

LA CONVENCION DE BELEM DO PARA, LA VIOLENCIA DE GENERO Y LOS DERECHOS Y GARANTIAS¹

Por Mario Alberto Juliano²

El 7 de diciembre de 2010 la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal³ resolvió un interesante caso⁴, donde por aplicación de cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos⁵ se terminan restringiendo derechos y garantías de una persona imputada por la comisión de un delito común, colocando en crisis ambos intereses⁶.

El caso es sumamente atractivo para el análisis, no solamente por las consecuencias prácticas y concretas que su doctrina puede traer aparejada en el juzgamiento de delitos comunes, sino también por la valoración y prioridad que se asigna a intereses que puede encontrarse en tensión y que, de acuerdo al modo en que se los aborde, puede implicar distintos resultados⁷.

¹ Agradezco las ideas y aportes realizados por Alberto Bovino, Gustavo L. Vitale, Rubén Quiñones, Marcelo Villanova, José Luis Cipolletti, Nicolás Laino, Fernando Avila y Nicolás García en el análisis de este tema.

² Abogado y doctorando en derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata, juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea y presidente de la Asociación "Pensamiento Penal" (mjuliano2004@yahoo.com.ar)

³ Integrada por W. Gustavo Mitchell, Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci

⁴ Causa O.R.,V. s/Recurso de casación" (registro 17.700)

⁵ Concretamente, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), hecha el 9 de junio de 1994 en la ciudad homónima, Brasil.

⁶ La doctrina sentada en este caso tiene un antecedente en la causa "C.A.,M. s/recurso de casación" (registro nro 17.636) del 30 de noviembre de 2010 y de la misma Sala y también ha sido aplicada por el Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, provincia de La Pampa, en la causa "Robledo", resuelta el 1 de junio de 2011. Asimismo, hemos detectado que la Procuradora General de Río Negro, Liliana Piccinini, ha instruido a los fiscales que ante cualquier acción o conducta relacionada con los supuestos contemplados por la Convención de Belem do Pará "*se abstengan de propiciar la aplicación de criterios de oportunidad o consentir beneficios a favor de quienes hayan vulnerado los derechos y bienes jurídicos tutelados por la norma penal*"

(<http://delitometro.com.ar/la-procuradora-general-instruyo-a-fiscales-y-defensores-a-aplicar-la-conveccion-belem-do-para/>)

⁷ Nos referimos a la tensión existente entre los derechos de los imputados frente al proceso penal y los compromisos asumidos por el Estado argentino de protección a las víctimas, disputa que se presenta en forma frecuente y que ha merecido distinto tratamiento.

a) El caso

De acuerdo al contenido que se desprende de la propia sentencia que se glosa, resulta que el 18 de abril de 2009, siendo aproximadamente las 22.50 horas, en la Estación Once del Ferrocarril Sarmiento, en circunstancias en que la señora C.L.S. se encontraba caminando por el andén, el imputado se le acercó y le tocó los pechos por sobre su ropa, tras lo cual la agredida dio inmediato aviso a personal policial que se encontraba en las inmediaciones, quien procedió a la detención del agresor.

Como consecuencia del hecho narrado se formó una causa por abuso sexual simple, donde, en la etapa procesal oportuna, el imputado solicitó acceder al derecho a la suspensión del juicio a prueba (artículo 76 bis Código Penal) por encontrarse reunidos en el caso todos los presupuestos legales requeridos.

Celebrada la audiencia prevista por el artículo 293 del C.P.P.N. a los fines de atender dicha solicitud, la Fiscalía extendió su conformidad para la concesión del instituto, por entender que en caso de una eventual condena, la misma podría ser dejada en suspenso, no solo por la entidad del hecho, sino también por la carencia de antecedentes penales del imputado, que de su legajo de personalidad no se desprendían aspectos o manifestaciones negativas, había ofrecido una reparación económica por los daños causados y además había propuesto realizar tareas comunitarias.

La Fiscalía, en su dictamen, hace alusión a que si bien la damnificada se había opuesto al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, su negativa pasaba por una cuestión vinculada a la reparación económica y su voluntad de demandar en otra sede, toda vez que la explicación del rechazo estuvo relacionada directamente con la exigencia o pretensión económica. Sin embargo, en la resolución que se comenta se hace notar que la denunciante había presentado una aclaración en la misma fecha de la audiencia, donde hacía saber que no le interesaba ningún resarcimiento económico, que quería que pagara lo que le había hecho y que no tuviera oportunidad de reiterar hechos de ese tipo, quedándole antecedentes.

