

La viabilidad de la suspensión de juicio a prueba en los casos de violencia de género

Por María Guadalupe Martire¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Consideraciones generales sobre el instituto de la suspensión de juicio a prueba. III.- El consentimiento fiscal en los casos de violencia de género. IV.- La opinión de la víctima en los casos de violencia de género. V.- Obligaciones que impone la Convención de *Belém do Pará* y los alcances del fallo “*Góngora*”. VI.- Criterios doctrinales. VII.- Criterios jurisprudenciales. VIII.- Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos tiempos, la violencia hacia la mujer ha llegado a convertirse en una problemática constante y creciente en todo el mundo. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer reconoce que “La violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre”.²

Esta violencia no es una cuestión biológica, sino, de género. “El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres”.³

Ante esta grave situación se fueron desarrollando, a nivel internacional, diversas herramientas con la imperante necesidad de poner frenos a la cuestión, sin embargo, los avances son lentos ya que se trata de corregir

¹ Abogada egresada de la Universidad Católica de Salta. Magíster en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Tesis sobre “La viabilidad de la suspensión de juicio a prueba en los casos de violencia de género”. Prosecretaría del Ministerio Público Fiscal D.J.S. de la Provincia de Tierra del Fuego.

² Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, diciembre, 1993.

³ BODELON, Encarna y BERGALLI, Roberto, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, en Anuario de Filosofía del Derecho IX, (1992), pág. 53, en MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (2006), pág. 2.

conductas despreciables que tienen raíces profundas y porque aún faltan definir estrategias eficaces para lograrlo.⁴

En este trabajo se analizará si la suspensión de juicio a prueba es adecuada para combatir esta problemática, sin olvidar que es una de las herramientas judiciales que se utilizan en el fuero penal.

La jurisprudencia sobre la procedencia de la suspensión de juicio a prueba en los casos vinculados con la violencia de género no es unánime. Por tanto, se propone realizar un estudio de los distintos fallos relevados poniendo énfasis en los criterios que se han utilizado en cada uno de ellos.

Interesa saber, sobre todo, si en dichas decisiones jurisprudenciales, se respetan cabalmente las obligaciones contraídas por el Estado argentino con la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (Convención de *Belém do Pará*).

Ello nos permitirá analizar, en su caso, si existe una regla única que debe seguirse, o si cabe evaluar en cada caso la viabilidad de su concesión, así como los parámetros legales a seguir al respecto.

Al decir de Raquel Asencio, cabe ver si los discursos y prácticas judiciales "resultan compatibles con estándares internacionales de derechos humanos y, con mayor especificidad, con el principio de no discriminación y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia".⁵

II. Consideraciones generales sobre el instituto de la suspensión de juicio a prueba

Primeramente, analizaremos los rasgos básicos del instituto de la suspensión de juicio a prueba, el que fue incorporado a nuestro Código Penal, en el año 1994, mediante la Ley N° 24316.

El artículo 76 bis de nuestro Código Penal refiere que toda persona que se encuentra sujeta a un proceso penal puede solicitar que se interrumpa dicho proceso, con el requisito de someterse a cumplir determinadas condiciones durante un período de tiempo, entre las que enumeramos: no cometer un nuevo delito, reparar los daños ocasionados y el cumplimiento de reglas de conducta establecidas. Si el imputado cumple con las condiciones exigidas se

⁴ Cfr. UNICEF, "La violencia doméstica contra mujeres y niñas", *Innocenti Digest*, N° 6, (2000), pág.1.

⁵ ASENCIO, Raquel, *Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, 1ª ed. Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010, pág. 13.

extinguirá la acción penal y finalizará el proceso. En el caso de incumplimiento de ellas, se reanuda el trámite procesal.

Sobre la normativa jurídica mencionada, podemos señalar que ha resultado ambigua en lo que respecta al tipo de delitos que comprende y a la necesidad del consentimiento fiscal para el otorgamiento del beneficio, trayendo aparejadas variadas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales.

En lo que concierne a los requisitos para su procedencia, en honor a la brevedad, sólo se enumerarán aquellos que son pertinentes para el análisis del tema que nos ocupa en el presente trabajo:

El beneficio está previsto para los imputados de ciertos delitos. Por ello, el primer párrafo del artículo 76 bis, menciona: “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”, podemos decir entonces que se limita a los delitos correccionales.

Jurisprudencialmente, por interpretación del 4º párrafo del artículo mencionado, surgió la llamada tesis amplia, que entiende que es viable para delitos de acción pública reprimidos con penas que no superen los tres años de prisión o reclusión y para aquellos delitos cuya condena aplicable, de acuerdo a las circunstancias del caso, pudiese ser dejada en suspenso.

No nos detendremos a dilucidar sobre las distintas tesis que postulan si el ámbito de aplicación corresponde a los delitos correccionales o criminales, sólo interesa saber que está prevista para imputados de delitos que no son los de mayor gravedad.

Así, la ley menciona taxativamente en qué casos no procede la *probation*: cuando se encuentran imputados funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en la infracción a los delitos reprimidos con pena de inhabilitación y para los delitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones (delitos aduaneros y tributarios). Nótese que nada dijo el legislador sobre los delitos vinculados con la violencia de género.

Otra de las condiciones, es que el imputado debe ofrecer reparar el daño causado en la medida de lo posible, siendo el magistrado quien debe valorar la razonabilidad de la oferta, dar traslado al fiscal y a la víctima del delito para que pueda expresar su opinión, teniendo presente, que no se debe confundir esta reparación con una indemnización que la víctima puede obtener en la vía civil.

La víctima debe ser escuchada previamente por el juez que entiende en la causa, aunque su rechazo al otorgamiento no es vinculante. Una de las finalidades que se pretende, es contribuir a la paz social, mediante la posibilidad de una reconciliación entre el imputado y la víctima.⁶

Si nos referimos al momento procesal oportuno para solicitar la *probation*, Castañeda Paz⁷ considera que debería ser interpuesta luego de la declaración indagatoria al imputado y hasta el dictado de la sentencia mientras no esté firme. Al ser indagado, el imputado toma conocimiento respecto de cuál es el delito que se le enrostra, las pruebas existentes en su contra, teniendo la oportunidad de realizar su descargo, pudiendo entonces, solicitar el beneficio, desde la finalización de tal audiencia.

Nos preguntamos qué finalidad se persigue con esta herramienta?, para ello, veamos qué dice la doctrina al respecto:

Nos comenta Devoto, que para Jeschek, este instituto tiene una finalidad de prevención general y especial, para "... no dejar sin reacción el delito cometido, pero evitarle al delincuente la pena para reducir así, en lo posible, el mal social que la acompaña y prestarle ayuda social si resultase necesario".⁸

La autora citada menciona que es una de las medidas alternativas de la pena de prisión, y que a nivel mundial existe esta tendencia que se vio reflejada en una resolución del Consejo Consultivo Económico y Social Europeo y en varios Congresos de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Tal es así, que en uno de ellos se redactaron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, conocidas como "Reglas de Tokio", cuyo objetivo es reducir la aplicación de las penas de prisión para la reintegración del delincuente en la sociedad.⁹

Desde la perspectiva del derecho penal como *ultima ratio*, refiere Gustavo Vitale¹⁰ que la suspensión de juicio a prueba es la paralización

⁶ Cfr. CASTAÑEDA PAZ, Marcelo, *Probation. El desafío de cambiar la mentalidad. Antes y después del caso "Kosuta"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 91-95.

⁷ Cfr. Idem, pág. 12 y 63.

⁸ JESCHEK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pág. 71 en DEVOTO, Eleonora, *Probation e institutos análogos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 27.

⁹ Cfr. DEVOTO, ob. cit: pág. 28.

¹⁰ Cfr. VITALE, Gustavo, *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág.1 y ss.

temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, basándose en el principio de mínima intervención penal. Se trata de emplear un derecho penal de contención, en contraposición con el derecho penal tradicional y poder utilizarlo como una verdadera herramienta de transformación, sustituyendo la aplicación de las penas para implementar mecanismos alternativos como es en este caso, la *probation* o suspensión de juicio a prueba, que involucra la participación de las partes intervinientes en el conflicto, como instrumento de composición entre ambos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha basado en el principio de mínima intervención penal, en el fallo “*Barrios Altos*”, siendo expresamente reconocido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “*Acosta*” y “*Norberto*”¹¹

La política criminal imperante tiende a darle más trascendencia a los delitos de mayor entidad, además de la necesidad de humanizar las condenas y las cárceles, conforme lo contemplan los pactos internacionales que nuestro país ratificó como el Pacto de San José de Costa Rica. Asimismo, se busca la resocialización del imputado, como lo ha dicho la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, que la finalidad principal de la *probation*, es que el imputado se pueda reintegrar a la sociedad.¹²

Sin duda, esta alternativa del sistema penal, es vista por muchos como una expresión más del principio “*pro homine*”, en tanto le otorga a ciertos imputados la posibilidad de evitar la estigmatización que trae aparejado el juicio criminal brindándole una mejor oportunidad para lograr su reinserción en la sociedad.

Sea que se ponga el acento en los principios dogmáticos del fin de la pena, en razones de eficacia o con miras al derecho del transgresor, todos coinciden en que es un avance hacia la solución de la conflictividad.

Respecto a su naturaleza jurídica, nos comenta Vitale, que “constituye una excepción más al principio de legalidad procesal, importa una aplicación del principio de oportunidad en el proceso penal, aunque reglado por la ley y condicionado, en nuestra legislación, a una decisión judicial, en virtud de la cual

¹¹ Cfr. JULIANO, Mario y VITALE, Gustavo, “Retroscesos de una Corte que avanza (El fallo Góngora y los nuevos enemigos del sistema penal)”, Revista de derecho Penal y Criminología N° 6, (2013) pág. 64-88.

