lo trasciende.

Ahora bien, dentro de este escenario cabe preguntarse por qué la violencia doméstica recibe especial atención y constituye una temática que expresa con claridad la criminalización de los reclamos sociales. Afirma Larrauri (2011), al analizar la tipificación penal de este tipo de comportamientos en España que, en el delito de violencia doméstica el enemigo está claro, pues la mayoría de la población simpatiza con las víctimas y, además, es un comportamiento cuya criminalización permite quedar bien con todos. En estos tiempos de políticas neoconservadoras, vincular la imagen de delincuente a la del maltratador, suministra un argumento adicional para desvincular la delincuencia de los temas clásicos de pobreza y exclusión social.

3. La criminalización de la violencia doméstica

Algunos discursos feministas no parecen mantenerse ajenos a las transformaciones sociales mencionadas. Por el contrario, pese a que un gran número de sectores del movimiento poseen una visión crítica y poco esperanzadora respecto del sistema penal y, más precisamente, respecto de su aporte en la resolución de los casos de violencia contra las mujeres, otros sectores se inscriben en la lógica de reclamar mayores respuestas punitivas ante situaciones de violencia doméstica y de género; aunque, como se expuso, no puede asignárseles la responsabilidad exclusiva por el crecimiento de la represión punitiva.

Según Larrauri (2007) son dos los tipos de feminismo que contribuyen a reforzar esta idea. Por un lado, aquel que posee plena confianza en el derecho penal y las penas nunca le parecen suficientes e identifica estar a favor de penas más severas con defender los intereses de las mujeres. Por otro lado, se ubica al feminismo “progresista”, que trabaja más de cerca con mujeres maltratadas y tiene una actitud más crítica de la intervención penal. Sin embargo, no escapa al hecho de considerar que si la problemática es recogida por el derecho penal, es decir si se criminaliza la respuesta ante el hecho violento, su relevancia social crece y se

instala en otras condiciones en la agenda pública. Esto es, otorga al derecho penal el rol de calificar la gravedad de los flagelos sociales. En efecto:

...en nuestras sociedades la criminalización de un problema es el indicador de su gravedad social. En esta línea todo movimiento social, y desde luego no sólo el feminista, pretende, para poner de manifiesto la importancia de su reivindicación, conseguir que ésta se incluya en el código penal. Que hay otras formas de mostrar el rechazo social es evidente, pero en nuestra sociedades el derecho penal se ha convertido en el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales (Larrauri, 2011).

Esta función positiva del derecho penal es la que recoge el diseño del derecho internacional de los derechos humanos y la elaboración de instrumentos específicos en la materia, a efectos de dotar de visibilidad a la problemática. Sin embargo, no responde el interrogante de si la respuesta penal es la más efectiva.

Desde este punto de vista, el derecho penal viene a reforzar los valores que fueron objetivados en la norma positiva, es decir, aquellos que se consideraron relevantes para la convivencia social. En efecto, la criminalización no sólo supone la tipificación de una conducta, sino la articulación de una serie de mecanismos estatales para investigar, enjuiciar y condenar un conjunto de prácticas que se juzgan disvaliosas. Constituye lo que se denomina como función de garantía secundaria (Ferrajoli, 1999) que implica que, sin la reprimenda o sanción que representa la pena, la mera enunciación de la prohibición de realizar un comportamiento en contra del derecho positivamente reconocido carecería de toda eficacia.

Además de esta función práctica, se reconoce en la criminalización de este tipo de comportamientos una importante función simbólica. Según Torres Falcón (2001) “La penalización de la violencia contra las mujeres tiene una enorme carga simbólica; implica que la sociedad la condena severamente, pues la incluye en el catálogo de conductas antisociales, perniciosas, deleznable” (p. 69). En este mismo sentido sostiene Birgin (2000) que:

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido las conductas de varones y mujeres, a los que convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Este discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el

juego de relación de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar (p. 10).

La sanción penal de los comportamientos violentos los coloca en el escenario público, los visibiliza y reprime mediante una consecuencia legal y también a través del reproche moral que los ubica por fuera de los valores socialmente aceptados. Se comprende aún más dicha importancia cuando por definición, los comportamientos que constituyen violencia doméstica se producen en el ámbito de lo privado que, por muchos años, conllevó la inacción y el encubrimiento por parte de las autoridades públicas.

Importa también, para muchos sectores del movimiento de mujeres, una lucha por ganar terreno dentro del campo del derecho que encierra una cultura patriarcal que históricamente ha sojuzgado a las mujeres. En definitiva, una lucha incesante por tornar más igualitarios ámbitos que aun, pese a significativos avances, mantienen a las mujeres en planos subalternos.

4. Las características del enfoque penal: las categorías del derecho y la discriminación de las mujeres

Cuando se pugna por una mayor intervención de corte penal en aquellos casos que encierran contextos de violencia doméstica no debe perderse de vista que el propio sistema, esto es la herramienta del derecho penal, contiene una fuerte carga discriminatoria respecto de las mujeres. Refiere Birgin (op. cit) que:

Parecería desconocerse que dentro del sistema penal existe una visión del género y que este sistema refleja la visión que los numerosos mecanismos sociales han construido sobre el género (...) no se puede olvidar que el sistema penal ha ejercido ciertas funciones de control social en relación con las mujeres y que, durante el desarrollo de tales funciones, ha asimilado una percepción del género de la mujer como sujeto no digno de tutela en las mismas condiciones que el varón (p. 12).

El abordaje de la violencia doméstica desde este campo, en consecuencia, se encuentra dotado de un sinfín de categorías discriminatorias que ubican a las mujeres en un plano de subordinación respecto de los varones, ya que mediante este sistema se ejercieron históricamente funciones de control social sobre ellas. Por supuesto no es privativo de las mujeres, pues no puede desconocerse que el derecho

penal forma parte de una estrategia de disciplinamiento y control social (Foucault, 1996). Sin embargo, debe tenerse presente que los juicios vertidos en el proceso de criminalización están fuertemente enraizados en una cultura androcéntrica que durante cientos de años supuso la subordinación y discriminación de la mujer y cuya deconstrucción, está claro, no se producirá de un día para el otro.

Esto se ve muchas veces reflejado por ejemplo en que, como señala Torres Falcón (2001):

...tanto en las agencias de policía, el ministerio público, así como en los juzgados, no es extraño observar que se verifiquen pactos patriarcales entre funcionarios y agresores; por ejemplo, se les recomienda que ejerzan su autoridad de otra manera, que traten de no excederse, o se hacen bromas sobre la violencia (p. 69).

En este sentido, agrega Torres Falcón (op. cit) que “En el imaginario social, perviven ideas que culpan, en mayor o menor grado, a las víctimas, justifican cierta violencia como inevitable o por lo menos tolerable y, en síntesis, ven el problema como irresoluble” (p. 80).

Asimismo, existen características propias de la disciplina y del proceso penal que resultan limitantes de un abordaje integral de la problemática de la violencia de género. A continuación se destacan algunas de ellas.

4.1 El principio de legalidad y la valoración del contexto

El derecho penal liberal reconoce una serie de principios que constituyen la base de su ejercicio en las sociedades occidentales. Estos principios conforman un conjunto de garantías para las personas que limitan el ejercicio del poder punitivo estatal. Uno de ellos es el de *legalidad* según el cual, en sencillas palabras, ninguna persona puede ser penada por la comisión de una conducta que no estaba prohibida por la ley en el momento en que ésta se produjo.

Dicho principio, aplicado al análisis de los casos de violencia doméstica, se convierte en muchas ocasiones en una limitación para un abordaje contemplativo del contexto en el que el hecho puntual o conducta típica se produjo. Esto es así, por cuanto el derecho penal se centra en el hecho mediante el cual se ejerció la violencia y no en el contexto en que la misma se produjo, resultando éste último de relevancia escasa o casi nula. En efecto, si el fundamento de la pena es la comisión de la conducta prevista en la norma, para la investigación penal será relevante corroborar

dicha conducta. Como consecuencia, se restará importancia al contexto en el que fue producida o a cualquier otro elemento que no sirva para tenerla por acreditada.

Sostiene Famá (op. cit) que:

...la propia restricción o limitación del derecho penal, ligada al requisito de tipicidad o principio de legalidad que subyace en todo sistema garantista, deja muchos supuestos de violencia doméstica fuera de su ámbito de protección. En efecto, la valoración de la prueba, en estos casos, está supeditada al resguardo de ciertas garantías constitucionales, como la presunción de inocencia y las reglas del debido proceso, que no pueden obviarse en el procedimiento penal. En las denuncias por violencia familiar la prueba suele ser escasa en tanto, en general, es la propia víctima el único testigo de los malos tratos o, a lo sumo, lo son sus familiares más directos, cuyo vínculo con la denunciante resta valor a sus testimonios (p. 28).

Al resultar de significativa relevancia el hecho en particular, ello hace que también muchas otras situaciones que no alcanzan a configurar la figura típica –téngase en cuenta que en nuestro sistema legal no existe el tipo penal de violencia doméstica– queden por fuera de la atención del sistema penal, es decir que actúa como filtro entre aquellos que pueden ser abordados por los estrados penales y los que, por ausencia de elementos probatorios o no ajustarse a la descripción de la conducta prevista en la ley, se remiten a los juzgados civiles o bien quedan impunes. El filtro paradigmático lo constituye el de las lesiones físicas, pues “Cuando la violencia no deja ‘marcas visibles’, resulta más dificultoso acreditar su existencia” (Famá, op. cit, p. 28).