El tribunal interviniente⁸, con voto de los jueces Javier Anzoátegui y Ana Dieta de Herrero, rechaza el pedido de aplicación de la suspensión del juicio a prueba por entender que *más allá de que la pena prevista para el delito de abuso sexual simple admite la eventual imposición de una condena de ejecución condicional, lo cierto es que la naturaleza de la acción imputada y las circunstancias en que habría sido llevada a cabo, impide afirmar que el de este proceso se trate de un suceso que el Estado pueda calificar como de “escasa trascendencia penal”*, inaugurando de este modo una nueva categoría dentro de las causales obstativas al progreso del instituto, constituida por la causas de *escasa trascendencia penal* (que según el tribunal interviniente admitirían la suspensión del juicio a prueba) y las causas de *cuantiosa trascendencia penal* (por oposición, su antónimo) que no admitirían ser suspendidas a prueba. Criterio completamente arbitrario y discrecional, que se coloca por encima de las causales previstas por la ley, asumiendo el organismo jurisdiccional funciones legislativas.

Contra este pronunciamiento se levanta la defensa oficial, que deduce recurso de casación, ingresando la causa a la consideración de la Sala II, que producirá la doctrina que nos interesa analizar.

Con voto de Guillermo Yacobucci —al que adhieren Mitchell y García— luego de algunas consideraciones acerca de los alcances del instituto de la suspensión del juicio a prueba, que no vienen al caso de este comentario, se sostiene que los sucesos imputados constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer, recordando que para la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), esa violencia se concreta a través de *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado* (artículo 1).

Se continúa diciendo que

En tanto la suspensión de juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito —impunidad—, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta frente a sucesos como los que conforman el objeto del requerimiento fiscal. Observo, en esa línea, que el

⁸ Tribunal Oral en lo Criminal Nº 9 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

artículo 7 de la Convención determina que “los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comprometan de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. 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; d. 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; e. 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 contra la mujer; f. establecer procedimientos legales 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; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a ese resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Finalmente, se concluye que:

En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal.

Anticipamos nuestra discrepancia conceptual con la solución arribada por el tribunal casatorio, no obstante coincidir con los objetivos de la Convención Interamericana, en el sentido de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, del mismo modo que deben prevenirse, investigarse y sancionarse todos aquellos hechos de violencia de los cuales puedan ser sujetos pasibles sectores especialmente vulnerables de nuestra sociedad, como es el caso de niños, niñas y adolescentes, ancianos, trabajadores bajo relación de dependencia, sectores marginales y excluidos de los beneficios de la vida en sociedad, poblaciones originarias, inmigrantes, personas con capacidades diferentes, individuos sometidos a trata de personas, privados de la libertad, etcétera.

Pero creemos que estos objetivos, lícitos, legales y convencionales, asumidos oportunamente por el Estado como un deber de obrar, no son incompatibles con resoluciones alternativas a los conflictos penales. Del mismo modo que encontramos incompatible que, en nombre de los derechos humanos, se puedan restringir soluciones que los privilegien, optando por un derecho penal prioritario, que se constituya en la principal fuente de solución de los conflictos.

b) El sistema de protección de los derechos humanos y los intereses en conflicto.

El sistema de protección de los derechos humanos se integra con normas que se ocupan tanto de víctimas⁹ como de imputados¹⁰. Como es obvio, la atención de intereses usualmente dispares provoca frecuentes tensiones al momento de tener que conciliarlos en su vigencia.

Estas situaciones conflictivas se detectan con habitualidad. Podemos recordar, a modo de ejemplo, la contradicción existente entre el derecho de los familiares de

⁹ Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio, Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, Convención sobre los derechos del niño (la que también reconoce derechos a los niños imputados por la comisión de delitos)

¹⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

víctimas de delitos particularmente graves (caso Bulacio vs Argentina¹¹) a conocer la verdad de lo acontecido, sin obstáculos de orden interno (prescripción) que impida la investigación y sanción de los responsables de la violación de los derechos humanos¹² y el derecho de los imputados (el propio imputado de la causa Bulacio) a la realización de un debido proceso que defina su situación en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas¹³. Contradicción que, en principio, aparece como de difícil resolución, ya que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no hacen distinción si los inculcados se encuentran acusados por la comisión de delitos comunes o por delitos donde se involucran graves violaciones a los derechos humanos al momento de reconocer sus garantías¹⁴.

También la tensión existente entre el derecho a la protección de la honra y la reputación y el reconocimiento de la dignidad de las personas¹⁵, por un lado, y la libertad de pensamiento y expresión, y consecuente derecho a publicar las ideas¹⁶, por otra parte (caso Kimel vs Argentina¹⁷).