¹² Cfr. CASTAÑEDA PAZ, ob.cit: pág. 13 y ss.

el Estado puede renunciar a investigar y juzgar ciertos delitos por razones de conveniencia”.¹³

Mientras que Devoto, se inclina a sostener que su naturaleza es de medida-sanción alternativa, por entender que la respuesta punitiva del Estado en una gran cantidad de casos resulta improcedente y que se puede llegar a soluciones más apropiadas mediante la adopción de mecanismos alternativos. Aunque señala que la doctrina en general, ha interpretado la *probation* como excepción al principio de legalidad procesal basada en criterios de oportunidad previstos legalmente, mencionando entre otros autores, a José Cafferata Nores, Luis García y a Gustavo Vitale.¹⁴

III. El consentimiento fiscal en los casos de violencia de género

Resulta interesante tomar aquí para análisis las previsiones que trae la ley penal en relación a la consideración que se le dará al dictamen fiscal. Esto nos dará la pauta, si la aplicación lisa y llana del artículo 76 bis resultaría procedente en los casos de violencia de género o si su aplicación exigiría recaudos específicos.

Hay variadas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales en lo que respecta a la obligatoriedad de requerir la opinión al Ministerio Público Fiscal, así como también al valor vinculante que se le debe dar al mismo. Parte de la discusión ronda sobre el tipo de delito del que se trate.

Así Vitale, aun cuando entiende que en los modelos acusatorios, debería ser el fiscal el que decida otorgar o no este beneficio, sostiene que nuestra ley dispone como requisito indispensable que el fiscal dictamine favorablemente, sólo en los casos previstos en el cuarto párrafo de la normativa que se analiza, es decir para los delitos de mayor gravedad.¹⁵ A pesar de ello, sostiene que debe intervenir en todas las peticiones, diciendo que “... hace falta, acordar la participación del fiscal en la decisión de someter o no a proceso ciertos casos penales, manteniendo un control de legalidad formal ejercido sobre el fiscal por un órgano jurisdiccional imparcial”.¹⁶

¹³ VITALE, ob.cit: pág.30.

¹⁴ Cfr. DEVOTO, ob. cit, pág. 120 -125.

¹⁵ Cfr. VITALE, ob.cit., pág. 180 y ss.

¹⁶ VITALE, ob. cit: pág. 26.

Castañeda Paz, hace mención a la naturaleza del Ministerio Público Fiscal como promotor del ejercicio de la acción penal, emanado de la Constitución Nacional (artículo 120), que lo coloca al fiscal como garante de la solicitud que formula el imputado y que sin su conocimiento no podría otorgarse la *probation*.¹⁷

Nótese que habla del conocimiento pero no del consentimiento, porque ello se encuentra relacionado con el cuestionamiento sobre el valor vinculante o no vinculante de su contenido para el juez.

En relación a esto último también existen dos vertientes. Dentro de las posturas que adhieren a que no es vinculante el dictamen fiscal para el juez, Aued y Juliano consideran, que si es el órgano jurisdiccional el que tiene la potestad final de interpretar la ley y aplicar el derecho, no podría de ninguna manera tener valor vinculante el dictamen fiscal, aunque algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia lo entiendan así. Agrega, “lo contrario importaría un ciego ejercicio de la jurisdicción, que ante un pronunciamiento desfavorable de una de las partes - aún sin sustento válido alguno- debería acogerlo, desestimando la concesión del derecho del imputado por la sola verificación de la existencia del acto procesal”.¹⁸

No obstante, adherimos a la postura de Devoto, que entiende que no puede ser factible la concesión de la suspensión de juicio a prueba sin el consentimiento fiscal, ya que el impulso de la acción penal le pertenece. Menciona al respecto, lo afirmado en el fallo “*Asenjo*” por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que en resguardo de la titularidad de la acción, dijo: “... toda vez que la suspensión del juicio a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el tribunal - que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio- tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio...”.¹⁹

La misma sala sostuvo “... resulta necesaria la expresa conformidad del fiscal de la causa, cuya opinión adversa resulta un impedimento para su

¹⁷ Cfr. CASTAÑEDA PAZ, ob. cit: pág. 97 y ss.

¹⁸ AUED, Norberto R. y JULIANO, Mario A., *La probation y otros institutos del derecho penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, pág. 46.

¹⁹ CNCas. Penal, Sala I, 4/12/97, Causa 1420, “*Asenjo*”, reg. 1938 en Devoto, ob. cit., pág. 198.

otorgamiento, habida cuenta el rol que el Ministerio Público tiene en el proceso oral en función requirente...".²⁰

La autora citada refiere que en caso de que el fiscal se oponga a la concesión, deberá estar fundada en razones de oportunidad y conveniencia, por lo cual el juez no podrá cuestionar su criterio, sólo deberá limitarse a controlar el dictamen como acto procesal válido, verificando que esté motivado y que no sea arbitrario.²¹ Asimismo, cuestiona a la doctrina mayoritaria que entiende que la naturaleza del instituto sería prioritariamente un criterio de oportunidad, sería entonces contradictorio decir que se puede prescindir del consentimiento del fiscal para el otorgamiento de la *probation*.²²

En el caso que el fiscal dictamine negativamente y no sea tenido en cuenta por el magistrado, éste puede recurrir ante la Alzada. Nuestro Código Procesal Penal de Tierra del Fuego tiene previsto esta contingencia en su artículo 266, habilitando al Ministerio Público Fiscal a interponer recurso de apelación, cuando no haya prestado su consentimiento para la suspensión de juicio a prueba.

A nuestro entender, creemos que la opinión fiscal debe ser vinculante en todos los casos, y en especial en nuestro objeto de estudio que son los delitos que involucran la violencia de género.

Ello, por cuanto el fiscal es el que tiene el impulso de la causa, y es quien debe valorar las razones de política criminal que a nivel general aconsejen continuar o no con la causa, y en el caso concreto, la evaluación de riesgo de violencia femicida y otras contingencias.

Para ello tendrá en cuenta las siguientes pautas: la gravedad del delito, las circunstancias del hecho, los daños producidos y si han dejado secuelas, tanto físicas como psicológicas, existencia de causas anteriores y posteriores al hecho, la escucha a la víctima y su opinión, el estado de situación actual entre víctima y victimario, el uso de armas por parte del imputado y problemas de adicciones y alcoholismo. Además, resultará necesario para la eficacia de la investigación, considerar si se han agotado las medidas probatorias tendientes al esclarecimiento del hecho.

²⁰ CNCas. Penal, Sala I, 17-X-1995, *in re* "Asenjo, Claudio Martín s/recurso de casación", reg.774, J.P.B.A., t.92,f.483, en Castañeda Paz, ob. cit: pág. 101-102.

²¹Cfr. Idem, pág. 200.

²²Cfr. DEVOTO, ob. cit: pág. 201.

El papel del Ministerio Público Fiscal en este tipo de causas debe ser de un gran compromiso, tal es así que en varias jurisdicciones existen instrucciones generales al respecto.

La Fiscalía General del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, por medio de la Resolución FG N° 531/2012²³, ha elaborado instrumentos de predicción de la violencia familiar denominado *Escala Adaptada de Predicción de Riesgo de Violencia Grave contra la pareja - Revisada -(EPV-R)*.

No podemos dejar de señalar que la actuación fiscal debe estar iluminada por las recomendaciones de la CIDH, mencionadas en el *Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género*, presentado en el año 2014 por la ONU Mujeres que considera que “la importancia de la eficacia de la actividad judicial trasciende el caso particular”.²⁴

Tiene dicho la CIDH que “la ineffectividad judicial general crea un ambiente que facilita la violencia contra las mujeres, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar el caso”.²⁵

Por ello es que, frente a cada caso a resolver, debe tenerse presente que el Estado ha asumido compromisos internacionales tendientes a erradicar los factores generadores de la violencia femicida y entre ellos se encuentra la “garantía de no repetición”.

IV. La opinión de la víctima en los casos de violencia de género

Nos comenta Devoto que la víctima debe sentirse protagonista en el conflicto, aunque no tenga la decisión del litigio en sus manos. Se debe entender como un avance positivo en nuestro sistema legal, que se haya incorporado a la víctima en el proceso de un modo significativo.