4.2. El dolo como requisito para promover la investigación

La comisión de una conducta reprimida por la ley exige, en términos generales, que para que sea aplicable la sanción el autor o autora haya tenido la intención de actuar con dicho objetivo, es decir provocar la afectación del bien jurídico tutelado por la norma. Esto origina algunas complicaciones al analizar los casos de violencia doméstica ya que, como afirmara Lemaitre (2008):

...puesto que la violencia contra las mujeres es un caso de ocurrencia común, que se sustenta en una cultura milenaria que la condona, resulta que la “intención” del agresor es la de ejercer unas prerrogativas a las que, a su

modo de ver, tiene derecho. En su conciencia, su intención no es causar un daño sino exigir unos derechos (pp. 579-580).

De esta forma, al no cumplimentar el requisito de acreditar el dolo o intención de cometer la conducta, muchas quedan fuera del ámbito del derecho penal y, en consecuencia, sin sanción legal.

4.3. El desplazamiento de la víctima del conflicto

Como es sabido, desde fines del siglo XII el sistema penal público se caracteriza por la confiscación del conflicto, esto es por expropiar el conflicto a las partes y asumirlo como propio. En efecto, el Estado asume la representación de la víctima –reemplazándola– en aquellos casos que considera de su interés. De esta forma, las dos partes principales del proceso son el Estado, que investiga y acusa, y la persona que supuestamente cometió la conducta reprimida. La víctima queda completamente fuera de dicho esquema.

Por supuesto, los casos de violencia doméstica no constituyen una excepción a este principio general. En el proceso penal y pese a que recientemente se han ensayado algunas reformas procesales que otorgan un papel más activo a las personas víctimas en general, quienes padecieron la/s violencia/s ocupan un rol absolutamente secundario y son representadas por el organismo estatal competente.

Pero, como si ello fuera poco, ocurre también que no sólo son desplazadas sino que se construye un estereotipo de víctima que, en particular cuando se trata de mujeres, termina reificándolas en dicho rol. Así, las mujeres víctimas de violencia doméstica resultan en la mayoría de los casos “sujetos a tutelar”, incapaces de tomar decisiones por sí mismas. De esta forma, se refuerza su situación de subordinación en lugar de promoverse su superación.

Esta victimización de las mujeres que padecen violencia/s acaba

...por atraparlas en la lógica de un sistema que, a fuerza de considerarlas víctimas vulnerables, las despoja de capacidad de decisión y termina por convertirlas en culpables de sus propios actos. El discurso de vulnerabilidad de las mujeres maltratadas conduce a su consideración como sujetos incapacitados para decidir en libertad y desemboca en el efecto perverso de sustituir su voluntad por la del Estado [...] En sus manos queda la decisión

sobre el camino correcto para salir de la violencia y, lo que es aún peor, para programar toda una vida (Laurenzo, 2009, pp. 285-286).

4.4. La relevancia de la situación actual y futura de la víctima y del conflicto

Como si la expropiación del conflicto y el desplazamiento de la víctima fueran poco, el derecho penal también desatiende la situación actual en que se encuentra quien padeció la/s violencia/s, así como poco le importa también su situación futura. En efecto, por su propia definición no se interesa en acompañar a la víctima en su proceso de recuperación de la situación traumática que le ocasionó el hecho delictivo.

Como se mencionó, lo relevante para el derecho penal resulta el hecho antijurídico, esto es un hecho del pasado y no así las consecuencias futuras de la acción dentro de las que se encuentran la suerte tanto de la víctima como del autor del delito; respecto de este último sólo le interesa su sanción (García Mendez, 1987).

Es que el derecho penal, por esencia, se construye alrededor del concepto de pena o sanción. Su objetivo es sancionar una conducta pasada. Lejos está de poner el acento en el futuro, de modo de encontrar una solución al conflicto tendiente a una modificación y reformulación de las relaciones entre las partes involucradas. En definitiva, el derecho penal se limita a poner un freno –acotado en el tiempo– a los episodios de violencia. Cura el “síntoma” evidente de la conflictiva familiar, pero no aporta soluciones de fondo a la problemática de la violencia doméstica (Famá, op. cit, p. 30).

Por supuesto, también queda mayormente fuera del ámbito del derecho penal la prevención de los hechos de violencia pues, como se dijo, su objetivo principal radica en la sanción del hecho acaecido. En consecuencia, una política orientada exclusivamente a perseguir penalmente la violencia doméstica se desentiende de combatir los factores que podrían evitarla o reducirla.

Todo ello hace que en la generalidad de los casos, quien acude esperanzado al sistema penal en búsqueda de auxilio obtiene un resultado completamente adverso. Pues el poco o relativo interés que dicho sistema expresa por la situación particular de la persona víctima y/o las condiciones de la situación conflictiva tras la denuncia, termina quebrando las ilusiones de quien recurrió con poco convencimiento al auxilio público, devolviéndolo/a a la situación previa, fortaleciendo así objetivamente al agresor.

5. Desafíos del abordaje penal en casos de violencia doméstica

Claro está que, pese a que no se analice si corresponde o no promover el abordaje de la violencia doméstica desde el punto de vista del derecho penal, dicho abordaje reviste elementos positivos y negativos. Dentro de los primeros ubicamos la visibilización que su inclusión en la agenda punitiva otorga a la problemática, más aun cuando se trata de un flagelo que se produce puertas adentro, en el ámbito de la intimidad. Asimismo, el establecimiento de sanciones para quienes cometen hechos ilícitos en contextos de violencia contribuye a reforzar los valores promovidos por acuerdos sociales e institucionales que fueron y son recogidos por instrumentos positivos. Es así que el derecho penal opera como garantía secundaria de los derechos reconocidos a todos los y las sujetos, en este caso particular a las mujeres.

Pero, pese a ello, no menos cierto es que en los últimos años, el impulso de las respuestas punitivas estuvo acompañado de un desentenderse del Estado en torno a la asignación de recursos públicos para su tratamiento. Podría afirmarse que, respecto de la particular situación de las mujeres que padecen violencia en el ámbito de sus relaciones interpersonales, al tratarse de un problemática instalada recientemente en las agendas públicas, en contadas ocasiones el Estado destinó importantes fondos y recursos para combatirla. En consecuencia, el desarrollo de políticas en la actualidad puede considerarse un avance significativo en el tema. Sin embargo, el amplio espectro que encuentra la respuesta punitiva dentro de esta preocupación estatal da cuenta de su inmersión en un proceso mucho más amplio y complejo, que se caracteriza por una acotada responsabilización del Estado respecto de las problemáticas sociales.

Asimismo, la respuesta penal a la violencia doméstica reconoce sus propios límites. Esto es, los que devienen de la propia disciplina, entendida como la herramienta que tiene por objeto contener y limitar el ejercicio del poder punitivo sobre las personas.⁴ No puede perderse de vista que en el escenario penal sólo se insertan aquellos casos que resultan de interés público, motivo por el cual es la autoridad pública quien asume la conducción del proceso, reemplazando a la víctima (o por lo menos ubicándola en un plano secundario). A pesar de ello, la acción pública encuentra los resguardos que el propio sistema legal y constitucional vigente instituye a favor de la persona acusada de cometer el hecho merecedor del

⁴ Según Zaffaroni (2005), el derecho penal es la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los/as jueces/zas un sistema orientador de decisiones, que permite contener y reducir el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. En otros términos, conforma un sistema de reglas que contribuye a limitar el ejercicio del poder represivo en manos del Estado.

reproche. Dichas circunstancias, en lugar de producir una respuesta eficaz, expedita y eficiente ante una situación de violencia –debida diligencia–, pueden convertirse en elementos obstaculizadores que den continuidad e incluso agraven la situación.

Por tales circunstancias, y bajo el paraguas que representa el *corpus iuris* internacional en materia de la lucha contra la violencia padecida por las mujeres, el tratamiento de los casos de violencia doméstica por parte del sistema penal debe garantizar la óptima articulación de los recursos públicos para investigar y sancionar estos hechos.

Así, se debe procurar su eficiente investigación, para desentrañar la verdad material y, junto con ello, delimitar de manera precisa la responsabilidad de las personas que ejecuten actos de violencia.

En virtud de ello, a su vez, deben aplicarse los mecanismos estatales adecuados que tengan por objeto reprender la ejecución de esos actos. Una mirada integral en este aspecto, exige identificar qué tipo de respuesta resulta más conveniente para cada caso particular, pues no siempre la sanción penal (privación de la libertad) puede aportar la mejor alternativa. De esta forma, los magistrados y magistradas del fuero penal, deben explorar la posibilidad de acudir a otras vías alternativas de resolución de los casos, pero siempre con el cabal fundamento de que ello resultará más beneficioso para la situación particular bajo estudio. Esto implica descartar de plano toda implementación automática y generalizada de cualquier respuesta o solución prevista en el marco de un procedimiento de estas características.

Asimismo, la intervención penal, bajo los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos y que contemple la complejidad de la problemática de la violencia doméstica, debe orientarse a garantizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas. Ello supone desarticular las barreras discriminatorias que impiden el ejercicio pleno de dicho derecho, comenzando por revisar y reformular las propias prácticas de los operadores y operadoras de los sistemas de justicia y los diseños institucionales, incluso de los creados particularmente para este tipo de situaciones conflictivas.

En esta tarea, debe procurarse el acompañamiento y la asistencia a la víctima no sólo al momento de interponer la denuncia, sino también a lo largo de todo el procedimiento judicial. Dicho acompañamiento no sólo debe tener por objeto evitar la re- victimización, sino asegurar el empoderamiento de la mujer, lo que conlleva un mayor compromiso de los operadores y operadoras con la realidad de la persona más allá de los requerimientos propios del proceso. Esto, a su vez, exige el diseño y coordinación de estrategias con diferentes actores y organismos públicos y privados, con los que los magistrados y magistradas penales deben familiarizarse.