Los sistemas normativos¹⁸ presentan la dificultad intrínseca a todo régimen legal de respetar propiedades sin las cuales difícilmente podrían ser considerados como tales, como es el caso de la completitud¹⁹, la independencia²⁰ y la coherencia²¹. Estos presupuestos son metas difíciles —sino imposibles— de alcanzar y en los hechos provocan severos inconvenientes a la hora de exigir racionalidad en la solución de los hechos sometidos a su consideración.

¹¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

¹² Parágrafo 116 de la sentencia “Bulacio” de la CtIDH
(http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf)

¹³ Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹⁴ Admitir lo propio (que existe un sistema de garantías diferenciado, de acuerdo al tipo de delitos que se trate), implicaría admitir que existe un derecho penal para los enemigos, o un derecho penal para cierto tipo de autores.

¹⁵ Artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹⁶ Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

¹⁸ Tomamos en este caso al sistema de protección de los derechos humanos como un sistema normativo

¹⁹ El ideal de abarcar todos el campo de conductas posibles, de tal manera que no queden lagunas

²⁰ El ideal de no ser redundantes, es decir, que no aborden el mismo problemas con las mismas soluciones

²¹ El ideal que un mismo caso no pueda ser solucionado por dos normas que se contradicen.

Justamente, en la aludida causa “Kimel” la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace cargo de este tipo de contradicciones entre derechos en pugna y el modo de dirimirlas, 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 proporcionalidad²². Fórmula que, convengamos, si bien adolece de rigurosidad, al menos proporciona pautas interpretativas que permiten dar respuestas medianamente coherentes a los conflictos de intereses indicados.

Respecto del caso que suscita este comentario, es incuestionable que la Convención de Belém do Pará tiene por objetivo primordial prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia de género. Sin embargo, su normativa, que obliga al Estado argentino desde el momento que ha suscripto y aprobado la Convención respectiva²³, debe ser conjugada en forma armónica con otras disposiciones del sistema de protección de los derechos humanos que, justamente, ponen en tela de juicio que todos los delitos deban ser llevados a juicio, como asimismo que la pena sea la reacción estatal aconsejable, como parece sugerirlo el tribunal de casación.

Tal lo previsto por el artículo 18 de las “Directrices sobre la función de los fiscales”²⁴, que dispone:

De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, 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

²² Del párrafo 51: La Corte reconoce que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

²³ Ley 24.632 (B.O. 9 de abril de 1996)

²⁴ Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

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.

Directriz que contradice la afirmación de los jueces que suscriben el fallo que se comenta, cuando afirman que *la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino*. Por el contrario, si bien, en principio y en apariencia, la opinión favorable del fiscal a la suspensión del juicio a prueba parecería entrar en contradicción con la Convención de Belém do Pará, coincide plenamente con los objetivos de las directrices de Naciones Unidas que nuestro país, como miembro de esa organización internacional, por lo menos tiene el deber de observar.

No solo eso. Naciones Unidas, a través de sus organismos pertinentes, se ha ocupado en forma detenida de poner en claro que el sistema penal constituye una opción de *ultima ratio* para la resolución de los conflictos, y que en todo momento se deben privilegiar las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de la prisión. Así, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” (Reglas de Tokio)²⁵, establece que:

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.

2.1 Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán "delincuentes", independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole,

²⁵ Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990.

origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

Reglas que, como se advierte, niegan la posibilidad de la persecución penal irrenunciable e infinita de los delitos, sin establecer discriminaciones de ninguna naturaleza con relación a los delitos alcanzados.

Puede aducirse, con buenas razones, que no es posible comparar la jerarquía normativa de las reglas y directrices señaladas con los alcances y vinculación jurídica de un tratado internacional²⁶, como es el caso de la Convención de Belém do Pará. Sin embargo, no puede perderse de vista que las aludidas reglas y directrices, emanadas de las instancias internacionales más elevadas, constituyen *reglas interpretativas y buenas prácticas* aconsejadas para una racional aplicación de la ley penal y a las que nuestro país también se encuentra sujeto. Soslayar estas reglas y directrices colocaría al Estado argentino en contradicción con el ideal propuesto por la comunidad internacional.

Una comprensión del orden jurídico que en forma acrítica ignore al resto de las normas que lo integran es sesgada, parcial e incompleta. La interpretación de los regímenes legales debe ser compatibilizada en su integridad para posibilitar su armónico funcionamiento, máxime cuando se trata del sistema jurídico de protección de los derechos humanos, evitando que dos normas que lo componen resuelvan una misma situación en forma contradictoria.

