



Constitucionalidad del nuevo Art. 114 del CPP de Neuquén.

(RATIFICACIÓN DE LA REFORMA AL ART 114 DEL CPP DE
NEUQUÉN Y DE LA INCORPORACIÓN DEL ART. 114
QUATER)

TERUEL, MATÍAS SEBASTIAN

Constitucionalidad del nuevo Art. 114 del CPP de Neuquén.

(Ratificación de la reforma a la Art 114 del CPP de Neuquén y de la incorporación del Art. 114 Quater)

Nombre del alumno: Teruel Matías S.

Matrícula: VABG37700

Carrera: Abogacía

Tutor: Díaz Bialet, Juan Pablo

Fecha de entrega: 27/07/2017



Abstract

La prisión preventiva ha sido y continua siendo objeto de un gran debate en torno a los parámetros de procedencia que viabilizarían su procedencia o denegación, tanto a nivel nacional como en la Provincia de Neuquén. El principio básico del proceso penal consagrado por la Constitución Nacional es que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia y a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso hasta tanto se dicte una sentencia condenatoria firme. Por lo tanto, la prisión preventiva, es decir la restricción de la libertad del sospechoso mientras dura el proceso penal, es una medida de carácter excepcional que sólo puede aplicarse cuando exista un peligro cierto de que el imputado intentará entorpecer la investigación o se fugará.

Sin perjuicio de lo expresado supra, en septiembre del año 2016 los legisladores de Neuquén modificaron el Art. 114 del CPP que regula el instituto de la prisión preventiva, incluyendo un inciso más para su procedencia el cual indica que procederá la medida cuando exista **riesgo para la integridad de la víctima y/o su familia**, e incorporaron entre otros, el Art. 114 Quater donde se indican presupuestos o pautas no taxativas de las que el juez podrá asirse para evaluar si procederá la medida cautelar en el caso concreto.

En el presente trabajo se ratificará esta mentada reforma y se afirmará que la inclusión de los parámetros del art 114 Quater no son más que una derivación del presupuesto procesal de “obstrucción del proceso”. Así también, mediante la subsunción de dichos parámetros objetivos a los estándares de derechos humanos de la mujer reconocidos a nivel internacional e incorporado al bloque de nuestra constitución, se procederá a evaluar la posible procedencia de la medida en delitos que incluyan violencia de género de acuerdo siempre a las particulares circunstancias de cada caso.

Palabras clave: Prisión preventiva, Nuevo Art 114 CPP Neuquén, Belem Do Para, Presunción de inocencia, ley de protección a la víctima.

Abstract

Pretrial detention has been and continues to be the subject of a great debate about the parameters of provenance that would make possible its origin or refusal, both at the national level and in the Province of Neuquén. The basic principle of the criminal process enshrined in the National Constitution is that everyone has the right to be presumed innocent and to remain at liberty during the proceedings until a final conviction is handed down. Pretrial detention, that is to say, the restriction of the suspect's freedom during the criminal proceedings, is an exceptional measure that can only be applied when there is a certain danger that the accused will try to obstruct the investigation or will escape.

Notwithstanding the above, in September 2016 Neuquén legislators modified Art. 114 of the CPP that regulates the institute of preventive detention, including an additional clause for its origin which indicates that the measure will proceed when there is a risk to the integrity of the victim and / or his / her family, and incorporated, among others, Art. 114 Quater, where non-exhaustive assumptions or guidelines are indicated, which the judge can assert in order to evaluate whether the precautionary measure will proceed in the specific case.

In the present work, this reform will be ratified and it will be affirmed that the inclusion of the parameters of Art. 114 Quater is no more than a derivation from the procedural budget of "obstruction of the process". Likewise, by subsuming these objective parameters to the internationally recognized human rights standards of women and incorporated into the bloc of our constitution, we will proceed to evaluate the possible origin of the measure in crimes that include gender violence according always to the particular circumstances of each case

Key words: Pretrial detention, New Art 114 CPP Neuquén, Belem Do Para, Presumption of innocence, law of protection to the victim.

