

El interés público en las lesiones leves agravadas por violencia de género, como excepción habilitante para actuar de oficio.

Por Carlos Richeri*

La reforma al art. 80 del código penal, por cuanto incorporó la violencia de género a los agravantes del homicidio, modificó indirectamente los agravantes de las lesiones, de forma tal que, ahora, una lesión será agravada si es ocasionada en el marco de una situación de violencia de género.

Dicha modificación responde a un interés internacional por erradicar la violencia contra la mujer, fin compartido por nuestro Estado, conforme el compromiso internacional asumido en la “Convención Belém do Pará”.

La doctrina señaló que se trata de una nueva etapa en la evolución legislativa nacional en relación a la violencia de género. La primera etapa fue la incorporación de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (24.417), por la que se protegió la violencia de forma limitada solo en el ámbito familiar. La segunda etapa se concibe con la ley de Violencia contra las Mujeres (26.485), por la que el Estado entiende que la violencia de género trasciende el ámbito privado y pasa a ser de interés público. Por último, la incorporación de los delitos al código penal (Ley 26.791) constituye un nuevo paso de maduración del bloque legal.

De esta forma, el Estado demuestra su alto nivel de compromiso en la lucha contra la violencia de género, circunstancia que permite presumir que ésta no solo ocupa un papel predominante en la agenda de los tres poderes, sino más bien que se transformó en una cuestión de interés público.

Por ello, con el presente trabajo, deseo analizar si los nuevos agravantes por violencia de género del artículo 80 del CP - inc. 1, 4, 11 y 12-, en función del artículo 92 del mismo cuerpo normativo, instalan a la lesión leve agravada específica en la esfera de la excepción especial del artículo 72 inc. 2, última parte, por cuanto habilita a proceder de oficio en aquellas acciones dependientes de instancia privada cuando mediaren razones de seguridad o interés público; ósea, si con la reforma al código, y considerando a la violencia de género como una cuestión de interés público, se habilitó al Estado a perseguir penalmente de oficio a las lesiones leves agravadas por violencia de género, sin depender de la instancia privada.

Por ello, es necesario establecer si la violencia de género es una razón de interés público, y con ello, si las lesiones leves ocasionadas en el marco de una violencia de género también lo son.

Consideración previa

Es dable señalar que el legislador quiso que por género, solo se comprenda al femenino, por lo que quedan al margen de la norma sujetos que están dentro del concepto “género”, así es el caso de los niños y adolescentes masculinos, o incluso aquellos que abrigan un género diferente al que les impuso la naturaleza (homosexuales, transexual, entre muchos otros ejemplos).

La violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados cuyo común denominador no es otro que la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto. Por ello, resulta necesario subrayar que no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, sino sólo aquella que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino.

Por último, en coincidencia con la doctrina mayoritaria, considero que la disposición de la instancia privada conforme art. 72 inc. 2do, incluye las lesiones leves agravadas -art. 92 y 93 CP-.

Interés público

La noción de interés público nace en la obra de Jean Jacques Rousseau, por la que manifestó que la voluntad general no es la suma de las voluntades individuales, por el contrario, se trata de aquella que solo mira el interés común a todos los integrantes. Luego fueron muchos otros quienes fueron dando forma al concepto, sin embargo, no es la intención de este trabajo desarrollar en extenso los antecedentes históricos.

En cuanto a la doctrina jurídica, sobre el concepto se dijo que: “...el ‘interés público’ es asimilado al ‘interés jurídico del Estado’, es decir que se procura proteger las instituciones creadas por la Constitución y las leyes, que trascienden el interés individual y ponen en riesgo concreto o comprometen un bien útil o necesario para la comunidad, siendo ello lo que habilita al Estado a promover la acción sin consultar la voluntad de la víctima...”

Vale señalar que la cita precedente fue ampliamente utilizada en la jurisprudencia argentina, sin embargo, considero que es incompleta, ello porque su conclusión se limita dentro de una visión administrativista del concepto, de forma tal que traza un límite a los alcances del interés público en las instituciones creadas por el Estado. Con esta visión, se omite la premisa básica de que el Estado es la representación de los ciudadanos, y tiene la obligación de crear instituciones en función de las necesidades de estos, por ello no es la institución del Estado la que genera el interés social, por el contrario, el interés es de la sociedad y el Estado está obligado a identificarlo y, en su caso, crear la institución, de esta forma, al colocar el límite en las instituciones se deja afuera el interés público que aún no se transformó en institución; en igual sentido también quedan afuera aquellos intereses que no necesitan de una institución pero que si deben ser protegidos como un interés común.

