

Suspensión del juicio a prueba en hechos de violencia contra la mujer.*

Probation in criminal case against women.

Por Mariana Cáceres
(Poder Judicial de la Provincia de Córdoba - UNC)

Resumen

Este trabajo ofrece un análisis sobre la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba en causas penales por hechos de violencia contra la mujer. Para ello se examina la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Causa 14.092” de fecha 23 de abril de 2013. El análisis se articula a partir de cinco tópicos: la problemática de la violencia contra la mujer en sí misma, el sistema normativo argentino en conjunto, la realidad del sistema judicial y la situación de la víctima y del imputado.

El argumento principal de la sentencia parte de la premisa de que en casos de este tipo la *probation* es incompatible con los fines de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belem do Pará*). Esta postura se conoce como la “tesis de la contradicción insalvable”. Así, sostiene que desatiende el compromiso del Estado de “sancionar” tales hechos a través de un “juicio oportuno” (art. 7 inc. b y f de dicha Convención), contrariando las pautas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En sentido opuesto, el presente artículo argumenta que no puede excluirse *a priori* la aplicación de este instituto en todo supuesto calificado de violencia contra la mujer, sino que debe analizarse cada caso concreto, encontrando esto sustento en un análisis sistémico del derecho argentino. Además, se advierte que el enjuiciamiento y castigo no se erige siempre como la respuesta más eficaz del sistema judicial, ni siquiera para la propia víctima. Asimismo, se observa que, dependiendo del caso, la suspensión podría aparejar en la práctica múltiples beneficios, tanto para la administración judicial en conjunto cuanto para los propios sujetos involucrados.

*Trabajo recibido el 31/10/14 y evaluado definitivamente el 25/09/15. Versión corregida definitiva aprobada el 30/10/15.

Finalmente, el artículo sostiene que cuando se advierta que la *probation* resulta procedente, el operador judicial debe focalizar en las condiciones para su otorgamiento y la estricta vigilancia de su cumplimiento. Y es en esta dirección, que se estima indispensable, entre otras medidas, que dicho instituto reciba acogida urgente en el Código Procesal Penal de la Provincia, en el entendimiento de que derecho sustantivo y adjetivo no pueden transitar por caminos diferentes en temas concernientes a principios, derechos y garantías constitucionales como los que involucra la suspensión.

Palabras claves:

Góngora, suspensión del juicio a prueba, violencia contra la mujer, Convención de Belem do Pará, procedencia.

Abstract

This essay offers an analysis of the viability of probation in criminal cases dealing with violence against women. To this end, it assesses the Sentence of the Supreme Court of Justice of Argentina in the case “Góngora, Gabriel Arnaldo / N° 14.092”, dated April 23, 2013. This analysis considers five relevant topics: violence against women as a problem in itself, the Argentinian normative framework, the reality of the judicial system, and the interests of both the victim and the imputed.

The main argument in the Court’s sentence departs from the premise that recourse to probation is incompatible with the purpose of the Inter-American Convention on the Prevention, Sanction and Eradication of Violence against Women (Convention Belem do Pará). This is so because it is considered to neglect the compromise assumed by the State to “sanction” the relevant offenses by means of a “fair and effective legal procedure” (article 7, b and f of the Convention). In addition to this, the sentence claims that this would be inconsistent with the Interpretation Guidelines of the Vienna Convention on the Law of Treaty.

In contrast to this view, this article argues that there is no *prima facie* legal impediment to proceed with probation in cases involving violence against women. To the contrary, this option may find support in a systemic analysis of Argentinian law. Furthermore, it maintains that trial and punishment may not constitute the most efficient response neither from the perspective of the criminal system, nor from the perspective of the victim. Parallel to this, it suggests that there are reasons to think that, depending on the case, suspension may turn out to be beneficial both for judicial administration and for those involved.

Finally, the article motivates the claim that recourse to probation in cases involving violence against women must be evaluated in a case-by-case analysis. When regarded as pertinent, judicial operators must focus in the conditions for its admission and in the strict vigilance of its execution. As a result of this, it becomes imperative that probation receives regulation in the Criminal Procedure Code as long as substantive rights, judicial principles, rights and constitutional warranties constitute normative dimensions that should not be severed from each other.

Keywords:

Góngora, probation, violence against women, Convention Belem do Pará, viability.

Introducción – Definición del problema

El núcleo temático de este trabajo es el análisis de la posibilidad de aplicar la suspensión del juicio a prueba¹ en determinadas causas penales por hechos de violencia contra la mujer.² El interés por este tópico radica, en primer lugar, en que dicha violencia es una grave violación a los derechos humanos y libertades fundamentales, una ofensa a la dignidad humana y trasciende todos los sectores de la sociedad, representando un obstáculo a toda pretensión de conformar una sociedad igualitaria (conf. Preámbulo de la Convención de *Belem Do Pará*).

Es de observar que, a pesar del inconmensurable aporte de las corrientes feministas (tal vez el movimiento social y político más importante del siglo XX) y la lucha que han llevado a cabo desde las décadas de 1960 y 1970 para hacer visible este flagelo e introducir la perspectiva de género en el razonamiento de los operadores jurídicos, la violencia contra la mujer es un fenómeno global en continuo crecimiento y configura una de las violaciones de derechos humanos más masivas que la historia puede registrar.

La responsabilidad del Estado en la erradicación de esta situación requiere la adopción inmediata de legislación adecuada y políticas públicas concretas que, además de suprimir de raíz la violencia en todas sus formas y proteger a las víctimas,

¹ También denominado *probation*, aunque autores señalan que este término es tomado del derecho anglosajón destinado a personas ya condenadas (Vitale, 2004). El art. 76 bis CP establece: "El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. (...) Deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión (...). El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si (...) juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil (...). Si las circunstancias del caso permitieran (...) y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio".

² Desde la Declaración de ONU sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres de 1993 se utiliza el término "violencia de género o violencia contra las mujeres", para referirse a "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico (...), tanto si se producen en la vida pública o privada" (Art. 1).

En sentido concordante, la Convención de *Belém do Pará* define la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico (...), tanto en el ámbito público como en el privado" que "incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal (...) b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona (...) en el lugar de trabajo (...) o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra" (Art. 1 y 2).

Asimismo, nuestra ley 26485 usa la expresión violencia contra la mujer y refiere que está basada "en una relación desigual de poder", lo cual estimo es un acierto legislativo (Art. 4).

promuevan relaciones sociales y representaciones culturales que fomenten la igualdad en todos los ámbitos de interacción social.

En esta dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que la negación del acceso a la justicia por delitos de violencia contra la mujer constituye una violación del principio fundamental de igualdad ante la ley y exacerba las consecuencias directas de ese acto de violencia.

Sin negar estos conceptos ni soslayar la magnitud del problema, el presente trabajo se propone argumentar que pueden existir razones para no descartar *a priori* la posibilidad de suspensión del juicio a prueba en hechos de violencia contra la mujer.

Más precisamente, mi argumento será que, aplicada a casos particulares y tras una correcta ponderación, esta medida no implica claudicar en la lucha a favor de la igualdad de género ni violar los derechos de las mujeres.

