

LA RETRACTACIÓN Y EL DESISTIMIENTO EN CASOS DE VIOLENCIA

Por Dr. Hugo Andrés Llugdar¹

El presente artículo se difunde con la autorización expresa de su autor y formó parte de la exposición realizada en el marco de la Jornada “La escucha de las personas en situación de vulnerabilidad” que tuvo lugar el día 11 de julio de 2023, organizada por el Ministerio Público de la Pcia. de Buenos Aires y el Colegio de Abogados de La Plata.

SUMARIO

1. Introducción: los corpus iuris subjetivos y su transversalidad jurídica	01
2. Nudo: contraposición de principios, ¿autonomía de la voluntad vs. orden público?	03
3. Intento de solución: tercera vía	05
4. Concluyendo: tercera vía	17

Objeto: se intenta sentar un principio de abordaje, frente a los casos judiciales de violencia en que las víctimas en situación de vulnerabilidad se desdican de lo denunciado y/o se evaden del proceso.

1. INTRODUCCIÓN: LOS CORPUS IURIS SUBJETIVOS Y SU TRANSVERSALIDAD JURÍDICA

Partimos de esta idea: a los estatutos jurídicos de los colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, le son inoponibles las ramas del derecho en tanto impliquen una negación de sus principios. Por ende, y a contrario, las legislaciones subjetivas de los niños, niñas, adolescentes, personas por nacer, mujeres, personas con discapacidad (particularmente mental) y personas mayores, afectarán transversalmente a las diversas ramas tradicionales y modernas del derecho.

1. Asesor de Incapaces del Departamento Judicial de Mar del Plata. Abogado (UFASTA), Especialista en Derecho Procesal (UBA), Especialista en Derecho de Familia (UBA). Profesor titular de Filosofía del Derecho (UFASTA a distancia), adjunto de Filosofía del Derecho (UFASTA Mar del Plata), adjunto de Derecho de las Familias y Sucesiones (Universidad Atlántida Argentina).



Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el C.Jur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Vernáculamente la situación que nos indicaba que el derecho normativo se legislabá, interpretaba y actuaba, en base a hechos con un común denominador, y no por grupos subjetivos, se ha ido modificando gradualmente al punto que hoy en día, asistimos a numerosos compilados jurídicos que nuclean normas en derredor de un sujeto en particular, sin importar la materia que sea (o a pesar de ella): los denominados (a la usanza justiniana) *corpus iuris* de las personas en situación de vulnerabilidad.

Si bien se ha intentado remarcar que las distintas disciplinas del saber jurídico no son compartimientos estancos, la realidad es que aun frente a este fenómeno estatutario, el hermetismo es mayor del pensado/querido; como si estos *corpus* fueran otra rama o parte de una de ellas, ajenos al derecho normativo en su totalidad. Mas, por el contrario, estos estatutos vienen a cambiar tal situación. Es decir, que todas las ramas del derecho en tanto hagan referencia a dichos sujetos particulares (común denominador: situación de vulnerabilidad) se van a ver

atravesadas en un sentido vehemente y cortante, fracturando cualquier tipo de limitación y de separación ramal; por mandato natural y constitucional (de conexión convencional).

Precisamente este presupuesto, resultará necesario tenerlo bien presente, a fin de tratar la cuestión del desistimiento y la retractación en la violencia, ora en el ámbito del derecho de familia, o del derecho penal, o del derecho civil, o del comercial o del procesal. Si bien cada rama tendrá sus principios, deberán conjugarse con el elemento subjetivo común a todo el ordenamiento.

De este modo, como operadores del derecho, la temática de los *corpus iuris* y su aplicación nos concierne a todos; y ninguna rama, especialización y/o sector del derecho normativo en su materialización, va a poder alegar cerramiento de esclusas frente a estos estatutos colectivos. Claro está que esta transversalización lo será siempre bajo el criterio lógico, natural y positivo, de razonabilidad (arg. arts. 14, 28, 31, 33 y cctes. CN).

2. NUDO: CONTRAPOSICIÓN DE PRINCIPIOS, ¿AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VS. ORDEN PÚBLICO?

Con base en esta concepción, transversal o rupturista, que atiende al sujeto particular y rompe con el hermetismo al que tienden las ramas del derecho (o más bien sus operadores), teniendo en cuenta las distintas situaciones particulares que puedan obstaculizar la materialización de lo justo respecto de la niñez y la adolescencia, de las mujeres, de las personas mayores, y de aquellas con discapacidad, a fin de evitarlo, hemos sistematizado los que consideramos los principios procesales fundamentales que deberán existir en tanto se trate de un caso de protección judicial contra la violencia.

Estos se basan en distintas fuentes normativas interamericanas y nacionales, y a título de mención podemos estructurarlos en la siguiente lista²:

2. Remitimos para su desarrollo a Llugdar Hugo Andrés, Procesos de protección contra la violencia familiar. Estudio integral y sistemático de la normativa nacional y provincial, ed. Hammurabi, Buenos Aires, noviembre 2022.