Otro elemento a tener en cuenta a la hora de pensar la intervención penal en esta materia es el de la reparación. Pues la respuesta penal también debe tener en miras la reparación integral y sustantiva de los actos de violencia padecidos por las mujeres, evaluando su real incidencia en cada caso particular y teniendo en cuenta las características individuales de cada una de las víctimas.

De esta manera, no sólo se garantiza un abordaje penal de la problemática bajo los parámetros de la normativa internacional (lo que, por tanto, conlleva el cumplimiento por parte del Estado de dichos compromisos), sino que se procura una mirada más completa en atención a la complejidad del fenómeno que, como se expuso en el apartado precedente, requiere de una mirada integral, interdisciplinaria e interinstitucional.

6. Responsabilidad del Estado, investigación judicial y resolución del conflicto en el fuero penal de la CABA

Tal como se expuso en la introducción de este trabajo, una importante proporción de las situaciones que se presentan en los estrados judiciales porteños incluyen situaciones de violencia doméstica. Del examen de las decisiones judiciales seleccionadas deviene con claridad que ello ocurre principalmente en las causas iniciadas por la presunta comisión de alguno de los siguientes delitos previstos en el código penal: amenazas (art. 149 bis), daños (art. 183), violación de domicilio (art. 150), incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 de la ley 13.944⁵) y tenencia y portación de arma de uso civil (art. 189 bis). Asimismo por las promovidas en los términos del art. 52 del código contravencional local (hostigamiento y maltrato).

También surge del análisis de las sentencias que las denuncias son mayormente promovidas a través de la intervención de la OVD y la OFAVyT y, en menor medida, en sede policial. En dichas oficinas, se produce la atención psicológica de la persona denunciante, se elaboran los informes de riesgo y se le otorga asesoramiento legal en cuanto a las herramientas que se encuentran a su disposición y a los efectos de la formulación de su denuncia. Luego, se efectúan las derivaciones a las dependencias públicas correspondientes.

Una vez en manos del equipo fiscal que corresponda intervenir, comienza la pesquisa que incluye la ratificación de la denuncia en sede fiscal, la declaración de testigos, la elaboración de informes interdisciplinarios, la producción de otros medios de prueba y (generalmente, cuando no se acude a un método alternativo de resolución del conflicto) la declaración de la persona imputada del delito.

⁵ Publicada en el Boletín Oficial del 03/11/1950. Número: 16769. p.: 1.

En aquellos casos donde, a criterio de los y las representantes de la acción pública, existe mérito suficiente para considerar responsable de la acción investigada a la persona imputada, se formula la pertinente acusación. Desarrollada la correspondiente audiencia de prueba, con la participación del juez o jueza de garantías, se sortea un nuevo magistrado o magistrada que interviene en la audiencia de juicio oral y público.

En el transcurso de este proceso intervienen los jueces y juezas. Primero, como garantes del cumplimiento de los procedimientos y del respeto de los derechos y garantías de las personas sometidas al proceso (juez o jueza de garantías). Luego, como terceros, convocados a impartir una solución en atención a los relatos propuestos por las partes (juez o jueza de juicio). Y, en aquellos casos que la decisión no satisface a ninguna de las partes o por lo menos a una de ellas, y se articula la vía procesal correspondiente, asumen protagonismo los jueces y juezas de la Cámara de Apelaciones (esta participación puede darse tanto en relación con las sentencias definitivas o las interlocutorias).

Precisamente, y como ya se ha analizado, en el abordaje de este tipo de situaciones, el *corpus iuris* internacional establece que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra los derechos de las mujeres. Un acto discriminatorio o violento contra una mujer en razón de su género merece el reproche legal y, en consonancia con ello, exige por parte de la autoridad pública la articulación de una serie de mecanismos y acciones para, en caso de no poder evitarlo, disminuir su impacto y evitar la impunidad derivada de la falta de justicia. Esto es lo que se ha expuesto como el deber estatal de la “debida diligencia”.

El incumplimiento de alguna de las prescripciones convencionales asumidas por el Estado no sólo genera una situación de injusticia para quienes la padecen, sino que provoca responsabilidad internacional para aquél, por la inobservancia de los acuerdos que él mismo convino. Esto es una cuestión de suma gravedad institucional que puede arrojar consecuencias de diferente índole.

Este punto es tenido en cuenta y abordado por los jueces y juezas de la ciudad. Con frecuencia se afirma que:

...la problemática probatoria que se da en los casos de violencia doméstica y que la minimización o tolerancia de este tipo de hechos puede generar responsabilidad internacional del Estado (Caso N° 60766/10. Sentencia de primera instancia).

En las resoluciones judiciales, tanto de primera como de segunda instancia, suele reiterarse que una medida se adopta en virtud de la normativa convencional en la materia, puesto que de lo contrario podría generarse responsabilidad internacional para el Estado federal. De hecho, en muchas ocasiones este argumento de la responsabilidad internacional parecería tener más fuerza que el de la situación de injusticia o desprotección que se podría generar en el caso concreto respecto de la víctima de carne y hueso.

Seguidamente se analizan los criterios de los jueces y juezas de la CABA en la investigación y resolución de los casos de violencia doméstica.

6.1. La investigación: competencia del fuero local

Una de las primeras cuestiones que pueden plantearse a la hora de encarar la pesquisa de un caso de violencia es el de la competencia de la justicia local para investigar los hechos. De acuerdo a la calificación legal que éstos reciban puede intervenir el fuero penal de la ciudad o la justicia nacional, en la mayoría de los casos, el fuero de instrucción.

Como se expuso anteriormente, la competencia de la justicia local es limitada. En virtud de ello, surge con asiduidad de las sentencias analizadas que, cuando los hechos son encuadrados en figuras penales cuya escala penal supera los tres años de prisión, los tribunales locales decretan la incompetencia y las actuaciones se remiten al fuero nacional correspondiente.

Del examen de los casos se desprende que, como regla general, en el fuero local no se investiga ningún hecho cuya competencia no haya sido transferida a la ciudad. Esto parece una consecuencia lógica de las atribuciones que fueron conferidas al poder judicial local por parte de los poderes legislativos, tanto nacional como de la CABA. Sin embargo, esta aseveración merece ser calificada, pues existe concordancia entre los/as magistrados/as, cuyos fallos fueron objeto de análisis, respecto de que los hechos acaecidos en un contexto de violencia doméstica, pese a constituir diferentes tipos de delitos, deben investigarse de manera conjunta por el tribunal que tenga la competencia más amplia a fin de evitar una re-victimización de quien padeció el ejercicio de las violencias y alcanzar una mejor administración de justicia.⁶

⁶ En este sentido se expidió la CSJN en diferentes oportunidades, entre ellas: Expte. No 838.XLVI, "A., J.J. s/ art. 149 bis del C.P.", rta. 22/11/2011; Expte. No 423.XLVII, "N.P., R. s/arts. 89 y 149bis CP", rta. 30/08/2011; Expte. No 463.XLVI, "L.G., A. s/ lesiones leves, amenazas y daño", rta. 26/10/2010; Expte. No 494.XLVII, "O., E.R. s/ inf. art. 149 bis del CP", rta. 04/10/2011; Expte. No 554.XLV, "S., J.B. s/av. de ilícito", rta. 03/11/2009; Expte. 946.XLV, "P., P.G. s/arts. 89 y 149 bis del CP", rta. 13/04/2010; Expte. 981 XLIV, "V., R. s/ inf. art. 149 bis. amenazas", rta. 02/06/2009 y Expte. No 648.XLV, "D., R. s/amenazas", rta. 22/12/2009.

En esta línea interpretativa resuelven generalmente los jueces y juezas locales siempre que los hechos no fueren escindibles. Esto es, si los hechos no pueden investigarse por separado como hechos distintos (casos de concurso ideal) y existe un hecho de competencia local y otro de la justicia nacional, se declara la incompetencia del fuero local y se remiten las actuaciones al fuero nacional.

Así se resuelve en el siguiente caso:

En efecto, debe recordarse que el máximo Tribunal sostuvo en el caso “Longhi” que “[...] en virtud de la estrecha vinculación que presentan los hechos, resulta conveniente, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia, que la pesquisa quede a cargo de un único tribunal (Fallos: 328:867). Por lo tanto, y más allá de que el mínimo de la escala penal contemplada para aquél delito (daño) sea inferior al establecido para la figura de lesiones leves (art. 89 del Código Penal), pienso que ante la circunstancia de no haberse traspasado esta última a la órbita judicial de la CABA, corresponde entonces, que ambos supuestos presuntamente delictivos sean juzgado por el fuero correccional que, en definitiva, posee la más amplia competencia para su conocimiento [...]” (CSJN, Competencia 978 XLIV, “Longhi, Viviana Graciela s/ lesiones dolosas”, rta.: 02/06/09, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal – la bastardilla nos pertenece–). (Caso N° 8410/14. Sentencia de segunda instancia).

Ahora, si los hechos son escindibles y uno es de competencia local y otro del fuero nacional, con gran frecuencia se declara la incompetencia parcial y se remiten las actuaciones a la justicia nacional, reservándose los tribunales porteños el tratamiento del hecho de menor cuantía. En este caso, no sólo se escinden las actuaciones, sino también la investigación de los hechos y, en consecuencia, se abandona el criterio jurisprudencial de la CSJN que es seguido por los propios tribunales locales en los supuestos mencionados anteriormente. Esto origina las consecuencias a las que se hacen mención en los precedentes jurisprudenciales del más alto tribunal federal: re-victimización de quien padeció las violencias, dispendio jurisdiccional, deficiente administración de justicia y finalmente, un perjuicio para quien resulta acusado, pues debe desarrollar dos o más defensas de acuerdo a la cantidad de procesos que se continúen en su contra.