Planteo como punto de partida una prieta síntesis del fallo “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Causa 14.092” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ser un antecedente trascendental en el tópico. Continúo con una valoración de dicho fallo segmentada en cinco ejes temáticos que considero fundamentales: la problemática de la violencia contra la mujer en sí misma, el sistema normativo argentino en conjunto, la realidad del sistema judicial, y finalmente vuelco la mirada hacia la víctima y el imputado.

El argumento propuesto es, desde luego, controvertido y puede ser recusado a partir de concepciones razonables del derecho y la teoría política. En este sentido, su naturaleza es exploratoria. No pretende establecer una conclusión taxativa, sino contribuir al debate, invitándonos a revisar y examinar críticamente posiciones ampliamente aceptadas en la bibliografía y la jurisprudencia sobre el tema. Sin más palabras preliminares, invito con gran expectativa al lector a compartir las siguientes páginas.

Desarrollo - Síntesis del fallo Góngora

El 23 de abril del 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en autos “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Causa 14.092”, resolviendo por unanimidad (con el voto individual del Dr. Eugenio Zaffaroni) dejar sin efecto la concesión de la suspensión del proceso a prueba.

En esta causa por abuso sexual simple contra una mujer, el Tribunal Oral N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la *probatión* solicitada por la defensa del imputado que ante ello interpuso recurso de casación, llegando a la Cámara Federal de Casación Penal. Esta Cámara anuló el decisorio en crisis, ante lo cual el Fiscal General dedujo recurso extraordinario federal, el que fue rechazado. Esto motivó la articulación de una queja ante la Corte Suprema, siendo declarada procedente.

El Ministerio Público Fiscal fundó su agravio en las características del hecho imputado, recurriendo a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y

Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*)³ y sus obligaciones emergentes, a su entender incompatibles con la *probatión*. Se basó también en el art. 76 bis del Código Penal, resaltando que el consentimiento fiscal es requisito ineludible para la suspensión, y que en autos hubo oposición de su parte (párr. 4to. de dicho artículo).

Al analizar la cuestión, la mayoría de la Corte sin ponderar explícitamente dicha oposición, se explayó sobre la improcedencia de la *probatión*, invocando la citada Convención en su art. 7 incs. b y f, en cuanto dispone: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar (...) políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia (...) 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 (...)”.

En consecuencia, sostuvo que la decisión recurrida desatiende el compromiso del Estado de sancionar los hechos de violencia de género, contrariando las pautas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “(...) Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31 inc. 1).

Así señaló que una interpretación que vincula a los objetivos de la Convención de *Belém do Pará* con el establecimiento de un “procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer”, que incluya “un juicio oportuno”, no condice con alternativas distintas a la resolución del caso en un debate oral. En esta dirección, arguyó que la *probatión* frustra la posibilidad de dilucidar la existencia de hechos calificados de violencia contra la mujer y de determinar la responsabilidad del culpable y su sanción.

Precisó que el término “juicio” al que alude el art. 7 refiere a la etapa final del procedimiento donde se deciden aquellas cuestiones y que el debate es trascendental para permitir a la víctima su “acceso efectivo” al proceso de la forma más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria.

Finalmente, consideró desechable el argumento del *a quo* mediante el cual pretendió asignar al ofrecimiento de reparación del daño exigido en la *probatión* (cfr. art. 76 bis, párr. 3ro. CP), la función de garantizar el cumplimiento del art. 7, apdo. g, de la mencionada Convención. Concluyó que tal reparación es una exigencia autónoma y no alternativa del deber de realizar el juicio.

Por su parte, el ministro de la Corte Dr. Eugenio Zaffaroni remitió en su voto al dictamen del Procurador Fiscal, Eduardo E. Casal. El mismo sostuvo que dicho Tribunal debía hacer lugar al recurso y rechazar la *probatión*, arguyendo que la oposición del Ministerio Público Fiscal “contó con fundamentos suficientes a partir de razones de política criminal (...), que lo pusieron a salvo del control del que pudo haber

³ Ratificada por Ley N° 24.632 de 1996.

sido objeto, y lo colocaron así como un límite infranqueable a la concesión de dicho beneficio”.

Observaciones a partir del fallo

Mirando la problemática... ¿Juicio y castigo: una solución al problema de la violencia contra la mujer?

Las consideraciones precedentes, nos autorizan a suponer que la posición de la Corte en “Góngora” tendría como base una respuesta afirmativa a este interrogante, denotando una mirada al menos sesgada de este flagelo. La violencia contra la mujer no es una cuestión biológica ni doméstica, sino de género, consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal.

Tal es la línea que se impuso internacionalmente desde los noventa cuando Naciones Unidas reconoció la raíz histórico-cultural de la violencia contra las mujeres al definirla como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer” que condujeron a su dominación y discriminación (Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993).

Aludo así a la concepción de la violencia de género como una categoría sociológica con entidad propia (Rubio, 2004), factible de ser definida a partir de caracteres específicos que la diferencian de otras formas de violencia social. Como la teoría feminista ha recalcado, el género se constituye en el resultado de un proceso de construcción social mediante el cual se adjudican las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres; y la violencia aparece como el instrumento de un sistema de dominación por el cual se perpetúa aquella desigualdad (Osborne, 2005). Esta explicación de la violencia en clave cultural es la que define la perspectiva de género (Maqueda Abreu, 2006).

Consecuentemente, dicha violencia debe ser abordada de raíz y multidisciplinariamente para atacar así los factores psicológicos, sociales e históricos que la sostienen y alientan, sin perjuicio de reconocer también factores individuales como el alcoholismo y la drogadicción. Se observa entonces que en Argentina las respuestas existentes para prevenir o actuar sobre este flagelo son sólo acciones aisladas que no configuran una política de Estado (Informe SOMBRA, 2010).

Así, los tres Poderes gubernamentales deben trabajar mancomunadamente primero para prevenir la producción del hecho ilícito. Una vez producido, desde el Poder Judicial se debe intentar frenar y revertir la situación (cuando aun fuere posible). Es en este contexto que considero que la solución del problema podría no radicar siempre en una respuesta punitiva de tipo tradicional insensible a las circunstancias del caso en particular.

Como consecuencia, existiría margen para pensar que, según la gravedad y circunstancias concretas del hecho constitutivo de violencia contra la mujer, la *probation* podría, en algunas ocasiones, constituir un recurso a disposición de la justicia,

aclarando que aquella gravedad se ve reflejada en la escala penal impuesta en el tipo. Así es de resaltar que la suspensión únicamente procede cuando el delito acusado permite sostener una hipotética pena en concreto menor a los tres años de prisión - hipotética futura condena condicional-, debiendo por tanto también considerarse todas las circunstancias que prevé el artículo 26 CP.⁴

El fundamento de lo sostenido radica en que la *probation* permite individualizar al agresor y colocarle bajo la mira y vigilancia estatal durante el tiempo que dure la suspensión –hasta tres años-, plazo durante el cual se puede trabajar con el mismo a través de las reglas de conducta impuestas por el juez/a para ese caso individual (y siempre modificables), sometiéndolo por ejemplo a tratamiento médico y psicológico (art. 76 ter CP que remite al art. 27 bis).