1. Principio de ingreso procesal amplio (acceso a una tutela judicial efectiva y diferenciada).
2. Principio de flexibilización formal.
3. Estándar de la debida diligencia.
4. Principio de no revictimización
 - i. Subprincipio de capacitación
 - ii. Subprincipio de acompañamiento
 - iii. Subprincipio de confidencialidad
5. Principio de no conciliación entre denunciante y denunciado (en tanto vínculo asimétrico)
6. Principio de oficiosidad inquisitiva
7. Principio de seguimiento protectorio
8. Principio de interdisciplinariedad
9. Principio de amplitud probatoria
10. Garantía del plazo razonable
11. Principio de integralidad
12. Principio de escucha: derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta.

Dentro de esta enumeración nos interesan particularmente los principios de oficiosidad pronunciada o inquisitiva; y el de escucha.

Y es que por un lado tenemos artículos como el 29 de la ley de promoción y protección de los derechos del niño n° 26.061, que refiere que los organismos del estado deberán adoptar todas las medidas (entre otras) judiciales para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías fundamentales de la niñez. Lo que hace a su turno también el art. 13 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (de rango constitucional), así como el 31 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (de idéntica jerarquía que la anterior), en tanto prevén “ajustes de procedimiento”, remarcando la última que lo podrán ser “en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas”.

Esta operatividad oficiosa se desarrolla más elocuentemente en los arts. 16.1 CDPD, 9 de la CIDPM, 9 de la CDN y 1 y 7 de Belem do Pará; denotando que esta-

mos frente a una materia indisponible, en tanto de orden público (así arts. 1 ley de Protección de la Mujer n° 26.485; 1 y 2 ley 26.061; CDN, CDPD, CIDPM, Belem do Pará, y art. 75 inc. 23 CN).

Ahora bien, dada la denuncia de determinado hecho violento o conjunto de tales en relación a uno de los grupos de personas en situación de vulnerabilidad a los que aludimos, se activará esta actividad oficiosa y de debida diligencia del Estado (particularmente en su faz judicial). Dentro de este despliegue se actuará el deber/derecho de oír/ser oído y tener en cuenta la opinión que surja de ello (art. 12 CDN, art. 3 ley 26.061, art. 31 CDPM, art. 13 CDPD, art. 707 del CCC -personas con capacidad restringida y los NNA-, art. 16.c y d LPIM 26.485; y en tanto que la violencia coincida con el ámbito de aplicación de la ley 15.232: los arts. 7aVII; 7bXII; 7dI; 12 y 13).

Pues bien, de dicha conjugación podrá surgir el siguiente problema: ¿qué acontece si frente a tal tipo de intervención, quien antes denunció X hecho de violencia, ahora se desdice y/o se ausenta del proceso? ¿Prima la oficiosa, o la escucha y atención a su voluntad (sea expresa o tácita)? ¿Qué pesará más entre el orden público y la autonomía de la voluntad? ¿La oficiosa es absoluta? ¿Hasta dónde puede meterse el Estado en las decisiones personales? Y de limitarse esta intervención estatal-judicial ¿qué pasa si ello conlleva un daño a quien lo pide y/o sus allegados?

Conforme con estas cuestiones, creemos que surgen tres posibles vías de acción:

1. Ora el solo desistimiento/retractación debe tomarse por tal en aras de la autoconfiguración personal y necesidad de no injerencia indebida estatal
2. O debemos obrar con independencia de las manifestaciones en tanto la cualidad de orden público es patente, reiterativo y justificado
3. O hay una tercera vía o alternativa a esta visión maniquea.

3. INTENTO DE SOLUCIÓN: TERCERA VÍA

Pese a contar con legitimación amplia, competencia flexible, y requisitos formales mínimos para denunciar; muchos de los obstáculos que impiden la denuncia

continúan aun después de hecha, como en los casos de la retractación y/o desistimiento³.

Mientras que la retractación implica desdecirse, y se trata de la modificación sustancial de la denuncia y su versión ante las autoridades; en el desistimiento, sin contrariar el contenido de su versión primigenia, la denunciante decide no continuar con el proceso que tiene por fin su tutela; o sencillamente, en ocasión de la primera audiencia de inmediación (o frente a intentos de seguimiento judicial): no se presenta más. No son excluyentes, y en algunas oportunidades, se trate de uno u otro, pueden ir acompañados (según la experiencia judicial) con un intento de defensa o justificación del agresor en contra de los operadores, incluso de modo querellante y vehemente (hasta violento), por entenderlo víctima del Estado (víctima suya en última instancia: paradoja muy común en los ciclos de violencia en donde se genera la culpa de la víctima por los pesares del victimario).