En ocasiones, la investigación llevada a cabo en otra jurisdicción se utiliza para no profundizar el análisis del contexto de violencia en que tuvo lugar el hecho

antijurídico. Ello acontece en el siguiente caso, en donde la determinación de la cuantía de la pena no se efectuó teniendo en cuenta el contexto de violencia, pues ello estaba siendo investigado en otra jurisdicción. Así, se afirmó que:

...si bien el contexto en el que sucedió el presente delito es de una gran conflictividad, dichos acontecimientos independientes se encuentran en trámite en otra jurisdicción, por lo que no pueden ser valorados para agravar la pena respecto del presente delito (Caso N° 42900/10. Sentencia de segunda instancia).

De todo ello se colige que existe una tendencia por parte de los magistrados y magistradas locales, en consonancia con la jurisprudencia del máximo tribunal federal, para garantizar un abordaje de los casos de violencia por un único órgano jurisdiccional. De esta manera, resulta posible sortear los obstáculos y dificultades que plantea la propia organización del sistema de justicia en la Ciudad.

No obstante, dicho criterio aún no se aplica en la totalidad de las situaciones, debido a la restrictiva competencia de la Ciudad en relación con los hechos cuya calificación penal es más grave.

6.2. Debate sobre la valoración de los elementos de prueba

El debate respecto de la cuestión probatoria es sin duda el que más posiciones encontradas despierta en el ámbito jurisdiccional, tanto de primera como de segunda instancia. Este es claramente el eje donde el enfoque punitivo exhibe mayor resistencia.

En efecto, existen, por un lado, miembros de la magistratura que sostienen que debe estarse a una relajación o amplitud probatoria. Afirman que ello se desprende de los parámetros impuestos por Belém do Pará. En este sentido, argumentan que si se prueba el contexto, entonces el hecho típico (constitutivo del delito) alcanza mayor verosimilitud. Ello es una consecuencia directa de que, en la mayoría de los casos, este tipo de situaciones conflictivas acontecen en el ámbito de la privacidad. De esta forma, aseguran que dotando de significación a la declaración de la víctima y reuniendo elementos que permitan acreditar un contexto de violencia, se evita la impunidad que produce el hecho de que tengan mayormente lugar en la intimidad.

En este sentido se sostuvo que:

Es necesario ponderar que los hechos bajo examen tratan de un conflicto de violencia familiar, contexto que merece especial cuidado, a riesgo de no generar situaciones de impunidad que nieguen una efectiva protección jurisdiccional y, consecuentemente la re victimización de las personas damnificadas por los delitos producidos bajo este tipo de circunstancias.

Ello impone tanto el respeto de la garantía de las víctimas a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, como la obligación de que en las resoluciones que se adopten se consideren los indicios y prueba indirecta que sean graves, precisos y concordantes (arts. 16 inciso “i” y 31 de la ley 26.485 de Protección Integral contra las Mujeres), como en el sub examine (Caso N° 40240/10. Sentencia de segunda instancia).

Completan esta interpretación afirmando que la amplitud probatoria también está prevista en el CPPCABA que establece la posibilidad de acudir a diferentes medios probatorios (principio de amplitud probatoria regulado en el art. 106 del CPPCABA). Esto no sólo resulta un argumento complementario, sino que se recurre a un instrumento (en el caso el código de procedimiento) que es propio de la disciplina, con el fin de que ello dote de mayor firmeza y seguridad al argumento.

Precisamente, este punto ha sido reforzado por el Tribunal Superior de Justicia que en el antecedente “Newbery Greve” sostuvo que:

...más allá del tipo de conflicto de que se trate, es decir, ya sea que se ventile un caso de “violencia doméstica” o de otra especie, es evidente que el recurrente sustenta su razonamiento a partir de un supuesto postulado axiomático que no reúne ese cariz. En concreto, el antiguo adagio “testis unus, testis nullus”, con arreglo al cual el testimonio de un solo testigo no constituye una prueba suficiente para tener por acreditada la materialidad del hecho o la autoría y participación de un sujeto respecto de ese hecho, no tiene gravitación actualmente en la normativa procesal vigente en la Ciudad, que adopta como reglas generales: i) la “amplitud probatoria” para demostrar los hechos y circunstancias de relevancia; y ii) el sistema de la “sana crítica”, como método para valorar la prueba producida (arts. 106 y 247, CPPCABA). Consecuentemente, no existe ningún impedimento de naturaleza legal, en la materia, para que la fundamentación de una sentencia de condena se base en el testimonio de un solo testigo, ni una sentencia dictada de este modo es descalificable, sin más, bajo el fundamento de que desconoce los principios

constitucionales que en autos se entienden vulnerados, toda vez que no hay regla alguna que imponga una manera determinada de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos probatorios de cargo para dictar un fallo de condena como el que aquí se recurre (...)

En los procedimientos judiciales vinculados con la problemática de la “violencia doméstica” —caracterización cuya correspondencia con este caso no ha sido seriamente discutida—, la prueba de los hechos denunciados por la víctima no es una tarea simple y ello es así porque se trata de hechos que normalmente transcurren en la intimidad o en circunstancias en las que solo se encuentran presentes la víctima y el agresor. Es por ello que, en este tipo de supuestos, los testimonios de las personas directamente involucradas en el conflicto cobran mayor relevancia para analizar y confrontar las diferentes hipótesis en cuanto a las circunstancias en las que presumiblemente habría sucedido el hecho denunciado y, especialmente, reviste fundamental entidad el relato de la ofendida que tiene que ser recibido con las debidas garantías, para posibilitar su contradicción por el sujeto ofensor que es llevado a juicio.⁷

El criterio delineado por el más alto tribunal local fue receptado, en el caso que se reseña a continuación, para descartar un planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio que, a entender de la defensa, sólo se sustentaba en la declaración de la persona víctima.

El criterio expuesto por el máximo tribunal local, mediante el cual se exponen argumentos que justifican el dictado de un fallo condenatorio en un supuesto análogo al de autos, resulta aplicable para resolver —y descartar— la presente impugnación, pues a través de ésta la defensa pretende que los elementos de prueba del caso, semejantes a los mencionados en la jurisprudencia transcripta, resulten insuficientes para justificar ya el pedido fiscal de remisión a juicio (Caso N° 2798/14. Sentencia de segunda instancia).

Por el contrario y lejos de ser minoritarios, muchos jueces y juezas de ambas instancias, sostienen que no pueden relajarse los estándares probatorios porque ello

⁷ TSJ, Expte. n° 8796/12 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP’”, sentencia del 11 de septiembre de 2013.

va en claro detrimento del principio de inocencia que ampara a la persona imputada por imperio constitucional. En este sentido, afirman que la sola declaración de la víctima no es suficiente, sino que deben reunirse otros elementos que permitan acreditar la producción del hecho, pues claro está es éste el que importa y no el contexto, que en todo caso debe investigarse en sede civil. El factor género, por su parte, debe analizarse en el campo de la culpabilidad, como motivación del autor del hecho (dolo). En esta línea se expresó:

La imputación de que habría sido B. quien provocó la rotura constatada pericialmente sólo se sostiene en la versión dada por la denunciante. Afirma Sancinetti que “La razonabilidad de la regla de que nadie puede ser testigo si tiene interés propio en la causa, que en nuestro régimen procesal positivo rigió pacíficamente al menos hasta la derogación del “Código Obarrio” (Código de Procedimientos en Materia Penal Ley 2372, art. 276), y que en los inicios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue también un valor entendido (Fallos 10;342), se fortalece en estos casos por la razonabilidad derivada de otra máxima de mayor aboengo aún: *testimonium unius non valet*, lo cual... era patrimonio común de la Ilustración. La libre apreciación de la prueba no debe quedar desvinculada del hecho de que las narraciones de una sola persona, que además tiene interés en la causa, no pueden configurar una prueba suficiente de la comisión del hecho ni, concurrentemente, de su autoría. A la regla de que el testimonio de un único testigo es insuficiente puede sentirse vinculado cualquier juez razonable, en tanto quiera sentir sujeto su pensamiento a reglas de sana crítica racional (Caso N° 42900/10. Sentencia de segunda instancia). ...con relación a la cuestión probatoria, permítaseme agregar algo más. La “cuestión de género”, en ausencia de tipos especiales dentro de nuestro Código Penal, debe ser analizada exclusivamente dentro de la culpabilidad, como especial motivación del autor al hecho. Por lo tanto, debe ser probada autónomamente y por separado del dolo, y sólo así podrá fundar una mayor pena, de modo constitucionalmente tolerable, en tanto nuestro derecho positivo admite los “bajos motivos” como fundamento de un incremento de injusto, en sentido similar a lo que sucede con el homicidio “por odio racial o religioso”. Ello así, aun cuando para el imputado siempre representará, de por sí, una cuestión delicada y problemática la doble valoración que, inevitablemente, se hará de la “violencia de género” en el plano sustantivo

(bajos motivos) y en el plano procesal (relajamiento del estándar probatorio). Lamentablemente, no se observa en general en los operadores judiciales ningún esfuerzo en este sentido, sino que se contentan con citar “Belém do Pará” y otras normas de similar tenor, al momento de solicitar condenas, como si esas normas internacionales pudieran reemplazar por sí solas todo el trabajo que estas agencias jurídicas deben realizar [Caso “G., G. D. s/inf. art. 149 bis (amenazas simples) del CP”. Sentencia de primera instancia].

En esta línea, también se ha descartado la consideración de otros antecedentes de violencia, en este caso, por encontrarse aún pendiente el dictado de una sentencia firme:

...vale señalar que asiste razón a este último [defensa] en cuanto a que estos hechos no deberían haber sido mencionados en el requerimiento de elevación a juicio a fin de determinar el contexto de violencia, toda vez que no se ha dictado sentencia condenatoria a su respecto, razón por la cual no se deberá tener en consideración la última parte del primer párrafo del punto III de la requisitoria de elevación a juicio obrante a fs. 56/59 vta. en cuanto reza “ocasión en que el causante además ejerció violencia física delante de sus hijos” (Caso N° 2652/14. Sentencia de segunda instancia).