Índice del Trabajo Final de Grado

Introducción

Capítulo 1: Conceptualización de la prisión preventiva e introducción a la Reforma del Art 114 CPPN:

- a) Prisión preventiva, sus caracteres y condiciones de aplicación:
 - i. Es una medida cautelar
 - ii. Proporcionalidad
 - iii. Excepcionalidad
 - iv. Límite temporal
 - v. Provisionalidad y revisión periódica

Capítulo 2: Principios fundamentales en pugna ante el dictado de la prisión preventiva en casos de violencia de género:

- a) Principio de libertad ambulatoria
- b) El Principio de Inocencia
- c) Derecho a una vida libre de violencia, al acceso a la justicia y debida diligencia
- d) Conjugación entre los principios de inocencia y libertad; y la detención preventiva

Capítulo 3: Análisis de la violencia de género:

- a) Evolución de las herramientas de lucha contra la violencia de género
- b) La violencia de género como violación de los derechos humanos
- c) Herramienta específica - Belem do Para

Capítulo 4: Casos prácticos y jurisprudencia

- a) Criterios utilizados en el uso de la prisión preventiva cuando media violencia de género
- b) Aplicación de Belem Do Para ante denegación de Probation.

Capítulo 5: Ponderación de derechos de igual jerarquía – Análisis personal

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

La prisión preventiva se puede definir como la institución procesal que permite la detención del imputado durante la substanciación del proceso penal seguido en su contra, sin que exista sentencia condenatoria firme, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias que hicieran peligrar la eficacia del proceso penal, representadas por el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación.

Teniendo siempre presente el estado jurídico de inocencia del encartado durante el transcurso del proceso penal previsto por nuestra Carta Magna, podemos afirmar que encarcelar a quien aún no fue declarado culpable constituiría una violación al principio fundamental de inocencia, de modo que, la prisión preventiva carece de un fundamento legítimo. Por ese motivo, es que el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso sólo puede ceder en situaciones excepcionales

Algunos autores encuentran improcedente a todas luces esta medida cautelar por ser contraria al principio de inocencia y de libertad ambulatoria, y porque en definitiva consideran que es un adelanto de la posible condena, que surgirá luego de que se determine-si así se hace- la culpabilidad del condenado en el proceso penal. Entre ellos, por ejemplo el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, sostiene en el prólogo de la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico que: *“la prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión.”* (*La Prisión Preventiva Frente al Estado de Derecho*” escrito por Roberto Rabi González, Lunes 3 de octubre de 2.005.).

Con igual o mayor entusiasmo Ferrajoli afirma: *“... la prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en mecanismo directamente punitivo”.* (*La Prisión Preventiva Frente al Estado de Derecho*” escrito por Roberto Rabi González, Lunes 3 de octubre de 2.005.).

Sin poner en discusión estos conceptos, la discusión permanente y motivo fundamental de esta obra, gira en **torno a qué se deberá tener en cuenta en cada caso**

concreto, para determinar si procede o no la excepcionalísima medida (la prisión preventiva), o cuáles son las circunstancias que ameritan llegar al extremo de utilizar la herramienta más violenta que tiene el Estado de Derecho mientras se lleva adelante la investigación penal preparatoria, o bien, mientras se espera el juicio oral o se confirma una sentencia.

Si bien es cierto que la discusión doctrinaria sobre el mantenimiento o la supresión de la detención preventiva es muy antigua, no es menos cierto que el debate por esta medida ha sido tan marcadamente persistente y, sobre todo hoy día, tan exasperado y a tal grado generalizado que de ninguna manera podemos considerarla a esta controversia para siempre superada en el ámbito teórico ni, mucho menos, como un problema definitivamente resuelto ya sea en el orden legislativo o en el terreno práctico.

Lejos de darle un cierre al tema y ante una debatida sesión, el pasado 23 de septiembre de 2016 la Legislatura Neuquina sancionó con fuerza de ley la reforma al Art 114 del Código Procesal Penal de Neuquén, entre otras reformas, el cual amplía los supuestos sobre los que se dicta la prisión preventiva, incorporando el inciso número tres el cual indica que se podrá solicitar la Prisión preventiva *cuando “...el imputado pueda poner en riesgo la integridad de la víctima o de su familia...”*. Además de ello incorporó el art 114 Quater, en el cual nos centraremos más específicamente en este trabajo, y en donde se le brindan al juez circunstancias objetivas de las que puede ceñirse en el caso concreto, para el dictado de la medida cautelar en cuestión en casos donde medie violencia de género o peligro para la integridad de la víctima:

“Art 114 Quater: Riesgo para la integridad de la víctima. Para decidir acerca del riesgo para la integridad de la víctima o de su familia, se debe tener en cuenta, entre otras pautas, la existencia de:

- 1) Amenazas, atentados o hechos violentos realizados por el imputado **en contra de la víctima o de su familia.***
- 2) Incumplimiento, por parte del imputado, de otra medidas cautelares no privativas de la libertad que se hayan ordenado en protección de la víctima, previstas en el art 113 de este código o en las leyes 2212- de violencia familiar- y 2786 -**Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres-**.*