Por el contrario, de no aplicarse la suspensión –tratándose de este tipo de delitos cuya pena probable no supera los tres años- aquel sujeto seguramente esperará en libertad la incierta realización del debate, siendo prácticamente nulo (o muy dificultoso) su seguimiento y, siendo altas las probabilidades de que engruese la nefasta lista de causas prescriptas. Y en caso de realizarse el debate es de avizorar que en general procederá –de no ser absuelto- condena de ejecución condicional.

Asimismo aun en el supuesto de que se le impusiere pena de prisión efectiva, sin pretender ahondar en teorías acerca de las penas, y considerando que el único fin legítimo de la prisión y la única justificación admisible del ejercicio del poder punitivo estatal es la **resocialización** del condenado (teoría de la prevención especial), cabe preguntarse si tal fin no puede lograrse a través de la *probation*. Es en vistas de estas consideraciones que podría argumentarse que el fallo de la Corte no demostró que exista algún obstáculo para lograr la resocialización por medio de este instituto.⁵

Paralelamente, vale replantearse si la pena de prisión logra aquella finalidad. En primer lugar, reproduciendo a Von Liszt que “no hay nada más absurdo y moralmente nocivo que las condenas breves para los aprendices del delito” (citado por Maqueda Abreu, 1985).

⁴ A saber: a) el delito o concurso de delitos esté reprimido con pena cuyo mínimo –por ser menor a tres años de prisión- hace posible una futura condena condicional; b) sea la primera condena del imputado; y c) existan indicios suficientes sobre la inconveniencia de la aplicación efectiva de la pena privativa de la libertad fundados en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren tal inconveniencia (TSJ, Sala penal, “Quinteros”, S. 27, 03/03/09, entre otros).

⁵ Es oportuno referir brevemente al **plan piloto de la ciudad de San Francisco** de Córdoba, incorporado mediante acuerdo Reglamentario 1010 – Serie “A”, 22/06/10, TSJ y Resolución N° 34/10, 9/08/10, Fiscalía General. Está basado en la aplicación de un nuevo modelo de gestión en el proceso penal. Entre los datos estadísticos arrojados de su implementación, vale destacar que del cien por ciento de las causas iniciadas, se resolvieron un noventa y tres por ciento en la etapa de instrucción, de las cuales un dieciocho por ciento fue a través de la aplicación de la *probation*. Y entre estas causas un alto porcentaje encuadró en hechos de violencia de género y he aquí que sólo en un caso se habría abortado la suspensión debido al incumplimiento de las pautas de conducta dispuestas (siendo la encausada de sexo femenino y la víctima un hombre).

Estos datos revelan la obtención de resultados altamente satisfactorios y fortalecen mi postura que es viable y aún aconsejable en determinados supuestos de violencia contra la mujer, la aplicación de la *probation*.

En segundo lugar, las deficiencias en la definición e instrumentación de una política penitenciaria seria y racional, convierten a las cárceles en depósitos o lugares de almacenamiento de presos; en muros propicios para la reproducción interna de la violencia, que luego se traslada afuera, fomentando un círculo vicioso.

Así, las cárceles son llamadas "escuelas del crimen" y suele hablarse de su efecto criminógeno en vez de resocializador. Demostrativo de ello es el alto número de reincidentes que registran los establecimientos carcelarios argentinos, lo que se reitera a nivel mundial.

En definitiva, la no aplicación de la suspensión llevaría a la eventual realización del juicio, pero no asegura una pena de prisión efectiva o que, aun efectiva, una vez en libertad el agresor no reincida en su conducta delictiva contra la víctima, no cumpliendo así el objetivo de la Convención de prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

Mirando el sistema normativo... La *probation* en casos de violencia contra la mujer: ¿es incompatible con el sistema normativo argentino y en particular, con la Convención de *Belem do Pará*?

Reparo que el argumento principal del fallo "Góngora" parte de la premisa que la *probation* es incompatible con los fines de dicha Convención, por cuanto elude la realización del debate en el proceso penal (tesis de "la contradicción insalvable"). Tal como expuse, se centra en su art. 7 incs. b y f, invocando además las pautas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Entiendo que la exégesis adoptada podría no ajustarse al propio **criterio de la Corte**, entrando en contradicción con su **jurisprudencia** anterior, en la cual se pronunció a favor de la suspensión del juicio a prueba con criterio amplio (conf. autos "Acosta" y "Norverto"). En igual lineamiento sostuvo que las normas deben interpretarse conforme sus fines y su contexto general (confr. fallos: 329:2876 y 330:4454, entre otros), armonizando sus preceptos con el resto del orden jurídico, del modo que mejor concuerden con los principios y garantías de la Constitución Nacional (fallos: 258:75; 329:2890; 330:4713). Esto se conoce como interpretación sistemática (fallos: 297:142; 300:1080; 301:460).

En forma conteste, es criterio jurisprudencial consolidado que los derechos consagrados por la ley penal (en este caso, por los arts. 76 bis y siguientes CP) deben ser respetados y garantizados (arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos). Más aun, deben ser complementados por la normativa internacional, pero nunca retaceados o limitados.

Lo dicho se compadece con lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de nuestra **Carta Magna** en cuanto establece que las Declaraciones y Convenciones de Derechos Humanos que enumera tienen jerarquía constitucional, pero "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional", sino que "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Por tanto, aunque es incuestionable que la Convención de *Belem do Pará* obliga al Estado argentino desde el momento que la suscribió, debe ser conjugada en forma armónica con otras disposiciones del sistema de protección de los derechos humanos y con la orientación general impartida por la comunidad internacional.

Al respecto, Naciones Unidas ha remarcado que el sistema penal es la *ultima ratio* para la resolución de conflictos, enalteciendo el principio de mínima intervención. Reflejo de ello son las **Reglas mínimas de Naciones Unidas** sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que deben interpretarse y complementarse con todo el Derecho Internacional, conforme el Tratado de Viena citado por la propia Corte en el fallo examinado.⁶

Aquellas prescriben: “(...) 1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente (...).

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de (...) sexo (...) o cualquier otra condición.

2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de libertad (...).”

Siguiendo con una interpretación armónica del sistema normativo vigente debe tenerse en cuenta lo previsto por las **Directrices sobre la función de los fiscales** aprobadas por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1990) que disponen: “(...) Los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión” (art. 18).

Pueden citarse también la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Todos estos instrumentos, de manera consistente, definen un programa político-criminal que reserva el uso de la prisión para los delitos más graves.

