

RETROCESOS DE UNA CORTE QUE AVANZA (EL FALLO GÓNGORA Y LOS NUEVOS ENEMIGOS DEL SISTEMA PENAL)

Por Mario Alberto Juliano ¹ y Gustavo L. Vitale²

Algunos retrocesos

El fallo que comentamos constituye, desde nuestra perspectiva, un claro retroceso de una Corte que avanza en materia de garantías ciudadanas en el ámbito del proceso penal de un Estado Constitucional de Derecho.

No se trata del primer paso atrás de la actual composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco indicado. Entre otros, podemos citar (además del ahora comentado caso Góngora) los siguientes retrocesos:

- a) el preocupante fallo dictado en la causa “*Pereyra*”³, en el que se legitimó una prisión sin sentencia de aproximadamente cinco años y tres meses, que sufría el imputado sin habersele realizado siquiera juicio oral en su contra. La mayoría lo hizo por la ilegítima vía del certiorari al revés—previsto en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— y la minoría, incomprensiblemente, por considerar que en Argentina no existe un plazo máximo de la prisión sin condena y por acudir, para el caso, a la superada repercusión social del hecho (es que si se atribuía un hecho muy grave, con más razón debía juzgarse rápidamente, en lugar de postergarse la realización del juicio oral manteniendo al imputado en prisión por más tiempo todavía, haciéndole cumplir una pena sin saber si es culpable o inocente);

¹ Presidente de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea.

² Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y C. S., Universidad Nacional del Comahue y defensor público interamericano por Argentina (período 2010-2013).

³ CSJN, P. 784. XLII. Recurso de hecho deducido en la Causa “*Pereyra, David Esteban s/ causa N.º 6485*”, del 27 de noviembre de 2007.

- b) el fallo pronunciado en la causa “*García Méndez*”⁴, en el que se legitimó la privación de la libertad personal de niños, niñas y adolescentes no punibles, por aplicación de la terrible “ley” de facto 22278, que penosamente muchos siguen aplicando por no haber sido formalmente derogada, reconociendo incluso la Corte su contrariedad con los principios básicos de un derecho penal constitucional;
- c) la decisión dictada en la causa “*Antiñir*”⁵, en la que se declaró la constitucionalidad de los tipos penales del homicidio y lesiones en riña (artículos 95 y 96 del Código Penal), consagrando una ficción de autoría, con la honrosa disidencia del ministro Carlos S. Fayt;
- d) el fallo correspondiente a la causa “*Álvarez Ordóñez*”⁶, en el que la mayoría no trató la cuestión constitucional que plantea la ilegítima agravación de pena por reincidencia, invocando meras razones formales (*el recurrente no cumple con el requisito de fundamentación autónoma*), perdiendo la ocasión de guardar coherencia con lo resuelto, por ellos mismos, en el caso “*Gramajo*”, en el que se declaró la inconstitucionalidad de la multirreincidencia como causal de agravación punitiva. Constituye una digna excepción el voto de Eugenio Raúl Zaffaroni, que trató el fondo de la cuestión y consideró inconstitucional la peligrosa agravación de la pena por reincidencia.

Algunos avances

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación ha iniciado un importante camino de avance hacia el

⁴ CSJN, Caso “García Méndez, Emilio, y Musa, Laura Cristina”, s/ causa N.º 7537, del 2 de diciembre de 2008. Una crítica a este fallo puede verse en: GUSTAVO L. VITALE, Culpabilidad como límite a la pena (co-culpabilidad y esfuerzo por la vulnerabilidad), en AA. VV., Patricio N. Sabadini (compilador), “Estudios Críticos del Derecho Penal Moderno”, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2011, páginas 281 y ss. Puede verse su texto en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01122008/menores.pdf>

⁵ CSJN, A. 2450. XXXXVIII. “Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Néstor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/ homicidio en riña y lesiones leves en riña y en concurso real”, del 4 de julio de 2006.

⁶ CSJN, A 577. XLV. Recurso de Hecho. “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154, del 5 de febrero de 2013. Su texto puede verse <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/03/fallos36.pdf>.

respeto del sistema de garantías y del principio de mínima intervención penal, que sería más que deseable que no abandonara, a pesar del descontento que a veces provoca en algunos sectores ciudadanos o, más que nada, en algunos medios masivos de comunicación, que parecen bregar por la instalación de una política penal del terror, como única forma de calmar las sensaciones de inseguridad que ellos mismos generan con histéricos reclamos de aumento indefinido de la severidad punitiva, y en especial carcelaria.

Entre los fallos que han importado un avance en materia de garantías penales, propias de un Estado Constitucional de Derecho, pueden mencionarse los siguientes:

- a) el que tuvo lugar en la causa “*Simón*”⁷, que convalidó la nulidad absoluta de las leyes de “punto final” y “obediencia debida”, que constituyeron verdaderos privilegios a favor del poder militar que asoló la democracia y la vida de tanta gente, del modo más cruel imaginable, permitiendo que la justicia penal recobre algo de su legitimidad perdida;
- b) el dictado en el caso “*Llerena*”⁸, que prohíbe que una persona pueda ser juzgada, en un juicio oral, por los mismos jueces que han intervenido en etapas anteriores del proceso, rescatando la necesaria imparcialidad de los juzgadores;
- c) el pronunciado en la causa “*Casal*”⁹, que amplía el ámbito de los recursos de casación contra sentencias definitivas dictadas en causa penal (aun en contra del texto de la ley procesal), procurando cumplir con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aunque, por desgracia, no ha sido seguido por buena parte de los órganos judiciales del país;
- d) el fallo correspondiente a la causa “*Gramajo*”¹⁰, que declara la inconstitucionalidad de la monstruosa reclusión accesoria por tiempo in-

⁷ CSJN, S. 1767. XXXVIII, Recurso de Hecho, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.”, causa n° 17,768, del 14 de junio de 2005.

⁸ CSJN, L. 486. XXXVI, Recurso de Hecho, Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones, arts. 104 y 89 del Código Penal”, causa n° 3221, del 17 de mayo de 2005.

⁹ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa —causa N.° 1681—”, del 20 de septiembre de 2005.

¹⁰ CSJN, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Marcelo Eduardo Gramajo en la causa Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”, causa N.° 1573”, del 5 de septiembre de 2006.

determinado, prevista para multirreincidentes en el artículo 52 del Código Penal, por contravenir el *ne bis in idem* y las bases constitucionales de un derecho penal de acto y no de autor;

- e) precisamente en el ámbito del instituto que nos ocupa (el de la suspensión del proceso penal a prueba), ha jugado un papel de enorme trascendencia el reconocimiento de la interpretación amplia, en toda su dimensión, de las normas legales que lo regulan. Nos referimos a los conocidos fallos “Acosta”¹¹ y “Norverto”¹², que no solo mandan interpretar con amplitud el texto legal en la materia, sino que reconocen, con total corrección, la vigencia en materia penal del principio de última *ratio*, de intervención penal mínima y, por si quedaran dudas, de interpretación *pro homine* (o pro persona), según el cual cualquier duda sobre el alcance de una ley debe entenderse a favor del individuo y no del poder penal estatal.

“Góngora”: otro paso atrás

El fallo dictado en la causa “Góngora” no concuerda, por desgracia, con los fallos “Acosta” y “Norverto”, recién citados, precedente que pasa a constituir otro eslabón de la cadena regresiva de la Corte en materia de garantías ciudadanas de índole penal.