Frente al orden público, el principio procesal dispositivo se ve reducido a un porcentaje de actuación autónoma muy limitado. Pero ello no puede aplicarse sin más. Y en conjugación con los otros principios aludidos, particularmente el de interdisciplina, los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público deberán tomar cabal conocimiento del sustrato fáctico, bajo el prisma que la perspectiva de la condición del sujeto interesado mande. De allí que

- Habrá intervención oficiosa
- Con más obligación/derecho de escucha y de tener en cuenta lo manifestado
- Y, de contradecirse quien es escuchado, a fin de armonizar la aplicación de tales mandas deberán atenderse las manifestaciones de la víctima en su particularidad, a través del auxilio de la interdisciplina, para entender y apreciar el grado de autonomía que tienen aquellas expresiones diametralmente opuestas a la denuncia inicial.

3. Véase Morel Quirno, Retracción y desistimiento de la víctima en casos de violencia de género en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA", n° 6, dic. 2017.

Para ello serán vitales los informes técnicos actualizados que presenten los equipos de la judicatura, con más las apreciaciones del Ministerio Público.

Entendemos que frente a la tensión aparente entre el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de la oficiosidad, no puede haber primacía apriorística de ninguno de los dos; proponiendo como tercera vía: la necesidad de conocimiento profundo del caso, de modo interdisciplinario (conforme con la perspectiva de la persona interesada) y con la debida diligencia, para atender al contexto particular del vínculo de las partes, armonizando ambos principios en procura de la solución más equitativa.

Claro está que para ello será fundamental determinar la simetría/asimetría del vínculo. Ya que si tenemos uno de tinte simétrico, es decir, con base de igualdad de poder entre las partes que participan de esta sistematización violenta de comunicación o de interacción, y no lo atendemos, aplicando sin más la normativa propia de la asimetría (corpus iuris de personas en situación de vulnerabilidad) en relación a una de ellas, terminaremos siendo un eslabón más de la batería de violencia de una parte para con la otra. Por el contrario, si se ignora la asimetría vincular, la diferencia de poder, y la mengua natural (vgr. en razón de la edad), patológica o sociocultural de la voluntad, y se la trata con normas de simetría, destruyo completamente a la persona que ya se encontraba en inferioridad de condiciones.

Los prestadores del servicio judicial debemos estar muy atentos, y echar mano a los recursos interdisciplinarios para tomar conocimiento real y acabado de la causa de tal giro absoluto que implica retractarse o desistir. Y si de sus resultados surge que la retracción o el desistimiento, es un producto más de la violencia denunciada (o de las condiciones socioculturales o naturales que generan la asimetría vincular violenta), los jueces podrán (y deberán) apartarse de la voluntad de la denunciante, así como los representantes de las tres ramas del Ministerio Público, cada una en su rol.

Dentro de las legislaciones provinciales, Entre Ríos en el art. 271 de su Ley Procesal de Familia, prevé esta situación cuando haya una negativa pero en relación a una denuncia de tercero, si hay verosimilitud en el relato; debiendo indagar sobre

la situación a través del equipo técnico: “Si la denuncia no la realiza la propia víctima, el juez la convocará para que comparezca dentro de las veinticuatro horas a efectos de corroborar los hechos expuestos. Si la persona no comparece, niega la existencia de los hechos, fuera menor de edad o con capacidad restringida, pero la denuncia cuenta con verosimilitud fáctica, el juez encomendará a su Equipo Técnico Interdisciplinario el informe de riesgo y situación a fin de establecer si corresponde el dictado oficioso de medidas de protección”.

Neuquén, a través del art. 5 ley 2786 (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres), remarca de manera indirecta que la voluntad de la víctima (y por ende sus manifestaciones) no siempre son plenas o libres: «Objeto del procedimiento. El procedimiento que regula este Capítulo tiene por objeto principal el cese de la situación de violencia sufrida por la mujer, el restablecimiento de la situación de equilibrio conculcada por la violencia, y el refuerzo de la autonomía de la voluntad y la capacidad de decisión de la víctima». (En tanto que no se refuerza lo que no está debilitado).

Por su parte, la jurisprudencia, a medida que se fue enriqueciendo con la especialización y la experiencia interdisciplinaria, ha ido adoptando soluciones de acuerdo a lo que venimos diciendo.

La Sala II de la Cámara de Apelación Civil de Morón, refirió que: “La resolución que tuvo por desistida la acción iniciada por violencia doméstica es prematura si al comparecer ante el juzgado el denunciante ratificó la existencia de algunas situaciones pero no confirmó su petición, pues dadas las implicancias psicofísicas que pueden tener esas situaciones sobre los diversos involucrados, previo a decidirse sobre la cuestión debe llevarse a cabo el diagnóstico familiar previsto por el art. 8° de la ley 12.569”⁴.