Cabe añadir que hay autores que destacan que un tratado o convención interamericana (como es la Convención de *Belem do Pará*) no puede anular o modificar

⁶ Estas Reglas fueron adoptadas por la Asamblea General de ONU en su resolución 45/110 del 14/12/1990. Si bien se trata de reglas para condenados, quien puede lo más puede lo menos, y en la *probation* el imputado conserva su estado de inocencia (art. 18 CN), y por tanto, pueden aplicárseles todas las medidas permitidas por tales Reglas, adecuándolas a la Ley N° 24.660 (Pablovsky, 2013).

directrices emanadas de un organismo internacional de la jerarquía de Naciones Unidas (Juliano, 2013). No obstante, debe observarse que dicha convención complementa a la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, tratado internacional cuyo Comité en su Recomendación General 19 (1992) dispone que “(...) i) Se prevean procedimientos eficaces de denuncia y reparación, la indemnización inclusive (...)”.

Asimismo, la Recomendación General 28 en su punto 34 (2010) indica: “(...) Cuando la discriminación contra la mujer también viole otros derechos humanos, como el derecho a la vida y la integridad física, por ejemplo en los casos de violencia doméstica y otras formas de violencia, los Estados partes están obligados a iniciar acciones penales, llevar a los infractores a juicio e imponer las sanciones penales correspondientes (...)”.

Ahora bien, parece plausible pensar que tales Recomendaciones no establecen automáticamente la prohibición de aplicar la *probation* en casos de violencia contra la mujer cuando el hecho en cuestión no viole el derecho a la vida ni a su integridad física. Más aun, en caso de afectar tales derechos, ni siquiera es dable barajar la viabilidad de tal instituto por la escala penal del delito.

Por su parte, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, al expedirse en un caso de violencia contra la mujer *in re* “*Maria da Penha Maia Fernandes c. Brasil*”, entre sus recomendaciones incluyó: “(...) El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera (...)”.

A nivel nacional, Argentina promulgó la **Ley N° 24.417** de Protección contra la Violencia Familiar (1994) y luego la **Ley N° 26.485**, “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales”, complementando y modificando la anterior en los puntos pertinentes. Hasta donde alcanzo a ver, dicha normativa no contiene disposición alguna *prima facie* inconciliable con la procedencia de la *probation*.

Más aun, la Ley N° 26.485 consagra el derecho de la mujer de “obtener una respuesta oportuna y efectiva” y a “que su opinión sea tenida en cuenta” (art. 16) y contempla medidas que el juez/a puede adoptar como “la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo (...) o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia” y “medidas de seguridad en el domicilio de la mujer”, etc. (art. 26). A nivel provincial, la **ley N° 9283** de Violencia Familiar, dispone medidas similares a las mencionadas.

Por otra parte, estimo insoslayable hacer un replanteo de las **consecuencias jurídicas** que derivan de la exégesis propuesta por la Corte Suprema en “Góngora”. En esta línea podría alegarse que la misma quebrantaría múltiples principios y garantías de rango constitucional.

En primer lugar, podría poner en jaque el **estado de inocencia** ya que desconoce el efectivo goce de un derecho (tal como lo es la suspensión del proceso a prueba) sobre

un supuesto que todavía no ha sido comprobado. Consecuentemente, entiendo que también viola la garantía del *in dubio pro reo*.⁷

Asimismo, podría atentar contra el **principio de legalidad** exigido por la Constitución Nacional (art. 18, 19 y 75 inc. 22). La legalidad significa que la única fuente productora de ley penal en el sistema argentino son los órganos constitucionalmente habilitados, y la única ley penal, es la ley formal que de estos emana, conforme al procedimiento que establece la propia constitución.

La legalidad penal se completa con el **principio de reserva** (art. 19 CN), respondiendo ambos a la exigencia de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno (art. 1 CN). En virtud de este último principio ningún habitante de la nación puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. Por consiguiente, existen razones para alegar que nadie debería ser privado de acceder a la *probation* en casos de violencia contra la mujer si se dan las condiciones legales de admisibilidad y el juez/a lo estimare conveniente en el caso concreto.

En esta dirección, en la exposición de motivos de la ley N° 24316, que incorporó la *probation* al Código Penal, se alude su procedencia en cuestiones de “ofensas familiares”. En segundo orden, observo que el art. 76 bis de dicho Código no fue modificado respecto a su aplicabilidad en casos de violencia de género, luego de que Argentina aprobó la Convención de *Belém do Pará*; en tanto que por ley N° 26.735, de fecha 27/12/12 se añadió un nuevo párrafo al precitado artículo, estableciendo que no procede la suspensión respecto de los ilícitos del Código aduanero y del régimen penal tributario, no incorporando exclusión alguna respecto a la temática en cuestión.

Por su parte, del principio de legalidad derivan sub-principios que también serían desatendidos por la doctrina del fallo, como el **principio de máxima taxatividad legal e interpretativa**. Este principio se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*. En tal sentido, es plausible sugerir que la interpretación dada por la Corte a la Convención podría configurar una interpretación jurídica *in malam partem*, puesto que atenta contra el acotamiento del poder coercitivo del Estado y por ende, coloca al imputado en situación más vulnerable.

Debo mencionar también el principio de **mínima suficiencia** o mínima intervención penal (arts. 1 y 75 inc. 22 CN, en función de los arts. 5, punto 6, y 9 CADDHH), el cual surge de la exigencia constitucional de racionalidad de los actos de gobierno (que implica racionalidad de las penas); de proporcionalidad entre la sanción y el hecho al cual se aplica (ínsito en el anterior y en el principio de culpabilidad por el hecho); del principio de estricta necesidad de las penas (art. 8 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, 1789), entre otros.

Este principio es de fundamental importancia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. “Barrios Altos”) y de nuestra Corte Suprema (cfr. “Acosta” y “Norberto”).

⁷ Sin perjuicio que hay posiciones divididas, adhiero a quienes la conciben como una garantía constitucional aplicable tanto en materia probatoria cuanto sustantiva.

Como una derivación del principio anterior, se desprende el de **subsidiariedad**, en virtud del cual y a fin de proteger los derechos fundamentales, el Estado debe agotar los medios menos lesivos del derecho penal antes de acudir a éste, que debe ser sólo un arma subsidiaria, una *ultima ratio*.

Finalmente, parece posible sostener que la interpretación de la Corte podría transgredir el **principio de buena fe** y su concreta aplicación en el principio *pro persona*, que obliga a privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

Además, la respuesta de la Corte podría vulnerar la **garantía de igualdad ante la ley** (art. 16 CN), llevando a la paradoja de que una persona imputada por un delito de violencia contra la mujer queda excluido de acceder a la *probation*, mientras que otra imputada por otro tipo de delito aún más grave que cumpla con los recaudos del art. 76 bis podría acceder a la suspensión. Del mismo modo, se vuelve ineludible preguntarse qué sucedería en caso que la imputación recayera sobre una mujer y la víctima fuere un hombre. ¿Se aplica esta interpretación de la Corte impidiendo la *probation* en beneficio de aquélla?

Las razones anteriores brindan plausibilidad a la conclusión de que excluir *a priori* la aplicación de la suspensión en cualquier supuesto de violencia contra la mujer sin atender al caso concreto y a la gravedad del hecho, podría entrar en contradicción con las ideas iushumanistas del proceso penal.