Para entender nuestra enérgica crítica al fallo de la Corte, resulta conveniente recordar la naturaleza de la suspensión del proceso penal a prueba, pues de otro modo puede correrse el riesgo de que sea injustamente considerada como una institución al servicio de la impunidad o, al menos, como un obstáculo al enjuiciamiento penal obligatorio.

No todos los delitos pueden ni deben ser juzgados

Es un imperativo republicano el desmoronamiento de la vieja y equivocada idea de que todos los sospechosos de posibles delitos deben ser juzgados. El

¹¹ csjn, “recurso de hecho deducido por la defensa oficial de a.e., a. en la causa a.e.a. s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737”, causa 28/05, del 23 de abril de 2008.

¹² CSJN, “Norverto, Jorge Braulio s/recurso de hecho” (sentencia del 23 de abril de 2008, n. 326. xli).

propio artículo 71 del Código Penal, según el cual “*deben iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de... 1. Las que dependen de instancia privada. 2. Las acciones privadas*”, ha sido pacíficamente interpretado en el sentido de no exigir denuncia ni querrela como condición de perseguibilidad, ya que la persecución de *todos* los sospechosos de haber cometido *cualquier* delito es una meta no solo imposible sino, incluso, indeseable. Es más, si entendiéramos que los estados tienen el deber de juzgar y, eventualmente, penalizar *todos* los delitos que se cometen, probablemente tendríamos un serio problema para encontrar algún juzgador que pueda considerarse limpio como para “tirar la primera piedra”.

Instrumentos alternativos de abordaje de conflictos

Por ello es que no solo el pensamiento penal más avanzado viene reclamando la implementación de instrumentos de abordaje de conflictos diferentes del proceso penal tradicional, sino que, la propia normativa internacional reclama la sustitución necesaria de los juicios penales e, incluso, de las penas privativas de la libertad, por mecanismos menos violentos e irracionales.

Es así que el artículo 18 de las “Directrices sobre la función de los fiscales” dispone lo siguiente:

“De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión”.

Adviértase que tales directrices obligan a los propios fiscales a tomar en cuenta la posibilidad de suspender el proceso, condicional o incondicionalmente e, incluso, a renunciar al enjuiciamiento penal. Y ello deben hacerlo en beneficio no solo de los derechos del sospechoso, sino también de la víctima. Esto de-

muestra que el proceso penal no es siempre la respuesta más idónea ni siquiera para la propia víctima.

Al mismo tiempo, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” (Reglas de Tokio) establecen que

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

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

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición”.

Como se puede apreciar, las citadas Reglas de Naciones Unidas “niegan la posibilidad de la persecución penal irrenunciable e infinita de los delitos, sin establecer discriminaciones de ninguna naturaleza con relación a los delitos alcanzados”.¹³

Por el contrario, mandan a “racionalizar las políticas de justicia penal... teniendo en cuenta las exigencias de la justicia social”, lo que significa que la selectividad irracional con que opera todo sistema de persecución penal necesita de herramientas que reduzcan los efectos perniciosos de su inescindible carácter desigualitario y discriminatorio, sobre todo respecto de las personas de menor poder (más que nada político y económico).

¹³ MARIO A. JULIANO, “La Convención de Belem do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías”, Su texto puede verse en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/belem.pDf>

Esta reducción de la violencia punitiva, que implica menos penas carcelarias y otras opciones para racionalizar las políticas de la justicia penal (con justicia social y sin discriminación), se aplicará, por igual, “*a todas las personas sometidas a acusación (o) juicio*” y “*en todas las fases de la administración de la justicia penal*”.

Naturaleza de la suspensión del proceso a prueba

Antes de interpretar, en forma sistemática, las reglas que sobre el tema contiene la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), volvamos a la propuesta inicial de recordar la naturaleza del instituto de la *suspensión del proceso penal a prueba*, para descartar el manifiesto equívoco de quienes sostienen que la convención aludida prohíbe a los estados parte todo lo que no conduzca al obligatorio dictado de una sentencia de condena, para sancionar todos los casos de violencia contra una mujer, en consideración de su género.

En verdad, hay dos tesis extremas sobre el instituto del proceso penal a prueba, que, a nuestro parecer, deben ser descartadas: *a)* la que lo entiende inconstitucional por significar una pena sin condena y *b)* la que aun sin formulación expresa, lo considera un camino hacia la impunidad.

Tesis que la considera inconstitucional, por ser una pena sin delito

Esta idea sido defendida por Eduardo Gabriel Fajardo, para quien “*bajo las formas y modalidades a que la probation ha sido incorporada a nuestro sistema legislativo presenta elementos francamente enfrentados a los principios constitucionales que rigen en materia penal*”.¹⁴ Para el autor, “*el sometimiento a prueba previo a la declaración de culpabilidad, constituye una clara violación al principio de inocencia y del debido proceso, subyacentes en todo sistema republicano de gobierno*”.¹⁵

¹⁴ EDUARDO GABRIEL FAJARDO. *La prueba de la probation*. En “Universitas Iuris”, Publicación de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, año 2, n° 7, diciembre de 1995, p. 9.

¹⁵ EDUARDO GABRIEL FAJARDO, ob. cit., p. 8.

Tesis que la entiende como un instrumento al servicio de la impunidad

Esta tesis sugiere que el instituto al que nos referimos es un instrumento que alienta la impunidad, aunque no conocemos una afirmación clara en el sentido indicado. En el caso “Ortega”, del 7 de diciembre de 2010, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que “... *la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito (impunidad)*” (voto del juez Guillermo Yacobucci, al que adhirieron los jueces Mitchell y García).¹⁶

Ello parece concordar con el criterio de la Procuración General de la Nación en el caso Góngora (al que, por desgracia, adhirió Eugenio Raúl Zaffaroni), en cuanto sostuvo que la aprobación por parte de Argentina de la Convención de Belem do Pará

*“constituyó la expresión de su especial preocupación por hechos de esa entidad y de su particular interés por constatar el alcance de tales conductas y determinar la responsabilidad de sus autores... para evitar que la impunidad fomente la repetición de esa clase de hechos”.*¹⁷

La suspensión como mecanismo penal tendiente a evitar la comisión de delitos

Estas posturas extremas son erróneas. La suspensión del proceso penal a prueba es un mecanismo alternativo al proceso penal tradicional, que permite, en los casos de imputación penal que no revista extrema gravedad, la *puesta a prueba* del imputado, durante un determinado plazo. Si la persona sometida a proceso cumple con las condiciones impuestas, en el plazo legal establecido, se dicta su sobreseimiento por extinción de la acción penal. Si no cumple reiterada y maliciosamente, el proceso penal suspendido sigue su trámite, en el estado en que se había dispuesto su paralización condicional, lo que dará lugar al dictado de una sentencia (de absolución o de condena) o bien a que la sentencia de condena ya dictada adquiera carácter de cosa juzgada. Entre otros objetivos,

¹⁶ <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/06/fallos17.pdf>

¹⁷ Del dictamen de Eduardo Ezequiel CASAL, a cargo de la Procuración General de la Nación (las cursivas nos pertenecen).

por esta vía se procura lograr un efecto preventivo: la no comisión de delitos en el futuro, ante la sospecha de que pudiera haberse cometido alguno.

Derecho del imputado

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, correctamente, asignó a la suspensión del proceso a prueba la naturaleza de *derecho* del imputado a evitar el enjuiciamiento tradicional, en lugar de entenderlo como un mero beneficio o gracia legal, al aclarar que aquella buscada aplicación racional de la ley debe cuidar “*que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho*”¹⁸, atribuyendo decidida importancia a las consecuencias de las decisiones judiciales.