²³ Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Buenos Aires, <http://www.fiscalias.gob.ar/wp-content/uploads/prev/resolucion-fg-nc2ba-531-12-modifica-variablea-predictivas-ofavyt-ref-act-int-nc2b0-9397-09-10786-09-11623-09-y-22760-12.pdf> (disponible en internet 07/06/2014)

²⁴ ONU Mujeres, Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), en http://acnudh.org/wp-content/uploads/2014/08/Modelo_de_Protocolo.pdf (disponible en internet 15/12/2015)

²⁵ CIDH, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 63, (2011)

En la audiencia que debe llevar a cabo el juez con las partes, con motivo de conceder o no la *probation*, la víctima tiene derecho a expresarse, siendo el juez el que deberá apreciar la verdadera pretensión de la misma, pero no sólo en lo atinente a una compensación monetaria, sino que comprenda una respuesta más integral del ordenamiento, incluyendo el aspecto moral.²⁶

El derecho de la víctima a ser escuchada por el juez y la autoridad administrativa competente es una de las garantías procesales mínimas del proceso y su opinión debe ser tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte, conforme lo dispuesto por el artículo 16, incisos c) y d) de la Ley 26485, y en concordancia con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emanadas en el documento sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en América*.²⁷

En lo que respecta a la actuación del fiscal con la víctima, es importante destacar la Resolución N° 108/05 elaborada por nuestro Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Dr. Oscar Fappiano²⁸, donde considera que los derechos de las víctimas están citados en la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y el Abuso del Poder”, aprobado por la Asamblea General de la Organización en 1985, y que en tal declaración, las Naciones convinieron en elaborar planes de acción para ayudar a las víctimas a obtener mejor acceso a los procedimientos judiciales, un trato justo, resarcimiento de los daños y asistencia general en el proceso. Dicho documento ha dado origen a la promulgación de nuevas leyes en varios países, así como a algunos proyectos locales que tienen por objeto reconocer y asegurar los derechos de las víctimas. (artículos 65 a 67 del Código Procesal Penal de Tierra del Fuego)

En su resolución, el Dr. Fappiano instruye a sus integrantes, en la necesidad de construir un canal abierto y fluido entre el Ministerio Público Fiscal y la víctima, a quien se debe prodigar la consideración y trato que su dignidad reclama. La regla básica, que guía el trato que cabe dispensar a la víctima es, ante todo, aquella que resalta su dignidad intrínseca, por su sola

²⁶ Cfr. DEVOTO, ob. cit: pág. 197.

²⁷ Cfr. MEDINA, Graciela, GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio y YUBA, Gabriela, *Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños*, 1ª edic., Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2013, pág. 21.

²⁸ Resolución N° 108/05 F° 127/130, del Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Dr. Oscar L. Fappiano, 7/01/2005.

condición de ser persona. Teniendo presente que se le deberá otorgar la contención que necesita, para contrarrestar el efecto derivado de la comisión de un delito. Por lo cual, la atención del representante de la vindicta pública, es de conciencia y no burocrática, debiendo estructurarse según pautas de solidaridad.

Hace hincapié en la especial protección que merece el derecho a la información sobre los pasos procesales, secuencias y evolución del juicio, ordenando que la víctima sea informada y convocada para recibir su opinión cuando el imputado solicita la *probation*.

Corresponde señalar que mayor atención y consideración merece la víctima damnificada por un delito, cuando se trata de personas que integran los denominados grupos vulnerables de la sociedad - niños, niñas, adolescentes, mujeres y personas de edad-.

En base a las consideraciones expuestas precedentemente, en los casos de violencia de género, entendemos que resulta indispensable y prioritaria la consulta del fiscal a la víctima para conocer su opinión en lo que respecta al otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba, además de saber sobre su situación actual y su relación con el victimario, teniendo presente que en la mayoría de los casos los unen vínculos familiares.

Ello, sin perjuicio de que el fiscal se valga de otros informes profesionales o de otra índole, necesarios para formar criterio sobre la viabilidad de la concesión del beneficio, teniendo en cuenta que resulta necesario determinar que la voluntad de la víctima no se encuentre viciada por amenazas, o por la dependencia económica o cualquier otro rasgo característico de sometimiento del fenómeno en estudio.

En su obra *La Debida Diligencia*, el Ministerio Público de la C.A.B.A. insiste con claridad: “El eventual desistimiento de una denuncia de violencia de género por parte de una mujer no debe interpretarse como expresión de que el hecho de violencia no haya ocurrido”.²⁹

V. Obligaciones que impone la Convención de Belém do Pará y los alcances del fallo “Góngora”

²⁹ Ministerio Público Fiscal de la CABA, *La Debida Diligencia en la actuación del Ministerio Público Fiscal en casos de violencia de género*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2013, pág. 53.

En el fallo “Góngora”³⁰, del 23 de abril de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideró improcedente la suspensión de juicio a prueba, centrándose en el alcance del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, (Convención de *Belém do Pará*).

Ya antes de este fallo señero, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal emitió dos fallos relevantes relacionados con los actos de violencia contra las mujeres, fueron: “*Calle Aliaga*” y “*Ortega*”³¹, en ambos casos se confirmó el rechazo del pedido de suspensión de juicio a prueba, por aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

En el caso “*Calle Aliaga*”, el fiscal se opuso al pedido de la suspensión de juicio a prueba, fundamentado en el monto de la pena esperable en caso de recaer condena, la gravedad del hecho, la indefensión de la víctima de tres años de edad, la cual estaba al cuidado del imputado.

En el análisis del fallo realizado por Hopp, puntualiza la importancia de lo señalado por el juez Luis M. García, quien al momento de relatar los hechos, destacó el informe de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) dependiente de la CSJN, que calificaba de “altísimo riesgo” la situación del grupo familiar que convivía con el imputado. La autora resalta la correcta consideración del caso, por su complejidad y por la valoración del contexto con el que deben analizarse los casos de violencia de género, respetando los derechos de los imputados pero sin dejar de lado a las víctimas en estas situaciones.³²

El juez Luis M. García, afirmó que la suspensión del proceso a prueba en los casos de violencia de género, “*es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías*”.³³

³⁰ CSJN, G.61.XLVIII, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/Causa N° 14.902”, del 23/4/2013.

³¹ Cfr. HOPP, Cecilia M., *El cumplimiento de las obligaciones internacionales relacionadas con la violencia de género ¿Derogación tácita de la posibilidad de suspender el juicio a prueba?*. Análisis de los fallos: *Los casos “Calle Aliaga, Marcelo” de la Cámara de Casación Penal, Sala II, del 30/11/10 y “Ortega, René V.” Sala II, del 7/12/10 en Jurisprudencia de Casación penal, Análisis de fallos, 5*, Patricia Ziffer (dirección) - 1ª ed., Rústica, Buenos Aires, 2012, pág. 225 y ss.

³² Cfr. Idem, pág. 241/242.

³³ CNCas.Penal, Sala II, Causa N° 13.240, “Calle Aliaga, Marcelo s/Recurso de Casación”, reg. 17.636, del 30/11/2010, voto del juez García.

Mientras que el juez Yacobucci, advirtió que la oposición del fiscal resulta vinculante para los jueces, y coincidió con el juez García en calificar el hecho como un caso de violencia de género y refirió: que, como *“la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación de hechos que constituirían un delito, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos “que impliquen alguna forma de violencia contra la mujer” pues, en estos casos, suspender el juicio a prueba “implicaría afectar las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar (...) circunstancia que pondría en crisis el compromiso asumido por el Estado al aprobarla”*.³⁴

En el caso *“Ortega”*, el fiscal había dado su consentimiento, siendo considerado infundado por los jueces del Tribunal Oral N° 4, quienes rechazaron el pedido de suspensión de juicio a prueba. Al respecto, el juez García, afirmó *“ni el legislador, ni las autoridades competentes para la persecución penal, gozan de discreción en la decisión acerca de la promoción o continuación de la persecución penal, porque el Estado Argentino se ha obligado a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”*³⁵

Respecto al análisis del Fallo *“Góngora”*³⁶, importa mencionar en este precedente, que el recurso extraordinario fue interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, quien había dictaminado negativamente a la concesión de la suspensión de juicio a prueba. En tanto que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal rechazó el pedido de solicitud del beneficio a favor del imputado. Posteriormente, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, hizo lugar al recurso deducido por la defensa del imputado y anuló el auto del Tribunal que había rechazado la *probation*.

Los fundamentos de la Sala IV, conforme el dictamen del Procurador General de la Nación, se basaron en: *“... la oposición del fiscal no tiene efecto vinculante y que en caso de concurrir las condiciones de admisibilidad previstas en la ley el juez deberá disponer la suspensión, a pesar del dictamen de aquél en sentido contrario. Agregó que la oposición del fiscal sólo puede*

³⁴ Voto del juez Yacobucci en Idem.

³⁵ CNCas. Penal, Sala II, causa N° 13.245, *“Ortega, René Vicente s/Recurso de Casación”*, reg. 17.700, del 7/12/2010, voto del juez García.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, G.61.XLVIII, *“G., G. A. s/ Causa N° 14.092”*, 23/4/2013, La Ley, AR/JUR/9194/2013.

estar fundada en la ausencia de alguna de las exigencias que la ley establece para la concesión del beneficio, y que su dictamen se encuentra sujeto a un “segundo control del legalidad, logicidad y fundamentación por parte del juez, quien debe examinar si se reúnen los presupuestos objetivos y subjetivos de la ley para denegar o conceder la suspensión, lo que no sucedería si arbitrariamente se permitiera la oposición por simples cuestiones de política criminal pero no vinculadas a los presupuestos de admisibilidad mencionados, ya que de homologarse esta postura se transgrediría elípticamente el artículo 16 de la Constitución Nacional, (...) dijo que el fiscal no demostró la improcedencia de una eventual condena de ejecución condicional con base en las características del hecho atribuido y en las condiciones personales del imputado, ni brindó argumentos que permitan sostener que la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba en este caso resultaría incompatible con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Para), aprobada por la ley 24.632 —cuya aplicación a los hechos del caso no fue puesta en cuestión por el a quo—”.

Contra dicho pronunciamiento, el Fiscal General dedujo recurso extraordinario federal, en el que alegó la existencia de cuestión federal originada con motivo de la controversia acerca de la interpretación de la citada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y el impedimento de la suspensión del juicio a prueba en el presente caso.

Refirió que las conductas como las aquí imputadas constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer y se encuentran comprendidos en los términos de los artículos 1° y 2° de aquel instrumento internacional, y sostuvo que la suspensión del proceso a prueba es inconciliable con el deber que asumió el Estado, al aprobar esa Convención, de adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia; actuar con la debida diligencia; incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a

abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique la propiedad; y tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia —entre otras obligaciones—.