El valor de la retractación en los casos de violencia familiar fue analizado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba in re “Agüero” (S. n° 198, de fecha 3/8/12). Allí se sostuvo que “su estudio debe ser abordado bajo un atento criterio de amplitud probatoria en atención a las circunstancias especiales en las que se

4. CACC Morón, Sala II, 16/2/12, “R. V. D. R. c. A. R. M. s/Infracción ley 12.569”, LLBA, 2012 (mayo).

desarrolla. (...) En efecto, en la propia dinámica de esta clase de violencia de género va ínsita la superioridad del varón que goza de la impunidad que le garantiza lo privado del ámbito intrafamiliar en que generalmente se realizan los actos, el temor de la víctima a mayores represalias y a la pérdida de los lazos familiares, la falta de crédito que se les suele asignar, etcétera. Este particular escenario no puede ser dejado de lado como pauta valorativa”.

Atendiendo a la perspectiva de la mujer, a través de la interdisciplina, se sostuvo que: “La dinámica propia del ciclo de la violencia doméstica ha dado cuenta que la denunciante está presionada y hostigada (fs. 29: la retractación la hizo ‘...sintiéndose presionada por el denunciado L. D. D., ya que el mismo se lo ha pedido en varias oportunidades, con motivo de que dicho cese de restricción sería necesario para que no se entorpezca su carrera policial...’), temerosa y con sentimiento de culpa (fs. 17-19: ‘...van a pensar que está loca...’), forzada por circunstancias económicas e incluso laborales —fs. 29— (...) No cabe ninguna duda que en el caso concreto, la retractación o negación de lo solicitado está vinculada con las referidas condiciones, tal como manifestó expresamente la señora V. A. G. a fs. 29 y la Lic. V. G. a fs. 17/19. Del informe labrado por la profesional de la Departamental San Francisco surge que la víctima la llamó ‘...llorando de forma desconsolada...’ ante el hecho ocurrido el veintisiete de mayo del corriente a las 08:15 hs. en la vereda de estos tribunales provinciales (...). La retractación de la víctima es vista como un indicio más que permite presumir de manera unívoca que el ciclo de violencia se encuentra instalado entre el agresor y la víctima”. De allí que su opinión no fue tenida en cuenta para sus efectos procesales. (JNJVFyPJ San Francisco, Córdoba, 8/6/20 «DLD s/denuncia por violencia familiar», LL en línea AR/JUR/18417/2020).

En un caso de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma⁵ la cuestión aconteció del siguiente modo: se había dispuesto en primera instancia restricción de acercamiento en relación a la pareja de una mujer, tras haberla golpeado a ella y amenazado al hijo de ambos de muerte, durante una salida transitoria (el hombre cumple una sentencia por homicidio), a la que luego se opone la víctima, solicitando levantamiento de la medida. Sin embargo, no fue

5. CACCM Viedma, 21/11/17, “V. D.G. c.G. I. H.s/Ley 3040”, LL, On Lline, AR/JUR/101203/2017.

atendida, ya que se observó una limitación de la voluntad a partir de su estado de vulnerabilidad y riesgo, teniendo en cuenta también el superior interés del niño, con base en dictámenes profesionales técnicos, que aconsejaban esa decisión. La Cámara confirmó lo decidido por el Juzgado de Familia n° 5 de Viedma, tras corroborar que la denunciante “tiene naturalizado” el maltrato. El Tribunal también confirmó la medida que ordenaba al hombre “continuar concurriendo al espacio terapéutico” que funciona en el Establecimiento Penal n° 1 de Viedma, donde se encuentra detenido por una causa penal grave ajena al caso familiar. Las juezas detectaron el “síndrome de indefensión aprendido y destacaron el concepto de “transversalidad de la violencia”, afirmando que la misma no solo afecta a la mujer que la padece directamente sino a todo el grupo conviviente, “proyectando su influencia sobre todos los andariveles de la vida”. En su apelación la mujer había sostenido que “ya se han reconciliado” y que la decisión de la jueza de primera instancia “la invade en su intimidad” por un “exceso tuitivo” del Poder Judicial, que “decide cuidarla y protegerla por sobre su propia voluntad”. Las camaristas concluyeron que la mujer, como tantas víctimas de violencia, tiene “su capacidad de autodeterminación abolida o limitada” debido a “las propias características de la naturaleza del conflicto, donde la violencia contra las mujeres tiende a presentarse de forma cíclica, intercalando periodos de calma y afecto hasta situaciones que puedan poner en peligro la vida”. Con esa dinámica, se establece “un vínculo de dependencia emocional y posesión difícil de romper, tanto para el agresor como para la víctima”. Ejemplo de ello es que, en un lapso de pocas semanas posteriores a su denuncia inicial, la mujer desistió, volvió a denunciar y luego volvió a desistir de la presentación, intentando finalmente que se levanten las medidas de protección dictadas para ella y sus hijos. Ante ese panorama, las juezas concluyeron que “su interés” debe ser “tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión (...) sin que ello pueda entenderse como conculcatorio de la dignidad personal de la víctima”.