Sobre este punto se abren, a su vez, dos posiciones. Una postura “radical” sostiene que la declaración de la víctima ni siquiera es suficiente para fundar la acusación fiscal. En su favor, esgrimieron argumentos que sostienen, entre otras cosas, que la víctima es parte interesada en el proceso, motivo por el cual su testimonio está teñido de parcialidad. Se ha dicho incluso que dar rienda suelta a este criterio interpretativo podría habilitar una “industria de la falsa denuncia”. Como se verá en el capítulo siguiente, ello da cuenta de las imágenes estereotipadas con las que deben enfrentarse las mujeres que acuden al sistema en búsqueda de respuestas que pongan fin a su sufrimiento.

En consonancia con ello se afirmó:

Esto resulta de significativa gravitación, toda vez que F. L. no sólo es el único “testigo presencial” con que se cuenta, sino que es testigo en su propia causa. Causa que, incluso, no se inició de oficio o por prevención policial sino por su propia denuncia, lo que la torna un “testigo sospechoso” en grado sumo. En concreto, además, P. no reprodujo en la audiencia los

términos que denunciara oportunamente. Claro está que luego del cuarto intermedio que tuvo lugar entre su primera declaración y las últimas manifestaciones que hiciera (a requerimiento de la Fiscalía), “recordó un poco mejor” lo que había omitido al deponer libremente sobre los hechos acaecidos presuntamente la noche del 30 de mayo de 2010. La declaración de la presunta víctima, y denunciante, en este tipo de casos, orilla un límite muy complejo desde la perspectiva del derecho de defensa en juicio del imputado, puesto que juega un doble rol: el de “notitia criminis” por un lado, que como tal debe ser probada en legal forma, y el de prueba de cargo por el otro, ya que se propicia en aquellos casos de delitos presuntamente ocurridos en el seno familiar, la utilización de la declaración de la víctima como el principal elemento de juicio que sostiene la acusación (...)

Sin embargo, no soy de la creencia de que la verosimilitud de un testimonio deba medirse exclusivamente y de modo inexorable por la coherencia interna de un relato. Sostener reiteradamente una historia no la hace cierta, pues si bastara con la persistencia en un relato para tornarlo “verosímil” se correría el riesgo de fundar condenas en mentiras pertinaces. Tratándose de prueba personal, consistente en lo fundamental por palabras (“meros dichos”), éstas sólo pueden erigirse en prueba de una acusación cuando puedan corroborarse con otro indicios materiales plurales, graves y concordantes [Caso N° “G., G. D. s/inf. Artículo 149 bis (amenazas simples) del CP”. Sentencia de primera instancia]. En este sentido la controversia suscitada entre los dichos de los contendientes no puede ser resuelta en su contra, en virtud del estado de inocencia del que goza. Su negativa debe desvirtuarse con elementos probatorios que permitan provisionalmente afirmar la existencia de un hecho delictuoso y la participación en él del incuso (Caso N° 60899/10. Sentencia de segunda instancia).

Incluso, bajo esta tesitura (aunque quizás con menor frecuencia) también se han cuestionado los resultados de los informes interdisciplinarios, pues se sostuvo que ellos sólo se basan en la declaración de la presunta víctima.

En mi opinión, ni el informe psico-social de riesgo ni el de asistencia que ofrece como pruebas el fiscal agregan nada a los dichos de la presunta damnificada, dado que solo en aquellos se basan (Caso N° 57927/10. Sentencia de segunda instancia).

Por otro lado, existe una posición un tanto más moderada, que considera que la sola declaración de la víctima es suficiente para completar la acusación, pero no para justificar la condena.

En este sentido, se sostuvo que:

...el caso expresaría una situación de violencia de género que, en la mayoría de los casos (tal como parece acontecer en el presente), se caracteriza por el ejercicio de diferentes tipos de violencia (psicológica, emocional, económica, simbólica, etc.) que muchas veces resultan invisibles para terceras personas y, también, para las autoridades públicas. Es por ello, que en su investigación se debe valorar la cuestión probatoria bajo el prisma de la relación desigual que rodea tales circunstancias, intentando colocar a la víctima (en su mayoría mujeres) en una posición ventajosa que le permita poner fin al vínculo de sometimiento. En este sentido, y tal como el avance progresivo de la jurisprudencia y la doctrina vienen sosteniendo al respecto, la sola declaración de la víctima constituye un elemento suficiente para garantizar el desarrollo de la investigación, mas no, obviamente, para fundamentar la condena de la persona imputada, puesto que para ello se deben tener en cuenta otras herramientas recogidas durante la misma (plexo probatorio) (Caso N° 28987/11. Sentencia de segunda instancia)

Nótese, en este sentido, que una cuestión es si una persona puede ser llevada a juicio con los elementos de prueba obrantes en autos y otra diferente es si puede ser condenada sobre la base de una situación probatoria similar. La segunda exige de un estudio del mérito mucho más profundo, una valoración de la prueba que sólo puede realizarse eficazmente en el contradictorio, en el que se aplicará un estricto estándar de prueba (Caso N° 2798/14. Sentencia de segunda instancia).

Por último, es posible señalar que los partidarios y partidarias de una y otra posición, coinciden en exigir al MPF un mejor desempeño en la tarea de investigación para que se colecten mayores elementos y, de esta forma, se evite descartar las actuaciones. Aunque no es materia de este estudio, es posible mencionar que existe entre los y las representantes de la vindicta pública y los y las titulares de la magistratura una especie de tensión (no sólo en los casos de violencia doméstica) respecto de cómo deben llevarse a cabo y como efectivamente se realizan las investigaciones. Ello puede ser producto de los vestigios de una cultura de corte inquisitivo que perduró durante años en nuestro país y que, pese

a las transformaciones de tinte acusatorio-adversarial que promueve el sistema procesal local, no ha podido ser desterrada entre los operadores y operadoras.

En esta línea se dijo que:

Asimismo, y sin entrometerme en los mecanismos de gestión del Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que la forma en la que se procedió en el sub examine contradice la particular sensibilidad que ese organismo evidencia ante los casos de violencia de género que se desarrollan en este fuero —expresándose, por ejemplo, en las solicitudes de flexibilización de los estándares de prueba aplicables en las sucesivas etapas procesales, o, también, en las oposiciones a las suspensiones de juicio a prueba— (Caso N° 43134/11. Sentencia de segunda instancia).

No pierdo de vista la problemática probatoria que se da en los casos de violencia doméstica y que la minimización o tolerancia de este tipo de hechos puede generar responsabilidad internacional del Estado. Sin embargo, cabe remarcar que una insuficiente investigación, que se limita a dar dirimente credibilidad a la denunciante y a un informe brindado por una oficina que no fue testigo del hecho, y por ello omite abordar otros elementos o circunstancias que hagan, aunque sea, al contexto en el que habría ocurrido el hecho que fue pesquisado, implica justamente la imposibilidad del Estado de avanzar hacia el juicio y, por lo tanto, la minimización de estos casos en contra de la doctrina de la Corte Interamericana de DDHH que emana del fallo “María Da Penha”, generalmente citado por los fiscales. Además, más allá de dicha doctrina, lo cierto es que el principio de razonabilidad y de defensa en juicio exigen que la realización de un juicio penal contra una persona se encuentre motivado y justificado en elementos probatorios que le den mérito a la acusación (Caso N° 60766/10. Sentencia de primera instancia).

6.3. Medidas restrictivas y privativas de la libertad.

Luego de que el o la representante del MPF intima los hechos a la persona presunta agresora (en los términos del art. 161 del CPPCABA), generalmente solicita al juez o jueza de la instancia de grado el dictado de una o más medidas restrictivas y, en igual forma, con gran frecuencia, los magistrados y magistradas hacen lugar a dichas solicitudes sin oponer demasiados reparos. Éstas se fundan en la previsión del artículo 174 del CPPCABA y rara vez se desarrollan líneas

argumentativas sobre la base de las prerrogativas que confieren las leyes 24.417 y 26.485, aun cuando éstas son más amplias.

En la mayoría de los casos, las medidas se adoptan en relación con el imputado, entre las que se destacan: la obligación de comparecer en la sede fiscal cada quince días o un mes, la prohibición de acercamiento y contacto con la víctima y otros miembros de su grupo familiar, la exclusión del hogar, etc. Aunque se menciona que se deciden en pos de proteger a la persona víctima se afirma que así se procede con el objetivo de asegurar uno de los elementos de prueba más importante para el proceso, es decir su propia declaración. De modo que, desde la lógica del derecho penal, su protección importa en tanto resulta indispensable para la continuidad del proceso y no por encontrarse en riesgo su salud o integridad física.

Ello se observa en los siguientes casos, donde el amedrentamiento de la víctima constituye un riesgo para el proceso:

También, la gravedad de los hechos que se le endilgan a V. permite presumir la existencia de riesgo para el proceso pues resulta verosímil que la víctima resulte amedrentada ante el fundado temor por su vida (Caso N° 22231/12. Sentencia de segunda instancia).

...la libertad del imputado podría conducir a un entorpecimiento del proceso, pues no cabe obviar que en la presente restan recabarse numerosas pruebas, entre ellas declaraciones de testigos que resultan formar parte del grupo familiar del imputado, sobre quienes ejercía violencia de acuerdo a lo denunciado (...) en la OVD de la CSJN, por lo que claramente la libertad en esta instancia del proceso además de comprometer la seguridad de personas involucradas en el proceso podría influir en la recolección de material probatorio para la presente investigación". (Caso N° 32090/12. Sentencia de segunda instancia).