Por otro lado, alegó la arbitrariedad de la interpretación y aplicación que el *a quo* hizo del artículo 76 bis del Código Penal.

Al respecto, dijo que ese ordenamiento sustantivo establece con claridad que el consentimiento del fiscal constituye un requisito para la suspensión de la realización del juicio, y el *a quo* no sostuvo la inconstitucionalidad de aquella norma.

Agregó que en el fallo que dictó la Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno, en los autos “*Kosuta, Teresa Ramona s/recurso de casación*”, se estableció que “la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio”, y que ese criterio no fue modificado por el pronunciamiento de la Corte publicado en Fallos: 331:858, por lo que el *a quo* debió ajustar su decisión a aquél de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 24.050.

Refirió que mediante el criterio objetado, dicho tribunal se arrogó funciones que no le corresponden, desde que la suspensión del juicio a prueba implica la suspensión del curso de la acción penal y puede además llevar —satisfechas ciertas condiciones— a su extinción.

Indicó, en ese sentido, que la promoción y ejercicio de la acción penal corresponden exclusivamente al Ministerio Público Fiscal, de acuerdo con los artículos 116 y 120 de la Constitución Nacional, el artículo 71 del Código Penal, los artículos 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación, y el artículo 29 de la ley 24.946 —Ley Orgánica del Ministerio Público—. Y dijo que, teniendo en cuenta tales principios, el legislador estableció como requisito necesario la conformidad del Ministerio Público facultándolo a seleccionar, con base en razones de política criminal, las conductas que pueden no ser sometidas a juicio.

En ese aspecto, agregó que el dictamen fiscal cuenta con la debida fundamentación, con base, por un lado, en razones de política criminal, vinculadas con la necesidad de analizar en profundidad, en un debate oral y público, el concreto alcance de los hechos atribuidos, y a partir de allí determinar cuál es el modo de cumplimiento que correspondería establecer para la eventual pena; y por el otro, en las obligaciones que el Estado asumió al aprobar la citada Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y la responsabilidad en que podría incurrir con motivo de su incumplimiento.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, hizo lugar a la queja interpuesta por el Sr. Procurador General, revocando la sentencia apelada, en base a los siguientes argumentos:

“... la principal consecuencia de su concesión es la de suspender la realización del debate. Posteriormente, en caso de cumplir el imputado con las exigencias que impone la norma durante el tiempo de suspensión fijado por el tribunal correspondiente, la posibilidad de desarrollarlo se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto (cfr. artículo 76 bis y artículo 76 ter. del citado ordenamiento)...”“...desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Regla general de interpretación”. I. 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”). Esto resulta así pues, conforme a la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados a los estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la “Convención de Belém do Pará”, a saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo). En sentido contrario, esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo y eficaz para la mujer”, que incluya “un juicio oportuno” (cfr. el inciso “f”, del artículo citado), la norma en cuestión impone

considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga la etapa final del procedimiento criminal (así, cí. Libro Tercero, Título del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención.(...) En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (cfr. también el inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo procesal que regula la suspensión del proceso a prueba."

A decir de Juliano y Vitale³⁷, este fallo constituye un retroceso para la Corte en lo que respecta a garantías de un Estado Constitucional de Derecho, critican la sentencia porque no tiene concordancia con los fallos "Acosta"³⁸ y "Norverto", donde la CSJN ha reconocido la interpretación amplia de las normas legales que lo regulan, la vigencia en materia penal del principio de *ultima ratio*, de intervención penal mínima y del principio *pro homine*.

En el orden local, la Resolución FSTJ N° 149/13, el Dr. Oscar Fappiano, instruye a los representantes del Ministerio Público Fiscal para que apliquen la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia de la causa "Góngora, Gabriel Arnaldo s/Causa 14.092", en aquellos casos de violencia contra la mujer en que se solicite la suspensión de juicio a

³⁷ Cfr. JULIANO y VITALE, "Retrocesos ...", pág. 64 y ss.

³⁸ Cfr. CSJN, A. 2186 XLI, Recurso de hecho, "Acosta, Alejandro Esteban s/ infr. art. 14.1° párr. ley 23.737", Causa nro. 28/05, rta.23/4/08, considerando 6°, la Corte sostuvo que "Pero la observancia de estas reglas generales no agotan la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como *última ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal"

prueba o la mediación, oponiéndose a tales peticiones. Debiendo tener en cuenta la definición que de la “violencia contra la mujer” contiene la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.³⁹

Asimismo, al interpretar los alcances de la Convención, debemos tener presente que debe quedar demostrado que los hechos bajo análisis deben estar basados en el género o sexo de las víctimas, considerando la sentencia de la Corte IDH, que sostuvo que: “*no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará*”.⁴⁰

VI. Criterios doctrinales

A continuación detallaremos las posturas doctrinarias que consideran que al conceder la *probatión*, el Estado no estaría sancionando los hechos de violencia de género con la debida diligencia y de esta forma incumpliría las obligaciones de la Convención de *Belém do Pará*:

1) La Convención obliga al Estado a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, y en igual sentido, el Comité de la CEDAW entendió que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no intervienen con la debida diligencia para prevenir las violaciones de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia”.⁴¹

2) La CIDH en la sentencia donde analizaba la respuesta judicial hacia un hecho de violencia doméstica, consideró: “(...) *la falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. (...)*

³⁹ Resolución N° 149/13 F° 267/73, del Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Dr. Oscar L. Fappiano, 2/05/2013.

⁴⁰ Corte IDH, *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 295, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf, (disponible en internet el 19/11/2015).

⁴¹ CEDAW, Recomendación General N° 19, “La violencia contra la mujer”, 1992, párr. 9 en Ministerio Público Fiscal de la CABA, ob. cit: pág. 47.

*Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer. (...) Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos”.*⁴²

3) La CIDH, ha considerado, que la debida diligencia en relación a la obligación de investigar, significa que debe ser llevada a cabo con vigor e imparcialidad, manteniendo la confianza de la víctima en la capacidad del Estado para responder frente a tales hechos, las investigaciones deben desarrollarse de manera oportuna e inmediata para preservar y asegurar la prueba, garantizando la correcta cadena de custodia.⁴³

4) Beneficiar al imputado con la suspensión de juicio a prueba, es minimizar el conflicto del círculo de la violencia que padecen mujeres y niños, sumado a ello, el de ignorar las obligaciones internacionales que asumió nuestro país.⁴⁴

5) El rechazo a conceder la suspensión de juicio a prueba no sólo es congruente con los compromisos internacionales contraídos por nuestro país, sino que también está orientado en el contexto de desigualdad estructural oculta en todo conflicto de violencia contra las mujeres.⁴⁵

6) La doctrina que está a favor de otorgar el beneficio de la *probation*, refiere que rechazar la solicitud del beneficio, constituye una clara violación del principio *pro homine*, es un “criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, indica que se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más

⁴² CIDH, *Caso Maria da Penha Maia Fernandes*, Caso N° 12.051, Informe N° 54/01, 16 de abril de 2001, párr. 55 y 56, en Ministerio Público Fiscal de la CABA, ob.cit: pág. 55/56.

⁴³ Cfr. Ministerio Público Fiscal de la CABA, ob.cit:pág. 49/51.

⁴⁴ BERSI, Daniela, “La inconstitucionalidad de la Suspensión de Juicio a Prueba en causas de Violencia de Género”, *Revista Pensamiento Penal*, (2014), en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39741-inconstitucionalidad-suspension-del-juicio-prueba-causa-violencia-genero>, (disponible en internet 10/12/2015)

⁴⁵ Cfr. DEZA, Soledad, “Juicio oportuno para las mujeres víctimas de violencia”, *La Ley*, DFyP 2013 (noviembre), 01/11/2013, 7, AR/DOC/2194/2013.

extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.⁴⁶

7) La CIDH considera que negarle a la mujer el acceso a la justicia por delitos cometidos por violencia de género, es una violación del principio fundamental de igualdad ante la ley.⁴⁷

8) La oportunidad del debate oral es una garantía vigente para la mujer víctima que se encuentra oprimida en una realidad desprotegida de toda igualdad, dignidad, libertad y autonomía.⁴⁸

9) “Un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, tiene un significado preciso, definido por las normas de la Constitución Nacional en las que se menciona esa palabra – el debate oral. Por eso, no existe margen normativo alguno para afirmar que la audiencia de la suspensión de juicio a prueba cumple con la exigencia de “juicio” en materia penal”.⁴⁹

10) El deber de realizar un juicio conforme a la Convención de *Belém do Pará* es una exigencia autónoma y no alternativa al deber de reparar. Por ello, y con remisión al fallo “Góngora”, se considera que no puede establecerse ninguna relación entre la reparación del daño prevista por el instituto de la *probatión* regulada en nuestro derecho interno y las obligaciones asumidas por el Estado en relación con el establecimiento de mecanismos judiciales que aseguren el acceso efectivo de las mujeres víctimas al resarcimiento o reparación del daño.⁵⁰

Postura a favor de la suspensión de juicio a prueba

Hay una línea doctrinaria y jurisprudencial que considera que es compatible la suspensión de juicio a prueba con las obligaciones emanadas de

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Cfr. Ibid

⁴⁸ Cfr. Ibid.

⁴⁹ Programa sobre Políticas de Género de la Procuración General de la Nación, “La nueva Cámara Nacional de Casación Penal y su postura sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género”, Buenos Aires, (2015), pág. 5.