Una de las voces a favor de la reforma, fue la del fiscal general de Neuquén, José Gerez, el cual sostenía ante la puesta en marcha de la modificación al Art 114 de dicho código de rito que:

“frente al principio constitucional de inocencia, cabe recordar que a las víctimas también les asiste en el proceso un derecho de igual jerarquía y es el derecho a una tutela judicial efectiva, que engloba: el “derecho de justicia” (art.18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), a las “garantías judiciales” (art.8 punto 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a una “protección judicial” (art.25 punto 1 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos). Toda decisión de liberar o no a una persona imputada con pruebas de haber cometido un delito grave entraña una tensión entre estos derechos constitucionales”

A estas definiciones del fiscal general, no debemos soslayar el hecho de que, frente a los casos de delitos de género, se deberán ponderar los derechos anteriormente citados del inculpado, con los derechos de igual jerarquía que les asisten a las víctimas de este tipo de delitos, reconocidos por el tratado de Belem Do Para, tratado que fuera ratificado por nuestro País brindándole jerarquía constitucional.

Todo esto deberá subsumirse dentro de la actual tendencia que se está llevando adelante en cuanto a la protección de los derechos y garantías de las víctimas en los procesos penales, la cual se vio coronada con la sanción de la ley 27.372 en Junio del presente año.

Con este objetivo claro, la intención del presente trabajo será en principio describir el instituto de la prisión preventiva, su enunciación previa y posterior a la reforma, para luego ratificar la constitucionalidad de dicha modificación al Art 114 del CCP Neuquén, y más específicamente demostrar que la incorporación de los parámetros no taxativos incluidos en el Art 114 Quater, además de ser útiles para el juez a la hora de dictar la procedencia del instituto en cuestión, no son más que una derivación lógica del peligro procesal referido al entorpecimiento de la investigación.

Marco Metodológico:

En la presente obra se realizará una descripción del artículo bajo estudio, su definición anterior y actual, y la evaluación de su posible enfrentamiento con los principios reconocidos por la Constitución Nacional. Se intentará detallar las posibles aplicaciones del citado artículo en los casos específicamente incluidos en el mismo, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales de los tribunales de la provincia de Neuquén, como así también de otras provincias y del ámbito nacional y se evaluará la tendencia reformista a favor de los derechos de las víctimas en el proceso penal.

1. **Capítulo I: Conceptualización de la prisión preventiva e introducción a la Reforma del Art 114 CPPN**

Como ya hemos someramente indicado en la introducción, la prisión preventiva es una medida cautelar tendiente a disminuir peligros procesales que afecten a la investigación de la causa o bien el cumplimiento efectivo de la condena, y se aplica restringiendo la libertad de quien es sospechoso de haber cometido un delito, pero que es considerado inocente hasta la sentencia firme. Esta es una medida a todas luces de excepción. La finalidad de la misma es asegurar el normal desenvolvimiento del juicio y el cumplimiento efectivo de la pena.

Como medida cautelar, es una excepción al derecho a la libertad ambulatoria tutelada por el preámbulo y los artículos 14, 18, 19,31, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y al preámbulo

La prisión preventiva no sólo debe ser entendida en función del derecho a la libertad, sino también conjugada con el principio de inocencia que es aquél por el cual una persona es considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario y sea condenado mediante sentencia firme en un juicio con las debidas garantías procesales.

Entonces se parte de la base de que la prisión preventiva es una medida cautelar cuyo fin no es sancionar al imputado, sino ser un instrumento para lograr un fin, que es el aseguramiento del descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, revistiendo de esta manera una naturaleza estrictamente instrumental. La doctrina, desde hace bastante tiempo, explica que existen sólo dos motivos que justifiquen la imposición del encierro cautelar: el **entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga**. De tal forma, sólo en aquellos casos en los que la libertad del imputado pueda obstruir la averiguación de la verdad – falseando o destruyendo prueba o amedrentando testigos - o existan elementos que pongan en peligro la aplicación de la ley penal en el caso concreto (fuga), se autoriza la medida de coerción más gravosa.

Este criterio es el que incorporaba el ahora viejo artículo 114 del CPP de Neuquén el cual rezaba:

Artículo 114 Prisión preventiva. La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas de coerción fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento.

Se podrá aplicar la prisión preventiva, siempre que el fiscal o el querellante acrediten los siguientes requisitos:

- 1) *Que existan elementos de convicción para sostener que el delito se cometió.*
- 2) *Que existan elementos de convicción suficientes para considerar, razonablemente, que el imputado es autor o partícipe de un delito; y*
- 3) *Que se demuestre que la medida resulta indispensable por presumir que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación.*

Al solicitarla, el fiscal o la querrela expondrán con claridad los motivos. El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente.