Un tratado o convención interamericano (como lo es la Convención de Belém do Pará) no puede anular o modificar directrices emanadas de un organismo internacional de la jerarquía de las Naciones Unidas y, antes bien, todos los acuerdos que se celebren entre los Estados, deben adecuarse a la orientación general que proporciona la comunidad internacional organizada. Lo contrario implicaría ingresar en insalvables contradicciones que tornarían anárquica la coexistencia internacional²⁷.

c) Una interpretación de la Convención de Belém do Pará compatible

²⁶ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho e los tratados: "Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"

²⁷ Más anárquica de lo que es en nuestros días

con un derecho penal de mínima intervención y con los derechos de las víctimas.

Los intereses de víctimas e imputados por un mismo delito normalmente suelen encontrarse contrapuestos. Ello es la lógica consecuencia de la dialéctica que entraña el conflicto penal. Sin embargo, a diferencia de lo que sostiene la Casación en la resolución que se comenta, discrepamos con la idea que, en realidad, exista esta colisión de intereses entre la obligación estatal de prevenir, investigar y sancionar las conductas que comporten violencia de género y el derecho de los imputados por la comisión de este tipo de delitos a una resolución alternativa a los conflictos de esta índole.

Desde nuestra óptica, a diferencia de criterio sustentado por los jueces Yacobucci, Mitchel y García, la obligación de *sancionar* los delitos relacionados con la violencia de género no debe ser entendida como la obligación de *penar* esas conductas, esto es, realizar siempre juicios que culminen con una sentencia. Antes bien, el referido compromiso internacional de *sancionar* debe ser entendido como la obligación estatal de *legislar* tipos penales que contemplen la punición de esas conductas, independientemente del trámite que tengan los juicios que se sustancien por esas causas, los cuales deberán ajustarse a las pautas y parámetros propios del debido proceso legal (artículo 18 constitucional).

La obligación internacional aludida es un mandato dirigido a los legisladores, a quienes se les impone el deber de no dejar fuera del catálogo penal la represión de este tipo de conductas, que los Estados signatarios de la Convención han reputado particularmente graves. Pero en forma alguna ese mandato puede reputarse como dirigido a los jueces, lo cual implicaría condicionar su imparcialidad y su independencia que, como se sabe, son valores sobre los cuales reposa la legitimidad misma del sistema republicano y de la administración de justicia.

Una comprensión diferente del compromiso internacional (la comprensión que de este compromiso hace la Sala II de la Casación) conduce a soluciones irracionales que indefectiblemente colocan al sistema legal en contradicciones insalvables, como las que se vienen anotando.

Uno de los peores errores en que puede incurrir la hermenéutica jurídica es aislar una norma del contexto en el cual se encuentra inserta (descontextualizarla), práctica que, las más de las veces, conducirá a soluciones parciales y equivocadas²⁸.

El propio texto de la Convención de Belem do Pará es compatible con la interpretación precedente. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7.b de la Convención de Belem do Pará, el Estado argentino se ha comprometido a actuar con diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. Sin embargo, según lo previsto por el apartado g del mismo artículo 7, resulta que el Estado también se compromete a *establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces*.

Como no puede ser de otra manera para un contexto caracterizado por el respeto a los derechos humanos, no es verdad que, como parece sugerirlo la Casación²⁹, la Convención establezca una disyuntiva de hierro: juicio indefectible y condena o absolución. Muy por el contrario, de modo expreso se contemplan *medios de compensación justos y eficaces*, diferentes al juicio propiamente dicho, que en nuestro país se identifican, justamente, entre otros institutos alternativos, con la suspensión del juicio a prueba.

La misma dirección de política criminal encarna la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres³⁰, que si bien tiene rango normativo inferior a la Convención de Belem do Pará, entendemos que debe ser reputada como complementaria e integrativa de su texto y utilizable para interpretar todos aquellos aspectos que pudieren resultar confusos o conflictivos, como sucede en este caso.

A este respecto, el artículo 2 establece como objetivos de la ley nacional promover y garantizar: a) *La eliminación de la discriminación entre mujeres y*

²⁸ Lo propio se advierte en múltiples aplicaciones del derecho penal sustantivo y adjetivo, cuando se ignoran los insoslayables principios constitucionales y convencionales que deben servir de filtro para el poder punitivo.

²⁹ Que existe óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal.

³⁰ B.O. 1 de abril de 2009

varones en todos los órdenes de la vida; b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.