Condiciones de la suspensión: contenido sancionatorio (diferente de la pena carcelaria)

Durante el período de prueba la persona sometida a proceso debe cumplir con una serie de condiciones, pudiendo serle impuestas varias o algunas de ellas.

La condición principal de su mantenimiento es la no comisión de un delito (artículo 76 ter, 1.º párrafo, del Código Penal), lo que constituye una obligación cuyo incumplimiento no solo traería aparejada la continuación del proceso penal suspendido, sino, a su vez, la pérdida de la posibilidad de ser condenado en suspenso, en la hipótesis en la que fuera condenado por el hecho que motivó el proceso penal paralizado a prueba.

Es más, de no haberse suspendido el proceso a prueba y haberse juzgado totalmente al imputado en un juicio oral y público, podría haber sido, incluso (en caso de culpabilidad), condenado en suspenso, evitando el cumplimiento efectivo de una pena de relativa corta duración.

Con esto queda claro que la propia condición de no delinquir en el período de prueba constituye un peso que acompañará al imputado, a modo de amenaza, a fin de cumplir con un importante papel preventivo: si delinque queda sin efecto la suspensión, será juzgado y, en caso de condena, la pena carcelaria deberá ser cumplida *en forma efectiva*, perdiendo la posibilidad de condena-

¹⁸ Fallos: 310: 937; 312: 1484.

ción condicional, que tendría de no haberse utilizado esta vía alternativa de enfrentamiento de conflictos.

Por otra parte, pueden serle impuestas otras reglas de conducta que el probado debe cumplir en el plazo de prueba, como es el caso del sometimiento al cuidado de un patronato, la obligación de asistir a la escolaridad primaria (si no la tuviere cumplida), la realización de estudios o cursos de capacitación laboral o profesional, la obligación de adoptar oficio, industria, arte o profesión o la obligación de realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo (artículo 27 bis, incisos 1, 4, 5, 7 y 8, y artículo 76 ter, 1.º párrafo, del Código Penal).

Condiciones especialmente vinculadas con la violencia de género

Pero, además, en lo que se vincula con la problemática de la violencia familiar o con la violencia de género (fundamentalmente contra mujeres y niños) puede imponerse al imputado la obligación de *“abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas”*, de *“abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas”* o bien de *“someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia”* (artículo 27 bis, incisos 2, 3 y 6, y artículo 76 ter, 1.º párrafo, del Código Penal).

Estas últimas reglas de conducta permitirán, en muchos casos, evitar el contacto entre la persona sospechada del delito y quien se presenta como víctima de ese delito, para lo que puede resultar necesario, en ciertos casos, prohibir la concurrencia al domicilio en donde vive la supuesta víctima o a otro lugar a los que acude. A veces esta finalidad requerirá de una exclusión del hogar, que se produce por medio de la imposición de las citadas condiciones de la suspensión del proceso a prueba.

En otros supuestos, las reglas mencionadas abrirán una mayor posibilidad de tratamiento de problemas de alcoholismo o de adicción a las drogas, que suelen ser factores de conflictos violentos en la vida familiar y que, por ello, pueden colocar a las víctimas en situaciones de mayor desprotección, necesitando reglas de índole semejante.

Probablemente lo más relevante sea que la suspensión del proceso a prueba puede funcionar como un eficaz mecanismo para lograr el sometimiento

voluntario del imputado a un tratamiento psiquiátrico o psicológico, tendiente a prevenir situaciones de violencia, más que nada de índole familiar.

Ventajas de la suspensión respecto de la condena

Estas tres últimas condiciones pueden cumplirse con mayor posibilidad de éxito en el ámbito de la suspensión del proceso penal a prueba que en el de la condena condicional. Ello es así porque en el marco de la suspensión a prueba del proceso se crean mejores chances de protección real de quien alega su condición de víctima de un delito, pues juega un papel importante la posibilidad con la que cuenta el imputado de resolver el conflicto, evitando futuros hechos de violencia, sin resultar estigmatizado con una condena de carácter penal en sus registros de antecedentes.

Adviértase que el rechazo de una suspensión del proceso a prueba, en el marco de una situación de violencia familiar, produce como consecuencia el juzgamiento completo en un juicio oral y público y el consecuente dictado de una sentencia. Esta sentencia (que bien puede absolver al imputado), en caso de resultar condenatoria, puede pronunciarse en forma *condicional*, con lo que el imputado no solo no será encarcelado, sino que, incluso, podrá ser obligado a cumplir con una o más reglas de conducta iguales a las ya mencionadas, que pueden imponerse como condición de una suspensión del proceso a prueba.

En este aspecto, resulta sumamente relevante tener en cuenta que, como condición de la suspensión del proceso penal a prueba, existen más posibilidades de cumplimiento satisfactorio de tales reglas precisamente porque, en caso de cumplirlas, el imputado sabe que quedará sin antecedente penal en su registro y, con ello, con mayores márgenes de integración social y de reconstrucción de los vínculos familiares, si fuera posible. Ello constituye un factor de motivación mucho más fuerte para cumplir con las condiciones impuestas.

El condenado, en cambio, al ser ya estigmatizado con la registración de su antecedente penal, cuenta con menores chances reales de cumplimiento satisfactorio de dichas condiciones y, por ende, de solucionar los conflictos que subyacen a la sentencia de condena que lo marca —a veces a fuego— como delincuente. La condena suele jugar, en los hechos, un papel reproductor de los conflictos que, con ella, se dicen solucionar.

La suspensión del proceso penal a prueba, entonces, procura lograr mayores márgenes de inclusión ciudadana que el propio enjuiciamiento total del imputado, y la posible condena penal que pudiera registrarse en su prontuario.

No se trata de una pena sin juicio previo, pues el cumplimiento satisfactorio de las reglas a las que el imputado se sometió, por su propia petición, le permitirá, eventualmente, obtener el sobreseimiento de la causa por extinción de la acción penal.

Tampoco se trata de un mecanismo al servicio de la impunidad, pues nada más útil y eficaz, para resolver conflictos lesivos, que intentar prevenirlos por medio de instrumentos que, como en el caso de la suspensión del proceso a prueba, colocan al sospechoso en situación de prueba, para abrir un abanico de posibilidades más reales de inclusión ciudadana que el proceso penal tradicional y la eventual sentencia de condena a pena carcelaria.

La Convención de Belem do Pará

Veamos qué dice la Convención de Belem do Pará sobre el tema y cómo debe interpretarse su texto, desde nuestra perspectiva, para luego analizar el régimen legal argentino relativo a la suspensión del proceso penal a prueba y la posible compatibilización entre ambos.

La Convención mencionada solo se aplica a *los casos de violencia contra la mujer, basada en su género, que le cause algún tipo de daño* (artículo 1), *ocurrida tanto en la familia, unidad doméstica o cualquier relación interpersonal, como en la comunidad y que sea “perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”* (artículo 2).

En segundo término, en virtud de la citada Convención:

“los Estados partes... convienen en adoptar... políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y (en ese contexto, convienen) en... a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer... ; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales... que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de una mujer...; e. tomar todas las medidas apropiadas... para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas... que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer..., que incluyan, entre otros, medi-

das de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer mecanismos... necesarios para asegurar... resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y h. adoptar las disposiciones... necesarias para hacer efectiva esta Convención”.

Compatibilidad de las medidas alternativas y, en especial, de la suspensión del proceso a prueba con la Convención de Belem do Pará. Los nuevos enemigos

Las obligaciones que la convención impone a los estados parte obedecen a la necesidad de implementar políticas de carácter general que permitan prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, las que son abordadas en los dos primeros artículos.