Como vemos, la tensión de los principios en lo concreto termina siendo aparente, pudiéndose lograr una armonización en su aplicación, que solo será justa en tanto la intervención tienda a la atención particularizada, diferenciada, con interdisciplina, y respete la debida perspectiva del sujeto asimétricamente en inferioridad de recursos defensivos, sin importar la rama del derecho de que se trate. De este modo, en un caso paradigmático, sobre la base de hechos que acontecen seguido,

probada de modo sobreabundante la vulneración de derechos de la denunciante (golpes, insultos, humillaciones en las que a veces participaban los hijos de modo activo junto al esposo y padre), con un alto riesgo de vida, y habiéndose ya ejecutado diversas medidas de protección, ella retornaba a la convivencia con el agresor, protegiéndolo incluso del accionar policial que se había ordenado para su resguardo (no dejando pasar al personal o ayudando a escapar al violento mientras atendía a la Policía Local). Por este círculo vicioso y el riesgo cierto de vida puesto de manifiesto por los peritos intervinientes, frente a la vehemente manifestación en audiencia por parte de la víctima de que la justicia no dictara más resoluciones que la alejaran de su familia (contradichas con testimonios de días anteriores, y siendo este patrón de contradicciones reiterado) la jueza del trámite recurrió a la figura de los vicios de la voluntad, considerando que la Sra. G no tenía pleno discernimiento para tomar decisiones autónomas relativas a la convivencia con el denunciado. Por lo que si bien se había actuado su derecho a ser oída, su opinión no podía ser tenida en cuenta cuando manifestaba que no quería más autos de protección integral contra quien era su pareja. Luego, bajo tal tesitura, se justificó la aplicación sendas medidas contrarias a su petición. Jfam. 5 Mar del Plata, mayo de 2017 (GS s/protección contra la violencia familiar).

Este retraimiento voluntario también acontece en la esfera penal. Así, el Tribunal en lo Criminal n° 1 de Necochea⁶, dictó una condena de efectivo cumplimiento a diez años, pese a que la víctima se retractó, disponiendo tratamiento psicológico para ambos. Para que se entienda lo poderoso del amedrentamiento que sustenta la retractación, he aquí los hechos: siendo aproximadamente las 13:40 horas del 12 de mayo de 2016, al salir la señora N. del Colegio Nacional al que concurren sus hijos menores, se encontró con su ex pareja, R. quien le solicitó, que subiera al auto en el que circulaba y una vez que hubo logrado ese propósito se dirigió a su domicilio, diciéndole que la llevaba a su casa para pegarle así aprendía a portarse bien. Al llegar le ordenó que entrara sin gritar o que de lo contrario la entraría de los pelos. Luego, la paseó por toda la casa, a la vez que la golpeaba con los puños y le daba puntapiés en distintas partes del cuerpo, dándole patadas en la zona del abdomen, ocasionándole lesiones que luego fueron calificadas como graves. La obligó a mantener comunicación telefónica con su

6. TCrim. n° 1 Necochea, 26/9/17, "Hernández, Roberto Marceio s/Privación ilegal de la libertad", sentencia n° 556, reg. n° 52

empleador para aducir que estaba descompuesta por lo que no se presentaría a trabajar, cerrando posteriormente con llave la única puerta que comunicaba con el exterior e impidiéndole salir de ese lugar, ya que la totalidad de las aberturas poseían rejas. Finalmente, a las 17 horas depuso su actitud, liberándola. Producto de los golpes recibidos la víctima presentó trauma cerrado abdominal con rotura esplénica por lesión de órgano sanguíneo. Pese a todo eso ... intentó frenar el andamiaje punitivo.

En un mismo orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁷ impuso una pena de cinco años de prisión por lesiones graves calificadas, basándose en el testimonio de los padres, vecinos y médico de la víctima, ya que ella luego de haber declarado desmintió los hechos, “arribando a la conclusión de que esta actividad asumida, que la llevó a negar todo lo que sucedía, se debe a que la misma ha sido fuertemente sometida por la personalidad del acusado, tanto física como psi-quicamente a través de discusiones, actitudes violentas y fundamentalmente a través de golpes propinados por este. A más de ello, el sentenciante pudo advertir en la víctima esta actitud sumisa y temerosa”.

El Máximo Tribunal salteño dijo que correspondía revocar la absolución de un imputado y en consecuencia condenarlo a prisión por abuso sexual, en tanto si bien su pareja (la cual en un primer momento lo denunció por haberla asfixiado, golpeado y abusado sexualmente) se retractó de su declaración inculpativa alegando que la relación sexual fue consentida y que ella se había autoinfligido las lesiones debido a que aquel le habría manifestado su decisión de abandonar el hogar conyugal, hubo testimonios que describieron los gritos e insultos provenientes de la vivienda, la madre de la víctima declaró que la recibió llorando y en estado de nervios luego del hecho, se probó la entidad de las lesiones que presentaba la víctima, y se acreditaron las llamadas realizadas por el imputado en las que presionaba a la mujer para que se retractara⁸,

7. TS Córdoba, 9/3/09, “García, Mercedes Omar p.s.a. lesiones graves calificadas”, en <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/CORDOBA%20TRIB%20SUP%20DE%20JUSTICIA%20LESIONES%20VIOLENCIA%20FAMILIAR%20%2009%2003%202009.pdf> (consultado el 29/7/22).

8. CJ Salta, 29/12/12, “C., D. c. R. H. s/Recurso de casación”, cita: IJ-LXVI-684; Rubinza/ Online, RCJ6140/20.

Frente a la ausencia de la denunciante a ratificar, con acierto se dijo: “si la damnificada se presentó ante la dependencia de la Corte Suprema a fin de exponer el hecho de violencia de género del que habría sido víctima e instó debidamente la acción penal, su incomparecencia a ratificar lo expuesto en esa oportunidad no constituye impedimento alguno para la prosecución de la investigación, pues es deber del Estado cumplir con su obligación de tutela real y efectiva de las pautas establecidas en la ley 26.485 ...”⁹.

En un mismo orden de ideas, remarcando la asimetría del vínculo en razón del contexto y la necesidad del abordaje diferenciado en razón del estatuto propio (*corpus iuris*) del vulnerable que se trate, también ha resuelto la Casación de Bs.As: 3/11/2021- causa n° 111022, Sala I; 11/5/22 – causa 108400, Sala II.

Ya de manera heterodoxa, pero atendiendo a las circunstancias del caso, se ha admitido un desistimiento penal, teniendo en cuenta que gracias a la denuncia, la mujer había podido gestionar el conflicto, encontrándose desde entonces tranquila. El hecho fue en Barranqueras, provincia del Chaco¹⁰. El 10 de noviembre del 2020 M. realizó una denuncia por malos tratos (art. 68, Código de Faltas) contra E. y solicitó que se dicte una medida de prohibición de acercamiento y régimen de visitas ya que tienen una niña en común. El 17/11/20 comparece al Juzgado la denunciante y dice: “ ... hace poco más de dos años que estoy en pareja con E., con quien tuvimos a nuestra bebé de un año y medio de edad. Pero estamos separados desde hace tres semanas aproximadamente, motivo por el cual, me fui a vivir a la casa de mi abuela, cuya dirección la brindé más arriba. El día martes 10 de noviembre de este año a las 21:30hs. aproximadamente, yo fui hasta la casa de los padres de E. a buscar a mi bebé porque la había dejado ahí cuando me fui a la iglesia. Cuando llegué, E. me pidió para hablar y nos fuimos hasta su pieza, que es donde estaba nuestra hija también. Me pidió para volver y me dijo que él iba a cambiar, dado que tiene problemas de adicción. Como le dije que a mí no me interesaba volver, que yo creía que nuestra relación había llegado a su fin, él se puso muy nervioso y comenzó a gritarme e insultarme diciéndome: ‘estás loca, te enojas por todo, sos una celosa, pero vos nunca más vas a estar con nadie, yo

9. CNCC, Sala VI, 20/5/15, “C., M. E. s/Procesamiento”, Rubinzal Online, RC J 6386/15.

10. Faltas Barranqueras, 27/11/20, “C. M. M. c. S. E. A. M. s/Denuncia”, expte. n° 785/20, en [http:// www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/fallos49593.pdf](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/fallos49593.pdf). (consultado el 29/7/22).

no voy a aceptar otra pareja que no sea yo...’, entre otras tantas cosas. La verdad que en ese momento tuve mucho miedo porque estaba mi bebé también ahí con nosotros, y después de todo eso cuando yo intenté salir de la pieza, me agarró y me empujó, y me caí al suelo y me lastimé la rodilla. Luego cuando me levanté me agarró del cuello y en ese momento entró mi suegra y le dijo a él que me soltara. Entonces alcé a mi bebé en brazos y me fui caminando hasta lo de mi papá. Pero a la cuadra y media E. me alcanzó y me agarró del brazo forzándome a que volviera con él hasta su casa. Entonces para tranquilizarlo, le mentí y le dije que iba a volver con él pero que me acompañara hasta lo de mi papá. Y así lo hizo. Cuando llegamos a lo de mi papá le conté a mi madrastra lo sucedido y cuando mi padre salió a buscarlo, E. salió corriendo. Pero desde ese día él no me molestó más. Es más, como no estaba viendo a la nena, su padre fue a buscarla ayer lunes 16 de noviembre para llevarla hasta su casa. E. me mandó ayer un mensaje para decirme que cuando él cobrara me iba a mandar las cosas de la nena, que no le quite el derecho de ver a su hija. El trabaja en la Municipalidad de Barranqueras y la verdad es que siempre fue un muy buen padre con la bebé y siempre me ayudó económicamente. No quiero que tenga problemas en su trabajo porque si pierde el empleo no le va a pasar nada a la nena. Aparte desde ese día está tranquilo conmigo y no me molestó más. De hecho ya tiene una pareja nueva. Es por ello que solicito dejar la causa como está y no continuarla. En caso que volviese a molestarme, lo denunciaré nuevamente. Nunca antes lo denuncié por violencia familiar. No quiero agregar nada más”. A continuación se le hizo saber desde el juzgado que podía constituirse en querellante particular conforme lo establece la ley local, y que, salvo denuncia de nuevos hechos se iba a proceder al archivo. Para así decirlo la jueza dijo que “ante casos como el presente, es más relevante el grado de disponibilidad sobre el proceso que tenga la denunciante, su intervención activa y respeto a su autonomía e intereses. Y sin que esto implique validar ningún tipo de violencia, entiendo que la acción contravencional debe ceder ante la voluntad expresada por la mujer”. Le dice entonces en un lenguaje accesible y destinado exclusivamente a la denunciante: “Resuelvo este expediente como vos lo pediste y no se sigue con la causa. Quiero decirte que si sucede un nuevo hecho de violencia no dudes en venir al juzgado o acercarte a la comisaría de tu zona. El número de celular del juzgado es ... y el número del teléfono fijo ... Silo necesitas, hay equipos de psicólogas y trabajadoras sociales que pueden siempre ayudarte. Que si no se ponen de acuerdo con S. sobre las visitas y los alimentos para tu niña,

podes acercarte al Juzgado de Paz de Barranqueras: Av. ... (el edificio de al lado de este juzgado). Te pido que guardes este papel”.

Quizás en este último caso, conforme con los principios legislados, y el derecho actuado, estimamos que no hubiera sobreabundado la fundamentación de tal tesis en un dictamen interdisciplinario. En cuestiones como este caso, entendemos que el sustento de tales decisiones debe estar más bien en una expedición técnica, en tanto que los abogados (más allá de toda la experiencia que se puede acumular y especialidad que se pueda adquirir) carecemos de la idoneidad para constatar de modo científicamente válido, la autonomía de tal decisión y/o expresión.

Por último, no debemos olvidar la interseccionalidad subjetiva (varias condiciones de vulnerabilidad en una misma persona) como así tampoco la intersubjetiva, en donde la cuestión a decidir se volverá hartamente compleja; como por ejemplo en el caso rionegrino en el que operaban entre víctima y denunciado distintos *corpus iuris* de personas en situación de vulnerabilidad¹¹. En junio de 2021 los hijos de la Sra. A, y hermanos de J, habían denunciado a este por ejercer actos de violencia hacia su madre, al parecer por sus problemas graves de adicción a la coca y la marihuana, siendo muy violento en su actuar. El hecho concreto que motivó la denuncia fue una agresión verbal con lanzamiento de objetos, que hizo que A fuera en auxilio y con angustia hacia la casa de sus otros hijos. Se hace la denuncia, llega la ambulancia y la policía; y de modo repentino y abrupto, la madre del denunciado refiere que no necesitaba ayuda. Los hijos denunciantes manifestaron que tal expresión de voluntad no era real y que estaba causada en querer evitar la internación o exclusión de J, en tanto que era dependiente en extremo para su vida, de su madre.

Al día siguiente A pide se deje sin efecto la medida de exclusión que se había dictado, ya que, si bien no desconocía el consumo problemático de su hijo, no quería que quede fuera de su cuidado, sino seguir manteniendo sus funciones de apoyo. El Equipo Técnico señaló como factores de riesgo: 1. Dificultad para cumplir las medidas protectorias, 2. Antecedentes de violencia familiar de A con su ex pajera,

11. CACCFM Rio Negro, 29/7/21 (fuente colectivoderechofamiliar.com).

3. El retiro de su hogar por parte de A frente a hechos de violencia, 4. A está diagnosticada con presión arterial alta, 5. No tienen red social ni amistades ninguno de los dos (agresor y víctima) 6. Conductas controladoras de J, 7. Adicción a la cocaína y marihuana de J. Con ese panorama sugirió que continúen vigentes las medidas de protección y se diera intervención a la Subsecretaría de Adultos Mayores para A, procediéndose a la evaluación y seguimiento interdisciplinario de J por el equipo de Salud Mental del Hospital Zatti.