Lo expuesto obliga también a reflexionar la respuesta dada por la Corte en términos de sus posibles consecuencias prácticas, siguiendo un criterio de **coherencia sistemática**, exigible a la hora de valorar cualquier interpretación, más aun proviniendo del Máximo Tribunal. Así en primer lugar es dable preguntarse por su repercusión respecto a los delitos dependientes de instancia privada (art. 72 CP) cuando obedecieran a hechos de violencia contra la mujer pero ésta se opusiere a realizar la denuncia, impidiendo así su investigación y sanción. ¿Debe modificarse el régimen de persecución penal existente, actuando siempre de oficio el Poder Judicial en todo caso de violencia contra la mujer? Nada ha dicho la Corte al respecto.

En igual dirección, pienso en diversos institutos jurídicos plenamente vigentes en nuestro sistema, por ejemplo, el de prescripción de la acción penal en hechos en que hubiere un componente de género, puesto que también este instituto frustraría la investigación e imposición de una sanción. ¿Surge una nueva categoría de delitos imprescriptibles?

De otro costado, haciendo abstracción de todos los argumentos vertidos hasta aquí, aún cuando se optare por una **interpretación literal** de la Convención, dicha interpretación podría no conducir a la respuesta dada por la Corte. En esta dirección, vale la pena reparar en los vocablos centrales que sustentan su argumentación: “sancionar”, “juicio” y “acceso efectivo” (conf. art. 7 inc. b y f).

Respecto al término “**sancionar**”, algunos autores entienden que no significa penar o castigar (esto es, realizar siempre juicios que culminen con una sentencia); sino que debe ser entendido como obligación de legislar tipos penales que castiguen ciertas

conductas y que a eso apunta la citada Convención (Juliano, 2013). Otros optan por resaltar que los efectos de la *probation* son más graves que los de una sentencia (por la imposición de reglas de conducta como trabajos comunitarios, tratamientos psicológicos y suspensiones), quedando por tanto comprendido el instituto en los términos de aquélla.

En relación al “**juicio**”, en primer lugar hay quienes sostienen que el juicio previo a la pena (art. 18 CN) es una garantía del imputado y no de quien se presenta como víctima (Juliano y Vitale, 2013). En segundo lugar, si bien con dicho término suele aludirse a la etapa del debate, en los países de tradición hispánica, tiene distintos significados y uno es su identificación con el término proceso, esto es: “serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal...” (Cafferata Nores, Montero y Vélez, 2013), teniendo distintas etapas: investigación, debate, recursos y ejecución de lo decidido.

De aplicarse la *probation*, dicho proceso se paraliza en el estado en que se encuentra y si el imputado no cumpliera las reglas impuestas, el mismo se reanuda hasta llegar al debate y sentencia. Por esta razón me permito sugerir que este instituto sea regulado en el Código Procesal y se estipule que el pedido de suspensión sólo pueda realizarse una vez concluida la etapa de investigación penal a efectos que en caso que se tuviera que reanudar el proceso, ya se cuente con toda la prueba, evitando así que durante el tiempo que el mismo estuvo paralizado se haya perdido gran parte de aquella. Y así se da cabal cumplimiento a la **investigación** de ese hecho, tal como impone la Convención de *Belem do Pará*.

En relación al “**acceso efectivo**” a la justicia puede ser considerado desde tres aspectos diferentes y complementarios entre sí: el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, un pronunciamiento judicial justo en tiempo prudencial; y tercero, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos (Birgin y Gherardi, 2008).

Según afirma la Corte, tal acceso sería quebrantado si procediera la *probation*. Sin embargo, es plausible disentir con tal afirmación, sosteniendo que la misma no implicaría en sí una negación de acceso a la justicia y teniendo, por el contrario, consecuencias jurídicas y prácticas tangibles. No obstante, si en el caso concreto el juzgador/a entendiere que existen evidencias de que la suspensión puede interferir con alguno de los tres aspectos enunciados, sin dudas procede su rechazo para ese caso puntual.

En segundo lugar, con el régimen de acción pública imperante en Argentina respecto de la mayoría de los delitos, el acceso efectivo de la mujer al juicio conforme la ley procesal, se da sólo cuando se presenta como querellante o particular damnificada. De no revestir tal carácter, el artículo 76 bis CP le da mayor intervención al permitirle, por ejemplo, acceder a una reparación adecuada y que se arbitren medidas para su especial protección como expondré *infra*.

Además, tal como surge de sendas investigaciones realizadas en países de la región, la extensa duración de los procesos disuade a las víctimas de denunciar (Farito y

Casas, 2004) a la par que socava el acceso a la justicia si se repara en las tres dimensiones de la definición antes dada. De esto podría seguirse que pregonar la realización de juicio en todo hecho de violencia contra la mujer entrañaría el riesgo de convertir dicho acceso en una mera formalidad, en perjuicio de los intereses de la víctima y la sociedad.

Finalmente, siguiendo el criterio de la Corte de aferrarse literalmente a los términos de la Convención, vale reparar en el **apartado g del art. 7**. Éste dispone que el Estado se compromete a establecer mecanismos que aseguren que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a “resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”. Y precisamente, el art. 76 bis exige como condición que al presentar el pedido de suspensión, el imputado ofrezca reparación y la víctima puede aceptarla o no y en este caso, si el proceso se suspende, se le habilita la acción civil.

Finalmente, entiendo que el rechazo terminante de la *probation* podría también fundarse en dos prejuicios reinantes sobre esta institución, a saber: 1. Que es un instrumento que alienta la impunidad. 2. Que es equiparable a la mediación, conciliación u otros métodos de resolución extrajudicial del conflicto.

En relación al primero y a efecto de evitar reiteraciones (retomaré este tema en otro apartado), cabe señalar que la *probation* supone un juicio negativo por parte del juez/a en virtud del cual el imputado de un delito que no reviste extrema gravedad estará en observación durante cierto tiempo durante el cual debe cumplir severas reglas de conducta, y su incumplimiento determina la reanudación del juicio y la pérdida de la posibilidad de gozar de la ejecución condicional en caso de resultar condenado. Por tanto, no podría predicarse válidamente que la *probation* alienta impunidad alguna.

Respecto a la segunda creencia podría estar relacionada a la recomendación del Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belem *do Pará* y de la Novena Reunión del Comité de Expertos sobre la prohibición de la conciliación, mediación o cualquier otro método que busque la solución extrajudicial (2012).

La CIDH también expresó su preocupación ante el hecho que se promueva la conciliación para resolver este tipo de delitos, arguyendo que la misma asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones, lo cual generalmente no es el caso.⁸

Observo entonces que la prohibición a la que se viene aludiendo en consonancia con la Convención de *Belem do Pará* se limita a aquellos métodos de resolución de conflictos que impliquen negociar sobre derechos fundamentales entre partes asumiendo que las mismas se encuentran en igualdad de condiciones. Acuerdo con tal prohibición

⁸ Así lo sostuvo la CIDH en la Audiencia Temática, Violencia Doméstica en Centroamérica, 125° Período Extraordinario de Sesiones.

debido a la ostensible desigualdad en las relaciones de poder entre víctima y agresor en cuestiones de género, a más de que la práctica demostró que los acuerdos generalmente no son cumplidos por éste y no se abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí.