Estas políticas, en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, deben basarse en la *diversificación de respuestas* frente a los fenómenos lesivos, reservándose, como última medida (como *ultima ratio*), la vía del proceso penal y eventual condena a pena privativa de la libertad, debido a la mayor gravedad, dramatismo y efectos nocivos la citada respuesta carcelaria.

Intervención penal mínima

Por propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, rige el principio de *mínima intervención penal* (cfr. “Barrios Altos”). Ello ha sido expresamente reconocido, a su vez, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (cfr. “Acosta” y “Norberto”).

De acuerdo con el principio de intervención penal mínima, el Estado tiene el deber de enfrentar los fenómenos lesivos, como la violencia contra la mujer, con diversas medidas que tiendan tanto a prevenirlos, como a sancionarlos y erradicarlos, para citar los términos de la referida Convención.

Obviamente, es imposible erradicar la violencia (hacerla desaparecer) y, mucho menos, en sociedades en las que es parte inescindible de su dinámica cotidiana. Pero lo cierto es que nunca puede recurrirse a la violencia punitiva (y menos carcelaria) si es posible enfrentar los fenómenos lesivos de un modo menos traumático e, incluso, con mayor eficacia, a través de medios menos perjudiciales para los derechos de las personas.

Alternativas al servicio de la prevención

Las políticas para prevenir, sancionar y erradicar fenómenos lesivos comprenden diferentes alternativas orientadas a evitar o disminuir la gravedad del problema. Hasta la sanción penal debería tender al mismo fin de prevención delictiva, según lo manda la propia normativa internacional (*cf.* artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Es por ello que los estados vienen recurriendo a mecanismos de *diversificación de respuestas*, para enfrentar y prevenir de mejor manera los hechos dañosos, reservando la mayor violencia del Estado para las conductas de más gravedad, en el entendimiento de que el aumento de la violencia estatal constituye una buena causa de incremento de la violencia individual.

De allí que el propio texto de la Convención obliga a los Estados a “*incluir en su legislación interna normas penales... que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*”. Es decir, reconoce que las leyes penales no sirven solo para sancionar actos de violencia, sino también para prevenirlos. Precisamente, una buena forma de intervención penal preventiva de fenómenos violentos puede tener lugar a través de mecanismos alternativos al juzgamiento total y obligatorio de todos los casos.

Uno de esos mecanismos es, para estos casos, la *suspensión del proceso penal a prueba*, que importa la intervención del aparato penal del Estado, pensando en prevenir de la mejor forma los fenómenos de violencia. Esta función de prevención puede lograrse no solo por medio del ofrecimiento de reparación del daño, sino a través de la imposición de ciertas reglas de conducta encaminadas directamente a proteger a la mujer que aparece en el proceso como víctima de violencia en su contra, además de la condición de no delinquir durante el período de prueba y el efecto previsto legalmente para su incumplimiento.

Es así que en el debate parlamentario de la Ley 24316 (1994), que incorporó la suspensión del proceso a prueba a la legislación penal argentina, se dijo que “*no se trata de dejar sin respuesta el delito..., sino que se pretende evitar el mal en la aplicación o reducirlo lo más posible... las cárceles... no cumplen los objetivos de la legislación imperante y los altos principios de la Constitución Nacional*”.¹⁹

¹⁹ Cfr. Diputado Hernández (por la provincia de Córdoba), en “Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación”, p. 1319).

La suspensión del proceso a prueba constituye un instrumento de intervención penal del Estado que procura prevenir la violencia (en este caso contra la mujer) por medio de condiciones que restringen los derechos del imputado y que tienen un componente coactivo, que abarca la posibilidad de revocación para el caso de incumplimiento de las condiciones, pudiendo, incluso, en caso de comisión de un delito en el período de prueba, perder la posibilidad de condena condicional, aunque carezca de antecedentes penales en sus registros.

Un paso atrás de la Corte en materia de alternativas humanizantes, contrario a sus propios precedentes: “Acosta” y “Norverto”

La Corte, en el fallo que cuestionamos, dice que la suspensión del proceso a prueba

“desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

De allí que haya sostenido, equivocadamente, que

“siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer’, que incluya un ‘juicio oportuno’..., la norma en cuestión impone considerar que, en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente”.

La Corte, a nuestro juicio, tergiversa el sentido de un instituto ponderable, que incluso apuntaló por medio de fallos trascendentes²⁰, recurriendo a un método de interpretación que reputamos peligroso para el preciado sistema de garantías ciudadanas. En efecto, construye una causal de inadmisibilidad de la suspensión del proceso penal a prueba no contenida en la ley penal, descono-

²⁰ Cfr. fallos Acosta y Norverto.

ciendo un derecho ciudadano acordado por la legislación interna a *todos* los sospechados de delito *a quienes no se les impide su ejercicio*, sin declarar su inconstitucionalidad ni su contrariedad con la Convención Interamericana o internacional alguna y, para colmo de males, lo hace recurriendo a una Convención Interamericana de Derechos Humanos a efectos de utilizarla como base para retacear Derechos Humanos de las personas meramente sometidas a proceso penal, las que por ley y por imposición de la normativa internacional, se presumen inocentes.

¿Convenciones de Derechos Humanos para eliminar derechos ciudadanos?

La invocación de las Convenciones de Derechos Humanos para eliminar derechos y garantías de los imputados es un recurso inadmisibles en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Es que las Convenciones de Derechos Humanos no fueron creadas para suprimir derechos de los individuos frente al poder penal del Estado, sino, a la inversa, para acordar más espacios de respeto a los derechos individuales.

La protección especial de la mujer, en particulares situaciones de mayor vulnerabilidad, requiere mecanismos de tutela real, mayor que la protección que se brinda a otros individuos. Pero *nunca puede llevarse a cabo a costa del desconocimiento o de la eliminación de los derechos con los que cuentan, conforme a la ley, todas las personas sometidas a proceso penal por hechos invocados en su contra.*

Por ello es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra potestades a todas las personas imputadas de delito, sin discriminación alguna, como es el caso del debido proceso legal, que les permite defenderse de la acusación y utilizar *todos los mecanismos que la ley establece a su favor* durante la sustanciación de la causa.

La legislación argentina

No olvidemos que los casos para los que la ley argentina abre la vía de la suspensión del proceso a prueba, sin excluir a los imputados de delitos contra las mujeres, son aquellos que no revisten extrema gravedad.

Exclusión de los hechos más graves del ámbito de la suspensión

La ley argentina habilita la suspensión en supuestos de imputación (de mera atribución a presuntos inocentes) de delitos como lesiones, dolosas o culposas, abuso de armas, amenazas, omisión de auxilio, abusos sexuales simples, no comprensivos de las violaciones u otros supuestos de agravación de la pena, como sería el caso en el que se atribuye el promover o facilitar la prostitución de menores.

Imaginemos, incluso, que el sospechoso de agredir sexualmente a una mujer sea otra mujer, acusada de golpearla en una pelea familiar: ¿ella será victimizada al desconocérsele un derecho que le acuerda la legislación interna a toda persona acusada de ciertos delitos, sobre la base de una normativa internacional que pretende tutelar sus derechos como persona especialmente vulnerable?

De todos modos, aunque el imputado sea de sexo masculino, lo que sucede en la mayoría de los casos que desembocan en causas judiciales, tiene derecho a una vía alternativa de resolución de conflictos que se ha legislado, incluso para estos casos, porque previene más violencia que los juicios y eventuales castigos o encierros carcelarios.