...el fundamento de las medidas adoptadas, esto es la de intentar evitar toda exposición a la violencia durante el proceso, tiene por finalidad última evitar posibles entorpecimientos de la investigación (art. 175 CPP). Adviértase que mediante las denunciadas agresiones o cualquier otro medio intimidatorio se vislumbra el riesgo de que se pueda amedrentar a la presunta víctima y con ello, por ejemplo, hacerla desistir de su solicitud de auxilio judicial.

Sin embargo, como toda medida de carácter provisional, la vigencia de la restricción impuesta (...) debe encontrarse limitada temporalmente para lo que resulta esencial valorar las circunstancias particulares del caso (...) (Caso

N° 54834/10. Sentencia de segunda instancia).

De lo transcripto, surge con meridiana claridad la sólida fundamentación brindada por el magistrado de grado para tener por prima facie acreditado el riesgo de que el encausado, de recuperar su libertad, intentará entorpecer el proceso, impidiendo la comparecencia al debate de las dos presuntas víctimas (Caso N° 6859/14. Sentencia de segunda instancia).

Mediante estas decisiones también se procura asegurar la presencia de la persona imputada durante la tramitación del proceso. Pese a que suponen decisiones restrictivas de sus derechos, no se cuenta con (ni se exigen) informes interdisciplinarios sobre sus condiciones personales. Sólo en algunas ocasiones la defensa acompaña informes socio ambientales.

Así como es posible señalar lo expuesto, también lo es advertir que son pocas las decisiones que se disponen respecto de medidas para empoderar a las víctimas. Entre este tipo de acciones pueden citarse la imposición de una consigna policial en su domicilio, la entrega de un botón antipánico y en ocasiones extremas su traslado a un hogar para víctimas de violencia. Sin embargo, son escasas, por no decir casi inexistentes, las decisiones judiciales que tienden a procurar la realización de tratamientos psicoterapéuticos por parte de las víctimas, facilitar su acceso a un trabajo o medios económicos que le permitan auto sostenerse, formarse y capacitarse para promover su independencia, etc. En este sentido, existe poca interrelación con otras dependencias u organismos del Estado pese a que, más allá de que pueda discutirse sobre su eficacia, existe un importante número que desarrolla acciones tendientes a atender la situación de las personas víctimas de violencia.

Uno de las pocas ocasiones en que se propuso adoptar decisiones de tales características, se advierte en el siguiente caso, en donde se rechazó la prisión preventiva dispuesta respecto de la persona acusada, pero pese a ello, se propuso adoptar medidas en relación con la víctima y su hija menor de edad.

...es prioritaria la protección de la Sra. Z., que debe concretarse asignándole un alojamiento especializado en violencia doméstica, cuya ubicación no puede ser dada a conocer al imputado, como también se debe monitorear periódicamente el equipo asignado.

En definitiva, no advierto la existencia de peligros procesales de magnitud tal que no puedan ser neutralizados por medidas restrictivas alternativas a la privación de la libertad, sumadas a una eficaz protección por parte

del Estado hacia la víctima y la menor. Respecto de esta última, considero que la situación de especial vulnerabilidad de la menor amerita la urgente intervención del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA (Caso N° 6859/14. Sentencia de segunda instancia).

También es limitada la interrelación con juzgados del fuero civil. Por lo general, alguna de las partes solicita la remisión del expediente civil o sus copias certificadas para acreditar, o bien el vínculo violento, o bien el avance o incumplimiento de algunas de las partes respecto de pautas de conducta impuestas o acuerdos celebrados. Todo esto da cuenta de la bajísima interinstitucionalidad con la que se opera en el fuero local a la hora de abordar este tipo de problemáticas.

Cuando los actos constitutivos *prima facie* de algún tipo penal son advertidos en flagrancia, cuando la persona agresora posee antecedentes y/o la gravedad del caso es extrema, los y las fiscales generalmente ordenan su detención. Se las intima del hecho e inmediatamente requieren al juez o jueza de garantías su prisión preventiva (art. 172 del CPPCABA). Tras desarrollar la audiencia prevista en la normativa procesal (art. 173) y siempre que se reúna alguno de los presupuestos procesales (a saber, peligro de fuga o riesgo de entorpecimiento del proceso) se decide, con gran frecuencia, hacer lugar al requerimiento fiscal y, en consecuencia, disponer la prisión de manera preventiva de la persona presunta agresora. En este punto, vuelve a cobrar relevancia la gravedad del hecho y el riesgo que conforme los informes de la OVD y la OFAVyT se le confiere al caso, pues ello generalmente se emplea para acreditar el riesgo de entorpecimiento del proceso, ya que se pone en peligro el mejor elemento de prueba: la propia víctima. También se analizan las circunstancias personales del agresor: adicciones, arraigo, antecedentes y las denuncias previas o las formuladas en otras instancias judiciales, cuyos procesos aún se encuentran en trámite.

De la evidencia enumerada por la fiscalía a fs. 180/184 puede, en principio afirmarse, que los hechos imputados darían cuenta con el grado de convencimiento exigido para esta etapa procesal, de la existencia de una conducta penalmente relevante. Las particulares características del presente caso de violencia familiar en el que se investiga el hostigamiento y las amenazas que V. perpetrara en contra de su mujer, L. M. M., -no siendo posible omitir la salvaje agresión que sufriera la víctima en otra jurisdicción, y cuyo autor sería el aquí encartado- constituyen suficiente presupuesto para una restricción de su libertad.

En el caso concreto, es la conducta del imputado la que justifica su detención en atención al desprecio a las órdenes que le impartiera la justicia. En efecto, las denuncias efectuadas por la víctima de las que surgirían las amenazas continuas por parte de V., habiendo sido la última la que fuera denunciada en agosto de este año, tal como ha sostenido la fiscalía a fs. 182 vta., la trasgresión al impedimento de contacto dictado por un juez civil (conf. fs. 129 y 130), como asimismo la entidad de los hechos ocurridos en la jurisdicción provincial de San Martín, donde V. también tiene dictada una orden de captura por el delito de homicidio en grado de tentativa contra M., evidencian la necesidad de la restricción de la libertad del imputado (Caso N° 22231/12. Sentencia de segunda instancia).

En lo que respecta a la privación de la libertad de la persona agresora impuesta como sanción definitiva, se destaca que es muy bajo el número de casos que concluyen con una pena de estas características y mucho menor aún, en los que su ejecución se torna efectiva. Mayormente ocurre con aquellas personas agresoras que registran otras condenas firmes (acumulación de penas). Es necesario señalar, al respecto, que el monto de la pena de los delitos sobre los cuales la justicia local es competente corresponde a penas menores a los 3 años que habilitan que se condene en suspenso (es decir que su ejecución no se lleve a cabo en una institución carcelaria). Las condenas en suspenso son acompañadas por el establecimiento de pautas de conducta, tales como prohibición de acercamiento, asistencia a programas, realización de tratamientos, entre otras, que son decididas por los/as magistrados/as luego de desarrollada la audiencia de debate.

6.4. Medios alternativos de resolución del conflicto

La sanción del código de procedimiento en materia penal de la CABA que, como se vio, tiene un corte netamente acusatorio-adversarial, introdujo entre otras grandes modificaciones una mayor participación de la presunta víctima en el proceso. En efecto, en la flamante pieza procesal se morigera la expropiación por parte del Estado del conflicto entre las partes y se dota a la presunta víctima de diferentes herramientas que garantizan su participación, la defensa y protección de sus intereses. Entre éstas pueden destacarse la mediación y la suspensión del

proceso a prueba⁸, que constituyen lo que se denomina medios alternativos de resolución del conflicto, es decir, institutos mediante los cuales el proceso puede culminar sin la necesidad de arribar a la instancia del juicio oral y público, donde se debate sobre la responsabilidad de la persona acusada y, en consecuencia, se decide respecto de la aplicación o no de una pena.

Ello cambia el paradigma del acusador cuyo objetivo fundamental era, antes de la sanción del ordenamiento procesal penal vigente, la promoción del juicio a fin de lograr una condena. Según el nuevo ordenamiento procesal local, el MPF, titular del ejercicio de la persecución penal, debe en primer lugar intentar arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas⁹. En este sentido se afirmó que:

...en nuestras sociedades existen problemas socio- económicos verdaderamente serios y preocupantes. Producto de ello, asistimos a una escalada de violencia que se instala en cada una de las esferas, públicas y privadas, por las cuales cada persona transita cotidianamente.

El registro de casos que se enmarcan en lo que se define como violencia doméstica y/o violencia intrafamiliar dan cuenta de ello, y afortunadamente, tras la lucha de importantes sectores de la sociedad, los Estados han comenzado a intervenir en un intento por resolverlos.

Frente a la exigencia de que el derecho penal exprese la respuesta efectiva del Estado ante este tipo de problemáticas, es necesario destacar que éste no puede ser exclusivamente considerado desde la óptica de la dogmática penal –es decir, no puede entenderse como una simple comisión de una conducta ilícita, culpable y punible-, sino que deben ser analizadas como una manifestación compleja del modo en que se desarrollan las relaciones sociales en la actualidad (Caso N° 57208/10. Sentencia de segunda instancia).

De este modo adquiere virtualidad la regla 18 de las Directrices de Naciones Unidas sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por el octavo Congreso de las

⁸ El instituto de suspensión del proceso a prueba está regulado en el Código Penal de la Nación (arts. 76 bis, ter y quarter). Sin embargo, el CPPCABA regula cuestiones atinentes a su procedimiento que se aplican de manera conjunta con las disposiciones de la norma de fondo, entre las que se garantiza la participación de las partes en una audiencia.

⁹ Según el art. 91 del CPPCABA (Objeto de la investigación preparatoria) "El Ministerio Público Fiscal practicará la investigación preparatoria con la finalidad de arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio. A tal fin, el/ la Fiscal deberá disponer la investigación para: ...4) propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos".

Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, el 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, que se plasma en el reconocimiento normativo de un criterio de oportunidad amplio que facilita la adopción de las soluciones alternativas al conflicto.

En esta misma línea, las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), establecen expresamente la posibilidad de acceder a métodos alternativos. Es así que, el Capítulo II, sección 5a -Medios alternativos de resolución de conflictos 1.- Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad establece:

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia (...).¹⁰

El ordenamiento adjetivo local permite la solución del conflicto a través de procedimientos no punitivos (art. 204 inc. 2) y consensuales (art. 204 inc. 1o y 205). La mediación está regulada en el artículo 204 como una herramienta a través de la cual se busca brindar una respuesta rápida, activa y específica del conflicto. Con ella se subsanan las consecuencias de los hechos denunciados y se evita, de esa manera, el aumento del poder punitivo estatal.

Según el código local, en una instancia de mediación las partes pueden expresarse –con la asistencia de un profesional idóneo en la materia– de manera pacífica para arribar a un acuerdo por medio del diálogo. Una vez que se arriba a un acuerdo, el o la representante del Ministerio Público Fiscal dispone el archivo de las actuaciones sin más trámite. También se puede archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad de la persona imputada, siempre que haya existido composición del conflicto.

El propio cuerpo normativo prevé que no será posible mediar cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I

¹⁰ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Consultado en www.cumbrejudicial.org.

(Capítulo I -Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual) y en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efecturen dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho –artículo 8° de la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar–. Recuérdate al respecto que, como también se expuso en el presente trabajo, la ley de protección integral 26.485 (sancionada con posterioridad a la de protección contra la violencia familiar y al código de procedimiento local) dispuso que no se puede mediar en casos de violencia de género. Asimismo, como se expresó con anterioridad, la legislatura local adhirió mediante la ley 4.203 a la normativa federal, por lo que dicha cláusula resulta plenamente operativa en el territorio de la CABA.

Sin embargo, entre los magistrados y magistradas locales, de una u otra instancia, no impera, como criterio general, la prohibición de implementar una instancia de mediación cuando se trata de un conflicto de violencia doméstica (aunque como ya se dijo, tampoco se individualizan los factores que generan esa violencia en cada caso particular; en lo que aquí interesa, el factor género). Este temperamento se ve respaldado por el fallo “Del Tronco”¹¹ del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, mediante el cual el más alto tribunal local selló la discusión en torno a la potestad constitucional del legislador local para regular este instituto, en tanto constituye una herramienta procesal que regula el ejercicio de la acción (Fili y Papalía, 2013). Saldado el debate constitucional que giró en torno a ello, los jueces y juezas implementan el instituto sin pronunciarse expresamente respecto de la prohibición prevista en la ley nacional (a la cual adhirió la ciudad, incluso con posterioridad al dictado del precedente del TSJ).

Así se ha afirmado que:

...la resolución de conflictos a través de la mediación es una de las finalidades del CPPCABA, conforme claramente surge en el artículo 91, y que puede resultar una solución más apropiada para las partes que la realización del juicio, sobre todo teniendo en cuenta que en la imputación subyacería un claro conflicto humano y familiar, y que la víctima ha expresado en reiteradas oportunidades su voluntad de resolver el conflicto mediante ese medio (Caso N° 54470/11. Sentencia de primera instancia).

¹¹ TSJ, Expte. n° 6784/09 Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP– y expte. no 6785/09 Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas no 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP–, resuelto el 27/09/2010.

No obstante, si bien se habilita la implementación de la mediación en casos de violencia, se observa con gran frecuencia que se lo hace restrictivamente. Es posible advertir que a la hora de reconocer la posibilidad de mediar, los magistrados y magistradas sopesan, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales exigidos por el código de procedimiento. Y luego, destacan como relevante la opinión de la víctima. Ello se sigue de lo resuelto en el siguiente caso.

...mayormente se advertirá una desigualdad y ante ello debe protegerse a la víctima de violencia porque a priori los acuerdos que se obtendrían en el procedimiento de mediación podrían ser el resultado de una imposición de una parte sobre otra, más que de la libre voluntad de ambas. Por ello deberá valorarse en cada caso, si existe o no igualdad de partes (Caso N° 51418/10. Sentencia de segunda instancia).

En este sentido, los jueces y juezas de la ciudad, en particular los de la instancia de grado, requieren al MPF una evaluación de la opinión de la víctima (en consonancia con la directiva fiscal para este tipo de casos). Si la víctima presta su conformidad y cuenta con un dictamen favorable de los profesionales de la OFAVyT, se habilita la instancia de mediación. En muchas ocasiones, sucede que la víctima presta su consentimiento, pero los dictámenes interdisciplinarios se expresan en contrario. En estos casos, el MPF se opone a la mediación y mayormente los jueces y juezas reparan en dicha circunstancia.

Tal es el supuesto del siguiente caso, en donde el tribunal de segunda instancia revocó la mediación llevada a cabo incluso con la anuencia de la persona víctima:

En autos, y tal como surge de las constancias de la causa, la titular de la acción consideró que no resulta viable la aplicación de la mediación como método alternativo de resolución del conflicto, por un lado por la etapa procesal en la que se encuentra la presente donde ya se ha presentado el requerimiento de juicio y por otro lado porque se trataría de un caso de violencia de género donde es mayor la vulnerabilidad de la víctima. A lo que cabe adunar lo que se desprende del informe de la Lic. C., quien se desempeña como psicóloga en la OFAVyT, donde señaló que no estimaba prudente impulsar una instancia de mediación en el presente caso por no considerarla la vía más adecuada, aun contando con la anuencia de la víctima. En razón de ello y siendo que la negativa fiscal no aparece como infundada y se trata de una instancia a la

que sólo puede arribarse con el consentimiento de las partes involucradas, tal como han afirmado los representantes del Ministerio Público Fiscal, la mediación celebrada mediando una oposición fiscal motivada, carece de validez (Caso N° 4941/13. Sentencia de segunda instancia).

También ocurre que, en algunos casos (mayormente en los que el riesgo es determinado como “alto” o “altísimo”), se evalúa directamente el contenido de los informes y se suple la consulta con la víctima. Son escasas las situaciones en las que con la voluntad de la víctima y el acuerdo del MPF los jueces y juezas deciden no habilitar una instancia de mediación.

En consecuencia, es posible señalar que pese a que se reconoce como elemento determinante la voluntad de la víctima, en realidad, el peso específico lo poseen los informes interdisciplinarios de los equipos fiscales. Con base en su análisis, se argumenta que la víctima no está en igualdad de condiciones para mediar. Se arriba, en definitiva, en la práctica al criterio expuesto por la ley de protección integral, aunque supeditado a la discrecionalidad del juez o jueza de turno.

En esta línea, incluso se requirió la actualización de dichos informes a fin de determinar si se modificaron las condiciones que le permitirían a la víctima someterse a una mediación. En el siguiente caso se observa el criterio señalado:

...la presente investigación es en torno a un caso de violencia de género en el seno de una familia que fue calificado por la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN de alto riesgo (...) y en el que la denunciante manifestó en numerosas oportunidades que uno de los principales inconvenientes para poner fin a la pareja era su dependencia económica absoluta de M. (...). Que en este marco de situación y considerando lo antedicho, sumado al tiempo transcurrido desde el último informe de situación, resulta adecuado que, previo a decidirse la aplicación de una solución alternativa, se tome conocimiento actual de la situación de la denunciante M. A. P. y de su voluntad de participar de una instancia de mediación (Caso N° 8896/11. Sentencia de primera instancia).

Por otro lado, es importante destacar que no son requeridos informes respecto de la persona imputada, presunta agresora. Y, en consecuencia, tampoco se efectúa un análisis del tipo de vínculo o conflicto existente; en términos de la clasificación de Perrone y Nannini (1997) descripta en el punto 3.2.5 (pp. 78-82).

El instituto de la suspensión del proceso a prueba, por su parte, constituye un instrumento procesal a través del cual se detiene el ejercicio de la acción en favor de la persona imputada que se somete, durante un plazo determinado, al cumplimiento de pautas de conducta dispuestas por el tribunal para el caso concreto. Al término de dicho plazo y siempre que la persona haya cumplido las reglas impuestas se declara extinguida la acción penal. En cambio, si las transgrede o cumple insatisfactoriamente el tribunal, previa audiencia, tiene la facultad de revocar el instituto y se reanuda la persecución penal en su contra.

Si bien, como se dijo, está regulado en el código de fondo (arts. 76 bis, ter y quarter del CP), el CPPCABA establece el procedimiento a seguir para su habilitación. Al respecto, el artículo 205 dispone:

En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta inmediatamente antes del debate o durante éste cuando se produzca una modificación en la calificación legal que lo admita, el/la imputado/a podrá proponer la suspensión del proceso a prueba.

El tribunal convocará a una audiencia oral con citación al peticionario, al Ministerio Público Fiscal y a la querellante, si lo hubiere, o a la víctima. Luego de escuchar a las partes resolverá si concede la suspensión de la persecución penal, con las condiciones de cumplimiento que estime pertinentes, o la deniega.

Asimismo, agrega la citada manda legal que:

La oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal.

Pese a las disímiles interpretaciones en el campo doctrinario respecto de si se trata de un derecho de la persona imputada o un beneficio que la acusación le confiere (Bovino, 2001 y Vitale, 2004 entre otros), para la mayoría de los magistrados y magistradas locales, tanto de primera como de segunda instancia, la opinión fundada del MPF resulta mayormente vinculante para el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba.

En los fallos analizados se observa que se sopesan, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales y, en segundo lugar, la opinión de la

víctima. Sin embargo, tal como acontece en el caso de la mediación, dicha opinión es mayormente suplida por la voluntad del MPF sustentada en los informes interdisciplinarios de riesgo.