⁵⁰ Cfr. Idem, (votos de los jueces García y Días), pág. 11.

la Convención de *Belém do Pará*, en relación a ello, se detallarán los argumentos que esgrimen Juliano y Vitale⁵¹:

1) Se confunde la naturaleza de la suspensión de juicio a prueba, existen dos tesis erróneas: la que considera que es inconstitucional por significar una pena sin condena y la que considera un camino hacia la impunidad. Los autores entienden que es un mecanismo alternativo al proceso penal tradicional, en los casos de delitos que no son graves y que se persigue un efecto preventivo.

2) La suspensión de juicio a prueba no es un beneficio para el imputado, sino que es un derecho, que le fue asignado por la propia CSJN.

3) La *probation* tiene un contenido sancionatorio pero diferente a una pena carcelaria, porque el imputado debe cumplir con una serie de requisitos, siendo su principal condición no cometer un nuevo delito y el cumplimiento de reglas de conducta.

4) Las reglas de conducta que se le impongan al imputado, pueden resultar más beneficiosas por estar estrechamente vinculadas con la violencia de género: como ser, que se someta a un tratamiento psicológico, prohibición de acercamiento a la víctima, abstenerse de usar estupefacientes o consumir bebidas alcohólicas, entre otras.

5) Existen mayores probabilidades de que el imputado cumpla con las reglas de conducta dentro de la *probation*, porque sabe que tiene la posibilidad de que la causa se extinga y de esta forma, no le quedarán antecedentes penales.

6) Hay compatibilidad entre las medidas alternativas y la Convención de *Belém do Pará*, porque la Convención impone a los Estados partes la obligación de implementar políticas de carácter general para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, basadas en diversificación de respuestas.

7) No se tiene en cuenta el principio de intervención penal mínima, conforme el cual el Estado tiene el deber de erradicar la violencia contra la mujer, con medidas diversas tanto para prevenirla como para sancionarla y erradicarla, pero la última medida debe ser la

⁵¹ Cfr. JULIANO y VITALE, ob. cit: pág. 64-88.

respuesta del sistema penal a fin de evitar los efectos nocivos de la respuesta carcelaria.

8) La Corte creó una causal de inadmisibilidad de la suspensión de juicio a prueba que no está contenida en la ley penal, violando el principio de legalidad y recurriendo a una Convención para suprimir los derechos humanos de toda persona sometida a proceso penal.

9) El texto de la Convención de *Belém do Pará*, contiene la obligación de los Estados de “prevenir, sancionar y erradicar” los hechos de violencia de género, por parte del poder ejecutivo y legislativo, mediante la implementación de políticas de prevención, pero ello no significa que estén obligados a realizar siempre y en la totalidad de los casos, el debate oral y concluir con la respectiva sentencia.

10) La disposición de la Convención a contar con un “juicio justo” no significa que siempre haya un juicio obligatoriamente.

VII. Criterios jurisprudenciales

Cómo impacta esta herramienta procesal de la Suspensión de Juicio a Prueba en los distintos conflictos? Veamos que dice la jurisprudencia nacional sobre ello, aclarando que la postura mayoritaria sostiene que no es factible otorgar la *probatión* en casos de violencia de género.

Fallos que denegaron la suspensión de juicio a prueba en casos de violencia de género

Conforme la última jurisprudencia recopilada por el Programa de Política de Género de la Procuración General de la Nación, se relevaron fallos de las distintas Salas de la Cámara Federal de Casación Penal⁵², donde el criterio que rige es el basado en la incompatibilidad del instituto con las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al ratificar la Convención de *Belém do Pará*, conforme la interpretación que hizo la CSJN en el precedente “*Góngora*”.

Sala I - Criterio: Sostiene que la suspensión del juicio a prueba no procede en los casos de violencia de género. Si en el caso, el fiscal –cuya opinión, debidamente fundada, es vinculante para el órgano judicial- se opone

⁵² Programa sobre Políticas de Género de la Procuración General de la Nación, “Hacia una igualdad de género”, Compendio Jurisprudencial, Buenos Aires, (2014), pág. 115-133.

a la concesión del beneficio, fundándose en los compromisos que surgen de la citada Convención, ese dictamen es válido. Además, la Sala ha convalidado decisiones judiciales que habían anulado dictámenes fiscales que propiciaban la concesión de la *probation* porque no habían tenido en cuenta los compromisos internacionales en materia de violencia de género.

Fallo “C., N.A.”, causa N° 1.239/13, reg. N° 22.950.1, rta. 30/12/2013: La Sala sostuvo “... *la suspensión del juicio a prueba no procede en casos en los que se ventilan hechos que encuadran en violencia de género. La decisión jurisdiccional que así lo dispone es concordante con las normas convencionales y en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado ante la comunidad internacional en la materia. Así y toda vez que en la causa se investiga la eventual responsabilidad del imputado en actos que habría cometido contra su pareja y madre de sus hijos, la denegatoria del Tribunal Oral resulta ajustada a derecho*”.

Sala II - Criterio: Para la mayoría de la Sala II, el dictamen fiscal sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba debe reunir las exigencias de fundamentación y logicidad, y sólo es vinculante cuando presta su conformidad, pero no a la inversa. Si el dictamen del fiscal es negativo y está basado en el precedente “Góngora” de la CSJN y en la Convención de *Belém do Pará*, considera que está debidamente fundado. También admite que la opinión de la víctima es un criterio que el fiscal válidamente puede tener en cuenta para dictaminar sobre la procedencia de la *probation*.

Fallo “LI., D.D.”, causa N° 24699/2013/TO1/CFC1, reg. N° 2230/2014, rta. 31/10/2014: En el caso, consideraron que el rechazo del pedido estaba debidamente fundado porque el tribunal había resuelto considerando que la oposición del fiscal resultaba lógica y soportada en razones de política criminal, en tanto se había respaldado en la Convención de *Belém do Pará* y las leyes 26.485 y 24.417 y, más allá de que la víctima había expresado su voluntad de que el imputado obtuviera una *probation*, el fiscal había analizado las características violentas del vínculo entre imputado y víctima y sostuvo que no podía trasladarse a la víctima la responsabilidad de la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

Sala III - Criterio: Considera que la oposición fiscal a la concesión de la suspensión de juicio a prueba, superado el control judicial de logicidad y

fundamentación, es vinculante para la jurisdicción. Así, la oposición del fiscal fundada en que los hechos involucrados constituyen violencia de género y por lo tanto están en juego las obligaciones internacionales contraídas por el Estado a raíz de la ratificación de la Convención de *Belém do Pará*, supera el examen de logicidad y fundamentación. En dos casos en los que la defensa impugnó el rechazo de la *probation*, la Sala no se pronunció sobre el fondo sino que directamente declaró que los recursos de casación estaban mal concedidos ya que en ambos casos había habido oposición fiscal suficientemente fundadas, y eran vinculantes para la jurisdicción. Sin embargo, no ocurre lo mismo a la inversa, ya que si la opinión del fiscal es a favor de la concesión de la *probation* no es obligatoria para el magistrado, quien puede rechazar el pedido pese al consentimiento fiscal. Si ese rechazo por parte del/la juez/a está fundado en las obligaciones internacionales en materia de violencia de género, la decisión es válida.

Fallo “F.R., O.F.”, causa N° 492/2013, reg. 1.650/13, rta. 12/9/2013: Al imputado se le atribuían lesiones leves y amenazas contra su ex pareja. La defensa recurrió la decisión de un juez nacional en lo correccional que rechazó el pedido de *probation* sobre la base de que el imputado no había demostrado una voluntad superadora del conflicto y que el monto ofrecido como reparación era irrazonable. El fiscal había prestado su conformidad. La Sala consideró que el juez había fundado suficientemente el rechazo del pedido de *probation*, y tuvo en cuenta la Convención de *Belém do Pará* y el fallo “Góngora”, por lo tanto, rechazó el recurso de casación.

Sala IV - Criterio: Considera que la suspensión del juicio a prueba en los casos que involucran violencia de género es incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado argentino al ratificar la Convención de *Belém do Pará*, de conformidad con la interpretación que hizo la CSJN en el precedente “Góngora”. No obstante, no fue la postura que sostuvo siempre esta Sala, ya que el caso “Góngora” se originó en un recurso extraordinario interpuesto por el fiscal en contra de la decisión de la Sala IV de la CFCP. Asimismo, difieren sobre la obligatoriedad para la jurisdicción del dictamen fiscal, algunos de ellos (Borinsky, Gemignani y Riggi –que subroga-) consideran que la opinión del fiscal es vinculante, aunque sujeta a un control de logicidad y fundamentación por parte del magistrado, quedando satisfecho si el dictamen negativo se funda

en la Convención de *Belém do Pará* y en el fallo “Góngora”. En cambio, el juez restante (Hornos) considera que el dictamen fiscal no es vinculante ya que el órgano judicial siempre debe analizar de manera independiente la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto.

Fallo “Á., A.R.”, causa N° CCC 34.630/2012/PL1/CFC1, reg. 1752/2014.4, rta. 2/9/2014: El caso involucraba lesiones leves contra una mujer en el ámbito intrafamiliar. La representante del Ministerio Público Fiscal, impugnó la decisión que otorgó la *probation* pese a su oposición. La mayoría sostuvo que el dictamen fiscal, en el caso concreto, contaba con fundamentos suficientes como para reputarlo como acto procesal válido, ya que se había fundado en que los hechos involucrados constituían violencia de género y correspondía por lo tanto la realización de un debate (con cita de la Convención de *Belém do Pará* y el fallo “Góngora”). El juez restante adhirió a la solución final con la salvedad de que a su modo de ver el dictamen fiscal sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba no es vinculante en tanto el/la juez/a siempre debe analizar de manera independiente la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto a los fines de efectuar el control de legalidad del dictamen del fiscal. La Sala hizo lugar al recurso del fiscal, dejó sin efecto la decisión y remitió la causa al juzgado de origen para que continuara con el trámite y se fijara “con la mayor celeridad posible”, la fecha para la celebración del juicio oral y público.