Asimismo, el remate por el que sostiene que ello habilita al Estado a promover la acción sin consultar la voluntad de la víctima parece estar lejos del espíritu del derecho penal, sin dejar de lado los extraordinarios avances legislativos en los derechos de la víctima, no puedo soslayar que el Estado subrogó los derechos de los ciudadanos y se apoderó del ejercicio de la acción penal, y son solo excepcionales aquellos en que el Estado cede la potestad a la víctima de instar o no la acción.

Por su parte, la Constitución de la provincia de Chubut plasma en su art. nro. 195, una suerte de definición que reza: "...se entiende como interés público tanto el interés del Estado cuanto la violación de los intereses individuales o colectivos" (Art. 195 inc. 1ero. Const. Chubut). La moderna constitución mantiene la concepción tradicional y subraya que se trata del interés del Estado, sin embargo, como ya nos tiene acostumbrado su virulenta juventud va un paso más allá y señala que pueden ser intereses individuales o colectivos.

Ahora bien, respetando la doctrina, jurisprudencia y la letra de la ley, me animo a parafrasear un concepto de la noción de interés público a los fines de analizar los institutos del código penal, para ello entiendo que el Estado tiene una finalidad compleja y

determinada pero en constante evolución de acuerdo a la realidad política, económica y social, ésta se compone de objetivos concatenados que responden a necesidades detectadas, analizadas y valoradas con el fin de accionar políticas públicas que satisfagan aquellas necesidades, de forma tal, que trazan el norte del funcionamiento estructural del propio Estado.

Por lo que considero que el interés público es el conjunto de fines concatenados del Estado expresados en políticas públicas que los manifiestan. De esta forma, puedo concluir que el interés público en materia penal está representado por las distintas políticas de los tres poderes: el Ejecutivo se representa en la política criminal, tanto en las instituciones que crea al efecto, como así también en el foco en el que concentra sus recursos tanto preventivos (fuerzas de seguridad) como coercitivos (Ministerio Público Fiscal); desde el punto de vista legislativo, es obvio, los intereses se representan en la legislación que debate y las leyes que promulga; y desde el aspecto judicial, será la línea de acción que plasma la CSJN, los superiores tribunales provinciales y los plenarios y jurisprudencia obligatoria de las demás instancias superiores.

En este orden de ideas, con el fin de focalizar el análisis de este trabajo, creo necesario realizar un repaso de las acciones practicadas contra la violencia de género.

- Ámbito ejecutivo.

La Argentina, primero ratificó la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, la que a partir de 1994 alcanzó jerarquía constitucional conforme art 75 inc. 22 CN.

También se comprometió a prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género con la firma de la Convención de Belem Do Pará, que fue instrumentada con la ley 26.485, a partir de la que también se creó el Consejo Nacional de la Mujer.

No puede soslayarse la activa participación de las Comisariías de la Mujer creadas en las distintas provincias.

Se creó una línea gratuita para radicar denuncias a nivel nacional “Línea 144”, creada con el objeto de unificar los reclamos y denuncias en todo el país, tamizando así el interés nacional del conflicto.

Una materia pendiente, es la creación de un registro único de casos de violencia de género, sin embargo, actualmente existe una puja entre distintos grupos para su creación y control.

- Ámbito legislativo.

El Legislativo primero sancionó una ley de contenido más generalista, que protege no solo a la mujer sino también a todo el entorno familiar, pero solo en el ámbito intrafamiliar, la ley de Violencia Familiar; más adelante evolucionó conforme el relato de lucha contra la violencia hacia la mujer y sancionó la ley que consolidaba jurídicamente el compromiso internacional asumido para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Ley de Violencia de Género; a los pocos años, y haciendo una demostración de maduración legislativa internacional en relación a la lucha contra la violencia sexista, incorporó la violencia de género al Código Penal, que entre otras novedades instauró el femicidio.

Asimismo, en la legislatura nacional hay además varios proyectos de ley de igual temática, entre los que se pueden destacar: el Registro Único de Casos de Violencia de Género, otro sobre un agravante general para este tipo de violencia, también una modificación al CP sobre inimputabilidad de este tipo de víctima, entre muchos otros.