Ahora bien, respetuosamente entiendo que es un error suponer que la *probation* implique algún tipo de negociación entre partes, siendo que es un juez/a quien decide mediante resolución fundada sobre su procedencia, previo dictamen de un fiscal. Y en caso de decidirse la suspensión, es el Estado el encargado de vigilar el cumplimiento de las reglas impuestas al probado –destinadas a proteger a la víctima y atacar las causas del problema- y de disponer en caso de incumplimiento, la reanudación del proceso.

Mirando el sistema penal... ¿Una solución ideal aplicable en un sistema imperfecto?

Para responder este interrogante, parto de la premisa (que no reputo cierta según expondré, pero es útil a los fines expositivos) que el juzgamiento y castigo del cien por ciento de los casos de violencia contra la mujer constituye la solución ideal a esta problemática y que por ende, debe aspirarse desde el sistema penal a que cada supuesto violento sea condenado.

Ahora bien, ¿tal anhelo es factible? Resulta imperioso mirar la realidad y tomar consciencia que nuestro **sistema judicial no da abasto** atento la gran cantidad de causas en trámite⁹ y la deficitaria organización de los recursos humanos y materiales existentes para su investigación y juzgamiento. He aquí la opinión generalizada de los operadores del derecho que todo sistema que se agobia de casos provoca naturalmente un modelo de selección práctica, que termina siendo salvaje, inverso e irracional¹⁰, extraño a cualquier política criminal razonable.

Por su parte, frente a un sistema de persecución penal colapsado, es consecuencia natural el avance de la **prescripción** o cuanto menos de demoras de tal magnitud que desvirtúan el sentido de la reacción punitiva estatal. Y cabe recordar que esta realidad (que la Corte parece obviar en “Góngora”), llevó a pensar en una rueda de auxilio como la *probation*.

Así entiendo que no puede pretenderse (por resultar materialmente imposible, o bien, de consecuencias nocivas), que el sistema se rija sólo por el principio de legalidad

⁹ Entre el 01/02/12 al 31/01/13 se receptaron en la Pcia. de Córdoba, 31.839 denuncias de Violencia Familiar, de las cuales fueron admitidas el 85%, conforme datos del *Mapa provincial de denuncias de violencia familiar*.

¹⁰ En este sentido, Zaffaroni (1998): “La selectividad estructural del sistema penal –que solo puede ejercer su poder represivo legal en un número casi despreciable de las hipótesis de intervención planificada- es la más elemental demostración de la falsedad de la legalidad procesal proclamada por el discurso jurídico-penal (...). La disparidad entre el ejercicio del poder programado y la capacidad operativa de las agencias es abismal” (P. 31).

En igual sentido, Duce y Riego (2002): “El principio de legalidad descansa en (...) el mito de la no impunidad, esto es, la creencia (...) que todos los delitos pueden ser investigados y (...) sancionados (...)” (P. 175).

en los casos de delitos contra las mujeres cualquiera fuere su gravedad, soslayando el principio de oportunidad procesal. Hay hechos más graves que otros y tales diferencias no sólo permiten sino que exigen un tratamiento diferente.

Puede aquí objetarse que la aludida imposibilidad del Estado de llevar a juicio todos los casos de violencia contra la mujer (e incluso lo relativo a la ineficacia de las sanciones penales tradicionales) son argumentos que carecen de dirimencia para fundar la concesión de la *probation*, dado que el Estado debe cumplir la Convención. Frente a ello, insisto que la aplicación de dicho instituto en el acotado universo de casos definidos por el art. 76 bis, se aviene a los objetivos establecidos en dicha convención.

En segundo lugar, adito que como sostiene una amplia bibliografía sobre el tema, los derechos humanos no tienen el estatus de reglas sino que operan como estándares de comportamiento para la adopción de políticas públicas y penales. Por consiguiente, hay razones para pensar que un Estado tiene competencia, dentro de un margen de discreción razonable, para escoger los medios de implementación de dichos estándares a condición de que prueben ser efectivos. Esto significa que si la aplicación de una estrategia alternativa como la *probation* en ciertos casos resulta ser más eficiente para combatir la violencia contra la mujer, esto no debería ofrecer resistencias.

Mirando a la víctima... ¿Qué es más beneficioso para la víctima en su vida cotidiana?

Las nuevas corrientes en victimología buscan el mejor resguardo del interés de la víctima y en esta línea se inscribe la *probation*, dándole un nuevo protagonismo dentro del proceso (Arocena, 2001).¹¹ A menudo tal interés no consiste en la imposición de una pena, sino en una rápida y efectiva reparación por los daños que sufrió (Bovino, 2001), entendiendo dicha reparación como cualquier solución que objetiva o simbólicamente satisfaga a la víctima.¹² Tal como anticipé, es requisito ineludible para la suspensión, el ofrecimiento razonable del imputado de reparar los daños causados; reanudándose el proceso si éste no cumple con la ofrecida.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha sostenido que la *probation* es: “(...) Una de las manifestaciones del cambio de paradigma de la justicia penal. Esto es, en lugar de la tradicional respuesta consistente en que la acción penal se agota en una sentencia que para el caso de condena impone una pena, el nuevo paradigma coloca como figura central la compensación de la víctima. La reparación además de producir tal compensación, es un modo socialmente constructivo para que el

¹¹ En igual sentido, TSJ, Sala Penal, Sent 101, 26/04/2010, Mercado.

¹² La *probation* “respeta razonablemente el interés de la víctima a que el sistema penal dé una respuesta al padecimiento que ella sufrió. Esto se consigue con la exigencia que se pone en cabeza del imputado de ofrecer una indemnización a la víctima (...)” (Tamini y López Lecube, citado en Meana, 2011).

autor sea obligado a dar cuenta de sus actos, ofreciendo a la vez el mayor espectro posible de rehabilitación (...)” (TSJ, Sent. 307, 19/11/2012, “Astesana”).¹³

Por su parte, en algunas ocasiones, la tesis de “la contradicción insalvable” podría socavar lo que se supone tiende a proteger: el derecho de la víctima a ser oída. Además, soslaya que someterla a la realización del procedimiento penal puede implicar su revictimización, aparejándole una experiencia cuanto menos dolorosa (“**victimización secundaria**”).

Asimismo, es oportuno aludir a su repetida exclusión en la resolución del conflicto (“**expropiación del poder de la víctima**”), herencia del sistema inquisitivo. En este lineamiento, afirma Christie Nils que ésta “(...) en un caso penal es un perdedor por partida doble: primero ante el infractor y luego frente al estado, que le roba su conflicto, excluyéndolo de participar” (citado en Justicia Participativa, 2002). Por su parte, Haydee Birgin (2010) afirma que “el Estado se apropia del conflicto y la víctima pierde todo lugar en el proceso, ya que no es ella sino el Estado, la parte principalmente ofendida. Es el Estado entonces quien representa los intereses de la víctima, reforzando su lugar subordinado”.