Establecer políticas de prevención no equivale a sancionar en todos los casos

El texto de la Convención de Belem do Pará contiene la obligación de los estados parte de *“prevenir, sancionar y erradicar”* los delitos relacionados con la violencia de género, como parte de las políticas generales aludidas. Ello es bien distinto de la obligación de *imponer efectiva e indefectiblemente sanciones de naturaleza penal para todas esas conductas, lo que supondría juzgar completamente todos esos casos, con independencia de respetar o no los criterios legales vinculados con la gravedad de la imputación.* Ello es bien diferente de tener que realizar siempre y en todos los casos, en su totalidad, los juicios, para que culminen con una sentencia.

Esto es así por cuanto estamos ante personas que se presumen inocentes por propia disposición de la normativa suprema. Las personas solo sospechadas de la comisión de un delito y sometidas a juicio no deben ser sancionadas, sino, en todo caso, enjuiciadas, con todos los derechos reconocidos por las leyes del Estado. Y uno de ellos es el de acudir a la suspensión del proceso a prueba.

Con ello queda claro que ningún Estado puede estar obligado a condenar penalmente a un imputado, que bien puede resultar absuelto, sino a someterlo a la legislación procesal con los derechos de todo procesado.

Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer no significa, entonces, llevar adelante la totalidad de los juicios penales a todos los imputados, sin respetar las distinciones formuladas por la ley de cada Estado.

La Convención de Belem no prohíbe la suspensión del proceso a prueba

Como se puede apreciar, *en ninguna de sus cláusulas la aludida convención impone a los estados la obligación de juzgar completamente todos los casos comprendidos en su ámbito de aplicación*. Del mismo modo, *su texto no prohíbe acudir a mecanismos preventivos, como la suspensión del proceso a prueba*. Ello no surge de ninguna de sus disposiciones, por lo que no puede interpretarse su texto como si lo sostuviera, para eliminar derechos y garantías de las personas sometidas a procesos penales.

Juicio justo no es igual a juicio obligatorio

Contar con un *juicio justo* no implica, de ninguna manera, la obligación de juzgar a todo el mundo y por cualquier hecho, pues si fuera así habría que abolir todas las alternativas a la vía punitiva, lo que desembocaría en políticas estatales verdaderamente terroríficas.

Juicio previo a la pena es garantía del imputado

El *juicio previo a la pena* (artículo 18 CN) es una garantía del imputado y no de quien se presenta como víctima de un delito, y convive armoniosamente con un sistema de frenos que le impone la exigencia constitucional de necesaria planificación racional de los sistemas de persecución penal.

Límites al juicio previo y ¿peligros actuales?

El eventual juzgamiento debe ser llevado a cabo dentro de ciertos límites temporales, pues, en su defecto, prescribe la acción penal y corresponde disponer el sobreseimiento por extinción del poder persecutorio del Estado.

¿No se pretenderá (suponemos) que no se apliquen a estos casos las normas legales sobre prescripción? De ser así se trataría de una absurda provocación. Aunque, desgraciadamente, nada es impensable en el marco de los rebrotes punitivistas que recurrentemente pugnan por consolidarse, y que son impropios de un país que lucha por afianzar cada vez más su democracia.

Asimismo, todo imputado por la comisión de cualquier delito tiene derecho a que *se presuma su inocencia* y, por ende, a *permanecer en libertad* hasta que una sentencia inmodificable declare su culpabilidad.

¿Será que, en cualquier momento, alguien propondrá mantener encarcelados durante todo el proceso a los imputados de delitos contra mujeres, procurando que se prohíba su “excarcelación”?, como a menudo sucede con los proyectos autoritarios y demagógicos que, en ciertas situaciones coyunturales, se presentan en la materia.

Todas las personas sometidas a proceso penal tienen *derecho a un defensor*.

¿No será que quieren, ahora, eliminar a los abogados defensores de estos casos? Pues los defensores no solo están siendo “escrachados” en muchos supuestos por ejercer su función, sino que, incluso, se viene aumentando sin límite la cantidad de acusadores: fiscal, querellante particular, querellante público (¿?), para actuar con autonomía respecto del fiscal (un ejemplo es el caso de Neuquén²¹).

Esto viene ocurriendo mientras se sostiene que existe el principio, solo proclamado, de igualdad de armas en el proceso. Aunque, a diferencia de quien se presenta como víctima, el arma que se le proporciona al imputado se encuentra descargada.

Todo imputado, del delito que sea, tiene *derecho a controlar la prueba de cargo*, incluso en forma personal, como lo dispone el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Mientras tanto, algunas legislaciones ya están prohibiendo que el imputado de un delito sexual pueda siquiera presenciar, sin intervenir y sin ser visto, las irreproducibles declaraciones efectuadas en “cámaras Gesell”, las que incluso violentan tantos otros derechos de la persona sometida a proceso²².

²¹ Allí se estableció, por ley, que en las causas en las que se investiga un delito sexual contra niños, niñas o adolescentes, además del fiscal, debe actuar (como segundo acusador público) el Defensor de Niños, además del querellante particular que pudiera intervenir.

²² Cfr. artículo 225 bis del Código de Procedimientos Penal y Correccional de la Provincia de Neuquén (uno de los tantos artículos “bis”, propio de toda política de inflación penal, agregado, en este caso, por Ley 2617 del año 2008), según el cual “... bajo ningún concepto podrá presenciar el acto el sospechado como autor, cómplice o instigador del hecho”.

Hoy rigen en numerosas legislaciones procesales *criterios de oportunidad procesal*, por los que los fiscales pueden seleccionar, conforme a cierta programación, qué causas seguirán su trámite y cuáles no, a fin de racionalizar el sistema de persecución penal, que siempre funciona con elevadas cuotas de irracionalidad selectiva, existiendo ya, en algunos casos, limitaciones que los hacen depender de la voluntad de quien se presenta como víctima en el proceso, aunque no lo sea en la realidad de las cosas.

¿No será que ahora terminarán prohibiéndolos para todos los casos de violencia contra alguna mujer, aunque sea un supuesto de mínima gravedad²³, o aunque no exista prueba alguna para obtener una condena?

¡Qué pensar de alternativas razonables incluso para muchos de los casos a los que nos referimos aquí, como la *mediación*, la *conciliación* y la *reparación del daño* a quien invoca la calidad de víctima!

A pesar de tratarse de mecanismos razonables y eficaces de resolución de conflictos lesivos de derechos, parece que el recrudecimiento de la dureza punitiva que algunos están proponiendo desgraciadamente gozará de buena salud, incluso para impedir que funcionen en estos casos.

Por otro lado, si muere el imputado no se lo puede juzgar en el ámbito penal, pues su muerte también extingue la potestad estatal de perseguir delitos.

¿No se le ocurrirá proponer a alguien (suponemos que no) que una vez fallecido el imputado por la comisión de algún delito contra una mujer, la causa siga su curso contra los parientes de sexo masculino? Obvio que sería un disparate, pero no olvidemos que hoy se están postulando formas de responsabilidad penal de los padres por los hechos (ajenos) de los hijos ¡Otro disparate semejante!

La condena penal requiere *certeza* de intervención del imputado en *cualquier* delito.