Tal como se señaló en el caso de la mediación que los tribunales porteños no recogen como criterio general la prohibición prevista en la ley 26.485, debe destacarse que tampoco existe, en materia de suspensión del proceso a prueba, una interpretación uniforme del precedente “Góngora” de la CSJN (analizado en capítulo I, punto 4.2.1.) y, por tanto, no reconocen una prohibición convencional para habilitar este instituto en los casos de violencia. Se analizan las circunstancias del caso concreto y con base en ellas se habilita o no. Vale decir que tampoco en estos casos se requieren informes respecto de la persona presunta agresora.

Recuérdese que en dicho precedente, la CSJN, mediando oposición del MPF, revocó una resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal que había otorgado la suspensión del juicio a prueba a un imputado acusado de cometer abuso deshonesto contra una mujer, pues consideró que ello contrariaba lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará que, a su criterio, al establecer la obligación de sancionar y erradicar cualquier acto de violencia contra la mujer, conduce a la definición del caso en la instancia del debate oral.

Como se dijo, este precedente fue recogido desde diferentes puntos de vista en el fuero local. Por un lado, se inscriben quienes entendieron que este supone una limitación lisa y llana para la habilitación de la suspensión del proceso a prueba en casos de violencia contra la mujer.

Así, se expuso que:

Al respecto, se expidió nuestro máximo tribunal en autos “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”. En dicho precedente, recordó que “la principal consecuencia de su concesión [de la probation] es la de suspender la realización del debate. Posteriormente, en caso de cumplir el imputado con las exigencias que impone la norma durante el tiempo de suspensión fijado por el tribunal correspondiente, la posibilidad de desarrollarlo se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto”.² En virtud de las disposiciones supranacionales precedentemente citadas, y considerando que Argentina se constituyó como Estado parte de la Convención, no es posible desconocer las obligaciones internacionales asumidas en lo que respecta a prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer. CSJN, 23/04/2013, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, G. 61. XLVIII, considerando

6° del voto mayoritario (Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen Argibay). Así lo entendió la Corte Suprema, quien zanjó la cuestión al asegurar que “en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia de debate oral es improcedente”. Y agregó que “[a]segurar el cumplimiento de esas obligaciones es un exigencia autónoma, y no alternativa (...), respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso , “de ese mismo artículo”. En razón de ello, mi postura al respecto se encuentra zanjada, en tanto no creo procedente la aplicación de este instituto a casos particulares como el de autos, sin perjuicio de que no desconozco que debo expedirme en relación a la prórroga de la probation. En este sentido, es evidente que si no presto conformidad para la concesión, tampoco para su prórroga (Caso N° 34365/11. Sentencia de segunda instancia).

Por otro lado, se afirmó que el criterio delineado por el máximo tribunal federal no puede cerrar en todos los supuestos esta vía alternativa.

En esta línea, en una detallada sentencia se expuso que:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente fallo recaído en la causa “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Causa 14.092”, del 23/4/13, rechaza el acceso a la suspensión del juicio a prueba, basada en el compromiso internacional general asumido por nuestro Estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), más precisamente en el deber contenido en su art. 7 inc. b) que alude a la necesidad de garantizar a la mujer víctima de violencia un juicio oportuno. Sin perjuicio de ello, algunos tribunales han resuelto favorablemente pedidos de suspensión de juicio a prueba en casos de violencia de género apartándose de lo resuelto por la Corte en el antecedente citado.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Neuquén, al referirse a la Convención de Belem do Pará entendió que “... *si bien es cierto que ese trascendente documento internacional resulta una herramienta de importante carácter tuitivo de la mujer, no es menos veraz que no puede prescindirse de la voluntad de ésta. Voluntad que apuesta al cumplimiento de obligaciones de parte del imputado que podrá beneficiarla mucho más que llegar a la posible imposición*

de una condena de ejecución en suspenso... so capa de tutelar a la víctima (sujeto pasivo mujer), el Estado se apropia indebidamente del conflicto y, lo que es peor, prescindiendo de la opinión de [la] propia mujer, a quien el obligado sometimiento de su ex pareja a un juicio puede serle muy probablemente menos beneficioso a que se le impongan al imputado, bajo apercibimiento de revocación del beneficio, comportamientos que sí le resulten de interés (vbgr. obligación de no realización de actos que la perturben, continuar con terapia familiar; con más su razonable pretensión de que se mantenga la exclusión del hogar y el no acercamiento a su persona por parte del imputado)... Si el imputado no cumpliera con las obligaciones que en el marco de la suspensión asume, se reanuda el trámite suspendido de la causa, encaminándose a la realización del juicio...” (del voto del Dr. Héctor Guillermo Rimaro en la causa N° 2787 “R.S.O. s/ desobediencia a una orden judicial y retención indebida”, rta. el 20/03/2013).

También el Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 de la Capital Federal entendió que el rechazo de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género “...podría legítimamente fundarse sobre la base de la acreditación de extremos que permitan inferir que la víctima expresa una notoria vulnerabilidad, o se encuentra sumamente condicionada o por cualquier razón se encuentra viciado su consentimiento, pues, de lo contrario, cualquier interferencia estatal que relativice su aquiescencia – cuando se dan todos los requisitos para habilitar el beneficio en cuestión–, respondería a un modelo paternalista no armonizable con nuestro paradigma constitucional...” (del voto del Dr. Pablo Daniel Vega en la causa N° 4011 seguida en orden al delito de amenazas coactivas en concurso real con lesiones leves, respecto de M.P.N., resuelta el 13/05/2013).

En su reciente obra Alberto Bovino, Mauro Lopardo y Pablo Rovatti afirman que “...es un contrasentido inadmisibles creer que la Convención de Belém do Pará niega en alguna de sus cláusulas la vigencia de institutos de derecho interno que están en consonancia con un conjunto armónico de disposiciones del mismo sistema en el que aquella se inserta, máxime cuando el sistema destierra tanto la idea de que todos los delitos deben ser resueltos en un debate oral, como la de que la reacción estatal aconsejable sea la pena de encierro”.

Estos autores denominan “tesis de la contradicción insalvable” a lo expuesto por la Corte Suprema en el fallo “Góngora” y, en relación a la supuesta contradicción que surge entre el deber estatal que surge de la Convención de Belém do Pará y la posibilidad de suspender la persecución penal en un grupo de casos de menor entidad, afirman que ello “...no solo ignora

las pautas de interpretación propias del derecho penal sino que además asigna al artículo 7° de la Convención un alcance que pone en pugna sus disposiciones con el ordenamiento jurídico restante, de manera tal que el régimen de persecución penal vigente en el orden interno pierda todo valor y efecto (...) Los términos de la Convención, por ende, no deberían ser interpretados como la negación de otros derechos legítimamente reconocidos por el ordenamiento jurídico interno de un país, más aun si se trata, como en nuestro caso, de una legislación que reconoce como fuente las reglas o directrices impartidas por los propios organismos de protección de los derechos humanos elementales” (Caso N° 28856/12. Sentencia de segunda instancia. El resaltado obra en el original).

En relación con la determinación de las pautas de conducta a cuyo cumplimiento se somete a las personas imputadas, en la mayoría de los casos son acordadas entre las partes. Existen ocasiones en que los jueces y juezas las agravan en virtud de la gravedad de los hechos denunciados. Algunas son fijadas con criterios interdisciplinarios (realización de cursos o programas para varones violentos, tratamientos terapéuticos). Sin embargo, como se señaló, no se exigen informes interdisciplinarios de las personas imputadas, por lo que deviene que dichas pautas son muchas veces determinadas por el acuerdo al que arribaron las partes, o bien, por la apreciación del propio magistrado o magistrada en la audiencia. Esto último, claramente en referencia a los jueces y juezas de primera instancia.

7. Conclusión

El análisis de cómo los jueces y juezas de la CABA aplican los principios, criterios e institutos del derecho penal al momento de resolver los casos de violencia doméstica, refleja con mayor claridad que la incorporación de una narrativa que promueve su tratamiento como una problemática atinente al campo de los derechos humanos y desde una perspectiva de género, se encuentra en un proceso embrionario.

Ello es así por cuanto, pese a que se identifica la incorporación de muchos de los criterios y estándares establecidos por la normativa y las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección (Corte y Comisión), éstos son aún resistidos por muchos magistrados y magistradas que consideran que aplicarlos socava los principios de la disciplina y los derechos de las personas acusadas de cometer los actos de violencia.

El relevamiento de las sentencias permite poner en evidencia una tensión entre, por un lado, los jueces y juezas que promueven la incorporación de los estándares descriptos en este trabajo y, por otro, aquellos que no sólo se resisten a ello, sino que, en muchas ocasiones, resuelven manifiestamente en contra.

No obstante, estos no constituyen dos grupos uniformes: los y las que están a favor y los y las que están en contra. Hay magistrados y magistradas que demostraron, por ejemplo, tener un criterio restrictivo a la hora de valorar los elementos de prueba y dotar de relevancia al contexto de la situación, más allá del delito puntual, pero, por otro lado, se mostraron férreos opositores a la procedencia de una instancia de mediación como método de resolución del conflicto. Asimismo, hubo quienes no acordaron el beneficio de la suspensión del proceso a prueba pero firmaron decisiones que ordenaron la multiplicación de procesos en diferentes fueros.

Esto da cuenta de que aún resta llevar a cabo una mayor difusión y profundización del debate en torno a esta problemática y al rol que le compete a los jueces y juezas del sistema de justicia penal.

Los estándares y objetivos descriptos por la normativa que, como se vio, constituyen los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional, aun no forman parte de un consenso que ponga sobre el tapete los beneficios que éstos traen aparejados para las mujeres.