La CIDH ha dicho que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. (...) Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” (CIDH, “Ximenes Lopes vs. Brasil”, 4 de julio de 2006, parágrafo 10, voto del Juez Sergio García Ramírez).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia en un caso de abuso sexual con acceso carnal concluyó que: “(...) si la simple voluntad de la víctima puede evitar *ex ante* la persecución y punición, no se encuentra muchas razones para que no pueda evitarlos *ex post*” (TSJ, Sala Penal, Sent. 158, 5/07/07, Bonko). No obstante, se reitera que en la suspensión no es la víctima quien decide al respecto sino un juez/a previa evaluación del caso. Pero creo que a futuro podría pensarse otorgar a la víctima mayor participación frente al pedido de *probation*, a efectos por ejemplo de conocer si está de acuerdo. En tal caso, debería analizarse si su voluntad es libre o viciada (lo que podría desprenderse de un informe psiquiátrico).

Por otra parte, es fundamental considerar en este acápite las **reglas de conducta** que pueden imponerse al imputado y estén destinadas a proteger a la víctima, como por ejemplo, disponer la prohibición de acercamiento, la exclusión del hogar, la obligación

¹³ En idéntico sentido, TSJ, Sent. 94, 24/5/2007, “Zelaya Lori”, entre otros y *Manual de Justicia sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctima del Delito y Abuso de Poder*. No obstante, la jurisprudencia citada fue dejada de lado por dicho Tribunal a partir de autos “B., J. C. p.s.a. lesiones leves calificadas, etc. - Recurso de Casación”, 30/05/13, acogiendo el criterio de la CSJN en Góngora. Asimismo, antes de expedirse la Corte, tanto el TSJ como tribunales inferiores de la Provincia fueron sentando las bases para dar respuesta a la problemática, negando en algunos casos la suspensión.

de hacer un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcoholismo, o un tratamiento psiquiátrico o psicológico que ayuden a prevenir futuros hechos.¹⁴

Así, podría pensarse que en el marco de la suspensión pueden crearse mejores chances de protección real de la víctima. Además, es importante advertir que estas pautas de conducta tienen mayor probabilidad de ser cumplidas exitosamente en virtud de la *probation* que durante la condena condicional. Esto se atribuye principalmente al incentivo que significa para el imputado evitar ser condenado.

También cabe añadir la amenaza legal latente de seguir la marcha del proceso si no cumple con dichas reglas o si comete un nuevo delito en el plazo de prueba. En tal caso, resalto que además de ser juzgado por el delito de la causa suspendida, pierde la posibilidad de condena en suspenso que tendría de no haberse utilizado esta vía alternativa. El condenado, en cambio, no cuenta con tales incentivos. Además, optar por la suspensión podría evitar un nuevo hecho de violencia exacerbado por el impulso vindicativo de quien ha oído todo un debate en su contra y fue condenado.

Mirando al imputado... ¿En vísperas de un nuevo derecho penal tuitivo de las mujeres en detrimento del imputado?

Tal como supo reconocer la propia Corte Suprema, la *probation* es un **derecho** que tiene todo imputado que cumple las condiciones de admisibilidad dispuestas por la ley y no un mero beneficio o gracia legal.¹⁵ No obstante, en “Góngora” crearía pretorianamente una nueva causal de inadmisibilidad de la suspensión, excluyendo de su ámbito de aplicación los delitos contra las mujeres no contenida en la ley (conf. últ. tres párrafos del art. 76 bis CP).

En este sentido, tal como también anticipé, es posible pensar que imponer el juzgamiento de todas las causas de violencia contra la mujer es discriminatorio y además atenta contra el principio republicano de racionalidad de los actos de gobierno (Ávila, Juliano y Vitale, 2013).

Además, la promoción de derechos a favor de un sector vulnerable de la sociedad no puede conllevar la violación de derechos humanos de otro sector también **vulnerable**, así reconocido por la comunidad internacional al estar sometidos al aparato represivo.

Finalmente y en relación a ello, urge empezar a preguntarnos si de avanzar en una interpretación como la seguida por nuestra Corte en “Góngora”, no podría llegarse al extremo de sostener en todas las causas de violencia contra la mujer la supresión de derechos de los imputados tales como la prisión domiciliaria y la libertad condicional o

¹⁴ El TSJ y la mayoría de los autores adhieren al carácter enunciativo de las reglas de conducta establecidas en el art. 27 bis CP.

¹⁵ Así lo sostuvo en autos “Acosta”, entre otros numerosos fallos. En sentido conteste se pronunció la doctrina, refiriendo que, no obstante, es frecuente en los ámbitos tribunalicios denominar a dicho instituto como “beneficio”. Conviene entonces precisar que mientras cualquier beneficio depende de la voluntad del que lo otorga, la *probation* es un derecho de quien es sometido a proceso, en tanto se cumplan las condiciones legales para su procedencia.

la imposibilidad de realizar juicio abreviado; o incluso propiciar en todos los tipos penales distinta escala cuando hubiere un componente de género.

Reflexión final

Como sostuve desde el comienzo, este trabajo no pretende cuestionar la obligación del Estado Argentino de cumplir con los deberes emanados de la Convención de *Belem do Pará*. Más aun, la suscripción de la Convención y su eventual cumplimiento deberían ser motivo de celebración para quienes pensamos que la eliminación del flagelo de la violencia contra la mujer es una prioridad política.

El objetivo de este artículo es simplemente sugerir que puede haber razones para disentir con la interpretación que ha dado nuestra Corte Suprema de Justicia a los términos de dicha Convención en un asunto particular. En tal sentido, mi argumento aspira a motivar la tesis de que descartar *a priori* la suspensión del juicio a prueba en todo caso de violencia contra la mujer, sin permitir al juzgador/a atender a las circunstancias particulares del caso y en especial a la gravedad del hecho en cuestión, podría soslayar algunos principios rectores del sistema de persecución penal igualitario y de mínima intervención.

Antes bien, entiendo que la *probation* –en el acotado universo de casos a los cuales está confinada por la ley penal y previa valoración concreta de su procedencia por el juez/a- podría conciliar los objetivos de la Convención con todo el encuadre de derechos humanos y garantías que rigen el proceso penal. Así, garantizaría, por un lado, el derecho de la víctima a ser oída, de obtener real protección y de conseguir una reparación frente al daño que el ilícito le causó. Y, de otro costado, permitiría respetar los derechos del imputado en cumplimiento de lo prescripto por nuestro Código Penal y las obligaciones que asumió el Estado al suscribir diversos instrumentos internacionales con rango constitucional. Asimismo, podría favorecer su reinserción social a través de las pautas de conducta impuestas.

A pesar de esto, es importante enfatizar que el análisis sobre su procedencia exige ser exhaustivos en cada caso en particular y, en el supuesto que se reputare procedente, es trascendental el análisis de las condiciones para su otorgamiento. Es entonces cuando cobra relevancia superlativa la evaluación de la reparación ofrecida a la víctima, las pautas de conducta a imponer al imputado, y el plazo por el cual procederá la suspensión (sugiriendo para tal evaluación, ponderar no sólo la figura penal sino las circunstancias contenidas en los arts. 40 y 41 del CP). En este menester, es especialmente valioso que el tribunal cuente con asesoramiento y diagnóstico interdisciplinario e interinstitucional.