Sin embargo, los criterios de flexibilización de garantías, que penosamente se están poniendo en práctica en forma asidua, en muchos casos vienen cons-

²³ Pensemos en el caso de quien, apresuradamente, se acerca a una mujer y le toca los pechos sobre la ropa, para salir corriendo en forma inmediata. Supuesto que ¡aunque no resulte creíble! abrió una causa penal e, incluso, provocó una decisión de una de las salas de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazando la suspensión del proceso a prueba para ese caso, que cuesta imaginarse incluso como delito penal. Se trata de la decisión de la Sala II de la CNCP, del 7 de diciembre de 2010, en la causa seguida contra C. L. S., en la que incluso el fiscal había prestado la conformidad con la suspensión del proceso a prueba.

truyendo tales certezas sobre la base de meras afirmaciones de quien se presenta como víctima y en informes de profesionales que dicen que esos dichos son verosímiles, dando la impresión que se condenan tanto a culpables como a inocentes solo con base en una imputación en su contra²⁴.

A su vez, si se condena penalmente a una persona, procede hacerlo en forma condicional, en los casos a los que nos referimos y en cualquiera que tenga prevista en la ley una pena mínima que no supere los tres años de prisión. Es decir, la ley permite que el condenado no sea encarcelado, a pesar de que la sentencia impone esa clase de pena, con el fin de evitar las perniciosas consecuencias del cumplimiento efectivo de las penas carcelarias de corta duración.

En los casos recién mencionados (comprendidos de delitos contra mujeres), la legislación penal permite, para todos los condenados, que no se les imponga sanción penal efectiva.

No sea cosa que, con los vientos que hoy están corriendo, se termine postulando la supresión de la condena en suspenso para este tipo de imputaciones. ¡Otro dislate posible en los mares del autoritarismo penal de la época! Recordemos que a los condenados por este tipo de delitos ya se les han suprimido derechos propios de la etapa de ejecución de la pena carcelaria, que a otros (incluso condenados por delitos más graves) se les reconocen.

Los nuevos enemigos del Estado (¿y de la Corte?)

¿No es claro que los sospechosos o acusados de haber cometido un delito contra una mujer, y en especial si es de índole sexual, tienen cada vez menos derechos ciudadanos?

¿No era suficiente con tratar como enemigos a los judíos, a los comunistas, a los negros o a los latinos? ¿No era mucho con haber tratado siempre como enemigos a las personas víctimas de *pobreza*, a través de un discurso

²⁴ SANCINETTI, MARCELO A., “Las imputaciones por abuso sexual libradas a la arbitrariedad del denunciante”. Su texto puede verse en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/06/doctrina04.pdf>; JULIANO, MARIO A. “Las dificultades probatorias en los delitos contra la integridad sexual”. Ver texto del trabajo citado en

<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/lasdificultadesprobatoriasenlosdelitoscontralaintegridadsexual.doc.pdf>

engañoso que todavía pretende identificar a los delincuentes con los pobres y por medio de una práctica que los persigue en forma casi exclusiva? ¿No era suficiente con dispensar ese maltrato a todas las personas *meramente acusadas de delito*, sosteniendo que deben estar presas aunque no se sepa si son culpables o inocentes?

¿No bastaba con maltratar a los *niños, niñas y adolescentes*, para los que, incluso hoy, se postula bajar la edad de punibilidad, respecto de los que se formulan reclamos histéricos ante la *supuesta* benignidad penal con la que se los trata?

¿No era mucho tratar a los conductores de vehículos como asesinos al volante, aumentándose las penas en su relación y pretendiendo (la teoría) utilizar el desigual instrumento del llamado dolo eventual para aplicarles idéntica escala penal que a quienes cometieron el mismo hecho, pero en forma intencional?

¿Era poca la enemistad creada con los que cortan rutas, a los que se viene amenazando con criminalizarlos sus protestas sociales, en lugar de buscar soluciones políticas a sus reclamos?

Evidentemente, al poder penal no le ha bastado nada de todo eso, por lo que podemos sumar y sumar situaciones de aumento de la violencia punitiva estatal, que no han hecho otra cosa que inyectar interminables dosis de represión a nuestra preciada democracia²⁵.

A los autores de delitos contra alguna mujer se les ha seguido dispensando un trato especial, aumentando las penas y creando tipos penales *indescifrables*, como el abuso sexual gravemente ultrajante.

Para dar otro ejemplo demostrativo de lo absurdo de la situación a la que estamos llegando, pensemos en que, recientemente, se les adjudicó pena carcelaria *perpetua*²⁶, no solo para el llamado femicidio (agregando otro inciso, el 11, al cada vez más largo artículo 80 del Código Penal), sino también para el que mata al “ex cónyuge” o “a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, *mediare o no convivencia*” (¿?). No tiene desperdicio leer, a su vez, el inciso 12 del mencionado artículo 80, que reprime con pena

²⁵ GUSTAVO L. VITALE, La moda y la degeneración del poder penal. Los nuevos ‘enemigos’ del Estado.

²⁶ Más grave que las penas previstas para los genocidios o delitos de lesa humanidad, en la Convención de Roma.

carcelaria perpetua al que mata a otro “*con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1.º*”, comprensiva del excónyuge o de quien tuvo antes una relación de pareja, aunque sin convivencia. ¡Un verdadero papelón!, propio de la voracidad irracional con la que se está actuando en la materia.

A los imputados de estos delitos ni siquiera se los denomina de ese modo, sino que, para el discurso autoritario, son simple y sencillamente *abusadores*, aunque no se sepa si son culpables o inocentes de un abuso, no juzgado, que solo alguien les atribuye. El desconocimiento de derechos fundamentales ha sido acompañado con una terminología propia, que descubre el velo supuestamente protector con el que pretende cubrirse la represión desmedida. Adviértase que ni siquiera se habla de *denunciante* o de persona *que se presenta como víctima*, sino directamente de una *víctima* del delito, solo atribuido en el proceso.

A ellos, además de los recortes de derechos que ya hemos mencionado, *¿ahora también se les quiere impedir la suspensión del proceso penal a prueba?* En verdad, ¡ya es demasiado! ¡En cualquier momento los van a querer condenar sin juicio!

Es que, aunque muchos no lo reconozcan, se han convertido en un grupo humano sumamente vulnerable frente al poder penal, a los que el Estado (y ahora la Corte) trata como *inferiores* y les declara su manifiesta *enemistad*.

No hay mandato alguno para los jueces penales que no sea aplicar el derecho en el marco del sistema de garantías supremas que tutelan al imputado

Como ya se ha dicho:

“La obligación internacional aludida es un mandato dirigido a los órganos de los poderes ejecutivo y legislativo de los Estados, a quienes se les impone el deber de establecer políticas de prevención, sanción y erradicación de este tipo de conductas, que incluyen, entre tantas medidas, la implementación de alternativas al juzgamiento obligatorio de todos los casos de violencia contra la mujer, para racionalizar su persecución y poder cumplir, con mayor eficacia, el deber asumido. Pero en forma alguna ese mandato puede reputarse como dirigido a los jueces, lo cual implicaría con-

*dicionar su imparcialidad y su independencia, que, como se sabe, son valores sobre los cuales reposa la legitimidad misma del sistema republicano y de la administración de justicia”.*²⁷

Es más, el propio texto de la Convención de Belem do Pará aclara que dichas políticas están a cargo de órganos diferentes del judicial. En efecto, el artículo 8 establece:

“Los Estados partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: ... c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer”.

Con ello se deja claro que *“el personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer”* es diferente del *“personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley”*.