Fallos a favor de conceder la *probation*

Detallaremos algunos fallos que otorgaron la suspensión de juicio a prueba, con los siguientes argumentos:

Tribunal en lo Criminal, La Plata, Buenos Aires, N° 13010074, “N., M. P s/ Suspensión del Juicio a Prueba”, del 13/05/2013⁵³.

Sobre los preceptos que surgieron del fallo “Góngora” y la Convención de *Belém do Pará* dijo: “ *Si bien la CSJN en el caso "Góngora, Gabriel Arnaldo" parece establecer en términos de apariencia teórica el carácter inconciliable de la probation en los casos de violencia de género, tras la incorporación de la "Convención de Belém do Pará" a nuestro ordenamiento positivo, dos de los*

⁵³ Dossier: “Violencia contra las personas, Selección de Jurisprudencia y Doctrina”, INFOJUS, (2014), pág. 33-36.

párrafos de la sentencia mencionada se valen de referencias que atienden más bien a las circunstancias concretas del caso sometido a estudio, al referir a la necesidad de garantizarle a la víctima el acceso efectivo al proceso para "hacer valer su pretensión sancionatoria", o bien al concluir que "en el sub lite" no cabía prescindir de la sustanciación del debate, todo lo que, permite concluir que, la referencia a la necesidad de hacer valer la pretensión represiva de la víctima no se corresponde con una afirmación susceptible de asumir validez universal, por cuanto aquélla no ha de concurrir en todos los casos".

Agregó además que: "Es indispensable atender a las constancias del caso concreto, a efectos de dilucidar si la concesión de la suspensión del proceso a prueba respecto de quien carga con la grave imputación de hechos de violencia de género lleva necesariamente a incumplir el deber asumido por el Estado de adoptar las políticas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

En relación al dictamen favorable por parte del fiscal de la causa, dijo: "Corresponde conceder la suspensión del proceso a prueba de quien fue acusado de hechos de violencia de género si el fiscal general prestó su conformidad para que el proceso sea suspendido, pues la renuncia fundada al ejercicio de la potestad persecutoria por quien es su titular, y en circunstancias en que la ley lo autoriza -artículo 76 bis, del Código Penal- desapodera a la jurisdicción para decidir sobre el fondo". (Del voto del Dr. Giudice Bravo)

En el mismo fallo, se hace hincapié en la opinión de la víctima y en relación al poder punitivo del Estado lo considera resuelto, ya que en el caso de que el imputado incumpliera las reglas de conducta impuestas, se reactivaría la causa, refiriendo así: "Tratándose de un caso donde la supuesta víctima de hechos de violencia de género no desea hacer valer ninguna pretensión sancionatoria, corresponde admitir la suspensión del juicio a prueba petitionada por el imputado, pues la suspensión del proceso por un lapso de hasta tres años, durante el cual éste debe cumplir ciertas pautas de conducta, entre las que se encuentra primordialmente la realización voluntaria de un tratamiento psicológico y cuyo incumplimiento determinaría la reactivación del juicio y el aseguramiento de la pretensión punitiva estatal, puede erigirse en un medio sumamente diligente para la prevención de la violencia contra la mujer,

en cumplimiento de lo normado en el art. 7 inciso b), de la "Convención de Belém do Pará".

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 26 de la Capital Federal, CCC 31432/2012/TO1, "T., F. S. s/ Amenazas Coactivas", del 22/05/2014.

Se basó en los siguientes fundamentos: la opinión de la víctima, que en oportunidad de la audiencia prevista en el art. 293 del C.P.P.N., dijo: que no tenía inconveniente alguno en que se le conceda a la suspensión del juicio a prueba, que no aceptaba la reparación económica ofrecida y que lo único que pretendía era que el nombrado no se acerque ni a ella ni a sus hijos.

El Sr. Fiscal General, Dr. Guillermo Pérez de la Fuente, no se opuso a la concesión del beneficio, refiriendo que había entrevistado a la víctima, valorando además la naturaleza de los hechos y la calificación legal asignada a los mismos, solicitando que el período de prueba sea fijado por el plazo de tres años, que el imputado se someta a un examen médico en el Cuerpo Médico Forense a fin de evaluar su estado psicológico y psiquiátrico y que, además, se le prohíba acercarse a la víctima y a sus hijos.

La Sra. Juez Llerena, en su voto dijo: " ... *corresponde hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba tal como he sostenido, in re "Montoya, Eduardo Gabriel" causa n° 565 con fecha 30 de diciembre de 1999, (...) Esta postura es compatible, además con lo resuelto por la C.S.J.N. en el antecedentes "Acosta, Esteban s/ infracción al art. 14 primer párrafo de la Ley N° 23.737", causa n° 28/05 –Recurso de Hecho A. 2186, XLI, en el cual el máximo Tribunal sostuvo –en ese caso concreto, y en virtud del principio pro homine, la aplicación de la tesis amplia con relación a la denominada "probation". En cuanto a la reparación ofrecida (...) resulta razonable, deberá eximirse del pago toda vez que la presunta damnificada no aceptó el ofrecimiento. (...) corresponde hacer referencia a la situación planteada en el presente frente a lo resuelto por la C.S.J.N. en el antecedente de fecha 23 de abril de 2013, Fallo "Góngora, Gabriel Arnaldo causa n° 14.092", cuestión sobre la que ya me he expedido en la causa N° 3858 del registro de este Tribunal Oral en lo Criminal N° 26, (...) en la que sostuve que: "De lo dicho, advierto que en las presentes actuaciones, el Sr. Fiscal General "dio el poder" a la presunta víctima (con el giro indicado traduzco el verbo en inglés "empower" o el sustantivo "empowerment"), y la puso en igualdad de condiciones que a un hombre a los fines de decidir sobre*

la forma de solucionar el conflicto. Lo dicho no es un dato menor ya que del Preámbulo de la Convención Interamericana de Belém do Pará, ratificada por Ley N° 24.632, a la que se hace referencia en el Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, surge en su párrafo tercero la preocupación porque "... la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...". En el presente y conforme lo establecido, la actividad del diligente Sr. Fiscal General, puso, a mi entender en igualdad de condiciones de la presunta víctima y a la persona que se encuentra imputada. Asimismo, permitió cumplir con el párrafo quinto del mismo Preámbulo cuando establece "Convencidos de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida", ya que con voluntad plena, la presunta víctima participó y manifestó su opinión sobre un aspecto de su vida. Incluso peticionó, en forma razonable, sobre un tratamiento psicológico para ser realizado por el imputado. Lo dicho implica afirmar que en el presente caso, se le ha garantizado a la presunta víctima, una tutela judicial efectiva, y por ende con un acceso efectivo a ella (conforme lo establece el art. 7, inciso f, in fine de la Convención Belém do Pará). (...) se tuvieron en consideración las circunstancias que rodearon al hecho investigado, la personalidad del imputado, la carencia de antecedentes condenatorios, y que, en el caso de que la audiencia de juicio se celebre, la escala penal prevista para el delito permitiría que en caso de que sea condenado, ésta podría ser de ejecución condicional –artículo 26 del Código Penal de la Nación."

Cámara Federal de Casación Penal - Sala II - "R., E.", Causa N° 1.257/13, reg. 1.276/2014, rta. 7/7/2014⁵⁴

Al imputado se le atribuía abuso sexual. La defensa interpuso recurso contra la decisión que no hizo lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba en base a "Góngora" pese a la conformidad fiscal. La Sala, por mayoría, resolvió anular la decisión, al entender que la conformidad fiscal era vinculante para el tribunal en la medida que es asimilable a la falta de impulso de la

⁵⁴ Programa sobre Políticas de Género de la Procuración General de la Nación, "Hacia una igualdad de género", Compendio Jurisprudencial, Buenos Aires, (2014), pág. 121.

acción. La jueza Ledesma destacó además que, en la audiencia, la víctima había expresado que aceptaba la reparación y que estaba de acuerdo con que el conflicto se definiera a través de la *probation*. La disidencia consideró que el consentimiento fiscal carecía de fundamentación y por lo tanto no resultaba vinculante, sobre todo porque la suspensión del juicio a prueba no es aplicable al caso en base a “Góngora”.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional - Sala II – CCC 4216/2014/TO1/CNC1, Causa “R., J. G. s/ amenazas”, Reg. N° 29/2015, del 22/4/2015⁵⁵

En este fallo, la Cámara valoró las siguientes características del caso: se trataba de un hecho aislado, la víctima estaba de acuerdo con el otorgamiento del beneficio, no hubo agresiones físicas sino verbales, el imputado había consumido bebidas alcohólicas el día del hecho, los unía una relación de pareja de más de quince años, tenían cuatro hijos en común, el Informe de Riesgo de la Oficina de Violencia doméstica de la CSJN evaluó la situación como de riesgo moderado, la falta de antecedentes penales del imputado, los delitos imputados permiten prever una condena de ejecución condicional, la razonabilidad en la reparación del daño, la participación de la víctima en distintas fases del proceso, sumado al consentimiento del fiscal.

Antecedentes: La Cámara decidió revocar la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal N° 29, que denegó al imputado el beneficio de la suspensión del juicio a prueba. La defensa interpuso recurso de casación, fundamentado en que el tribunal *a quo* en la sentencia atacada excedió el ejercicio de su función, alterando los roles de las partes al no tener en cuenta el dictamen favorable del fiscal general, quien tiene a cargo la concreción de la pretensión punitiva. Refirió que al haber consentimiento fiscal, el tribunal carecía de jurisdicción para denegar la concesión del instituto, porque carecía de poderes autónomos para llevar a cabo la promoción y ejercicio de la acción estatal. Además refirió que el tribunal rechazó el pedido con la sola cita del caso “Góngora” resuelto por la Corte Suprema, sin explicar los motivos por los que, en el caso en concreto, se prefería la Convención *Belém do Pará*, por encima de las normas

⁵⁵ CNCas Crim y Correc, Sala II, “R., J. G. s/ Amenazas”, de fecha: 22/04/2015, La Ley, 12/08/2015, 10 - LA LEY2015-D, 371 - DJ09/09/2015, 69.

constitucionales que rigen los fines de la pena y la finalidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba, ni se consideraron los dichos de la presunta damnificada en la audiencia del art. 293 CPPN.

En su sentencia la Cámara debió resolver sobre: *“(...) Valor de la opinión de la fiscalía cuando presta consentimiento para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. En los autos “Gómez Vera”, analizamos el carácter que revestía la oposición fiscal en los casos de suspensión del juicio a prueba. Allí señalamos, en líneas generales que, de acuerdo a lo establecido en el anteúltimo párrafo del art. 76 bis, CP, el posicionamiento de la fiscalía frente al caso es determinante de la suerte del pedido de suspensión de juicio a prueba, tanto si se opone como si presta consentimiento; pero que la jurisdicción debe llevar a cabo, en uno y otro supuesto, el necesario control para establecer si la postura es derivación razonada de los hechos de la causa o del derecho de aplicación al caso.(...) En este caso, por el contrario, la fiscalía considera que se debe hacer lugar a la vía alternativa de solución del conflicto solicitada. Del análisis de la opinión del fiscal, volcada en el acta de fs.119/120, se revela que el representante del Ministerio Público consideró que los hechos del presente caso no quedaban abarcados por la doctrina sentada en la causa “Góngora” citada, lo que no fue siquiera considerado por el tribunal a quo. (...) Esto nos lleva de manera general a examinar cuál es el alcance de la jurisprudencia de la CSJN e, íntimamente relacionado con ello, si aquel precedente se aplica automáticamente a todo caso que se pueda adecuar a un supuesto de violencia de género. Como venimos diciendo, al resolver el caso “Gómez Vera”, también señalamos las cautelas que debían adoptarse cuando se pretende extraer de un fallo judicial conclusiones generales. Es que las sentencias, a diferencia de las leyes, resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia del tribunal. Por esto, los tribunales no resuelven cuestiones teóricas y debemos atenernos a los hechos que motivaron el caso, ya que de ellos depende la solución que se alcanzó.(...) Por otra parte, no debe perderse de vista que el presente caso resulta, a nuestro criterio, sustancialmente diferente al que resolvió la CSJN en “Góngora” pues allí la suspensión del juicio a prueba no contó en ningún momento con el consentimiento fiscal y había sido este órgano el que había llevado el*

expediente hasta la máxima instancia judicial.(...) Asimismo, la Convención de Belém do Pará insta a los Estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, pero no exige que todo supuesto de violencia reciba una pena privativa de la libertad, luego de la realización de un juicio.⁵⁶(...) Por lo tanto, en cada caso concreto se debe analizar si la suspensión del juicio a prueba puede ser una alternativa, sin establecer un patrón general y absoluto, que implique denegarla o concederla de manera automática. (...) Por lo tanto, corresponde casar la sentencia recurrida y conceder la suspensión del juicio a prueba (arts. 456 inc. 1° y 470, CPPN; art. 76 bis, CP).”

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional - Sala II – CCC 40026/2014/TO1/CNC1, Causa “Capozucca”, Reg. 143/2015, rta. 11/6/2015.⁵⁷ (integrada por los jueces Sarrabayrouse, Bruzzone y Morín)

La defensa cuestionó la decisión de un Tribunal Oral en lo Criminal que había rechazado su pedido de *probation*, pese a que el representante del Ministerio Público Fiscal había prestado su conformidad. La Cámara hizo lugar al recurso y anuló la decisión, dado que el tribunal no estaba habilitado para resolver como lo hizo, pues, no había habido controversia alguna entre las partes acerca de cuáles eran las reglas aplicables al asunto.

Se menciona que los jueces Sarrabayrouse, Bruzzone y Morín, “han desarrollado una postura intermedia. Consideran que en los casos que involucran violencia de género, no pueden asumirse “criterios absolutos” ni soluciones unitarias y uniformes lejanas a las particularidades del caso. Sostuvieron que en cada caso concreto se debía analizar si la suspensión del juicio a prueba podía ser una alternativa, sin establecer un patrón general que implique denegarla o concederla de manera automática”.⁵⁸

⁵⁶ Cfr. DI CORLETO, Julieta, *La concesión del juicio a prueba en casos de violencia de género. Límites y condiciones para su concesión. A propósito del fallo “Góngora”*, en PITLEVNIK, Leonardo G., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 15, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 197; de la misma autora, véase también “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”, en “Género, sexualidades y derechos humanos”, Revista Electrónica Semestral del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos, vol. I, n° 2, julio 2013, pág. 5- 14 en fallo de Sala II – CCC 4216/2014/TO1/CNC1, Causa “R., J. G. s/ amenazas”, Reg. N° 29/2015, del 22/4/2015.

⁵⁷ Programa sobre Políticas de Género de la Procuración General de la Nación, “La nueva Cámara Nacional de Casación Penal y su postura sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género”, Buenos Aires, (2015), pág. 25.

⁵⁸ Idem, pág. 6.

Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, de la ciudad de Buenos Aires, Causa N° 20.210, “P., S. B. s/Lesiones Leves”, del 13/09/2012.

Este fallo es anterior al precedente “Góngora”, pero posterior a los fallos “Calle Aliaga” y “Ortega”. En este caso, el fiscal se había opuesto a la *probation*, invocando como obstáculo legal las obligaciones asumidas mediante la Convención de *Belém do Pará*. La víctima no tenía interés en avanzar con el juicio, sino que solicitaba que el imputado pudiera hacer un tratamiento psicológico para evitar nuevos problemas en el futuro.

El juez dijo *“en el caso en estudio, la celebración de un juicio oral y público y el dictado de una eventual sentencia condenatoria respecto del imputado, no aparecen como la herramienta de mayor eficacia para resolver el conflicto suscitado entre las partes (...) a través del instituto de la suspensión del juicio a prueba pueden imponerse reglas de conducta que resulten más apropiadas para arribar tanto a la toma de conciencia de lo ocurrido por parte del imputado, como a efectuar una prevención más eficaz a fin de evitar la renovación de los hechos de esta índole, este último, objetivo primordial de la mentada Convención, máxime si, antes de arribar a esta solución, se ha llevado a cabo una extensa y exhaustiva investigación.”*

Asimismo, se relevaron otros fallos del mismo tenor, los cuales se detallan a continuación:

Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Neuquén, “R.S.O. S/Desobediencia a una orden judicial y retención indebida”, Reg. N° 83/13, de fecha 20/03/2013.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 de Capital Federal, Causa N° 4011, “M.P.N. s/amenazas coactivas en concurso real con lesiones leves”, de fecha 05/2013.

Tribunal de Juicio y Apelaciones - Gualeguay - Filial Nogoyá - “R., J. O. s/amenazas reiteradas- Recurso de Casación”, Expte. N° 4407, de fecha 30/10/2013.⁵⁹

⁵⁹ Cfr. ELHART, Raúl, “Sobre la imposibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba, ni otras alternativas distintas al debate oral, en los supuestos de delitos que impliquen violencia contra la mujer”, El Dial, DC1C2E, 21/02/2014.

Jurisprudencialmente, podemos mencionar que a nivel local, no hay ningún precedente hasta el momento, en el que se haya concedido la *probation* en casos de violencia de género, aun cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera dictaminado a favor de concederla.

VIII. Conclusiones

La complejidad del fenómeno en estudio se basa, entre otras variables, en características muy especiales como lo son: el ciclo de la violencia, la retractación de la víctima, la reanudación del vínculo entre víctima y victimario y los vínculos familiares existentes.

Con el fin de concientizar a la sociedad del flagelo que nos aqueja, el conflicto exige medidas urgentes desde todos los poderes del Estado.

Se debe tener presente que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de *Belém do Pará*"- es un tratado internacional de derechos humanos y como tal debe ser cumplido.

Nuestra postura, basada como principio general, es considerar que sería negativa la concesión de la suspensión de juicio a prueba en los casos de violencia de género, debiéndose analizar cada caso en concreto, pudiendo, en última instancia, otorgarse la suspensión siempre que se den las siguientes condiciones: el consentimiento de la víctima y el dictamen favorable del fiscal, en tanto es el representante de la vindicta pública.

De esta forma lograríamos sortear el obstáculo que nos presenta el estándar internacional sobre el juzgamiento eficiente, ya que estaría representado en la opinión fiscal.