También reputo prioritario reorganizar el seguimiento de los probados, implementando una sólida y eficiente estructura de control y medidas de evaluación constantes, a cargo de suficiente personal capacitado para ello.

En base a tales consideraciones, concluyo también que la *probation* debe ser regulada en nuestro Código Procesal Penal en forma urgente, pero no por eso ligera.

Referencias Bibliográficas

Altamirano, M. (2013) *Veinte años después. Suspensión del juicio a prueba. ¿Probación o aprobación? Actualización doctrinaria y visión jurisprudencial*, Córdoba, Nuevo enfoque.

Ávila, F., Juliano, M. y Vitale G. (2013). "Violencia contra la mujer como instrumento de represión: ¿otro castigo penal a los pobres?", *Derechos Humanos*, II:3, Agosto, pp. 55-70.

Ávila, F., Juliano, M. y Vitale G. (2013). "La cuestión de género y el incremento del poder punitivo: ¿Más violencia penal contra los pobres?", *Revista de pensamiento penal*, 161, Noviembre.

Arocena, G. (2001) *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Ed. Advocatus, pp. 182-186.

Birgin, H. (2000) *Las trampas del poder punitivo*, Buenos Aires, Biblos, pp. 27.

Birgin, H. y Gherardi, N. (2008) "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres", en Etchegoyen, A. (Coord.). *Mujer y Acceso a la justicia*, Buenos Aires, El Mono Armado.

Birgin, H. (2011). "Acceso a la justicia de las víctimas de violencia doméstica – Una agenda pendiente" en *Discriminación y género. Las formas de la violencia*, Encuentro internacional sobre violencia de género. Taller: Acceso a la justicia y Defensa Pública, Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010, pp. 119-130

Birgin, H. (2011). "Acceso a la justicia y violencia: Una deuda con los derechos de las mujeres" en *La Justicia en construcción. Derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación en América Latina*, Buenos Aires, ELA Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, pp. 15-21

Bovino, A. (2001). *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Editores del puerto.

Cafferata Nores, J. I., Montero y J., Velez V. (2003). *Manual de derecho procesal penal*, Córdoba, Ciencia, derecho y sociedad.

Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez – Área de investigación. *Mapa Provincial de denuncias de violencia familiar en la provincia de Córdoba receptoras durante el año 2012*. Recuperado de <http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/>

Couso Salas, J. (1998) *Oportunidad versus Legalidad: entre economía político criminal, despenalización, prevención y principios garantistas*, Primer Congreso

Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 39. Serie de Seminarios. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

De la Cuesta Arzamendi, J. (2014). *La cárcel no es una solución*, Donostia – San Sebastián, España. 12 de junio. Recuperado de: http://www.ehu.es/p200content/es/contenidos/informacion/ivcke_i_jose_luis_delacuesta/es_joseluis/adjuntos/ELCIERVO.pdf

Etchegoyen, A. (Coord.) (2008) *Mujer y Acceso a la justicia*, Buenos Aires, El Mono Armado.

ECLAC. (1996). “La violencia de género: un problema de derechos humanos” *Serie Mujer y Desarrollo* N° 16. Publicado en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/4345/lc1957e.pdf>

Facio, A. y Fres, L. (1999). “Feminismo, genero y patriarcado”, en AAVV, *Género y derecho*. Corporación de Desarrollo de la Mujer La Morada, Chile, Editorial Cuarto Propio, Isis Internacional.

Facio, A. (2011). “Un nuevo paradigma para eliminar la violencia contra las mujeres” en *Discriminación y género. Las formas de la violencia*. Encuentro internacional sobre violencia de género. Taller: Acceso a la justicia y Defensa Publica. Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010, pp. 31-46.

Farito, S. y Casas, L. (2004). "*Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género*", México, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp. 8.

Juliano, M. (2001). “La influencia de la Convención de Belém Do Pará sobre la ley y jurisprudencia locales”, *Revista Pensamiento Penal*, 127, 03 de Julio. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar>

Juliano, M. (2013). “La Convención de Belém do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías”, *Revista Pensamiento Penal*, 157, 04 de Julio. Recuperado de <http://guillermoberto.files.wordpress.com/2011/09/belen-para-la-ley.doc>

Juliano, M. y Vitale, G. (2013). “Retroscesos de una Corte que avanza (El fallo Góngora y los nuevos enemigos del sistema penal)”, *Revista Pensamiento Penal*, 160, 03 de Octubre. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/retroscesos-una-corte-que-avanza-fallo-gongora-nuevos-enemigos-del-sistema-penal>

Informe SOMBRA para el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), (2010). 46° período de sesiones del Comité CEDAW, Buenos Aires, Asociación por los Derechos Civiles.

Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios (2010), Los derechos de las mujeres en la mira. ELA Equipo latinoamericano de justicia y género, Chile, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.

Lopardo, M. y Rovatti P. *Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista*, Buenos Aires, La Ley Online.

Maqueda Abreu, M. (1985) *Suspensión condicional de la pena y probation*. Colección temas penales, Madrid.

Maqueda Abreu, M., (2006) “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

Meana, M. (2011) “La suspensión del juicio a prueba: un mecanismo alternativo de revalorización de la víctima”, *Revista Pensamiento Penal*, 136, 16 de diciembre. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/suspension-del-juicio-prueba-mecanismo-alternativo-revalorizacion-victima>

Mendaña, R. J. (2007) “Ejercicio de la acción penal y principio de oportunidad”, *Revista Pensamiento Penal*, 44, 01 de Mayo. Recuperado de <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/>

Nils, C. (2002) *Justicia Participativa*. Recuperado de: <http://www.vivilibros.com/excesos/04-a-06.htm>

Osborne, R. (coord.) (2005). *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*. Madrid: UNED.

Observatorio Violencia de género (2014-2015), *Avance del Informe Anual*, Defensoría del pueblo de la provincia de Buenos Aires, Buenos Aires.

Pablovsky, Daniel R. (2013) “Probation. Comentario al fallo Góngora, Gabriel A. s/ Causa 14.092”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, IJ-LXVIII-731, 25 de Julio.

Policastro, B. y Zaikoski Biscay, D. *Acceso a la Justicia y atención de la víctima de violencia de género en La Pampa*, Publicado en http://jornadasdesociologia2015.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/ponencias/471_984.pdf,

Rubio, A. (2004) “Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.

Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belem do Pará. (2012), Mecanismo de seguimiento de la convención de Belem do Para (MESECVI).

Vitale, G. (2004) *Suspensión del Proceso Penal a Prueba* (2da. edición actualizada), Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 167.

Walker, L. (2012) *El síndrome de la mujer maltratada*, Desclee de Brouwer. Recuperado de: <http://www.edeslee.com/pdfs/9788433026095.pdf>

Zaffaroni, E. (1998) *En Busca de las Penas Perdidas*, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000) *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar.