

**RAZONABILIDAD DEL ARCHIVO ESPECIAL  
EN CASOS DE VIOLENCIA HACIA LAS  
MUJERES. ANÁLISIS DE CASOS**

*Trabajo presentado para obtener el título de Magíster en Ciencias Penales de la  
carrera Maestría en Ciencias Penales de la Facultad de Ciencias Económicas y  
Jurídicas de la UNLPam*

Maestrando: Abog. Manuel Ignacio Islas  
Directora: Dra. Helga María Lell

2016





Francisco de Goya (1796-1797) *Mujer maltratada con un bastón*<sup>\*</sup>

---

<sup>\*</sup><https://www.wikiart.org/es/francisco-de-goya/mujer-maltratada-con-un-baston-1797>



# ÍNDICE

## Introducción

Planteo del Problema.....	2
Hipótesis y objetivos .....	5
Metodología y técnicas de investigación. Análisis de casos .....	7
Relevancia de la investigación .....	8
Panorama acerca del fuero penal del departamento judicial Trenque Lauquen .....	8
Estructura de la tesis.....	9

## Capítulo 1

¿Son sinónimos las expresiones “violencia hacia la mujer” y “violencia de género”?11	
Ejercicio de la acción penal. Principio de legalidad procesal vs. Principio de oportunidad.....	15
El pronunciamiento de la CSJN en el caso Góngora y su impacto en las prácticas judiciales .....	23
El derecho internacional como clave para resolver los inconvenientes derivados del precedente “Góngora”.....	25
El dilema que enfrentan los fiscales cuando la víctima de un delito de género les pide el archivo de la causa .....	30
¿Son vinculantes para el Estado Argentino las recomendaciones del Mecanismo de seguimiento de implementación de la convención Belém do Pará?.....	33
Acerca de la necesidad de construir una política de persecución penal razonable y eficaz en materia de género .....	39
La política criminal del Ministerio Público a nivel provincial y del departamento judicial Trenque Lauquen en materia de persecución penal de delitos de género y el principio de oportunidad .....	41
Recapitulación.....	43

## Capítulo 2

Año 2010.....	47
Síntesis de los casos del año 2010 .....	62
Año 2011 .....	62
Síntesis de los casos del año 2011 .....	67

Año 2012.....	68
Síntesis de los casos del año 2012 .....	81
Año 2013.....	81
Síntesis de los casos del año 2013 .....	87
Año 2014.....	87
Síntesis de los casos del año 2014 .....	103
Año 2015.....	104
Síntesis de los casos del año 2015 .....	134
Recapitulación.....	134
<b>Conclusión .....</b>	<b>141</b>
<b>Referencias bibliográficas .....</b>	<b>149</b>

## INTRODUCCIÓN

En la primera página se observa un dibujo denominado *Mujer maltratada con un bastón* que data de los años 1796-1797 y es obra del famoso artista español Francisco de Goya (1746-1828).

En el dibujo se observa en primer plano un hombre erguido sosteniendo con la mano derecha en alto un bastón y con la izquierda agarrando de la caballera a una mujer, que inmoviliza y somete con su rodilla izquierda presionándole el vientre. La mujer tiene sus dos manos en posición defensiva y/o de súplica sobre su propio rostro que revela angustia. Se advierte una clara asimetría de poder entre ambos protagonistas del dibujo: el hombre ocupa un rol preeminente y de superioridad, mientras que la mujer de inferioridad y sometimiento mediante la violencia ejercida por el varón.

En un segundo plano del dibujo se observa una persona que atestigua la escena violenta, absolutamente pasivo, estático; que mira y no interviene sobre ese sometimiento violento del varón sobre la mujer en ese contexto de intimidación. El rostro del testigo pareciera no revelar horror ni indignación, de lo cual se puede inferir que la violencia machista sobre mujeres en esa época se encontraba naturalizada culturalmente y era tolerada.

La imagen de Goya que encontré de casualidad investigando a los efectos de elaborar mi tesis, en primer lugar, me impactó y pareció simbólicamente muy ilustrativa como introito del trabajo en el que se estudia la violencia perpetrada por hombres sobre mujeres por su condición de tal.

Hoy, en pleno siglo XXI, la violencia machista sobre mujeres sigue siendo una realidad cotidiana pero a diferencia de lo que sucedía en la época del dibujo, ya no es tolerada, no está naturalizada, sino que, por el contrario, es mayoritariamente repudiada y ha sido sancionada por el derecho, lo cual resulta un avance.

Tal vez, el presente aporte contribuya a mejorar el abordaje que realiza el sistema penal —más precisamente las fiscalías— de la violencia machista sobre mujeres en pos de evitar una sobreactuación innecesaria y paternalista, sin llegar al extremo opuesto del silencio cómplice del testigo de la escena que dibujó Goya siglos atrás que contribuye a perpetrar la violencia masculina sobre el género femenino.

## **Planteo del Problema**

Actualmente, los Agentes Fiscales del departamento judicial Trenque Lauquen —provincia de Buenos Aires—se enfrentan al dilema consistente en resolver cómo proseguir su actuación funcional en aquellos casos en que intervienen y en que la víctima es una mujer que denunció haber sufrido un hecho violento perpetrado por un hombre y que, después de un tiempo de formulada la denuncia, se retracta y solicita el archivo de las actuaciones.

La situación anterior presenta una tensión entre honrar los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino al suscribir y ratificar en el orden interno la convención conocida como “Belém do Pará”, por un lado, y los deseos de la víctima concreta que no quiere seguir con el proceso y solicita el archivo, por el otro. En estos casos, el fiscal debe pronunciarse por alguna de estas alternativas: o bien escucha a la mujer y tiene en cuenta su manifestación de voluntad conclusiva del proceso y dispone un criterio especial de archivo; o escucha a la mujer pero no tiene en cuenta tales manifestaciones y prioriza la aplicación lisa y llana de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —ratificada por el Estado Argentino mediante ley 24.632—, conforme lo exige el precedente "Góngora" de la CSJN, de abril de 2013, que estableció como doctrina judicial que cualquier solución distinta al juicio oral es improcedente en casos que impliquen violencia hacia la mujer.

Para complejizar la situación anterior, cabe destacar que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires habilita a los Agentes Fiscales a disponer el archivo especial de las causas en ciertos supuestos donde se hubiera imputado uno o más hechos delictivos —de mediana o baja gravedad—, conminados con pena en abstracto no superior a los seis años; en ciertos supuestos que enuncia el art 56 bis del rito —pena natural, bagatela o por razones de política criminal entre los que se incluyen a la violencia de género—.Estos son casos donde concurren las condiciones para perseguir y eventualmente castigar a los imputados; no obstante, por diversas razones los fiscales discrecionalmente pueden suspender de manera provisional el ejercicio de la acción penal en curso cuando, según su criterio, el caso lo amerite, ya sea durante la investigación o el juicio.

El fiscal del caso, previo a implementar el principio de oportunidad mediante el instituto regulado por el 56 bis CPP debe notificar a la víctima bajo pena de nulidad.



Si bien es una facultad discrecional del fiscal aplicar este dispositivo, su actuación no puede ser caprichosa u arbitraria sino que debe ser razonable y fundada sin exorbitar el bloque de legalidad que limita su actuación que, a su vez, deber ser objetiva, fundada y motivada.

Tan importante es el control de razonabilidad y legalidad procesal que existe un dispositivo de control jerárquico dentro de la estructura del Ministerio Público Fiscal —no judicial— que es ejercitado por el fiscal general departamental. Este puede avalar o no el temperamento adoptado por el fiscal de la instancia mediante la declaración de irrazonabilidad del archivo con su consiguiente revocación para la prosecución de la actuación según su estado.

Es decir, en el ordenamiento jurídico argentino conviven, por un lado, la proscripción del recurso a medios alternativos de solución de conflictos en casos de violencia de género y, por el otro, la posibilidad procesal de utilizar dichos medios en ciertos casos. A esta aparente dicotomía cabe interpretarla armoniosamente para no sacrificar un extremo en aras del otro como si fueran disyuntivas de hierro, rígidas, inflexibles, antitéticas e inconciliables.

En ese marco, esta tesis considera que no resulta racional ni conveniente, desde un punto de vista político criminal inteligente y eficaz, establecer de modo apodíctico que todos los casos con víctimas mujeres de violencia perpetrada por hombres deban dirimirse en juicio oral sin ninguna posibilidad de explorar soluciones diversas según las particularidades de cada caso singular. Por lo tanto, se sostiene la posibilidad de una solución diversa siempre que satisfaga intereses expresados de la víctima concreta.

La aplicación incondicional y automática de "Góngora" de la Corte Federal, que se cimenta en una interpretación de Belém do Pará, probablemente deje a salvo la responsabilidad del Estado al honrar los compromisos asumidos internacionalmente, pero si todos estos casos deben sí o sí dirimirse en juicio oral se provocará una gran congestión en la agenda de los tribunales penales con la consiguiente lentitud en la provisión de respuestas judiciales. La descongestión es un efecto positivo colateral o subsidiariamente favorable. Es decir, por un lado, la gran ventaja la tienen la víctima y el sistema que no fuerza un proceso en el cual la agraviada directa no tiene interés por así haberlo expresado voluntariamente. Además, el sistema judicial tiene otro beneficio que es relevante no tanto en

términos de derechos de la víctima sino más bien para el ejercicio práctico u operativo que es la descongestión.

Entonces la congestión judicial de causas puede aliviarse significativamente mediante un cauce resolutivo diverso, alternativo, oportuno, más rápido, eficaz y sin duda menos violento en los casos que se estudian en el presente trabajo en los que existen un hombre agresor y una mujer víctima, la cual, luego de un tiempo de formulada la denuncia penal, no desea seguir con el caso. Es decir, dicho supuesto implica que la mujer denunciante no pretende que se sancione penalmente a su agresor, ya sea porque no la ha molestado más, porque se ha reconciliado o por otros motivos, y solicita, sin presiones ni condicionamientos, el archivo de la causa.

Se produce un contrasentido si, en tales supuestos y, a pesar de esa manifestación voluntaria de la víctima, el titular de la acción penal lleva igual el caso a juicio oral y obliga a la mujer a comparecer frente a los estrados judiciales bajo apercibimiento de ser llevada por la fuerza pública si no se presenta. De esta manera, se le impone a la mujer el deber de declarar aun contra su deseo expresado libremente en el expediente. Si comparece al debate y no declara porque se reconcilió con el agresor, no quiere hacerlo o no recuerda el hecho que la victimizó, el fiscal puede requerir al órgano de juicio que se la investigue por falso testimonio o, si comparece y declara, es revictimizada mediante el sometimiento a extensos interrogatorios de las partes que la obligan a recordar un hecho del pasado que quizá ya olvidó o perdonó o no quiere recordar. Esa forma de actuación no es protectoria de la mujer sino que, más bien, por el contrario, implica someterla a una nueva forma de violencia más grave aún como lo es la violencia institucional.

Si uno de los fines principales de la Convención Interamericana para Prevenir, Investigar y Sancionar la Violencia contra la Mujer es proteger a las mujeres y asegurarles que vivan una vida libre de violencia, nadie mejor que ellas puede determinar y elegir de qué modo lograrlo. Entonces hay que escucharlas en el proceso y tener en cuenta lo que dicen para resolver el destino del caso. Ellas, muchas veces, no pretenden la sanción retributiva de su agresor sino que se ven satisfechas con que no las molesten más, que su agresor las deje tranquilas o que hagan un tratamiento para superar alguna adicción.

En los casos que se analizan en esta tesis, los agentes estatales deben aplicar rápidamente los dispositivos procesales existentes necesarios y oportunos para cumplir esos fines de prevención especial positiva sin necesidad transitar el

tortuoso sendero para llegar, después de mucho tiempo, a un juicio oral cuyo resultado es incierto —no necesariamente terminará en sanción, o, si termina en sanción, posiblemente sea de ejecución condicional en la mayoría de los casos— cuando se puede lograr antes ese mismo resultado y de manera que realmente contribuirá más eficientemente a prevenir que la mujer víctima concreta sufra nuevos ataques violentos de su agresor y viva una vida libre de violencia.

En este contexto, es dable notar que la Fiscalía General del departamento judicial Trenque Lauquen, en el período 2010-2015, ha ensayado diferentes criterios para justificar los archivos especiales de causas que reúnen las características antedichas. El 19 de septiembre 2013 se introdujo, por primera vez, la perspectiva de género en las resoluciones del dicho organismo. Hasta ese momento, se conciliaba o mediaba en estos casos a pesar de la prohibición legal expresa del recurso a estos métodos alternativos de solución de conflictos y, además, la perspectiva de género no era tenida en cuenta. Desde el mes de agosto de 2014 y hasta la actualidad, se ha perfilado un nuevo cambio en el criterio que es coincidente con la hipótesis que se defiende en este trabajo.

La presente tesis describe los criterios que ha utilizado la Fiscalía General del departamento judicial Trenque Lauquen para justificar los archivos especiales en los casos de violencia de género en el período 2010-2015. Ello se efectúa a partir del análisis de los casos y de las resoluciones en que se han tomado las medidas mencionadas. A partir de ello, se postula que el último de los criterios (desde el 2014 a la actualidad) resulta adecuado y razonable conforme a los preceptos legales provinciales, nacionales e internacionales en el marco del dilema planteado en este apartado.

### **Hipótesis y objetivos**

La hipótesis que guía esta tesis es que resulta razonable y adecuado el criterio utilizado por el Fiscal General departamental de Trenque Lauquen desde el 2014 a la fecha para avalar archivos especiales dispuestos por agentes fiscales con base en el artículo 56 bis<sup>1</sup> del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos

---

<sup>1</sup> Art. 56 bis (texto según ley 13.943):“Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos:1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión;2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del

Aires, en aquellos casos en los que una mujer víctima de un hecho violento, penalmente relevante y perpetrado por un hombre, transcurrido determinado tiempo de la denuncia, solicite el archivo de las actuaciones de manera libre y autónoma — es decir, que dicha solicitud no sea fruto de presiones, amenazas u otro motivo condicionante de su libre determinación respecto del destino pretendido de su caso—.Ello, conforme la normativa provincial, nacional y los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar, por ley interna, la Convención Internacional para Prevenir, Investigar y Sancionar la Violencia hacia la Mujer —Belém do Pará— que, en el art. 7, inc. b, impone, entre los deberes de los Estados, el de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

Asimismo, el objetivo general es indagar en los criterios que ha esbozado el Fiscal General del departamento judicial Trenque Lauquen para efectuar los archivos especiales del art. 56 bis CPP de Buenos Aires desde el 2010 al 2015.

En cuanto a los objetivos específicos, estos implican:

- Reflexionar sobre la normativa convencional, nacional y provincial tutelar de la mujer.
- Destacar los efectos del caso “Góngora” en relación con los procesos judiciales en materia de violencia hacia la mujer.
- Explicitar y distinguir los criterios utilizados por el Fiscal General del departamento judicial Trenque Lauquen en el período mencionado para justificar los archivos especiales del art. 56 bis CPP.

---

hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público;<sup>3</sup> Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados.

Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su Defensor.

El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones.

Se notificará, bajo sanción de nulidad, al particular damnificado, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General en los términos del artículo 83 inciso 8º, quien además, estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio.

Luego de la requisitoria de citación a juicio, el archivo procederá cuando concurren los siguientes requisitos: a) Existiesen hechos o pruebas nuevas que hagan subsumible el caso en algunos de los supuestos de los incisos 1 a 3 del presente artículo); b) Exista anuencia previa y expresa del Fiscal General; c) Exista un intervalo de al menos (30) treinta días con el de la fecha fijada para el inicio del debate. En este supuesto, si existiese particular damnificado, se le correrá vista por el plazo de quince (15) días para que manifieste si continúa o no con el ejercicio de la acción penal a su costa”

- Destacar los argumentos expuestos por el Fiscal General en relación con la normativa protectora de la mujer, la perspectiva de género y si se ha o no tenido en cuenta la voluntad de la mujer y, en caso positivo, si esta ha tenido efectos.
- Indagar si han existido casos de reincidencia en los casos archivados.
- Evaluar la razonabilidad del criterio utilizado por el Fiscal General desde el 2014 al 2015 para justificar el archivo especial.

### **Metodología y técnicas de investigación. Análisis de casos**

Esta tesis se lleva a cabo con una mirada cualitativa que se caracteriza por ser descriptiva del fenómeno analizado ya que tiende a dar cuenta de los diferentes criterios esbozados en los casos comprendidos en el recorte espacial, temporal y temático; comparativa, por cuanto, apunta a contrastar dichos criterios entre sí a efectos de dilucidar cuál de ellos ha resultado de mayor conveniencia en la práctica; y evaluativa, dado que se tiende a valorar por qué los parámetros esbozados por la Fiscalía General resultan más o menos adecuados.

La materia prima fundamental del presente trabajo es el análisis de los treinta y siete archivos especiales confirmados por el Fiscal General del departamento judicial Trenque Lauquen en el período comprendido entre los años 2010-2015, obrantes en la base de datos informática de la Fiscalía General Departamental, donde se registran todos los archivos especiales dispuestos en ese circuito judicial.

Detectadas y recopiladas tales resoluciones, se compulsan y analizan las actuaciones concretas para determinar las circunstancias fácticas de cada caso. En particular, son relevantes las manifestaciones de la mujeres víctimas de violencia a lo largo del proceso y los fundamentos utilizados en cada caso para avalar los archivos especiales a fin de descubrir algún criterio rector, general y homogéneo que permita avizorar una senda que habilite transitar ese camino procesal alternativo — distinto al juicio oral— cuando se presenten las mismas situaciones fácticas para brindar una respuesta homogénea e igualitaria en todos casos con semejantes características. Ello, por cuanto se lograrían armonizar los deseos y pretensiones de la mujer concreta con los compromisos internacionales de nuestro Estado sin sacrificar uno en aras del otro, sobre todo teniendo en cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar, por ley, tratados internacionales en materia de protección de la mujer; con la legislación interna —

nacional y provincial—; con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con la interpretación e informes hemisféricos del MESECVI — Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de Belém do Pará—, con el precedente jurisprudencial de la CSJN *in re* "Góngora" y su impacto en sede local, con la Resolución de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires n° 346/14 que determina ciertas prácticas de actuación para los fiscales en casos de Violencia Familiar y con la resolución general de la Fiscalía de Cámara de Trenque Lauquen n° 89/14 que aprueba el protocolo de abordaje de los casos de violencia de género.

### **Relevancia de la investigación**

El estudio permite apreciar la consolidación de los criterios político-criminales trazados en el tema a nivel departamental que tal vez resultarán de utilidad para los operadores el Ministerio Público Fiscal —y quizá también de otras circunscripciones judiciales con realidades similares— sin prescindir y/o incumplir sino más bien mediante la armonización de las soluciones diversas con los estándares internacionales tuitivos de las mujeres, cuyo análisis teleológico y sistemático permite concluir que en el Ministerio Público de Trenque Lauquen se respetan o no esos criterios en estos casos.

### **Panorama acerca del fuero penal del departamento judicial Trenque Lauquen**

Trenque Lauquen es uno de los veinte departamentos judiciales en los que se divide actualmente la provincia de Buenos Aires.

Geográficamente se encuentra ubicado en el noroeste provincial. Según el censo del año 2010, posee 243.214 habitantes; lo cual representa el 1,6 % del total provincial que es de 15.625.084 habitantes (Dirección Provincial de Estadísticas y Planificación General, 2010).

Posee una superficie territorial de 47.762 km<sup>2</sup> que representa un 15,5 % de la provincia que es de 307.571 km<sup>2</sup>. Esto implica que posee 5,1 habitantes por km<sup>2</sup>. Es el tercero en extensión territorial a nivel provincial pero es el que menos habitantes por km<sup>2</sup> posee en la provincia.

El fuero penal departamental está integrado por una Cámara de Apelación y Garantías en lo penal, un Tribunal Criminal, dos Juzgados correccionales, tres Juzgados de Garantías, un Juzgado de Responsabilidad penal juvenil y un Juzgado

de Garantías del joven; todos ellos ubicados en la ciudad de Trenque Lauquen que es la cabecera departamental.

El Ministerio Público Fiscal se compone de una Fiscalía General, seis Unidades Funcionales de Instrucción y Juicio con competencia criminal y correccional para imputados mayores de dieciocho años de edad, dos Fiscalías del Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil que intervienen en hechos cometidos por jóvenes en conflicto con la ley penal; todas con asiento en la cabecera departamental. Existen dos unidades funcionales de Instrucción y Juicio descentralizadas ubicadas en la ciudad de Pehuajó, a unos 80 km aproximadamente de la cabecera departamental. Además, debido a la extensión territorial departamental, el Ministerio Público Fiscal cuenta con seis ayudantías fiscales<sup>2</sup> que colaboran con las Fiscalías en la instrucción de los casos que les sean requeridos.

Con esos recursos humanos debe enfrentarse la compleja conflictividad social con relevancia penal para hacer efectivo el programa punitivo estatal.

### **Estructura de la tesis**

Esta tesis se estructura en dos capítulos. El primero de ellos se aboca a la presentación de discusiones teóricas respecto de qué implican la violencia de género y la violencia hacia la mujer. Allí se procura establecer una diferencia entre ambos conceptos y también exponer cómo la normativa internacional, nacional y provincial han receptado dicho fenómeno. En particular, se procura poner en cuestión las dudas, problemas y el trabajo de los fiscales del departamento judicial de Trenque Lauquen a la luz del derecho convencional y de la normativa procesal bonaerense tras el relevante precedente “Góngora”. Finalmente, se plantean algunas cuestiones atinentes al “*softlaw*” y de política criminal. Como puede notarse, esta primera sección tiende al cumplimiento de los dos primeros objetivos específicos planteados anteriormente.

El segundo capítulo se concentra en el análisis de los casos que han dado lugar al archivo especial del artículo 56 bis del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires desde el año 2010 al 2015. En esta sección se describe la totalidad de dichos archivos y se plantean los argumentos brindados por los diferentes fiscales y el Fiscal General. En cada uno de ellos, se analizan algunos aspectos

---

<sup>2</sup> Carlos Casares, Daireaux, Guamini, Carhué, General Villegas y Rivadavia.

básicos, como por ejemplo, si los operadores, al momento de aplicar el archivo, han tenido en cuenta la visión de género, si han citado normativa protectora de la mujer, si han oído la opinión de la mujer, si le han otorgado efectos, si al hombre violento se le han impuesto reglas de conducta, si se controló el cumplimiento de dichas reglas, si intervinieron profesionales capacitados para evaluar si la voluntad de la mujer fue expresada sin condicionamientos, si el diagnóstico de reiteración fue acertado y, por ende, si hubieron o no nuevas denuncias.

Este último capítulo se aboca al cumplimiento de los cuatro objetivos específicos restantes.

Finalmente, se exponen las conclusiones que tienden a reflexionar sobre la teoría a la luz de los casos prácticos y que, asimismo, permiten plantear una concepción crítica y fundamentada a partir de casos prácticos, respecto del criterio con el que se implementa el artículo 56 bis CPP bonaerense.



## CAPÍTULO 1

En el presente capítulo intentaré aclarar una confusión harto común que es la utilización de la expresión violencia hacia la mujer y violencia de género que no son sinónimos y no pueden utilizarse de modo intercambiable.

Me referiré al principio de legalidad procesal y desentrañaré el sentido del principio de oportunidad.

Analizaré críticamente el precedente “Góngora” de la CSJN a partir de ciertos precedentes de Corte IDH y pronunciamientos de la CID y ciertas reglas del derecho internacional y el valor jurídico de los informes y recomendaciones del Mecanismo para el seguimiento de la implementación de la Convención de Belém do Pará —MESECVI—.

Finalmente, daré cuenta de cuál es la política criminal del Ministerio Público Fiscal a nivel provincial y del departamento judicial Trenque Lauquen, en particular, al analizar brevemente las resoluciones dictadas en la materia —Procuración General n° 346/14 y Fiscalía General n° 89/14—.

### **¿Son sinónimos las expresiones “violencia hacia la mujer” y “violencia de género”?**

La expresión “violencia de género” resulta equívoca e imprecisa. El origen del término (traducción literal del inglés “*gender-based violence*”) proviene de su empleo en el Congreso sobre la Mujer de Pekín en 1995 bajo auspicio de Naciones Unidas. Allí, se lo identificó con la violencia, tanto física como psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, como consecuencia de su tradicional situación de sometimiento al varón en sociedades de estructura patriarcal (Buompadre, 2013a).

El equívoco lingüístico proviene, según Polaino Navarrete (2008:118), del error de traducir literalmente “*gender*” por “género”, sin percatarse que la acepción que hace referencia al vocablo inglés “*gender*” se corresponde con el español “sexo”, pero no con el español “género”. Es decir, la palabra “*gender*” tiene, al margen de otras acepciones, el significado de “sexo”. Por ello, “*gender*” ha de ser correctamente traducido por “género” (gramatical) en relación a las palabras y por “sexo” en relación a los seres vivos.

En inglés, “*gender*” es “sexo”; en español y en otras lenguas, es “género gramatical”. Por eso, dice Polaino Navarrete, es un craso error traducir la expresión “*genderviolence*” como “violencia de género” y por ello es un sinsentido identificar esta expresión con la violencia contra la mujer porque el género puede ser masculino o femenino y, además, no se predica de seres vivos sino de palabras. La traducción correcta en castellano de “*genderviolence*” es violencia sexista, en tanto que la violencia la ejercen las personas y no entidades gramaticales.

Como dice Maqueda Abreu (2006: 2), el uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Solo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer del mismo año, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995).

Agrega la citada autora que

Es una manifestación más de la resistencia que existe a reconocer que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género. Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. 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. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género

Esta explicación de violencia contra la mujer en clave cultural no biológica es lo que define la perspectiva de género (Maqueda Abreu, 2006: 2).

Ahora bien, existe una creencia comúnmente extendida que asimila la violencia contra la mujer con la violencia de género. Ello resulta errado porque no todo hecho violento perpetrado por un hombre contra una mujer es violencia de género. Imaginemos, por ejemplo, que por la vereda camina una mujer hablando con su teléfono celular, es interceptada por un hombre que le aplica un golpe de puño en el rostro y la desapodera del móvil. Es un típico caso de robo simple: tenemos un agresor hombre, una víctima mujer que sufrió violencia física, pero no es un delito de género ya que el hecho no está basado en el género de la víctima porque al ladrón le resultaba indiferente robarle a una mujer, a otro hombre o a quien fuera. Su objetivo era perpetrar el despojo violento del celular. No es este caso un delito de género.

Buompadre señala que (2013a: 2) “Violencia de género es violencia contra la mujer pero no toda violencia contra la mujer es violencia de género”. Esta última presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre víctima y agresor. La violencia es de género porque recae sustancialmente sobre la mujer por su condición de tal. La violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento. La violencia presupone posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder entre el agresor y la víctima.

Enseña Alcalá Sánchez (1999:200) que la violencia contra las mujeres abarca una serie de atentados cuyo común denominador es la presencia de un sujeto pasivo femenino que es objeto de maltrato por su pertenencia a ese género y cuyo agresor pertenece al género opuesto, a lo que cabe añadir, siguiendo a Buompadre (2013b:16), el componente subjetivo misógino que guía la conducta del agresor que es causar un daño a la mujer por el hecho de ser tal. No cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género sino solo aquella que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino.

La violencia de género radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla y degradarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera (Núñez Castro, 2010:12-105). La violencia contra la mujer en contexto de género es

consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal de base machista donde simbólicamente se asigna una situación de preeminencia y superioridad al hombre sobre las mujeres.

Esto coincide con la definición normativa de violencia contra la mujer consagrada en el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará que dice: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer 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”.

Más completa es la definición legal de la Ley Nacional de Protección Integral de la Mujer (26.485), que en su artículo 4 dispone:

Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

La IV Conferencia de Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en 1995, definió la violencia contra las mujeres como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual, psicológica, incluyendo las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad para las mujeres, ya se produzca en la vida pública o privada”.

De las referencias normativas nacionales e internacionales mencionadas precedentemente, se puede deducir que la expresión violencia de género está circunscripta a violencia contra la mujer (Buompadre: 2013:27) sin perjuicio de reconocer la existencia de violencia sobre otros géneros vulnerables —ancianos, niños, gays, trans— que exceden el objeto del presente estudio.

## **Ejercicio de la acción penal. Principio de legalidad procesal vs. Principio de oportunidad<sup>3</sup>**

Julio Maier (1999: 834-835) señala que “se puede vincular el principio de oportunidad a propósitos político-criminales utilitarios, como la descriminalización y criminalización de comportamientos, o el intento de derivar comportamientos punibles hacia formas de tratamiento del conflicto y soluciones extrapenales (diversión)”. Este autor aclara el concepto con la siguiente afirmación:

al menos por la vía de la experiencia, que nuestro discurso jurídico (principio de legalidad) camina por una acera y la realidad (principio de oportunidad) transita por la vereda de enfrente y en sentido inverso; ...la razón de esta discordancia -prescindiendo del ingrediente ideológico y haciendo hincapié sólo en la necesidad- es siempre el aparato estatal, pues en la sociedad de masas que experimentamos, no tiene capacidad, por los recursos humanos y materiales de que dispone, para procesar todos los casos penales que se producen en su seno.

Año tras año aumenta la demanda de la sociedad sobre las administraciones de justicia en general y la penal en particular de manera tal que esta no puede abordar ni resolver, con los limitados recursos disponibles, todos los conflictos que se presentan. Por ello, debe realizar una selección racional a partir de una construcción política criminal estatal que determina qué hechos se investigan prioritariamente. En tal sentido, se comparte aquí la visión de Elías Neuman (1997: 96), quien señala:

Desde un punto de vista de la criminología empírica o, si se quiere, desde cierto realismo criminológico, debería correlacionarse el principio de oportunidad con circunstancias insoslayables. Me refiero a que la justicia penal deje a un lado vientos de artificio y criterios discriminatorios y se dedique, en correspondencia con la realidad, con el mayor empuje a la investigación de los delitos de nuestros días: delincuencia organizada, fraudes administrativos, con moneda, corrupción, soborno, abuso de poder, enriquecimiento ilícito, ecológicos, tecnocráticos..., que permita poner en claro los gravísimos ilícitos de clases acomodadas, cadenas de escándalos de altas esferas políticas y sociales en amplio sentido. No perder un tiempo preciso y precioso en crímenes de bagatela que han llegado a penalizar al desahuciado.

---

<sup>3</sup> En este apartado se sigue, además de los autores explícitamente mencionados, lo expuesto por Mendaña (s/d) y Figari (s/d1 y 2).

Una característica del sistema inquisitivo, como marca Mendaña (s/d), es la expropiación del poder de los sujetos involucrados, especialmente, el poder de la víctima, en la resolución de sus conflictos. Sostiene Maier (1992: 185-186) que la víctima “fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos”.

Lo anterior desvirtúa una aspiración central del derecho penal moderno: que el poder penal del Estado se ejerza como *ultima ratio* (Mendaña, s/d). Este es el principio que subyace y apuntala este trabajo.

Como señala Cafferata Nores (1996: 3), el principio de legalidad procesal, que constituye una de las formas para llevar a cabo la expropiación antedicha “se emparenta con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución, mal por mal)”.

En este mismo grupo, Vázquez Rossi (2011: 304) destaca que el delito, al dejar de ser entendido como daño, pasa a ser valorado como desobediencia. A partir de ello, se lo concibe como un ataque al soberano que es quien tenía la facultad de castigar para restablecer su autoridad y disuadir intentos similares.

El principio de legalidad procesal se conceptualizó como “la automática e inevitable reacción del Estado a través de los órganos predispuestos —policía, Ministerio Público Fiscal— que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo de acción pública, se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando o realizando la investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar”, esto, de modo inevitable en todos los casos y, una vez puesta en marcha la acción penal, es irrevocable, no puede interrumpirse suspenderse o hacerse cesar (Cafferata Nores, 1996: 26).

En materia de ejercicio de la acción penal, el Código Penal argentino adoptó como regla el principio de legalidad procesal en su art. 71 al prescribir: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales (...)”; tal principio se complementó y reforzó con el tipo penal del art. 274 del mismo cuerpo normativo que castiga: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare

de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable".

El principio de oportunidad se impuso por un acuciante imperativo de la realidad criminológica de los sistemas procesales de cada organización estadual de la federación porque, independientemente de las declaraciones y las buenas intenciones, se descubrió que fácticamente es imposible perseguir penalmente todos los hechos que llegan a conocimiento de la autoridad encargada de la persecución penal debido al enorme catálogo delictivo existente en el programa punitivo estatal. Por ese motivo, las leyes procesales de varias provincias del país han receptado y regulado el principio de oportunidad que ha sido caracterizado por Cafferata Nores (1998: 38), en opinión que aquí se comparte, como:

La atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción pública o de suspender provisoriamente la acción iniciada, o delimitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia aun cuando concurren las condiciones ordinarias para "perseguir y castigar".

Se conocen dos sistemas de instrumentación del principio: la oportunidad libre y la reglada. La primera se advierte en el derecho anglosajón y se erige en la premisa de que el fiscal solo lleva a juicio aquella causa que puede "ganar" al lograr una condena. Consecuentemente, bajo esa lógica, sino existe tal posibilidad no hay acusación y, por otra parte, para lograr la condena por delito se permiten negociaciones que pueden llevar a su impunidad parcial o de otros cometidos.

En esta concepción amplia, de libre disponibilidad de la acción, su titular, que es el fiscal, puede iniciarla o no hacerlo; puede una vez iniciada, desistirla; puede acordar con el acusado reducir los cargos y disminuir su pedido de pena en la medida que éste acepte la responsabilidad en el hecho, o en uno menos importante; puede dar impunidad total o parcial por la comisión de un delito, cuando ello sea útil para el descubrimiento de otro más grave (Cafferata Nores, 1998: 33-34).

La segunda —reglada— responde a los parámetros del sistema continental-europeo. Es decir que, sobre la base del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad que se encuentran previstas en la legislación cuya aplicación en un caso concreto es responsabilidad de los

funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado —a veces, también de la víctima— y requiere control del órgano jurisdiccional respecto de si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterio de oportunidad y, además, si amerita efectivamente dicho tratamiento (Cafferata Nores, 1998: 34).

El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires recepta, como regla, el principio de legalidad procesal en su artículo 6, aunque reconoce excepciones expresas en favor de una oportunidad reglada (Schiavo, 2015: 298) sobre la base de criterios taxativamente enumerados en la ley procesal en su artículo 56 bis<sup>4</sup>.

El ritual bonaerense no prohíbe la implementación del principio de oportunidad en los delitos de género. Por tal motivo, el art. 56 bis del rito puede funcionar perfectamente como fundamento para este tipo de soluciones alternativas en algunos casos específicos, toda vez que, si fuera criterio del legislador vedar este tipo de mecanismos de solución, lo hubiera prohibido expresamente como lo hacen otras legislaciones estadales de la federación argentina.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Dice en el art. 6 (Texto según ley 13.943): “Acción pública. La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima y al particular damnificado. ...Tercer párrafo El ejercicio de la acción no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley”.

Y se recepta expresamente el principio de oportunidad en el art. 56 bis (texto según ley 13.943):“Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos:1) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los (6) seis años de prisión; 2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público; 3) Cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados.

Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su Defensor.

El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones.

Se notificará, bajo sanción de nulidad, al particular damnificado, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General en los términos del artículo 83 inciso 8º, quien además, estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio.

Luego de la requisitoria de citación a juicio, el archivo procederá cuando concurren los siguientes requisitos: a) Existiesen hechos o pruebas nuevas que hagan subsumible el caso en algunos de los supuestos de los incisos 1 a 3 del presente artículo); b) Exista anuencia previa y expresa del Fiscal General; c) Exista un intervalo de al menos (30) treinta días con el de la fecha fijada para el inicio del debate. En este supuesto, si existiese particular damnificado, se le correrá vista por el plazo de quince (15) días para que manifieste si continúa o no con el ejercicio de la acción penal a su costa”

<sup>5</sup> Código procesal penal de Misiones. Art. 61: “Criterios de Oportunidad. Otros Casos. En los casos de delitos con violencia, originados en conflictos intrafamiliares o de convivencia, no puede disponerse la aplicación de criterios de oportunidad. En los casos de delitos con violencia fuera del ámbito familiar o



Coincido con Granillo Fernández (2005: 189), quien sostiene que “el criterio de selección que expone la norma no es taxativo sino meramente enunciativo”, aunque discrepo con dicho jurista cuando afirma que la implementación de este criterio es “obligatorio para los casos a los que alude pero tienen carácter indicativo de su aplicación a otros supuestos similares aun no precisados” porque la ley es clara al señalar que “el fiscal podrá” con lo cual, en mi opinión, que se deriva de la ley vigente, la aplicación del principio de oportunidad siempre es una facultad discrecional del fiscal nunca un deber legal. Siempre es indicativa nunca imperativa.

No se desconoce aquí que hay autores que se pronuncian en contra del criterio indicativo, como por ejemplo Nicolás Schiavo (2015: 313-314) quien asevera:

(...) No es posible concordar con quienes entienden que las causales establecidas por los art 56 bis...son indicativas pues la inclusión de criterios de archivos es la forma de racionalizar la potestad que tiene el agente fiscal de organizar los recursos que se disponen para la investigación y represión de los delitos. De allí que si se entendiera que estos criterios prescriptos por la ley como meramente indicativo, juntamente con ello se permitiría porque cada agente fiscal diseñara arbitrariamente la política criminal, produciéndose anárquicos criterios que al fin de cuentas terminarían contradiciendo las razones que se tuvieron en miras al introducirlo en el sistema procesal....Por ello es que la norma exige motivación, lo cual implica un juicio de adecuación de las razones de su procedencia.

En esta tesis, no se comparte tal opinión. Considerar que los supuestos de procedencia de archivo especial del art. 56 bis del rito bonaerense son indicativos, no permite ni avala una actuación arbitraria del agente fiscal en el diseño de la política criminal y produce anárquicos criterios por varias razones. Primero, no tuvo en cuenta el procesalista Schiavo, al elaborar su postura crítica, la estructura jerárquica del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Buenos Aires y el control jerárquico que sobre los agentes fiscales ejercen los fiscales generales. Estos últimos tienen entre sus funciones el diseño y control de las políticas de

---

de convivencia, o se trate de delitos basados en una relación desigual, de poder o por abuso de poder debe previamente cesar la situación del mismo. No puede disponerse la suspensión de la persecución penal en los casos de reiteración de iguales delitos...

Código procesal penal de Chaco – reglas de disponibilidad, criterios de oportunidad Art. 6 bis: “Reglas de disponibilidad. Criterio de oportunidad. El Ministerio Público Fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal pública, desistir de la ya iniciada, o limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, en los siguientes casos: I; salvo cuando esté comprometido el interés de un menor de edad, víctima del hecho o de víctima de violencia de género. (...)

investigación a nivel departamental y, en tal faena, controlan la razonabilidad de la actuación de los fiscales, quienes, por imperativo legal <sup>6</sup>, siempre deben comunicarles los archivos especiales para que estos funcionarios ejerzan el control y avalen o no lo decidido según criterios de actuación políticos criminales preestablecidos. De esta manera, el riesgo de arbitrariedad o anarquía se desvanece. Si el fiscal general advierte arbitrariedad, tiene la potestad legal de revocar el archivo dispuesto y ordenar la prosecución de la actuación.

Ahora bien, este criterio indicativo no implica que siempre o en cualquier caso proceda este modo anormal de culminación de proceso que es el archivo especial, sino que la norma misma establece que procede en ciertos casos: aquellos que posean pena conminada en abstracto inferior a seis años de prisión; es decir, no siempre se aplica sino en los casos menos graves<sup>7</sup>, se determina como condición recomendable de procedencia la reparación del daño sufrido por la víctima de conformidad al paradigma de justicia consensual.

Como se ha señalado, el archivo especial dispuesto por el fiscal debe comunicarse bajo pena de nulidad a la víctima y al particular damnificado para que manifiesten y participen expresando lo que fuera menester. Es importante la participación de la víctima, que es quien sufrió el hecho investigado, para que exprese lo que estime menester y debe tenerse en cuenta esa opinión al momento de avalar o no la solución pretendida, si es que no se encuentra comprometido algún interés público relevante.

También debe comunicarse al Fiscal General como órgano superior dentro de la estructura jerárquica del MPF para que controle la razonabilidad de oficio del criterio implementado, lo que en mi opinión resulta un acertado reaseguro republicano en defensa de la legalidad, la razonabilidad, la igualdad y los intereses generales de la sociedad.

---

<sup>6</sup> Art. 28 de la ley 14.442 de Ministerio Público de Buenos Aires que dice “Deberes y atribuciones del Fiscal de Cámaras. Corresponde al Fiscal de Cámaras: inciso 1° Dirigir la política de investigación del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo a las instrucciones del Procurador General y a las exigencias de su ámbito territorial de actuación.” y el inc. 5° “coordinar y dirigir la labor de sus adjuntos, agentes fiscales, funcionarios judiciales, empleados, policía judicial y la policía en función judicial, debiendo a tal efecto organizar la asignación de causas mediante un sistema objetivo y predeterminado. Establecer guardias temporales y zonales, impartir instrucciones generales, y convocarlos periódicamente a fin de elaborar líneas de acción que tiendan al mejoramiento de cada área.”

<sup>7</sup> Dentro de los más comunes en este tipo de conflictiva tenemos las amenazas simples 149 bis del CPA, desobediencia art 239, violación de domicilio art 150 CPA, daño art 183, lesiones leves 89 CPA entre otros de similar entidad disvaliosa.

El archivo debe ser motivado y el fiscal puede condicionarlo mediante el establecimiento de reglas de conducta al imputado bajo pena de revocar la resolución, dado que esta no es definitiva, conclusiva o que cause estado, es decir, no es irreversible o irrevocable. Si el archivo es condicionado, está supeditado al cumplimiento de las condiciones —tratamiento psicológico agresor, reparación del daño, abstenerse de molestar a la víctima, abonar un tratamiento psicológico a la víctima, acreditar la realización de tratamiento para superar alguna adicción—. Las condiciones pueden variar según el criterio de fiscal y las circunstancias del caso, deben diseñarse como un traje a medida para el caso, debiendo prevalecer cuestiones de prevención especial positiva.

Señala Schiavo (2015:314) que las condiciones del archivo condicionado deben ser racionales y estrictamente vinculadas a verificar el cumplimiento de los motivos por los cuales el acuerdo fue alcanzado, no pudiéndose imponer aquellas que sean equivalentes a una sanción ni tampoco de una entidad equivalente a las establecidas en el 27 bis del CPA para la pena condicional o la suspensión del juicio a prueba. Si bien es posible entender y compartir que las condiciones deben ser racionales, no se vislumbra obstáculo alguno para que las reglas de conducta sean equivalentes al 27 bis del CPA o de una suspensión del juicio a prueba toda vez que no hay prohibición legal en tal sentido y, si son aceptadas por el imputado, no existe óbice legal para descartar su implementación.

Ampliar los márgenes de discrecionalidad de los funcionarios públicos en un Estado de derecho, que deben tomar decisiones que pueden afectar intereses jurídicos tutelados muy valiosos sin un adecuado control y limitación, puede conducir a la aplicación dispar de soluciones en situaciones semejantes en clara violación del principio de igualdad ante la ley.

Si tenemos muchos delitos y pocos recursos al servicio de la persecución penal las soluciones posibles son dos. La primera es disponer de más recursos humanos al servicio de la persecución penal, lo que no resulta convincente porque sería muy costoso. La otra es tener menos delitos, menos infracciones punibles que perseguir oficiosamente, suprimir el principio de oportunidad acotando los márgenes de discrecionalidad de los persecutores públicos y defender a ultranza el principio de legalidad procesal para aquellas conductas penalmente relevantes de mayor dañosidad social que existan en digesto de las penas luego de un amplio debate

parlamentario. En ese elenco acotado de delitos de acción pública los únicos destinos posibles son dos: pena o absolución —luego de un debate oral—.

El principio de oportunidad no puede ser la excusa o pretexto para sacarse casos de encima o trabajar menos. Por el contrario, deben convocarse a la discusión, al momento de su implementación, cuestiones de política criminal que prioricen los intereses de la víctima asignándosele en el proceso un rol protagónico.

El principio de legalidad procesal penal se desentiende de un mejor aprovechamiento de los recursos judiciales que son limitados y costosos; estos no pueden estar avocados a la persecución de cuestiones menores sino que deben concentrarse en los delitos complejos que afecten intereses sociales muy valiosos. La realidad de este principio de legalidad procesal encubre una selectividad inevitable y real por parte de los funcionarios que es menester sincerar si no se quiere vivir en un mundo de fantasías al creer que los fiscales persiguen penalmente todos los delitos de acción pública que llegan a su conocimiento. Es imposible aceptar esa ficción dado que la capacidad de trabajo y los recursos disponibles son limitados. Por eso, deben concentrarse y elegir dentro de la amplia gama de casos que le ingresan en su fiscalía cuáles son los que prioriza y concretan su atención. La selección se realiza, generalmente, a partir de criterios intuitivos acerca de qué es lo importante y en esa elección prevalecen instintos de auto conservación en el cargo. Es decir, se prioriza, en algunas ocasiones la persecución de casos donde hay alguna presión o un personaje famoso involucrado, las flagrancias que lleva la policía —generalmente son delitos menores como daños, pequeños hurtos simples o calificados, algún robo, desobediencias—, aquellos que la policía lleva, supuestamente “esclarecidos”, entre otros. En tal sentido, no existen líneas políticas criminales programadas que establezcan criterios de actuación y, como dice Antonio Machado se va haciendo camino al andar, y sobreviviendo como se puede en la dinámica diaria de la las Fiscalías bonaerenses.

Se sostiene en la presente que la víctima es la titular originaria del derecho a perseguir y castigar. Oportunamente cedió esa potestad a favor del Estado quien debe garantizar la paz social, pero cuando en los casos no hay un interés público gravitante fuertemente comprometido, resulta conveniente que se le devuelva ese poder a la ofendida para que decida libremente y sin presiones cuál es la mejor manera de resolver el conflicto que la afectó. Si puede pretender castigo con más razón puede perdonar la ofensa y pedir que se archive el caso.

Por ello, solo en los casos de leve y mediana gravedad que se estudiarán, es conveniente que el Estado le “retorne” la potestad de decidir si perseguir o no a la víctima para que se exprese, y tener en cuenta esa manifestación para resolver el destino final del caso.

### **El pronunciamiento de la CSJN en el caso “Góngora” y su impacto en las prácticas judiciales**

Este caso llegó la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en abril de 2013, vía recurso extraordinario federal interpuesto por el Fiscal de Casación contra una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal que concedió al imputado la suspensión de juicio a prueba por contrariar el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ratificada por ley 24.632.

Tal instrumento, en el art. 7, impone deberes a los estados signatarios de la convención al señalar que

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...)

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...)

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; (...)

Dice la Corte que la suspensión del juicio a prueba prevista en el 76 bis del CP lo que hace es suspender la realización del debate y, de cumplirse las condiciones impuestas, posibilita la extinción de la acción penal.

Para el cimero Tribunal Federal, ese mecanismo alternativo de solución de conflictos viola el art. 7, inc. f de Belém do Pará cuando estipula que “la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en instancias de juicio oral es improcedente...”. Para la Corte, el término “juicio” de la convención es congruente con la etapa final del proceso criminal porque únicamente allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre culpabilidad o inocencia del imputado. Además, agrega el alto tribunal que el desarrollo del debate oral “es de trascendencia capital

para posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el acceso efectivo al proceso —art. 7, inc. f—de la manera más amplia posible en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria” (CSJN, 2013. Caso “Góngora”).

Entonces, para la Corte, prescindir del debate “implicaría contrariar la obligación asumida por el estado al aprobar Belém do Para de prevenir, investigar y sancionar hechos como el del caso”.

De esta manera, en nuestro país, a partir de esa jurisprudencia de la Corte, frente a cualquier caso de violencia de género y dados los compromisos asumidos internacionalmente por el Estado argentino mediante la ratificación de Belém do Pará, estarían cerradas todas las vías de solución alternativas y/o de oportunidad que no impliquen el dictado de una sentencia de condena o absolución luego de un juicio oral.

La gran mayoría de los fiscales invocan y aplican automáticamente este precedente de la Corte —sin validez universal—sin tener en cuenta las circunstancias de los casos concretos que llevan adelante, y menos aún las manifestaciones de las mujeres víctimas. Se prioriza, así, la aplicación ciega y mecánica de un precedente por sobre la situación concreta de sus representadas de carne y hueso que deben proteger y defender.

Brevemente, cabe hacer referencia a los hechos del caso “Góngora” para contextualizar y limitar el alcance del precedente por su eventual semejanza o no con otros casos. Se trató de un abuso sexual simple en un tren en el que no existía una relación vincular previa entre el imputado y las dos mujeres víctimas presuntas de los hechos investigados, estas víctimas habían manifestado que no tenían interés en asistir a la audiencia de suspensión de juicio a prueba, pero que aceptaban cualquier reparación económica que les ofreciera el requirente de la “*probation*”. Es decir, sus voluntades fueron expuestas claramente en el caso de forma voluntaria, pero fueron completamente ignoradas por el sistema penal, siéndoles igualmente cercenadas las posibilidades que tenían de recibir el resarcimiento que le fuera ofrecido oportunamente a cada una.

¿Cómo terminó “Góngora”? Prescripto, es decir, no se hizo debate oral, no se condenó ni sancionó a Góngora y menos aún percibieron reparación económica las víctimas. ¿Es esa una solución que respeta los estándares internacionales en materia de protección del género femenino?

Las víctimas del caso Góngora —y de todos los casos de esa naturaleza— tienen derecho fundamental a hacer oír su voz, que esta sea tenida en cuenta por la autoridad competente para resolver el destino del caso y, además de ello, ser resarcidas económicamente por la afectación que hubieren sufrido si es lo que pretenden.

Con claridad meridiana, la criminóloga Elena Larrauri (2007: 102-103) sostuvo que “... debería atenderse a las voces de las víctimas como personas autónomas que están en posición de adoptar decisiones...creo que debe insistirse en la necesidad de atender a la opinión de la mujer porque ello es un valor democrático en sí, porque es la mejor forma de conseguir protección, de que confíe en el sistema penal.”

Recordemos, en esa dirección, que el art. 16 de la ley 26.485 —de marzo de 2009—vigente pero sumamente inobservado, reconoce a las mujeres víctimas de violencia en los procesos en los que interviene una serie de derecho y garantías fundamentales entre las que se destacan:

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; g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización<sup>8</sup>

### **El derecho internacional como clave para resolver los inconvenientes derivados del precedente “Góngora”<sup>9</sup>**

Existe una red de precedentes de la Corte IDH, informes del CID<sup>10</sup>, informes directrices y principios de organismos internacionales que van en otra dirección a la

---

<sup>8</sup>Dec. 1011/10 del 19/7/2010 art 3 inciso k:“Se entiende por revictimización, el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro.”

<sup>9</sup> En este apartado, se siguen los aportes de Maciel (2014).

<sup>10</sup> La CIDH y el CID son los órganos de aplicación de la convención de Belém do Pará cuyos criterios deben guiar la jurisprudencia local. Merece recordarse aquí, dada la conclusión que antecede, lo que la propia Corte Suprema ha expresado sobre la relevancia que deben serle asignados a los Informes que produce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:“... El informe definitivo de la Comisión y sus recomendaciones,... son obligatorios en la causa en que son dictados e, incluso, la doctrina que asienten sirve de guía a las autoridades nacionales para interpretar y aplicar la Convención Americana en otros asuntos (vid. Sánchez Reisse, Fallos: 321:1328 -1998-)...”. Sin

del precedente “Góngora” y posibilitan construir alternativas más eficaces en clave de derechos humanos para la mejor gestión de esta conflictividad de género.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez”, del 29 de julio de 1988, por primera vez hace alusión a la obligación que tienen los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, señalándose: “...los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos...”<sup>11</sup>.

Como expone Alberto Bovino (2005: 239) “... Resulta claro, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia más antigua de la Corte Interamericana, que la obligación de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención” deriva del art. 1.1, y forma parte de la obligación de “garantizar” los derechos...” A diferencia de lo expuesto por nuestra Corte Suprema en la interpretación que realiza del término “sancionar” en el fallo “Góngora”, según la cual en caso que se investigue un delito de violencia de género sería ineludible arribar al dictado de una sentencia —sea esta de absolución o de condena—, por considerar que así es requerido por la Convención de Belém do Pará al utilizar esa expresión, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias

---

perjuicio de lo anterior, cabe señalar que ya en el fallo “Bramajo”, dictado el 12 de septiembre de 1996, nuestra Corte Suprema había expresado que “... la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2º de la ley 23.054 (confr. Doctrina de la causa G. 342. XXVI. “Girolodi, Horacio David y otros s/recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995)...”<sup>10</sup> CSJN, “B. 851. XXXI, recurso de hecho: Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación –causa Nº 44.891-”, considerando 8º del voto de la mayoría. La Corte IDH sostuvo en Almonacid Arellano que “...los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del Estado, también están sometidos a ella... En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...” Caso Almonacid Arellano”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En igual sentido, entre otros casos: “Boyce y otros vs. Barbados”, sentencia del 20 de noviembre de 2007, párrafo 78; y “La Cantuta vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 173.

<sup>11</sup> Cfr. “Velázquez Rodríguez”, párrafo 166. En similares términos se pronunció la Corte Interamericana meses después, el 20 de enero de 1989, en el caso “Godínez Cruz” (Ver el párrafo 175).



ocasiones ha dejado claramente establecido cuáles son los verdaderos alcances que cabe atribuirle a dicha locución.

Así, puede leerse en la sentencia del caso “Castillo Petruzzi” Corte IDH y otros” al momento de referirse al principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana:

(...)La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (...)

Consecuentemente, a diferencia de la interpretación que le ha asignado la Corte Suprema al término “sancionar” del modo empleado en la Convención de Belém do Pará, según ha sido expuesto en anteriores párrafos, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sí es factible ante la comisión de conductas ilícitas la imposición de sanciones con medidas no penales<sup>12</sup>.

Así, entonces, si tal como ha expuesto la Corte Interamericana en el caso “Almonacid Arellano”, dicho tribunal internacional es el intérprete último de la Convención Americana, y, si conforme se ha podido verificar antes, el término “sancionar”, según la interpretación que aquel le ha atribuido, alcanza casos de conductas ilícitas con imposición de “medidas no penales”, queda definitivamente puesto de manifiesto el desacierto en que ha incurrido la Corte Suprema al otorgarle al término en examen la interpretación restringida que emerge del fallo “Góngora” al interpretar el deber de sancionar como sinónimo de pena.

En el caso “María da Penha Fernández c. Brasil” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al tratar por primera vez un caso de violencia de género en el Informe N° 54/01, realizó, entre otras, las siguientes recomendaciones al Estado demandado:

---

<sup>12</sup> El criterio de “Castillo Petruzzi” la Corte IDH lo reiteró, entre otros, en los siguientes casos: “Cantoral Benavídez” (párr. 157), “Ricardo Canese vs. Paraguay” (párr. 174); “De la Cruz Flores vs. Perú” (párr. 79); “Lori Berenson vs. Perú” (párr. 125); “Fermín Ramírez vs. Guatemala” (párr. 90); “Kimel vs. Argentina” (párr. 63); “Yvon Neptune vs. Haití” (párr. 125); “Usón Ramírez vs. Venezuela” (párr. 55); “Pacheco Teruel y otros vs. Honduras” (párr. 105); y “Mohamed vs. Argentina” (párr. 130) Cfr. sentencias de fechas: 18 de noviembre de 2000; 31 de agosto de 2004, 18 de noviembre de 2004, 25 de noviembre de 2004, 20 de junio de 2005, 2 de mayo de 2008, 6 de mayo de 2008, 20 de noviembre de 2009, 27 de abril de 2012 y 23 de noviembre de 2012, respectivamente.

(...) 4)... En particular la Comisión recomienda: a. Medidas de capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales y policiales especializadas que comprendan la importancia de no tolerar la violencia doméstica; b. Simplificar los procedimientos judiciales penales a fin de que puedan reducirse los tiempos procesales, sin afectar los derechos y garantías del debido proceso; c. El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera (...)<sup>13</sup>

La CDH recomendó la posibilidad de aplicar medidas alternativas para solucionar un conflicto de violencia de género, tal como puede ser en el caso de nuestro país, la suspensión del juicio a prueba establecida en el artículo 76 bis del Código Penal u otras formas del principio de oportunidad, como el archivo especial del artículo 56 bis del CPP bonaerense, que nuestra CSJN no tuvo en cuenta al fallar el caso “Góngora”.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (conocidas igualmente como las “Reglas de Tokio”), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, dicen:

(...) 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 reducirla 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. (...)

En particular también debe ponerse de resalto que en el punto 8 de estas “Reglas”, bajo el título “Imposición de Sanciones”, son enumeradas en detalle las distintas medidas no privativas de la libertad que las autoridades judiciales deberán tener a su disposición al momento de adoptar sus decisiones

En la misma dirección, las “Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas”, la Corte Suprema ha sostenido que “(...) —si bien carecen

---

<sup>13</sup>Informe N° 54/01, Caso 12.051 Maria Da Penha, Maia Fernandez, Brasil 16 de abril de 2001. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm>

de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de las personas privadas de libertad...”<sup>14</sup>.

Consecuentemente, dichas “Reglas Mínimas sobre medidas no privativas de libertad”, deberían ser aplicadas en nuestro país a todas las personas acusadas por la comisión de un delito —inclusive a quienes se les imputara un hecho de violencia de género—y en todas las fases de la administración de justicia penal. Así, en ningún momento establecen las citadas “Reglas” que sea imprescindible para su aplicación llegar a una fase final de juicio penal donde se dicte una sentencia de absolución o condena.

Otros instrumentos internacionales son las Directrices sobre la Función de los Fiscales, la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y los Principios básicos sobre la función de los abogados. En opinión de Bovino (2005: 207-208), “(...) todos estos instrumentos, de manera consistente, delinear un programa político-criminal que reserva el uso de la pena de encierro para los casos más graves y, a la vez, incentiva medidas descriminalizadoras para los delitos de escasa o mediana gravedad (...)”.

El criterio de “Góngora” colisiona con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas<sup>15</sup> que, en las partes que aquí importan, establecen textualmente:

(...) TENIENDO DEBIDAMENTE EN CUENTA los principios y las disposiciones contenidos en los siguientes instrumentos internacionales: ... “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”...; “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”...“... ADOPTA los siguientes principios y buenas prácticas...4.- Principio III... 4.-Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad: Los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas sustitutivas o alternativas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia (...)

---

<sup>14</sup> CSJN, 3/5/2005, “V. 856. XXXVIII, recurso de hecho, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, considerando 39º del voto de la mayoría.

<sup>15</sup>Resolución N° 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dada y firmada el 13 de marzo de 2008 en la ciudad de Washington D.C.

La Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana dispone que los Estados miembros deberán incorporar legalmente medidas alternativas o sustitutivas a las penas de prisión, sin vedar la posibilidad de aplicarlas los casos que contempla la Convención de Belem do Pará. Como puede notarse, a diferencia de lo que se desprende de lo expuesto por nuestra Corte en el caso “Góngora”, la Comisión Interamericana dispone el deber de aplicar dichas medidas.

Recordemos que la Corte Interamericana ha proclamado en varias ocasiones que

(...) el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de conductas ilícitas, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad. Por lo tanto, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como ultima ratio. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado (...) <sup>16</sup>

### **El dilema que enfrentan los fiscales cuando la víctima de un delito de género les pide el archivo de la causa**

Actualmente, los Agentes Fiscales del departamento judicial Trenque Lauquen —provincia de Buenos Aires— se enfrentan al dilema consistente en resolver cómo proseguir su actuación funcional en aquellos casos en los que intervienen en los que la víctima es una mujer que denunció haber sufrido un hecho violento perpetrado por un hombre, que después de un tiempo de formulada la denuncia, se retracta y pide el archivo de las actuaciones.

No advierto contradicción funcional para el fiscal entre escuchar la manifestación conclusiva del proceso por parte de una mujer víctima de violencia de

---

<sup>16</sup>Sentencia de la Corte Interamericana dictada el 20 de noviembre de 2009 en el caso “Usón Ramírez vs. Venezuela, párr. 73. En el mismo sentido, se pronunció el tribunal internacional, entre otros, en los casos “Ricardo Canese vs. Paraguay” –párr. 104-, sentencia de fecha 31 de agosto de 2004; y “Palamara Iribarne vs. Chile” -párr. 79-, sentencia del 22 de noviembre de 2005 Criterio hermenéutico que a nivel local, nuestra Corte Suprema años atrás hizo propio, en un muy difundido fallo: “Acosta, Alejandro Esteban”, en el que se expresó: “... 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 la 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...” CSJN, 23/4/2008, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, párr. 1º, ley 23.737”

género —de leve o mediana gravedad— y tener en cuenta su voluntad libremente expresada sin presión ni condicionamientos y el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por nuestro país y la jurisprudencia superior que precisa el alcance de esas cláusulas convencionales

Si independientemente de la facticidad singular de cada caso —a partir de las manifestaciones libres de la mujer que desea cerrar su caso—, los fiscales hacen oídos sordos a los deseos de las víctimas que se dice representar y siguen a pie juntillas el precedente “Góngora” de la Corte de Nación y los Compromisos internacionales asumidos mediante ratificación de Belem do Pará y CEDAW, estarían sumando consciente o inconscientemente un factor de intranquilidad a la vida de las esas mujeres ejerciendo desde su rol preeminente de servidores de la ley una nueva forma de violencia que es la institucional, que también está prohibida por la legislación vigente —art. 15, ley 26.485—. Entonces, si realmente se quiere asegurar el derecho fundamental de todas las mujeres a vivir una vida libre de toda violencia —art 3, Belém do Pará—, cuando ellas hablan o, en este caso, les hablan a los fiscales de sus caso y les piden por los motivos (que pueden expresar o reservarse) que quieren acabar de momento con el proceso que las colocó como pacientes de una conflicto penal violento, los fiscales imperativamente deben escucharlas y orientar su función a lo que le digan sus representadas en el proceso. Ello si no se advierten indicadores de vulnerabilidad presiones o algún otro condicionamiento de su libre determinación voluntaria. Ese indicador no puede ser fruto de una intuición del funcionario fiscal o de su experiencia o de su sentido común que pueden gravitar en la decisión, sino que deben fundamentarse en información objetiva, fiable y de calidad recabada por expertos —psicólogos, asistentes sociales y demás peritos especialistas en violencia hacia la mujer—.

Frente a estos supuestos, los agentes estatales deben aplicar rápidamente los dispositivos procesales existentes, necesarios y oportunos para cumplir esos fines de prevención especial positiva. Ello, sin necesidad de transitar el tortuoso sendero para llegar, después de mucho tiempo, a un juicio oral cuyo resultado es incierto —no necesariamente terminará en sanción, o si termina en sanción posiblemente sea de ejecución condicional, en la mayoría de los casos— cuando se puede arribar antes a ese mismo resultado y de manera que realmente contribuya más eficientemente a prevenir que la mujer, víctima concreta, sufra nuevos ataques violentos de su agresor y viva una vida libre de violencia. El fiscal es el

representante de los intereses generales de la sociedad y de las víctimas en particular y debe, en esa representación, tener en cuenta los dichos de sus mandantes. Si escucha pero no tiene en cuenta lo que le dice su mandante está ejerciendo erróneamente y de modo irregular el poder que se le confió; es un mal mandatario.

En la aplicación del principio de oportunidad del artículo 56 bis del ritual bonaerense, el Agente Fiscal es el funcionario que equipara cualquier presunta relación asimétrica de poder entre agresor y víctima. El fiscal tiene un mejor posicionamiento para fijar y/o consensuar condiciones de archivo especial que cumpla fines de prevención especial positiva y procuren la reparación de la víctima. El contacto permanente del fiscal con la víctima a lo largo del proceso es fundamental, hay que brindarle a esta información clara y concreta de los avances del proceso para que participe en la toma de decisiones del caso, no hay que subestimarla porque pueden entender si se les explica en lenguaje sencillo las variables evolutivas del caso. Así, puede aportar a la mejor decisión y solución del conflicto que la aquejó.

La actitud de muchos fiscales de escuchar a las víctimas pero no tener en cuenta sus manifestaciones implica apropiarse del conflicto, prescindir de su voluntad conclusiva sustituyendo de modo paternal por la propia al amparo de una interpretación literal de la convención de Belém do Pará, que teleológicamente es inconsecuente con los fines que se propone alcanzar. Es necesario evitar la sobreactuación irrazonable del sistema penal porque agravando penas a los agresores de mujeres, no se resolverá la violencia de género que es una cuestión y construcción cultural arraigada socialmente. Ese paradigma se deconstruye a partir del empoderamiento de las mujeres y del fortalecimiento de su posición de autonomía y autodeterminación. El derecho penal no va a transformarla estructura machista de nuestra sociedad.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> De hecho recordemos que, en noviembre de 2012, se incorporó la figura del femicidio en el art 80 del CPA por ley 26.791 con la esperanza de frenar y reducir la avalancha de femicidios que se registraban en nuestro país; pero las estadísticas del Registro Nacional de Femicidios elaborado y publicadas por la Oficina de la Mujer de la CSJN desmintió esa aspiración de reducir crímenes violentos de mujeres por su pertenencia al género femenino conminando tales acciones con la máxima pena porque en el 2014 se registraron 225 femicidios y en 2015 se incrementaron a 235. Rescatado de [http://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios\\_2015.pdf](http://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2015.pdf)

## **¿Son vinculantes para el Estado Argentino las recomendaciones del Mecanismo de seguimiento de implementación de la convención Belém do Pará?<sup>18</sup>**

La Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) fue el organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que cambió el rumbo del tratamiento de la violencia contra las mujeres en el hemisferio. La CIM inició el proceso de redacción y consulta con los gobiernos sobre la viabilidad de una convención sobre el tema.

En el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, la CIM presentó el proyecto que fue adoptado como Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocido como “Convención de Belém do Pará”.

La Convención entró en vigencia el 5 de marzo de 1995 y hasta la fecha ha sido ratificada por treinta y dos Estados. Cinco años después de la entrada en vigencia de la Convención, la CIM hizo una Investigación que demostró que sus objetivos no se estaban cumpliendo<sup>19</sup>.

En 2004, se aprobó el Estatuto del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará (MESECVI).

Con la adopción del MESECVI, los Estados Partes expresaron la voluntad política de contar con un sistema consensuado e independiente que examinara los avances realizados en el cumplimiento de la Convención y aceptaron implementar las recomendaciones que emanaran de él.

El MESECVI es una metodología de evaluación multilateral, sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados Parte de la Convención y un Comité de Expertas/os.

El MESECVI analiza los avances en la implementación de la Convención por sus Estados Parte, así como los desafíos persistentes en las respuestas estatales ante la violencia contra las mujeres. Este organismo fue diseñado para dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte de la Convención, contribuir al logro de los propósitos establecidos en ella y facilitar la cooperación

---

<sup>18</sup> En este apartado, se sigue la información brindada por la OEA. Al respecto ver <http://www.oas.org/es/cim/nosotros.asp>

<sup>19</sup> <https://www.gob.mx/sre/es/articulos/expertas-del-mecanismo-de-seguimiento-de-la-convencion-de-belem-do-para-se-reunen-en-sre?idiom=es>

técnica entre los Estados Parte así como con otros Estados Miembros de la OEA y Observadores Permanentes. Se basa en los principios de soberanía, no intervención, e igualdad jurídica de los Estados y respeto a los principios de imparcialidad y objetividad en su operación, a fin de garantizar una aplicación justa y tratamiento igualitario entre los Estados Partes.

El Mecanismo consta de dos órganos: la Conferencia de los Estados Parte, que es el órgano político, y el Comité de Expertas/os (CEVI), que es el órgano técnico integrado por especialistas en la esfera que abarca la Convención. Las Expertas/os son designadas por los Gobiernos y ejercen sus funciones a título personal. La Secretaría de la Conferencia y del Comité es desempeñada por la Secretaría Permanente de la CIM, donde también se establece la sede del MESECVI. Los Estados Parte designan además a las Autoridades Nacionales Competentes (ANC), que son el enlace entre la Secretaría y los gobiernos.

El CEVI adopta en cada ronda de evaluación multilateral un cuestionario con las disposiciones de la Convención cuya aplicación analizará, el cual envía a la ANC para que dé respuesta. A partir de estas respuestas y con base en la información recabada, el CEVI emite un Informe Hemisférico e informes de país y efectúa recomendaciones, a las que deberá dar seguimiento.

Una vez que el informe final es aprobado por la Conferencia de Estados Parte, es publicado y elevado a la Asamblea General de la OEA y a la Asamblea de Delegadas de la CIM.

En la primer ronda de evaluación multilateral que se realizó en Caracas — Venezuela— en julio de 2008<sup>20</sup>, el Comité de Expertas del MESECVI, en el informe hemisférico emitido en esa reunión, “...observó que varios estados miembros como parte de los servicios de atención de las mujeres que sufren violencia ofrecían el mecanismo de conciliación o mediación entre la víctima y su agresor”. Entonces, expresó su preocupación respecto de

...que se sigan usando estos métodos que no se pueden aplicar para casos de violencia donde no cabe negociación alguna cuando se han vulnerado derechos fundamentales. Por ello, el Comité pone énfasis en que los mecanismos de mediación o conciliación no deben ser usados previo a un proceso legal, sea que éste se instaure o no, y en ninguna etapa del proceso legal y de acompañamiento a las mujeres víctimas.

---

<sup>20</sup> Ver <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/InformeHemisferico2008-SP.pdf>



En esta oportunidad, el Comité de expertas/os emitió la Recomendación específica nro. 14, por la cual exhorta a los Estados miembros a “Derogar las disposiciones que permitan el uso de los métodos de mediación o conciliación judicial o extrajudicial en los casos de violencia contra las mujeres, considerando las desiguales condiciones de poder entre las partes que puede llevar a la denunciante a aceptar acuerdos que no desea o que no tienden a terminar con dicha violencia”.

Los Estados Parte de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, reunidos en la Segunda Conferencia de los Estados Parte del MESECVI en Caracas, Venezuela, los días 9 y 10 de julio de 2008, acordaron “1. Adoptar las recomendaciones del Informe Hemisférico elevado por el Comité de Expertas/os (CEVI)”.

El Estado Argentino fue pionero en cumplir el compromiso asumido en esta reunión internacional, mediante la ley nacional 26.485, de Protección Integral de la Mujer, al prohibir expresamente en el artículo 28, último párrafo, las audiencias de mediación y conciliación en casos de violencia que sufrían las mujeres.

Luego de esas primeras recomendaciones del mecanismo de expertas del MESECVI, se realizó la tercera conferencia de Estados Partes en febrero-marzo de 2011<sup>21</sup> donde se emitió un informe de seguimiento de las recomendaciones del CEVI realizadas durante la etapa de evaluación de la primera ronda de evaluación multilateral. Allí se señaló:

Aunque no formó parte del cuestionario de la Primera Ronda, en el Informe Hemisférico el CEVI notó con preocupación que varios Estados reportaron contar con métodos de conciliación o avenencia entre el agresor y la víctima de violencia contra las mujeres, o exoneración de la pena para el agresor si contraía matrimonio con la víctima, o aplicación del principio de oportunidad. Los Estados suelen contar con estas medidas a fin de reducir el número de casos que llegan al Poder Judicial y así disminuir la ya excesiva carga procesal con que éste cuenta.

(...) la aplicación de estas medidas en los casos de violencia contra las mujeres tiene efectos contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas y en el mensaje permisivo enviado a la sociedad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en que, hacer este delito negociable o transable parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar (CIDH, 2007: 161).

---

<sup>21</sup> <http://www.oas.org/es/mesecvi/biblioteca.asp>OEA/Ser.L/II.7.10CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ (MESECVI MESECVI-III/doc.57/11

Asimismo, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) encontró que este desequilibrio de poderes en los acuerdos de conciliación aumenta el riesgo físico y emocional de las mujeres, los acuerdos no son generalmente cumplidos por el agresor y no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí. (OPS, 2004: 20)

En esta oportunidad, el CEVI insistió a los Estados Partes en la importancia de eliminar el uso de estos métodos en los procedimientos de violencia contra las mujeres y de modificar su normativa a fin de asegurar justicia para las mujeres.

En abril de 2012, se emitió el segundo informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belem do Pará<sup>22</sup>, correspondiente a la fase de evaluación de la Segunda Ronda de Evaluación Multilateral (II REM) iniciada en abril de 2010. En él se analizó el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Parte al ratificar la Convención.

En el punto 1.8, titulado “Prohibición expresa de la conciliación, mediación o cualquier otro que busque la solución extrajudicial”, se señaló:

Aunque no formó parte del cuestionario de la Primera Ronda, en el Primer Informe Hemisférico, el Comité de Expertas/os notó con preocupación que varios Estados reportaron contar con métodos de conciliación o avenencia entre el agresor y la víctima de violencia contra las mujeres, o exoneración de la pena para el agresor si contraía matrimonio con la víctima, o aplicación del principio de oportunidad.

En el segundo informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI<sup>23</sup> señaló:

...insiste en que la mediación o conciliación, así como el principio de oportunidad, se prohíban completamente en estos casos dado que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y no se trata de un delito menor, para lo que fueron desarrollados estos procedimientos. La prohibición de la mediación debe ir acompañada de cambios institucionales y político-culturales para que las mujeres que acudan ante las instancias de justicia no se vean presionadas, en la práctica, por las y los operadores de justicia, quienes pueden tener incentivos para aplicar cualquier medida que profundice la impunidad en estos casos con el fin de despresurizar el sistema de justicia, en perjuicio de las mujeres en situación de violencia.

---

<sup>22</sup><http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVISegundoInformeHemisferico-ES.pdf>

<sup>23</sup> Ibídem.

También se expuso que:

La mediación o conciliación en los casos de violencia familiar contra las mujeres refleja una tolerancia del Estado hacia esta violencia y puede fomentar su perpetuación, así como la prioridad que todavía asigna el Estado a la preservación de la unidad familiar en detrimento de las mujeres como sujetos de derechos humanos.

En lo que hace el tema del presente trabajo, se advierte que el Comité de Expertas en estos informes hemisféricos vinculados al cumplimiento de los compromisos asumidos por los estados signatarios de la convención Belem do Pará, con argumentos dogmáticos y no verificados por investigaciones empíricas, recomienda prohibir absolutamente la implementación del principio de oportunidad en caso de violencia que sufren las mujeres.

Se considera, en esta tesis, que estas recomendaciones no son imperativas y su inobservancia fundada no puede engendrar responsabilidad internacional del Estado argentino porque no son vinculantes sino que forman parte de una categoría que en derecho internacional se conoce como “*softlaw*” que, precisamente, significa “derecho no vinculante” o “derecho blando”, más literalmente.

Esta categoría hace referencia a los preceptos de derecho que tienen suficiente consenso como para servir de guías a los Estados en sus prácticas, pero que no los vinculan y, por ende, no hacen surgir responsabilidad internacional por su incumplimiento. La expresión “*softlaw*” busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica.

Como dice del Toro Huerta ( 2006:519-543), con el uso del término no solo se pretende evidenciar la existencia de determinados instrumentos internacionales que, no obstante no ser vinculantes, tienen relevancia jurídica, sino también albergar bajo su mando diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que, independientemente de su valor jurídico, se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional.

De la lectura de esos informes, cuyo contenido pertinente se ha transcripto aquí, en tanto instrumentos *softlaw* se advierte están formulados en términos

exhortatorios no imperativos; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación modificación, terminación y validez (Colmegna, 2012).

En relación con las recomendaciones que emite el CEVI, estas pueden ser de utilidad para exponer ante la comunidad internacional los índices de cumplimiento o incumplimiento del tratado en cuestión y generar una suerte de deber ético del Estado de ajustar sus prácticas a ese consenso internacional y hasta, si no lo hace, podría afectar la imagen de un Estado a nivel internacional, pero la política criminal debe construirse con racionalidad teniendo en cuenta los intereses de la mujer concreta de carne y hueso a partir de sus designios expresados libremente en el proceso y no por cuestiones de imagen o abstracciones normativas dogmáticas.

Es cierto que las recomendaciones de un Comité pueden convertirse en materia de debate al interior del propio Estado y provocar que ONGs y grupos interés tengan argumentos para petitionar reformas legislativas al gobierno de turno, empero no son operativas *per se*.

Estos informes del CEVI pueden cumplir una función pedagógica para el Estado al permitirle orientar alguna práctica concreta a partir del conocimiento de los criterios trazados por la comunidad internacional pero le reservan la potestad de implementarla según sus políticas soberanas a partir de sus realidades concretas. Ello, por supuesto, sin desentenderse de la situación de cada mujer tutelada que es lo que, en definitiva, debe primar al momento de elaborar sus políticas de persecución penal en la lucha contra la violencia de género.

El abordaje estandarizado de todos los casos de violencia que sufren las mujeres resulta inconveniente porque no todos tienen la misma entidad y poseen el mismo desvalor. Por este motivo, se entiende que la implementación del principio de oportunidad en una serie limitada de casos judiciales no graves de violencia hacia la mujer, cuando ellas mismas lo piden y avalan libremente y con las demás características que veremos, es una solución razonable desde un punto de vista político criminal eficaz. Dicho criterio no es susceptible de engendrar responsabilidad internacional del Estado por inobservancia de las recomendaciones del CEVI intento su carácter no vinculante o *softlaw*. Ello de ningún modo implica avalar o consentir la violencia de género sobre las mujeres sino que procura construir con racionalidad

alternativas de solución de estos conflictos que tenga en cuenta realmente los intereses de la mujer que se dice tutelar.

### **Acerca de la necesidad de construir una política de persecución penal razonable y eficaz en materia de género**

Enseña Ceirano (2008:2) que todo diseño de política criminal debe pensarse a partir de la prevención integral del delito y explica que la prevención integral comprende:

Una concepción ‘compleja’ del delito. La combinación de estrategias de prevención situacional y prevención social. La movilización interagencial. La participación comunitaria. (...) El punto de partida de la ‘prevención integral’ es considerar que el delito responde a causas complejas; es decir, que no puede ser reducido a un único factor causal o a una única dimensión actuante.

En el caso de la violencia de género, en tanto construcción social y cultural, su abordaje político criminal debe apuntar a trabajar sobre sus causas estructurales, atacar la raíz del conflicto. El camino de las penas que ofrece del derecho penal implica actuar luego de que el problema se ha manifestado y no sobre sus causas — que se modificarían con educación—.

Además, las penas, en algunos casos graves, no son aptas para deshacer el paradigma patriarcal, sexista y discriminatorio de las mujeres. Tal construcción deconstruye con cultura igualitaria entre los géneros y educación con perspectiva no sexista que apunte a equilibrar la situación vital de varones y mujeres para eliminar esos estereotipos de superioridad masculina e inferioridad femenina que arrastramos desde el patriarcado machista que, si bien se advierte que se pliega en retirada, aún falta mucho por hacer en materia de igualdad de géneros. Extenderme sobre este interesante punto implica exceder el acotado margen de este trabajo y sus objetivos.

Dice Ciafardini (2006: 71) que:

...aparece con meridiana claridad la circunstancia de que el funcionamiento del sistema penal por sí solo (entre otras cosas por su unilateralidad) no resulta ser herramienta suficiente ni siquiera principal como corazón de una estrategia que debe echar mano al paradigma de la complejidad para hacer frente a una situación compleja. No se trata aquí de reformas a un sistema que ha demostrado histórica y universalmente su insuficiencia para dar respuesta socialmente útil y eficaz al problema de la violencia, sino de ver la

totalidad de la trama del problema a fin de articular otro sinnúmero de acciones, que exceden en mucho las formas del control social duro y que tienen que ver con la condición política misma de la organización social y de su funcionamiento.

En toda construcción política criminal inteligente, eficiente y estratégica debe pensarse cuál es el fin que nos proponemos alcanzar como programador de esa política y cuáles son los caminos más aptos para lograrlos. Entonces, si el fin de la persecución penal de los delitos de género es asegurar el derecho fundamental de la mujer a vivir una vida libre de violencia, en ciertos casos de mujeres que han sufrido delitos por su condición de género de escasa, leve o mediana gravedad, resulta irrazonable obligarla a esperar el juicio oral —de resultado aleatorio e incierto—, si se puede lograr en menos tiempo mediante un archivo especial un resultado ópticamente similar a una pena en suspenso, sin tanto desgaste jurisdiccional o esperas revictimizantes para la mujer.<sup>24</sup>

En esta tesis, se parte de que es irrazonable someter a la víctima a esa espera, exponerla a interrogatorios revictimizantes en juicio oral, si ella ha pedido sin condicionamientos ni presiones, sin que sea fruto de temor o desconocimiento, es decir, de forma libre, el archivo de la causa a través de la implementación del principio de oportunidad del art. 56 bis CPP que es una resolución provisoria, o sea, que no es conclusiva, ni causa estado, sino que permite la reactivación de la causa—si la acción penal no está prescripta— ante nuevos hechos semejantes o no. Incluso el archivo puede estar condicionado al cumplimiento de reglas de conducta que fije el fiscal y el imputado acepte —abstenerse de molestar a la víctima, realizar un tratamiento para superar una adicción, someterse a un tratamiento psicológico, sufragar los gastos que insuma el tratamiento psicológico de la víctima en caso que sea menester y cualquier otra regla razonable según las circunstancias del caso, siempre bajo apercibimiento de revocársele el beneficio concedido y seguir la causa según su estado—.

---

<sup>24</sup>Los operadores saben, y sobre todo los fiscales, que el que el caso llegue a juicio no es sinónimo de que se llegue a un resultado condenatorio y si se llega a un pronunciamiento condenatorio sería en el grupo de caso que tengo en mente de —escasa, leve o mediana gravedad- si se puede llegar a un pronunciamiento condenatorio será de ejecución en suspenso -26 CPA- donde el condenado que no irá a la cárcel y deberá cumplir algunas reglas de conducta que se le impongan según lo normado por el art. 27 bis CPA como método de cumplimiento de la pena. Las reglas de conducta que se impone al condenado en suspenso ópticamente son iguales a las que se pueden fijar en caso de un archivo especial condicionado.

## **La política criminal del Ministerio Público a nivel provincial y del departamento judicial Trenque Lauquen en materia de persecución penal de delitos de género y el principio de oportunidad**

En mayo de 2014, la procuradora general de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, Dra. María del Carmen Falbo<sup>25</sup>, dictó la Resolución 346/14 mediante la cual reconoce una realidad evidente que es el aumento considerable de casos de violencia familiar y su complejidad calificándolo como:

(...) un flagelo socialmente notorio y de preocupante crecimiento, al igual que la reiteración de los hechos de violencia en el seno de un mismo grupo familiar. Lo que impone la necesidad de diseñar un modo de actuación para mejorar el abordaje de los casos de violencia familiar que llegan a conocimiento del Ministerio público básicamente a través de la unificación de causas dispersas entre los mismo protagonistas ante un único fiscal, la actuación interinstitucional y la creación de fiscalías o ayudantías fiscales temáticas en materia de violencia familiar y de género.

Si bien el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires en sus artículos 32, incisos 3 y 33, establece reglas de conexión subjetiva al imponerla acumulación, la realidad general a nivel provincial es que no se cumplía. Existían en los casos de violencia de género pluralidad de tramites investigativos dispersos entre distintos fiscales que no se unificaban, lo que afectaba el abordaje integral del caso al permitir visualizar el ciclo de violencia que atravesó esa pareja aprovechando la información disponible en los distintos procesos. Por eso, si bien la resolución de la procuradora legalmente parecía sobreabundante, resultó necesaria aunque de algún modo insuficiente porque nada dice respecto de la forma de culminación de estos procesos con agresor hombre y víctima mujer, es decir, si deben dirimirse todos — independientemente de su gravedad y disvalor— en juicio oral como algunos interpretarían a partir del precedente “Góngora” de la Corte Nacional, o bien, si en ciertos casos puede resultar viable la aplicación del principio de oportunidad para encontrar un cauce de solución diverso al juicio oral, dejando librada la cuestión a la decisión de cada uno de los Fiscales General de la Provincia para sus respectivos departamentos judiciales.

---

<sup>25</sup> El artículo 21 de la ley de Ministerio Público (14.442) establece “Deberes y atribuciones. Corresponde al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia: inciso 1° fijar las políticas generales del Ministerio Público Fiscal y controlar su cumplimiento, pudiendo dictar instrucciones generales a sus efectos”. Y el inciso 11 establece: “Dictar reglamentos y resoluciones que hagan al funcionamiento de los órganos que integran el Ministerio Público Fiscal”.

Hubiera sido conveniente fijar criterios claros respecto de la viabilidad o no del principio de oportunidad en este universo de casos para unificar criterios comunes a todos los departamentos judiciales. Estos debieron llenar el vacío normativo de la resolución de la Procuración diseñando, cada Fiscalía General, la forma de finalización de estos procesos —todo a juicio oral o aceptar en ciertos casos el principio de oportunidad— para que los agentes fiscales de la instancia ajusten su actuación funcional a los criterios rectores políticos criminales imperantes en su circunscripción judicial.

En junio de 2014, el Fiscal General de Trenque Lauquen, Dr. Roberto Rubio<sup>26</sup> dictó la Resolución General n° 89 mediante la cual se aprobó el Protocolo de trabajo para el abordaje eficiente de los casos de violencia familiar y de género de cumplimiento obligatorio para los operadores del departamento judicial de Trenque Lauquen. Los considerandos que cimientan la resolución implican la protección y asistencia a la víctima, propender a la neutralización del violento mediante las medidas legítimas que prevé la ley, la optimización en la comunicación con las víctimas mediante la aplicación de las nuevas tecnologías como el correo electrónico, la unificación de trámites dispersos que tengan como protagonista al mismo agresor propiciando que sea un único fiscal que intervenga en la totalidad de los casos con el objetivo de la máxima cantidad de información para su actuación en sintonía a lo ordenado por la Procuradora Falbo, propiciar la interacción con otros organismos del Estado que abordan la violencia familiar, entre otros no menos relevantes.

Además de recoger los principios de la Resolución de Procuración n° 346/14, el Fiscal General de Trenque Lauquen, en el mencionado protocolo, abordó la cuestión vinculada a la finalización de estas causas, en el título tres denominando “Modos de culminación de los casos de violencia de género”. Allí establece, en el art. 17, como principio general la inadmisibilidad de la conciliación y de la mediación penal como forma de culminación del proceso penal insertado en un contexto familiar y/o de género. Ello, por cuanto esos métodos de autocomposición del conflicto presuponen que las partes están en un pie de igualdad para la resolución de las diferencias y que, en dichos casos, la igualdad no se da porque existe una

---

<sup>26</sup> El art.28 de la ley 14.442 de Ministerio Público establece “Deberes y atribuciones del Fiscal de Cámaras. Corresponde al Fiscal de Cámaras: inc. 1 Dirigir la política de investigación del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo a las instrucciones del Procurador General y a las exigencias de su ámbito territorial de actuación.”



relación asimétrica de poder entre la víctima vulnerable y el agresor. A menos que se garantice fehacientemente que esa paridad se ha restablecido, el curso normal de estas cuestiones será el juicio oral.

Sin embargo, el artículo 18 establece una excepción al señalar que Excepcionalmente será viable la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos solamente si se verifican conjuntamente el cumplimiento de los siguientes requisitos que deberán estar expresamente fundados en la resolución fiscal: a.- que se encuentre acreditado que al momento de aplicación de esos institutos no existe esa relación de subordinación de la víctima respecto del agresor y que las partes realmente se encuentran en pie de igualdad; b.- Exista el consentimiento previo, expreso e informado de la mujer víctima que deberá ser prestado en presencia personal de un operador del Ministerio Público Fiscal quien le explicará detalladamente los alcances del instituto; c.- existencia previa de control de razonabilidad por parte de la Fiscalía General quien evaluará si esas salidas resultan que esas salidas resultan la mejor solución del caso según los principios de política criminal que se tracen. La viabilidad excepcional de estos mecanismos será interpretado de modo rigurosamente restrictivo. El mismo principio general, con su excepción se aplicará al momento de aplicarse el instituto disciplinado por el art 56 bis del CPP y del 76 bis y siguientes del CP.

Desde un punto de vista crítico, el art 17 del protocolo era innecesario y sobreabundante porque la ley nacional 26.485 de protección integral de la mujer, en su art 28, último párrafo, prohíbe expresamente las audiencias conciliación y mediación en caso de violencia hacia la mujer.

Sin embargo, el artículo 18 resulta razonable desde un punto de vista político criminal, porque no se inclina por adoptar la postura más sencilla que hubiera sido aferrarse rígidamente al criterio jurisprudencia emergente de “Góngora”, sino que elabora un criterio claro y concreto que permite, excepcionalmente, en un universo limitado de casos, la implementación del principio de oportunidad que está en sintonía con la tesis que defiende en este trabajo.

## **Recapitulación**

A modo de síntesis, en este capítulo se aclaró que no es lo mismo la expresión violencia de género que violencia hacia la mujer. La expresión violencia de género es violencia contra la mujer pero no toda violencia contra la mujer es

violencia de género. Esta última presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre víctima y agresor. La violencia es de género porque recae sustancialmente sobre la mujer por su condición de tal por pertenecer al género femenino

Sin duda que la normativa internacional es vinculante y no se propone en este trabajo su inobservancia, sino que se brega por una observancia racional y consiguiente interpretación sistemática conglobada con el resto del plexo internacional sin sacrificar una normativa en aras de la otra, sino tratando de amalgamarlas integralmente. En tal sentido, es claro que la penas del sistema penal deben utilizarse como *ultima ratio* y no la primera *ratio* porque la pena no resuelve la cuestión de género que es una construcción cultural, aunque no niego que, en los casos más graves, no reste otra alternativa que la sanción penal al agresor.

En tal cuestión, la política criminal tiene que ver con la forma de abordar esta conflictividad de género que ingresa al sistema penal. Para ello, deben establecerse metas deseables —y factibles—, para luego transitar los caminos más razonables para alcanzar tales metas del modo menos violento posible sin exorbitar el plexo legal. En tal sentido, si uno de los fines de la persecución penal de los delitos de género es asegurar el derecho fundamental de la mujer a vivir una vida libre de violencia, en ciertos casos de mujeres que han sufrido delitos por su condición de género de escasa, leve o mediana gravedad, resulta irrazonable obligarlas a esperar el juicio oral —de resultado aleatorio e incierto—, si se puede lograr en menos tiempo mediante un archivo especial un resultado ópticamente similar a una pena en suspenso, sin tanto desgaste jurisdiccional o esperas revictimizantes para la mujer.

El único fundamento normativo-procesal para dar andamiaje y encauzar formalmente ese cierre del caso es a través del art 56 Bis del CPPBA que no es una conclusiva, ni causa estado, sino que permite la reactivación de la causa—si la acción penal no está prescripta— ante nuevos hechos semejantes o si la mujer lo pide por motivos fundados.

Por eso, se impone el análisis de casos para estudiar en qué supuestos y bajo qué circunstancias se declaran razonables los archivos especiales en casos de violencia de mujeres.

Para consultar el Capítulo 2 en el que se examinan 37 casos, así como la parte restante del trabajo, enviar solicitud a [Cijur@mpba.gov.ar](mailto:Cijur@mpba.gov.ar) con copia a [maislas@mpba.gov.ar](mailto:maislas@mpba.gov.ar)