Pero, fundamentalmente, el artículo 16, que reglamenta los derechos y garantías mínimas de los procedimientos judiciales y administrativos, establece que deberá garantizarse a las mujeres los siguientes derechos y garantías: *a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado; b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva; c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente; d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; e) A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3º de la presente ley; f) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones; g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos; j) A oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género y k) A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.*

Es decir, la ley doméstica, en consonancia con la interpretación que postulamos asignar a la Convención de Belem do Pará, en ningún momento exige que los conflictos que entrañen violencia de género deban de ser resueltos en juicio

mediante el dictado de una sentencia.

En este entendimiento, sostener que el instituto de la suspensión del juicio a prueba es una forma de impunidad (como de modo expreso lo postula el juez Yacobucci en su voto) es poco menos que ignorar los alcances del artículo 76 bis del Código Penal y los alcances mismos del sistema penal en su conjunto, que actualmente reconoce, sin lugar a dudas, la imposibilidad material de procesar la totalidad de la conflictiva que ingresa al sistema por la vía del juicio propiamente dicho y la necesidad y conveniencia de prever formas alternativas de resolución de los conflictos, donde la víctima también debe ser protagonista, en la comprensión que la pena no es la mejor herramienta para restaurar la paz social.

d) Las deletéreas consecuencias de la doctrina del fallo que se comenta.

La aplicación de la doctrina que se critica implica que todos los delitos que tengan como víctima a una mujer y que representen alguna forma de violencia de género no son susceptibles de una solución alternativa al conflicto y deben concluir en juicio y sentencia. Una interpretación de la ley de esta índole traería aparejadas soluciones verdaderamente irracionales, más irracionales que las que propone el sistema penal en sí mismo, que culminaría con una serie de delitos de menor entidad (amenazas, abusos de armas, lesiones leves, etcétera), que habitualmente son dirimidos por vías alternativas, en la realización de juicios que el sistema difícilmente podría procesar con los recursos con que cuenta en la actualidad y que, en definitiva, ni siquiera es conveniente resolver de ese modo (racionalización de recursos escasos con el propósito de reorientarlos a causas de mayor complejidad).

Una controversia adicional se presenta en aquellos casos en los cuales la víctima (la mujer) no demuestre interés en la persecución penal y, aún más, se muestre satisfecha con una solución alternativa al conflicto: ¿incumplirá el Estado argentino los compromisos internacionales contraídos? De acuerdo al criterio de la Casación, cualquier solución que no culmine en una sanción (en caso de corresponder) implicaría impunidad, ya que sería una solución contraria a la letra de la Convención y por tanto inadmisibles para nuestro sistema legal, razón por la cual el caso debería ser llevado a juicio, aún contra la voluntad de sus principales interesados (víctima e imputado), convirtiendo a la expropiación del conflicto en un dogma. Una alternativa de esta especie implicaría una forma indirecta de

discriminación contra la mujer, reputada como un mero objeto, incapaz de tomar decisiones por sí misma, a la cual el Estado debe suplir en su voluntad.

La tesis sostenida por la Casación conduce a afirmar que el sistema penal es la herramienta idónea para solucionar los problemas de violencia contra la mujer, lo que empíricamente se encuentra demostrado como falso, ya que lejos de asignar dicha propiedad a la pena, la misma se ha mostrado como reproductora de violencia y raramente reparadora de la paz social quebrantada por el delito.

Lo precedente nos inclina a pensar que, tal como lo postulan los principios rectores de la ley 26.485³¹, la Convención de Belem do Pará debe ser prioritariamente interpretada como el compromiso estatal de promover políticas públicas tendientes a prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia de género, más allá de una estricta literalidad de sus términos. Lo cual no implica sostener que los conflictos relacionados con la violencia de género no deban ser llevados a juicio. Lo que se sostiene es que los conflictos relacionados con la violencia de género no deben ser excluidos de los mecanismos tendientes a minimizar las consecuencias del poder punitivo, donde el derecho penal es una herramienta contingente y subsidiaria, de *ultima ratio*.

No obstante la trascendencia e importancia que reviste y asignamos a la evitación de la violencia de género para la construcción de una sociedad verdaderamente democrática y plural, ello, por sí solo, no convierte al derecho penal en una herramienta idónea para la resolución de ese tipo de conflictos. El derecho penal

³¹ **ARTICULO 7°** — Preceptos rectores. Los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Para el cumplimiento de los fines de la presente ley deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres; b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres; c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia; d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios; e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales; f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece; g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley y h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

seguirá siendo, a pesar de nuestras mejores intenciones, un discurso brutal, plagado de contradicciones, que no se mejorará por someter a su conocimiento causas que reputemos justas.