La función de *aplicar la ley* es bien distinta de la *aplicación de las políticas* de prevención, sanción y eliminación de la violencia que, como dijimos, no son propias de los jueces, sino de los órganos ejecutivo y legislativo del Estado. Esta es una razón más para entender que la aludida Convención Interamericana no obliga a juez alguno a decidir sus causas en uno u otro sentido en relación con un planteo de suspensión del proceso penal a prueba. Por ello, no hay dudas de que la convención no impide decisión judicial alguna que suspenda un proceso a prueba cuando se atribuya un delito que importe algún tipo de violencia contra la mujer, en la medida en que concurran, en el caso, las condiciones legales de admisibilidad. Tanto no lo impide que su texto no se refiere, directamente, a esta cuestión concreta.

²⁷ MARIO A. JULIANO, “La Convención de Belem do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías”, Ver texto del citado trabajo en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/belem.pdf>

Acceso a la justicia no implica obligar al juez a actuar de una u otra manera

El acceso efectivo al proceso por parte de la mujer que invoca su carácter de víctima de violencia se encontraría violentado, según la Corte, si se permitiera el ejercicio del derecho a la suspensión del proceso penal a prueba. Ello no es así, porque quien dice ser víctima de un delito efectivamente cuenta con un proceso en el que puede intervenir y hacer valer su pretensión.

Pero *una cosa es un proceso y el acceso a él, y otra bien distinta es la decisión que el órgano judicial adopta en ese proceso*. Esa decisión puede ser favorable o adversa a cada una de las partes: puede acordar la prescripción de la acción penal o rechazarla, puede aceptar la intervención de varios acusadores públicos o aceptar solo uno, puede disponer la suspensión del proceso a prueba o denegarla, puede anular la prueba o rechazar la pretensión de invalidez, puede aceptar los resultados de una mediación o hacerle lugar, puede aceptar la reparación del daño o no, puede, en fin, absolver o condenar. Pero de eso se trata el proceso penal: de pretensiones de las partes y decisiones del órgano judicial, las que a veces son favorables y otras veces adversas a cada contendiente.

En consideración al derecho de acceso a la justicia, la Corte ya se expidió a favor del ejercicio de poder autónomo del querellante particular (*cf.* “Santillán”). Pero no por eso declaró la inconstitucionalidad o la contrariedad a la normativa internacional de la suspensión del proceso a prueba, ni tampoco sostuvo que esta valiosa institución contraría la cláusula de acceso a la justicia, como en forma tan preocupante lo hizo en la causa “Góngora”, que aquí cuestionamos.

Es que el acceso a la justicia es un derecho que tienen *todas* las personas imputadas de delito o que tengan pretensiones punitivas legítimas. Estas últimas en la medida, claro está, en que existan pruebas suficientes para abrir un proceso penal contra un tercero. Pero no por eso hay que juzgar todos los casos. O, en otros términos, ello no habilita a deslegitimar las intervenciones penales que tienden a evitar delitos *sin* el pernicioso estigma de la condena, como tampoco impide el funcionamiento de las alternativas a la propia intervención penal, que en muchos casos las requieren.

Si se quisiera ser coherente con el criterio extremo de la Corte, expresado en el caso “Góngora”, habría que desconocer, directamente, la legitimidad del instituto de la suspensión del proceso penal a prueba, pues la Convención Americana también prevé el acceso a la justicia y, en consecuencia, caería, *para cualquier caso*, o para el que cada uno elija, el sistema de alternativas tan

proclamado (incluso en el plano internacional) como una vía legítima y más aconsejable de abordaje de conflictos.

Algunos peligros

Lamentablemente, se han creado nuevos brujos (o brujas) a los que se pretende tratar con una categoría subhumana. Y esto no puede tolerarse con el silencio de ninguna persona comprometida con el sistema de garantías republicanas.

Con base en la idea central de este fallo: ¿pretenderán más adelante desconocer el derecho a la suspensión del proceso penal a prueba a los imputados de cualquier delito, por más leve que sea?, ¿o, en todo caso, por tratarse el delito solo atribuido de un hecho cometido contra un niño, un privado de libertad, un miembro de una comunidad originaria, un migrante, un anciano, un pobre o un enfermo mental, entre otros grupos humanos especialmente vulnerables? Por ese camino parecen transitar algunas presiones mediáticas que pretenden, en plena democracia, aumentar la criminalización de la mayoría de las conductas lesivas, sin importar que ello contribuya al aumento de la violencia.

El voto del juez Zaffaroni: el dictamen fiscal y la legalidad

El voto de Eugenio Raúl Zaffaroni adhiere al dictamen del procurador fiscal, que a su vez hace suyos los argumentos esgrimidos por el fiscal general ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Ese dictamen, inscripto en la misma idea del resto de los jueces de la Corte, se basa en los argumentos ya señalados: *“la suspensión del proceso a prueba es inconciliable con el deber que asumió el Estado... de adoptar... políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia...”*.

Ya explicamos las razones por las cuales, para nosotros, los compromisos internacionales del Estado no impiden, de ningún modo, la suspensión a prueba del proceso penal. Por otra parte, el procurador se basó en *“la arbitrariedad de la interpretación y aplicación que el a quo hizo del artículo 76 bis del Código Penal”*. Al respecto, es claro que no es para nada arbitrario sostener (como lo hizo la CFCP) que el fiscal debe fundar su dictamen en la concurrencia, o no, de las condiciones de admisibilidad previstas en la ley, pues no puede entenderse que la procedencia queda en manos del criterio político-criminal del fiscal actuante.

Lo arbitrario es sostener lo contrario, en cuya virtud cada fiscal podría obstaculizar el ejercicio de un derecho por su propia valoración de las características de cada caso, a pesar de que la ley penal posibilita, en caso de culpabilidad, la condena condicional, que nunca puede ser descartada de antemano, sin violar la presunción de inocencia.

Lo que más nos llama la atención es que Zaffaroni haya adherido al dictamen del procurador general y, por esa vía, haya afirmado, entre otros equívocos, que *la opinión del fiscal contraria a la suspensión obliga al juez a denegarla*.

Ello nos llama la atención por varias razones:

1) porque el fiscal es parte y no juez. Como dijo Eleonora Devoto, ahora pretenden que pasemos *“de juez y parte a parte y juez”*²⁸. Si el fiscal es parte, solo dictamina, pero no decide cómo se aplica la ley. La aplicación de la ley le corresponde a un órgano imparcial: el juez, que es quien resuelve acerca de las pretensiones de las partes. Si el fiscal opina que no procede la suspensión pedida por el imputado o su defensa técnica, siempre tiene el juez el poder de resolver de acuerdo a derecho y, si se dan las condiciones legales de admisibilidad, le corresponderá disponerla;

2) porque, precisamente, lo que apuntamos en el párrafo anterior ha sido defendido por el mismo Zaffaroni en una de sus obras más importantes, de la siguiente manera:

“En principio, el requisito es de dudosa constitucionalidad, porque cada provincia organiza su justicia y distribuye competencias, no pudiendo la ley federal entrometerse en ello. En segundo lugar, otorga funciones judiciales al ministerio público, porque condiciona la decisión del juez o tribunal... Este texto sólo puede entenderse en forma compatible con la Constitución, interpretando que el dictamen del fiscal es vinculante cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa”.²⁹

²⁸ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Bs. As, 2.ª edición, 2002, p. 973.

²⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Bs. As, 2.ª edición, 2002, p. 973.