No olvidemos que en el fallo "*Góngora*", el fiscal no había consentido la *probation* lo que originó el recurso extraordinario, por lo cual, si analizamos cada caso en concreto y con el consentimiento del fiscal, ya no sería de aplicación automática aquel precedente, dado que no estarían dadas las mismas circunstancias.

Debemos tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación nunca ha sostenido la obligatoriedad lisa y llana de sus precedentes, postulado que sería difícilmente compatible con la libertad de juicio que es propia de los magistrados (doctrina de Fallos 25: 368; 212: 325, entre otros).

No obstante, la Corte ha exigido que los tribunales inferiores controvertan los argumentos que sustentan los precedentes aportando otros nuevos (Fallos 212: 51; 307: 1094; 312: 2007).

En la misma línea, señala Di Corleto "...si el objetivo principal es proteger a la mujer maltratada, la respuesta a la violencia sexista debe evitar soluciones unitarias y uniformes lejanas a las particularidades del caso".⁶⁰

Por ello, la opinión del fiscal debería ser condición vinculante en todos los casos de violencia de género, razón por la cual sería oportuno evaluar un cambio legislativo en este sentido.

Recordemos que ya se han presentado otros proyectos para modificar la normativa en estudio, elaborándose recientemente, al menos, tres propuestas para prohibir que se otorgue la *probation* en la totalidad de los casos de violencia de género.

Entendemos que en caso de aprobarse un proyecto de ley en ese sentido, es decir, denegando la *probation* en todos estos grupos de casos, se podría incurrir en una desigualdad que tornaría inconstitucional dicha norma (art. 16 CN), máxime si tenemos presente que: "Para precisar cuándo una distinción legal deviene discriminatoria, nuestra Corte Suprema ha delineado las siguientes pautas: a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) por eso implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a no considerar la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración, lo que la regla estatuye es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles; d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad; e) el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferenciado entre habitantes a condición de que el criterio empleado sea razonable; f) las desigualdades son inconstitucionales cuando son arbitrarias, hostiles, persecutorias, etc."⁶¹

⁶⁰ DI CORLETO, ob. cit, pág. 200 en la sentencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional - Sala II – CCC 4216/2014/TO1/CNC1, Causa "R., J. G. s/ amenazas", Reg. N° 29/2015, del 22/4/2015.

Entonces, cómo interpretamos el principio *pro homine* en las cuestiones de género?

Creemos que la aplicación de tal principio, entendido como un derecho del imputado, “según el cual debe acudir siempre a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos”⁶², se encuentra en colisión con el derecho de la mujer víctima.

En tal sentido, recordamos que la CIDH en la causa “*Kime*”, dijo “...se hace cargo de este tipo de contradicciones entre derechos en pugna y el modo de dirimirlos, sosteniendo que en esos casos debe hacerse una ponderación de los intereses en juego a los fines de conciliarlos y, en su caso, determinar cuál de ambos debe prevalecer sobre el otro, de acuerdo a un juicio de proporcionalidad”.⁶³

En el mismo sentido, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, denominadas “Reglas de Mallorca”, refieren en su artículo décimo séptimo: “En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado”.

En estos casos y como eje rector, debemos tener presente que “como control de proporcionalidad en sentido estricto, debe efectuarse un balance o ponderación entre la importancia relativa del fin perseguido, y la importancia del bien que será sacrificado mediante la restricción”.⁶⁴

Por todo lo expuesto, sostenemos que resultaría más adecuado analizarlo caso por caso, mas con una serie de resguardos o condiciones tales como se sugirió anteriormente.

⁶¹ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo I-B, ed. ampliada y actualizada 2000-2001, Ed. Ediar, Bs. As., 2001, ps. 76 y 77 en FAMÁ, María Victoria, “La reforma del art. 3705 del Código Civil: Un peldaño más hacia la equidad de género en el ejercicio de los derechos”, ADLA 2005-E, 5797.

⁶² CNCP, Sala III, Fallo “Arias, Víctor Gustavo s/ Rec. de Casación”, rta: 5/12/2008, (Magistrados: Ángela E. Ledesma - Eduardo R. Riggi - Guillermo J. Tragant), en Infojus: FA08261126.

⁶³ JULIANO, Mario A., “La Convención de Belém do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías”, Publicado en Revista Pensamiento Penal, Edición 157 - 04/07/13 en <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/convencion-belem-do-para-violencia-genero-derechos-garantias>, (disponible en internet 15/10/15).

⁶⁴ GARCÍA, Luis M., *El derecho internacional de los derechos humanos, ¿Cuestión de derecho internacional o cuestión de derecho doméstico?*, en GARCÍA, Luis M., IPOHORSKI LENKIEWICZ, José M., OTTAVIANO, Santiago, JUGO, Gabriela, *Los Derechos Humanos en el Proceso Penal*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2002, pág. 162.

En tales circunstancias y si el imputado incumple las reglas de conducta impuestas o comete un nuevo delito durante el período de prueba, siempre existe la posibilidad de revocación del beneficio otorgado.

Pensemos, además, que el imputado se encuentra impedido de pedir una segunda suspensión de juicio a prueba, salvo que el nuevo delito se hubiere cometido después de haber transcurrido el tiempo legal que prevé a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

En este marco, la *probation* puede ser una herramienta útil para la mujer en casos de violencia de género? Podría colaborar en mejorar la situación?

Creemos que en ciertos casos y en especial, donde se mantienen los vínculos familiares entre el imputado y la víctima, podría ayudar a revertir el conflicto familiar, sin dejar de considerar la imposición de reglas de conducta que impliquen tratamientos médicos y/o terapéuticos que guarden directa relación con la conflictiva de que se trate.

Queremos dejar aclarado que, con respecto a la mediación penal, puntualmente en los casos de violencia de género, se encuentra expresamente prohibida en la Ley 26.485, en sus artículos 9, inciso e) y 28, último párrafo, donde expresa que en caso de existir situaciones o episodios de hechos de violencia quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación. Ello, en consonancia con la Convención de *Belém do Pará*, donde nuestro país está comprometido a su cumplimiento. En la misma sintonía, con el fallo “*Góngora*” de la Corte Suprema de Justicia Nacional.

A nivel local, vale recordar que la Acordada N° 30/12 del Superior Tribunal de Justicia Provincial plantea, respecto del servicio de mediación en sede judicial, la inconveniencia de derivar conflictos que traten de episodios de violencia familiar, salvo, que concurran circunstancias especiales que en principio no impidan su derivación. (artículo 5)

Debemos tener presente que las partes se encuentran en una posición de desigualdad para concretar entrevistas conjuntas en un espacio de mediación, a raíz de la sumisión psicológica en la que se encuentra la víctima respecto del imputado, por lo que no sería posible arribar a un acuerdo consensuado y razonable.

Ahora bien, nos surge la siguiente pregunta: El derecho penal es el instrumento idóneo para la solución de estos conflictos?

Entendemos que el fenómeno es muy complejo para que tenga una respuesta favorable únicamente a través del Derecho Penal.

Está de más decir que aunque haya una tendencia de expandir el Derecho Penal a través de incrementos en las penas y nuevos agravantes en algunos delitos, no se han podido reducir los hechos de violencia de género que, en la práctica, continúan sucediendo.

A decir de Corcoy Bidasolo, “queda demostrado que el problema es sociológico y la ley no puede evitarlo. Ello no implica que no sea necesaria la intervención del Derecho Penal, sino que no es suficiente ni puede serlo.”⁶⁵

La prestigiosa autora menciona algunas respuestas que ayudarían en la solución del conflicto: la promulgación de protocolos de actuación conjunta de las fuerzas de seguridad, la creación de tribunales especializados en familia y en violencia doméstica y la protección a la víctima mediante el uso de dispositivos de alarma.⁶⁶

Al hablar de la evolución y de los cambios en el Derecho Penal, Guillermo Yacobucci señala que: “La ley penal en la política criminal contemporánea no solo coacciona sino que busca obtener cierta reafirmación social de valores o la lealtad al Derecho. (...) En virtud de estas finalidades, las teorías de la pena tradicionales pretenden ser abandonadas. (...) Es por eso que la pena tiene sobre todo un sentido comunicativo, de eficacia social antes que individual y concreta.”⁶⁷

Por todo lo expuesto, creemos que la solución radica en que los Estados no deben perder el norte en la prevención, mediante la utilización de todas las medidas necesarias e integrales en políticas públicas, con el fin de desterrar los patrones socioculturales que se arraigaron en la sociedad por años.

Resultando necesario visibilizar el problema y educar a la sociedad para percibirlo, buscando su eliminación desde todos los ámbitos: familia, escuelas, iglesias, partidos políticos, entidades deportivas y gremiales, medios de comunicación, entre otros.

⁶⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Ley y violencia ...”, pág. 173.

⁶⁶ Cfr. Idem, pág. 174.

⁶⁷ YACOBUCCI, Guillermo J., “Los Desafíos de un nuevo Derecho Penal”, Revista Jurídica Logos, n. 1, São Paulo, (2005), pág. 17.

Garantizar en todo momento el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, en especial de los grupos más vulnerables de la sociedad, con la creación de las oficinas de atención a la víctima en todo el país.

Fijar como objetivo necesario, la implementación de registros de estadísticas sobre los casos de violencia de género, mencionando la reciente creación de la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Femicidios y Homicidios agravados por el género, dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, (junio 2015) como asimismo, el Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina, asumió el compromiso de crear un Observatorio de Violencia de Género, en el marco de las IV Jornadas Internacionales de Violencia de Género y Delitos Conexos que se llevó a cabo en la ciudad de San Carlos de Bariloche, en el mes de noviembre de 2015.