En este sentido debo destacar el proyecto que impulsa modificar el artículo 72 del CP, para incorporar en el 2do. inciso: *...se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público, o **cuando existiese violencia de género o violencia doméstica*** (el resaltado me pertenece). Éste, más allá que aún no se aprobó, refleja el tajante interés del Estado en eliminar todos aquellos escollos legales que debiliten los frentes creados para la lucha contra la violencia de género.

También refuerzan mi hipótesis las declaraciones de emergencia pública en violencia de género que formalizaron las

provincias de Buenos Aires y Santa Fe, y especialmente, el proyecto legislativo para declarar la emergencia nacional hasta el 2015; declaraciones con las que se persigue ponderar los institutos y herramientas para profundizar la lucha contra este flagelo, aceitando los mecanismos para un funcionamiento eficaz.

- **Ámbito judicial**

La CSJN creó la Oficina de la Mujer, iniciativa a la que se sumaron varias provincias, creando sedes de la OM u Oficinas independientes con igual objetivo.

También la jurisprudencia del máximo Tribunal acompaña el rumbo del Estado, en este sentido destaco el fallo “Góngora”, que si bien trata la violencia de género desde el instituto de la *probation*, lo cierto es que los Ministros fundaron el rechazo al instituto que beneficiaba al reo por el compromiso internacional asumido con la Convención de Belém do Pará.

En este sentido, si bien la reforma analizada del CP es muy joven para verse reflejada en la jurisprudencia actual, especialmente en las instancias superiores, fue resonante el voto minoritario del camarista Filozof, quien en un caso de lesiones leves en el marco de una violencia de género donde la víctima no instó la acción, y que el representante del MPF precedió de oficio en base a “...la situación de alto riesgo [...] y el informe [evaluación de riesgo] surge que la denunciante presenta una alta naturalización y adaptación respecto de la violencia...”; el maestro Filozof señaló que en el caso “...aconteció el interés público...” y por ello debía hacerse lugar a la excepción del 2do inc. del art. 72 del CP.

El Dr. Filozof germinó su posición en sus colegas, razón por la que en un fallo reciente la Sala I de la Cámara del Crimen, los camaristas señalaron que: “también entendemos que estamos frente a una de las excepciones del inc. 2 del art. 72 C.P, esto es, una cuestión de interés público, pues se encuentra en juego el interés del Estado a respetar sus instituciones jurídicas y hacer valer los compromisos internacionales asumidos.(conforme las leyes 23.179 y 24.632) que empecerían dejar librada a la voluntad de la víctima el impulso de la acción...”.

En esta misma dirección, la Cámara de Acusación de Córdoba, con una postura más restringida, también se expidió a favor de la figura, sus magistrados remarcaron que: "...no todo caso de lesiones leves en un marco de violencia familiar, habilita la actuación de oficio, pero aquéllos en los que se observa una reiteración de conductas agresivas y se percibe un acusado riesgo de que se produzcan nuevos hechos, de gravedad ascendente, sí reúnen las condiciones para ser considerados causales de "interés público", pues es un compromiso del Estado procurar el esclarecimiento y represión de hechos de violencia familiar". Considero desacertado ponderar a las víctimas conforme los antecedentes de violencia familiar sufrida, de esta forma se minimizan y excluyen aquellos casos en los que no se pudieron probar hechos anteriores, posición que podría violar la garantía *no bis in idem*. En igual sentido resulta llamativa la postura que propone valorar si existen riesgos de futuros nuevos hechos con gravedad ascendente, ello solo puede formar parte del análisis de los riesgos procesales y no del fondo de la acción penal.

Ahora bien, por todo lo expuesto hasta aquí, no me cabe lugar a dudas de que la violencia de género ocupa un lugar privilegiado dentro de las políticas del Estado, especialmente en los últimos años su desarrollo fue ampliamente impulsado por los tres poderes, por ello, concluyo que actualmente es una cuestión de interés público, y subrayo el carácter de actual no solo porque el interés del Estado evoluciona y cambia, sino también porque no puede tacharse con doctrina y jurisprudencia de hace 20 años. Coincide con ello Boumpadre, por cuanto señaló que la violencia contra la mujer implica una cuestión de género que trasciende el ámbito privado para convertirse en una cuestión de interés público.

La cuestión de la autodeterminación de la víctima.