Conformes a la redacción anterior que se acaba de transcribir, el art modificado establecía en su primer párrafo el carácter subsidiario y excepcional de la prisión preventiva: “*solo será procedente cuando las demás medidas establecidas en el artículo 113 sean insuficientes para conseguir asegurar los fines del proceso*”. Posteriormente en sus incisos 1) y 2) establecía lo que la doctrina llama el “mérito sustantivo”, esto es, la existencia de pruebas suficientes que se cometió un delito y que el imputado pudo haber sido su autor. Pero la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar no punitiva, no puede justificarse a partir de estos incisos. Solamente se habilita la posibilidad de analizar si existen riesgos procesales respecto de determinada persona si previamente se dan esos dos requisitos.

En el inciso 3) aparecían los **peligros procesales**, esto es, si se acreditaban los elementos 1 y 2, entonces debía probarse -para que proceda la imposición de la medida- que la misma resultaba indispensable por presumirse que el imputado no se sometería al procedimiento (peligro de fuga) u **obstaculizaría la investigación (riesgo de entorpecimiento)**.

De acuerdo a la jurisprudencia que lleva elaborada la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 7 del Pacto de San José (que regula el “derecho a la libertad personal), son estos dos peligros procesales -el de fuga y el de entorpecimiento de la investigación- los que pueden habilitar la imposición del instituto. La única finalidad que puede perseguir la aplicación de la prisión preventiva está dada por el aseguramiento de los fines del proceso.

De esta manera, la prisión preventiva debe ser la última de las medidas de coerción, y las restantes que se regulen deben poseer una intensidad diferente. En palabras de Nicolas Laino, Vice-Presidente de la Asociación Pensamiento Penal;

“En consecuencia, el encarcelamiento cautelar que no se dicte en estas condiciones responderá en realidad a otros propósitos y, por lo tanto, resultará violatorio de principios constitucionales. El riesgo de fuga o entorpecimiento de pruebas debe ser discutido en forma previa y alegado por la parte interesada. Para ello, será necesario que se prueben los indicadores que permitan concluir que se está en presencia de alguno de los supuestos habilitados. En definitiva, sólo cuando se acredite esa sospecha vehemente y se encuentre probado que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecerá la investigación - sin que exista otra medida cautelar menos gravosa que permita resguardar los fines del proceso-, el juez podrá dictar –a pedido de parte- la prisión preventiva”. (Nicolas Laino, revista pensamiento penal, 23-8-2016)”

Sin perjuicio de lo comentado hasta ahora y como indicáramos en la introducción, en septiembre de 2016 se sancionó con fuerza de ley la reforma del Código Procesal Penal de Neuquén con la cual, además de incluir estos preceptos que ya se venían utilizando, se incluyó un supuesto más que habilitaría dictado de la prisión preventiva. Es decir se incorporó el tercer inciso el cual permite la procedencia del instituto cuando *“...el imputado pueda poner en riesgo la integridad de la víctima o de su familia”*, de manera tal que el nuevo Art. 114 quedó redactado de la siguiente manera:

“Artículo 114: Prisión Preventiva. Se podrá aplicar la prisión preventiva cuando las demás medidas de coerción sean insuficientes para asegurar los fines del procedimiento, siempre que existan elementos de convicción suficientes para sostener que el delito se cometió y se pueda considerar razonablemente que el imputado es autor o partícipe. El fiscal o el querellante deben acreditar alguno de los siguientes supuestos:

1) Que la medida resulta indispensable por presumir que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga).

2) Que el imputado obstaculizará la investigación (peligro de entorpecimiento).

3) Que el imputado pueda poner en riesgo la integridad de la víctima o de su familia. El Juez debe controlar la legalidad y razonabilidad del requerimiento, y resolver fundadamente respecto de cada supuesto que motive la concesión o denegación de la prisión preventiva”.

Además de ello incorporó parámetros no taxativos, de los cuales el juez podrá aferrarse en el caso concreto, para evaluar la procedencia del instituto, en casos donde medie violencia de género o peligro para la integridad de la víctima:

“Art 114 Quater: Riesgo para la integridad de la víctima. Para decidir acerca del riesgo para la integridad de la víctima o de su familia, se debe tener en cuenta, entre otras pautas, la existencia de:

1) Amenazas, atentados o hechos violentos realizados por el imputado en contra de la víctima o de su familia.