Lo que más nos sorprende es que, en su obra, el autor haya defendido exactamente la posición contraria a la de su voto como juez en esta causa;

3) porque recurrentemente el dictamen (y el voto) se basan en un fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal (el plenario “Kosuta”), *dejado de lado por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación* a partir de los fallos “Acosta” y “Norverto”. A su vez, en “Acosta”, la Corte Suprema se pronunció a favor de la suspensión del proceso a prueba, con criterio amplio en varios sentidos, *habiendo existido incluso dictamen fiscal en contra*. De todos modos, en un Estado Constitucional de Derecho los jueces no pueden obrar en obediencia debida a un fallo judicial, por más plenario que sea y por más que exista una ley que así lo pretenda, pues resulta demasiado claro que dicha ley es inconstitucional, ya que los jueces solo tienen potestad constitucional para resolver casos concretos y no pueden dictar normas de carácter general, sin invadir con ello la esfera de competencia exclusiva del órgano legislativo del Estado, que tiene expresamente prohibida la delegación de su función de legislar. Además, una ley que pretenda obligar a los jueces a interpretar una norma del modo en que lo hizo otro fallo judicial lesiona, con toda claridad, la autonomía funcional de esos juzgadores y, con ello, el principio de independencia judicial en su aspecto interno, es decir, en relación con los otros organismos judiciales, socavando las bases del Estado Constitucional de Derecho;

4) porque pretenden fundar el carácter vinculante de la oposición fiscal a la suspensión del proceso a prueba en el texto del artículo 120 de la Constitución Nacional diciendo ahora que, en su virtud, *“la promoción y ejercicio de la acción penal corresponden exclusivamente al Ministerio Público Fiscal, de acuerdo con los artículos 116 y 120 de la Constitución Nacional”*. En verdad, para perjudicar al imputado, y pretender hacer depender la suspensión del proceso a prueba del “consentimiento” del fiscal, sostienen que el fiscal es titular exclusivo de la acción penal, mientras que la Corte Suprema, también en contra del imputado, hace tiempo que volvió al criterio del conocido caso “Santillán”, sosteniendo lo contrario: que el fiscal no es titular exclusivo de la pretensión punitiva, ya que (para ellos) también lo es (ahora) el acusador privado, a quien se reconoce poder de persecución penal autónomo e independiente del que la Constitución atribuye solo al fiscal.

A todos estos argumentos se remitió y dio por reproducidos el procurador general, añadiendo, a su favor, que *“el texto del artículo 76 bis del Código Penal es claro en cuanto prevé el consentimiento del fiscal como requisito*

para la concesión del beneficio en examen, lo que invalida cualquier interpretación alternativa que se aparte de él”.

Como vimos, este argumento es erróneo, porque el problema central del citado texto legal es su falta de compatibilidad con la función jurisdiccional acordada a los jueces por la Constitución nacional y por las demás normas supremas. En este punto, nos basamos en la propia obra de Zaffaroni, muy posterior incluso a la entrada en vigor de la Convención de Belem do Pará, y a pesar de su incomprensible adhesión a este dictamen.

Nos sorprende, en este aspecto, que se pretenda invocar, ignorada aquí, la claridad del texto legal, olvidándose luego de la incuestionable *claridad* existente al prever la ley penal los supuestos de inadmisibilidad de la suspensión. Aquí, al parecer, la claridad perdió sentido y fue directamente.

No puede entenderse que el dictamen del procurador general sostenga que los jueces deben respetar la *legalidad* y la exigencia del consentimiento fiscal para disponer la suspensión contenida en el artículo 76 bis, cuarto párrafo, del Código Penal, dejando de lado la prioritaria cuestión constitucional a la que aludimos (con cita incluso de Zaffaroni), que invalida el texto legal en este punto.

Recordemos que el Código Penal argentino contempla los requisitos de admisibilidad de la suspensión del proceso a prueba e, incluso, los casos de excepción en los que no procede. Entre estos últimos *no figuran las causas en las que se investigan delitos que importen el ejercicio de violencia contra una mujer, en consideración a su género.*

Es más, este problema lo advierte el dictamen del procurador, pues expresa, en su texto, que “... *la propia ley... niega la aplicación del instituto en determinados casos...*”, sin reparar que esos casos *no incluyen a los supuestos delitos cometidos contra la mujer.*

Si no se encuentra legislada dicha causal de excepción, ella no puede fundarse en una norma suprema, sin afectarse el principio de legalidad de los derechos.

El régimen legal argentino debe aplicarse por exigencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que reconoce la vigencia del principio de legalidad de los derechos, sobre la base del cual los estados parte deben reconocer, en su legislación, los derechos de los individuos, y ellos deben ser respetados y garantizados por los estados. Estos últimos deben ser complementados por la normativa internacional, pero nunca retaceados o limitados, lo que se comparece, incluso, con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, según el cual las Declaraciones y Convenciones de Derechos

Humanos que enumera tienen jerarquía constitucional, pero “*no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional*”, sino que “*deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”.

Argentina debe respetar la ley, también en estos casos

Los derechos que acuerda el texto de la ley penal argentina (en este caso en los artículos 76 bis y siguientes del Código Penal) deben ser respetados y garantizados (artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Argentina debió respetarlos también en este caso y no represivizar el sistema penal, invocando con ese fin, impropia, una Convención de Derechos Humanos.

Los derechos de orden internacional pueden y deben ser aplicados, en el ámbito penal, para fortalecer derechos de los imputados reconocidos por leyes internas, pero no para eliminarlos o restringirlos.

El derecho a la suspensión del proceso a prueba es un derecho a respetar y garantizar y, aunque no debería hacer falta aclararlo, también a favor de los acusados de ciertos hechos de violencia contra una mujer.

Bibliografía

- AUED, NORBERTO RUBÉN – JULIANO, MARIO ALBERTO. *La probation y otros institutos del derecho penal*. Editorial Universidad, Bs. As., 2001.
- DEVOTO, ELEONORA. “*Los límites a la intervención del fiscal en la suspensión del juicio a prueba*”, *La Ley, Suplemento Penal*, septiembre 2010.
- DEZA, SOLEDAD, “*Ni rebrote punitivista ni paternalismo penal: juicio oportuno para las mujeres víctimas de violencia*”, publicado en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/gongora.pdf>
- DI CORLETO, JULIETA, “*Medidas alternativas a la prisión y violencia de género*”, publicado en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/di_corleto_mecanismos_alternativos_y_violencia_de_genero.pdf
- JULIANO, MARIO ALBERTO, “*La Convención de Belem do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías*”, publicado en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/belem.pdf>

- JULIANO, MARIO ALBERTO, “*Las dificultades probatorias en los delitos contra la integridad sexual*” <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/lasdificultadesprobatoriasenlosdelitoscontralaintegridadsexual.doc.pdf>
- LOPARDO, MAURO y ROVATTI, PABLO, “*Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista*”, publicado en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/05/violencia_de_genero_y_suspension_del_juicio_a_prueba_contra_los_avances_de_la_demagogia_punitivista_lopardo_rovatti.pdf
- SANCINETTI, MARCELO A., “*Las imputaciones por delitos sexuales libradas a la arbitrariedad del denunciante*”, publicado en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/06/doctrina04.pdf>
- SMOLIANSKI, RICARDO DANIEL: “El fallo ‘Góngora’ y la probation, a propósito de lo vinculante de la oposición fiscal”, en ElDial.com, 11 de junio de 2013.
- VITALE, GUSTAVO L.. “*La moda y la degeneración del poder penal. Los nuevos ‘enemigos’ del Estado*”, en diario “Río Negro”, General Roca, nota de opinión, del 3 de noviembre de 2012.
- VITALE, GUSTAVO L. “*Suspensión del proceso penal a prueba*”. 2.^a edición actualizada, Editores del Puerto, Bs. As., 2010.