

Tensiones entre el derecho penal y la obligación de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Algunas apostillas a partir de un fallo.

Nicolás Omar Vargas¹

I. El pasado 6 de noviembre el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción 17, Secretaría 153, resolvió la situación procesal de G.R.B., a quién se le atribuía haber cometido una serie de hechos contra su pareja, ordenando su procesamiento con prisión preventiva por considerarlo autor del delito de lesiones leves agravadas por su comisión, dado que se dio en el contexto de la relación de pareja que mantenía con la víctima y mediando violencia de género.

II. Resulta positivo que el Poder Judicial propicie la investigación de este tipo de hechos, máxime cuando la tendencia ha sido la opuesta, ordenándose en la mayoría de los casos el archivo de las actuaciones sin profundizar la investigación, haciendo caso omiso del deber de debida diligencia², en muchos casos sin siquiera arbitrar las medidas cautelares necesarias e indispensables para dotar de protección a la mujer víctima de un episodio de violencia de género, lo que ha generado una comprensible y justificada desconfianza de las víctimas hacia la justicia penal³.

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la mesa directiva de la Asociación Pensamiento Penal. Su email es nicolasvargas7@gmail.com

² Un abordaje del tratamiento del género en la justicia penal puede verse en Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género, Asencio Raquel (et al...), Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010. Sobre el deber de investigar con diligencia ver págs. 61 a 81.

³ Sobre la cuestión de la desconfianza de las víctimas ver Bovino, Alberto, Agresiones Sexuales y Justicia Penal, en Justicia Penal y Derechos Humanos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 262 y 263. Si bien las observaciones que hace el profesor Bovino son relativas a las víctimas de delitos contra su integridad sexual, entendemos que son plenamente aplicables a las víctimas de violencia de género.

III. Así, es acertada la decisión del juez, ya que encuentra respaldo en el texto de la ley 26.485 y en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos de la materia. La resolución también es acertada (desde nuestra perspectiva) por considerar la posibilidad que los hechos de violencia se vuelvan a repetir en función de las características que suelen presentar los casos de violencia contra las mujeres. Lo reseñado define a la resolución que comentamos como a una sentencia con perspectiva de género e implica un avance en cuanto a la instalación de la problemática de la violencia de género en la agenda pública a partir de su visibilización.

IV. Los avances legislativos en la materia, que alcanzaron su punto máximo de desarrollo con la sanción de la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (cuyas disposiciones son de orden público) no deja lugar a dudas en cuanto que no solo la actuación del Poder Judicial, sino la de los tres poderes del Estado, debe estar caracterizada por un enfoque de derechos humanos con perspectiva de género. En el ámbito judicial la perspectiva de género debe atravesar y estar presente en todos los procesos, como así también debe incorporarse a la educación legal⁴.

V. La incorporación de la perspectiva de género al derecho interno, ha generado un importante número de tensiones con relación a la aplicación del derecho penal en los casos de violencia de género. Un ejemplo, es la discusión en torno a la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género. Discusión que, más temprano que tarde, terminará siendo dirimida por el Poder Legislativo, según creemos⁵.

⁴ Si consideramos -siguiendo a Duncan Kennedy- que la educación legal además de moldear la conciencia jurídica de las próximas generaciones de operadores del derecho, funciona como una preparación para la jerarquía resulta fundamental que en una cultura indudablemente machista y patriarcal. El trabajo de Kennedy está disponible en http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/La%20educacion%20legal%20como%20preparacion%20para%20la%20jerarquia_Academia.pdf

⁵ Ya se han presentado varios proyectos en la Cámara de Diputados de la Nación que prevén la exclusión de la suspensión del juicio a prueba para los casos de violencia de género, a saber: 5556-D-2012, 6893-D-2012, 7590-D-2012, 2784-D-2013, y 3052-D-2013.

VI. Para un sector de la doctrina (al que adscribimos), la suspensión del proceso a prueba es susceptible de ser aplicada en procesos relacionados con casos de violencia de género, en virtud de los siguientes argumentos, que sucintamente enumeramos:⁶

- no existe una *contradicción insalvable* entre la obligación de prevenir y sancionar los hechos de violencia contra las mujeres y la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba;
- la imposibilidad material por parte del sistema penal de llevar a juicio todos los delitos;
- la aplicación de la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado, cuyo sustento surge, en parte, del soft law;
- la posibilidad de realizar una intervención acorde a los casos de violencia de género, su compatibilidad con el principio de última ratio;
- la innecesaria correspondencia entre sancionar y prevenir;
- la contradicción de la tesis que se opone a su aplicación con la jurisprudencia de la CSJN sobre suspensión del juicio a prueba;⁷ y
- que la Convención de Belem do Pará prohíbe la suspensión del juicio a prueba.

VII. Para otro sector, que encuentra su mejor respaldo en el voto de la mayoría⁸ del reciente fallo “Góngora”⁹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el instituto previsto en el artículo 76 bis del Código Penal no es de aplicación en los procesos en los que se investigan hechos de violencia de género, ya que la normativa internacional sobre la materia obliga llevar todos los hechos de esta naturaleza a juicio.