La jueza antes de resolver, manifestó que “una de las decisiones más difíciles que enfrenta la judicatura en los procesos de violencia es decidir si mantiene o no las medidas de protección cuando la propia víctima solicita su levantamiento”. Porque se da la enorme disyuntiva sobre si el Estado puede obligar a una persona adulta y capaz a respetar medidas protectorias que fueron dispuestas en su protección pero que esta no quiere o desestima. Se pregunta la magistrada: “¿puede el Estado dictar medidas de protección para una persona mayor de edad que no quiere ni pide ser protegida?”. Luego de un exhaustivo análisis de la prueba producida en autos, y de un repaso de la profusa normativa existente, refiere estar convencida “que la manifestación de voluntad de la Sra. A (desistir de la denuncia) está viciada porque la violencia a la que está sometida le quita el discernimiento y libertad que el consentimiento requiere”. Continúa diciendo que al ser su obligación como jueza de familia “valorar con mayor detenimiento cada caso en particular de manera de detectar factores de sometimiento y vulnerabilidad, que condicionen y pongan en mayor desventaja –como en este caso– a la víctima respecto de su agresor, de manera que la decisión que se adopte tienda a equilibrar esta desigualdad de poder instalada en la dinámica familiar, entiendo que, en este estado, no están dadas las condiciones para ordenar el levantamiento de las medidas cautelares de protección oportunamente dispuestas ni mucho menos desestimar o archivar la denuncia”. Sin embargo la cuestión no quedó allí zanjada, ya que la Sra. A, apeló. Y así, el 29 de julio de 2021, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería, y Contencioso Administrativa de la Primera Circunscripción Judicial de Viedma recibió para su tratamiento la causa.

La quejosa adujo que se le “impone un acto jurisdiccional con el propósito de brindarle protección a una persona que no la solicita”, no niega la conflictiva, pero reclama que su integridad física jamás estuvo en riesgo, y la solución del a-quo

coloca a J en condición de calle y abandono, olvidando que su hijo está enfermo y no puede ser largado solo. Manifiesta pedido judicial de ayuda, pero sin que la misma implique excluir del hogar a J. Luego de oídos los otros hijos se abre una instancia de escucha mutua y preguntas del Tribunal, del que resulta que ambas partes coinciden en que mantener la disposición proteccional tendiente a excluir a J y prohibirle su acercamiento a la madre, resultaría extremadamente perjudicial para él, a raíz de su condición de vulnerabilidad.

Finalmente, la Cámara sin desconsiderar a la Primera instancia, juzga tal resolución como “un fallo razonado y fundado acorde a las herramientas jurídicas que brinda el sistema con la finalidad de satisfacer en la forma más inmediata y urgente posible la necesidad tutelar o proteccional en su oportunidad requerida”. Pero agrega que “lo cierto es que las partes exhiben o evidencian que la medida de exclusión de hogar y prohibición de acercamiento no ayuda a la solución de la conflictiva que se verifica en autos. Por el contrario, determinarían un mayor riesgo para la vida de J, atento su actual condición de vulnerabilidad, y más cuando al formular la denuncia los Sres. JL y M, tuvieron como objetivo primario requerir un acompañamiento psiquiátrico en forma compulsiva a favor de su hermano menor”. Con base en ello, la Cámara resolvió hacer lugar parcialmente al recurso y dejar sin efecto la exclusión y restricción de acercamiento, aunque supeditado a la entrega de botón antipánico para la Sra. A. Ordenó la intervención de un Dr. psiquiatra en específico (que según lo que surgió de la audiencia fue con el único profesional que J anduvo bien) y requirió al juzgado de origen la evaluación semanal a los efectos de seguir la situación que vive J, ante los dichos de sus familiares en cuanto a que su vida se encuentra en riesgo”.

4. CONCLUYENDO: TERCERA VÍA

En suma, lo que proponemos es que en estos casos: no hay primacía de la autonomía de la voluntad, esto está claro, pero tampoco del orden público.

Hay un deber de escuchar a la víctima y tener en cuenta su opinión. Por ende, no puede resolverse la cuestión de la retracción o del desistimiento sin probar y analizar el sustrato fáctico que los motiva.

De allí que para poder inclinarnos por una u otra postura (a favor o contra la manifestación de voluntad retráctil), consideramos que:

1. se debe tener en cuenta la asimetría o “contexto” constatado (con este último término habla el Tribunal de Casación Provincial en los fallos reseñados arriba):

a. a través de informes técnicos, y valga la aclaración con la seriedad del caso. Es necesaria una intervención dinámica y sucesiva que nos muestre la “película” vincular, y no resabios de intervención mínima que han quedado enquistados en varias esferas judiciales (vgr. un llamado telefónico) con motivo de lo que fue la pandemia COVID;

b. Atendiendo al principio de amplitud probatoria

c. Bajo el prisma de actuación de la debida diligencia (en la investigación del contexto, con la debida perspectiva del colectivo subjetivo que toque)

d. Conllevando las necesarias inmediaciones judiciales y del Ministerio Público.

2. Para así confirmar si la retractación o el desistimiento se trata:

- de un acto verdaderamente voluntario (con discernimiento, intención y libertad),
- que no daña a sí ni a terceros (vgr. hijos en común),
- y que redunde en beneficio del peticionante.

Solo dándose estos tres presupuestos, podremos hablar de una autonomía de voluntad plena y operable jurídicamente con sus efectos ordinarios.