Hasta ahora analicé si un hecho de violencia de género podía habilitar la excepción contemplada en función del interés público, sin embargo, sin ánimo de mermar los importantes avances en materia de derechos de la víctima, considero necesario evaluar si la autodeterminación de la víctima está por encima del compromiso estatal de prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género.

Creo conveniente remarcar que es a partir del Proyecto del CP de 1906 que se consagra la excepción al sistema de oficialidad, aunque solo para los delitos de naturaleza sexual, su único fundamento era el potencial daño adicional que podía ocasionar el *strepitus fori*, aumentando la deshonra experimentada por el delito padecido.

A partir de la sanción de la Ley 17.567, se amplió la lista de delitos de acción pública que dependían de la instancia privada, sin embargo el fundamento era otro, ya no se trató del *strepitus fori*, sino de la temprana saturación de los Tribunales. Así, se incorporaron aquellas infracciones de poca entidad, como fue el caso de las lesiones leves.

De forma que, las únicas razones por las que se fundamenta la espera a que la víctima inste la acción son: la economía procesal, argumento que no puede sostenerse frente al flagelo estudiado, tal como se señaló en el fallo “Gangora”; y el *strepitus fori*, que si bien es propio de los delitos contra la integridad sexual, podría caber para aquellos de violencia de género. Sin embargo, creo que el Estado debe vulnerar el derecho de la autodeterminación con la mínima injerencia posible, para evitar que el delito continúe o se repita, e investigar y sancionar al agresor.

Ello surge del compromiso que asumió el estado de prevenir, erradicar y sancionar la violencia de género, en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará se establece que los Estados parte “condenan todas las formas de violencia contra la mujer y se obligan a [...] b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...] f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos...”; postulados que fueron reivindicados por la legislación nacional -ley 26.485-.

En igual sentido, tuvo buena acogida en nuestra jurisprudencia, las recomendaciones de la CIDH que expresó en el documento sobre “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de

Violencia en las Américas” , oportunidad en la que subrayó que no recomiendan la conciliación como un método de solución de delitos violencia hacia las mujeres, sobre todo intrafamiliar, así afirmó que: “...ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad [y más aún] generalmente no son cumplidos por el agresor...”.

Por lo tanto, frente a dos intereses contrapuestos, el derecho de la víctima a decidir si el Estado puede iniciar la persecución penal, y el interés del propio Estado en prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género, creo que debe primar éste último, ello porque no se puede concebir que la justicia, por ejemplo, conozca la existencia de un hecho de violencia de género y se quede de brazos cruzados a la espera del primer paso procesal de la víctima.

Es harto abundante la bibliografía que describe el estado psicológico emocional de una mujer víctima de violencia de género, especialmente intrafamiliar, y aquí debo destacar la Dra. Marchiori, quien señaló en relación a la particularidad del tiempo de victimización de esta clase de delito, “...aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo...”.

Por ello, tal como lo marcan los especialistas, conociendo los vicios que podría acarrear la voluntad de una víctima de violencia de género, el Estado no puede esperar que ésta actúe libremente como condición para arrancar su accionar coercitivo y/o preventivo. Lo contrario, salvando las diferencias, sería asimilar la instancia de la acción a la puerta cerrada de un departamento que en su interior, por una tragedia, hay personas víctimas del monóxido de carbono, y donde los Bomberos -el Estado- esperan que estas víctimas abran voluntariamente esta puerta para habilitar el rescate.

Conclusión

Considero que el delito de lesión leve agravado por estar encuadrado en una situación de violencia de género -cfr. art. 80 del CP, inc. 1, 4, 11 y 12, en función del artículo 92 del mismo cuerpo

normativo- conforma la excepción de la instancia privada, por resultar ser una razón de interés público. En consecuencia, en aquellos casos donde el Estado toma conocimiento de un hecho de lesiones leves en el marco de violencia de género, ya sea por flagrancia, denuncia de terceros que tomaron conocimiento (escuela, hospitales, vecinos, instituciones, entre otros), u otro medio, y que no es denunciado por la víctima; el Estado debe intervenir por su obligación en prevenir nuevas situaciones de violencia, por ende erradicarla del entorno de la víctima, e investigar para esclarecer el hecho y sancionar al autor, sin esperar la voluntad, presuntamente viciada, de la víctima.

(*) Funcionario de Fiscalía en la Agencia de Investigaciones y Delitos Complejos de Oficina Única Fiscal de la ciudad de Esquel, MPF Chubut. Profesor titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en el Instituto Superior de Formación Policial nro. 811.