⁶ Los argumentos que son mencionados aquí pueden encontrarse más desarrollados en: Bovino, Alberto, Lopardo Mauro, y Rovatti Pablo; *Suspensión del procedimiento a prueba, Teoría y práctica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013, págs. 191 a 224, y en Vitale Gustavo, y Juliano Mario, *Retrososos de una Corte que avanza (el fallo Góngora y los nuevos enemigos del sistema penal)*, Revista Pensamiento Penal, Sección Doctrina, Edición 160, disponible en http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/10/gongora_comentario_2.pdf

⁷ En especial al fallo Acosta, que consagró la llamada tesis amplia en materia de suspensión del juicio a prueba.

⁸ La mayoría fue conformada por los jueces Argibay, Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, y Maqueda.

⁹ Causa G.61.XLVII “Góngora, Gabriel A. s/Causa 14.092”, sentencia del 23 de abril de 2013.

VIII. Hicimos esta somera introducción sobre la tensión existente entre la prevención y sanción de los hechos que entrañan violencia de género tomando como ejemplo la problemática de la suspensión del proceso a prueba porque entendemos que la resolución que comentamos no está exenta de esa tensión, máxime cuando termina disponiendo una prisión cautelar contra el imputado con el fin de evitar la repetición de nuevos hechos de violencia.

IX. En este punto (el dictado de la prisión preventiva) es donde discrepamos con la medida adoptada por el juez de la causa. El encierro cautelar no procede ya que no se dan los presupuestos que lo habilitan a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho interno¹⁰, y porque existe una batería de medidas menos lesivas que la dictada para prevenir nuevos hechos de violencia, que no pueden descartarse. Nos ocuparemos de los argumentos contrarios a la imposición de la prisión cautelar o preventiva como instrumento para evitar la comisión de nuevos hechos de violencia de género.

X. El *corpus iuris* que existe en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y el desarrollo jurisprudencial en la materia en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos no dejan dudas respecto de la obligación de los jueces y juezas de adoptar medidas de prevención en todos los casos en que exista la posibilidad de reiteración de nuevos hechos de violencia. En función de ello, creemos que en el proceso judicial en el que se originó la resolución que comentamos se podrían haber adoptado otras medidas tendientes a proteger la integridad de la víctima sin cercenar la libertad ambulatoria del imputado, tales como el dictado de una medida de prohibición de acercamiento, la entrega de un botón antipánico a la víctima, o disponer de una consigna policial para su custodia.

XI. La perspectiva de género debe atravesar la totalidad de los procesos y prácticas judiciales como principio fundamental. En este sentido, se

¹⁰ Particularmente los determinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 35/07.

puede trazar un paralelo con el interés superior del niño, que también opera como pauta rectora para los operadores judiciales a la hora de tomar decisiones en las que se encuentre involucrado un niño, niña o adolescente.

XII. Viene al caso recordar lo dicho por Alberto Binder con relación al respeto de las garantías en favor del imputado frente al interés superior del niño. En el considerando décimo del voto del fallo “Wilner”¹¹ de la mayoría (conformada por Nazareno, Petracchi, Boggiano, Belluschio y Bossert) la CSJN dijo que la noción de interés superior del niño establece un mandato de preservación para los tribunales de todas las instancias. Con relación a ello, Binder sostiene que si bien el interés superior del niño condiciona y orienta las decisiones del Poder Judicial (incluida la propia Corte Suprema), ello debe ser atemperado o directamente no aplicarse en los casos en los que colisiona con garantías previstas en favor del imputado, por primacía del *favor rei*.¹²

XIII. Similar criterio sostiene María Gabriela López Iñiguez frente a los casos de violencia de género. En ese sentido, la jueza afirma que: “Bajo ningún aspecto la promoción de derechos a favor de un sector de la población puede entenderse como la necesaria violación de otros derechos. Ningún estado puede obligarse a eso legítimamente, y mucho menos esta conclusión puede extraerse en relación a la suscripción de la Convención de Belem do Pará, cuyo artículo 14 justamente recalca que nada en su articulado puede ser interpretado como restricción a los derechos y garantías consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica”¹³.

XIV. Creemos que la solución propuesta por los autores citados puede, y debe, ser traspolada a los procesos en los que se investiga la comisión de hechos de violencia de género, de modo tal que se propicie la investigación y la

¹¹ Fallos 318:1269.

¹² Binder, Alberto M., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Hermenéutica del Proceso Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pág. 199.

¹³ Juzgado de Primera Instancia N° 14 Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, causa “G., G. D. s/Inf. Art. 149 bis (amenazas simples) del CP, 23/11/2011, citada en Alberto Bovino, Mauro Lopardo, y Pablo Rovatti, Suspensión del procedimiento a prueba, Teoría y práctica, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013, pág. 208.

protección de las víctimas para evitar nuevos hechos de violencia sin afectar garantías durante el proceso, y menos aún imponiendo medidas cautelares que implican el encierro del imputado en situaciones en las que no se amerita el dictado de una medida tan gravosa para su persona.

XV. En conclusión, creemos que en materia de violencia de género el sistema penal enfrenta un doble desafío que le impone el deber de ser racional y medurado en la adopción de sus decisiones: el de revertir su tendencia a darle la espalda a las víctimas otorgándoles un espacio para ser oídas y medidas de protección de su integridad, si lo necesitan, y el de juzgar estos hechos respetando las garantías y los derechos de los imputados.

XVI. Lo que debe evitarse, como dice Mary Beloff, es pensar que una forma legítima y eficaz de resolver estos conflictos pueda perfeccionarse sumando violaciones de derechos, como ocurre si se ignoran las garantías elementales de los imputados.