2) Incumplimiento, por parte del imputado, de otras medidas cautelares no privativas de la libertad que se hayan ordenado en protección de la víctima, previstas en el art 113 de este código o en las leyes 2212- de violencia familiar- y 2786 - Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”

Del análisis del nuevo artículo no se desprende la violación a preceptos constitucionales, ni mucho menos atentados contra los principios fundamentales de presunción de inocencia o libertad ambulatoria. Lo que verdaderamente se desprende del mismo es la intención del legislador Neuquino de cumplir con los estándares sobre derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales cuando resulten de delitos que impliquen violencia contra la mujer. Y del mismo modo se marca el camino a transitar, reconocido por las nuevas disposiciones referidas a la protección de la víctimas de los delitos en el proceso penal, además de dotar de más y mejores herramientas procesales al ordenamiento, útiles para los operadores jurídicos en la eventual situación que proceda esta medida, siempre que se den los presupuestos específicos detallados en el articulado, y siempre de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

En consonancia con lo dicho es importante que recordar que, ante los derechos fundamentales del imputado de presunción de inocencia y Libertad ambulatoria, también se encuentran en un mismo nivel en la pirámide jurídica -ya que poseen igual jerarquía, luego de la incorporación de la convención en el año 2011 al bloque de constitucionalidad de los derechos humanos- los derechos consagrados por la Convención Belem Do Para, como el de vivir una vida libre de violencia, en favor de las mujeres víctimas de violencia de género, y los cuales pretende defender el legislador Neuquino. Es decir que siempre es importante valorar, no solo los derechos del acusado

sino también el derecho de la víctima. Se entiende entonces que el legislador lo que pretendió con dicha reforma es reforzar estos instrumentos procesales para que no se pierda el derecho de la víctima a que se haga justicia por el ilícito sufrido, y no se conculquen sus derechos.

Es importante también recordar aquí lo que expresaban los magistrados intervinientes en el Fallo Plenario Díaz Bessone de la Cámara Nacional de Casación Penal respecto de los derechos de las partes intervinientes en el proceso penal, pero que son de directa implicancia en cualquiera de las actividades de la vida en sociedad:

“...Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica); y el derecho a la libertad durante el proceso está condicionado a las leyes que reglamentan su ejercicio” (Fallos: 304:319, 1524)”. CAMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL – EN PLENO-; Acuerdo 1/08; Plenario N° 13; 'Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de Inaplicabilidad de ley'; 30/10/2008

Sin perder de vista la importancia fundamental del derecho a la libertad y la presunción de inocencia y sin poner en discusión en ningún momento su vigencia y perpetuidad, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico en general, y el juez en el caso en particular debe balancear estos, con los derechos de la sociedad en general como así también con los derechos de la víctima del delito, para viabilizar la procedencia de la medida en el caso concreto. Para más ahondamiento podemos citar un párrafo más del fallo precitado donde se expuso:

“...Si bien es cierto que existe un derecho constitucional a la libertad durante el trámite del proceso penal no lo es menos que ese derecho (como todos) no es absoluto; ello significa que los habitantes gozan de él, conforme las leyes que lo reglamentan; el Estado puede reglamentarlo en función de una legítima finalidad: la de evitar que el individuo sometido a proceso eluda la acción de la justicia, sea impidiendo u obstaculizando la investigación del hecho o no cumpliendo la eventual pena que se imponga (confr.: Pessoa, Nelson R. “Fundamentos Constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación”, págs. 55-157)” (confr.: Sala II de esta Cámara in re: “Albarracín, Marcelo G.”, causa n° 2783, reg. 3561, fecha 26 de septiembre de 2000)”.

Así también se hizo referencia a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

*“...El respeto debido a la libertad individual – ha dicho la Corte- no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, **en casos graves**, que no se siga delinquiendo y que no frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo. Se trata, en definitiva de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (Fallos: 280:297), pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 272:188).”*

Como resumen de lo expuesto se puede concluir que en caso de graves delitos y delitos que incorporen la violencia de género o estén involucrado menores, el juez (siempre de acuerdo a las individuales circunstancias del caso) y gracias a la modificación incorporada, podrá asirse de estos **nuevos parámetros incorporados a** la norma adjetiva para ponderar o realizar un análisis específico de la situación respecto de estos, y si procede, aplicar la prisión preventiva al inculpado antes que pueda poner en riesgo la seguridad de la víctima o su entorno familiar, ya que si se eventualmente se produjera, sería un perjuicio grave para el desarrollo del proceso.

a) **Prisión preventiva, sus caracteres y condiciones de aplicación:**

i) **Es una medida cautelar:**

Como hemos indicado este instituto procesal es de carácter cautelar es decir que *“... la detención preventiva se encamina a hacer posible el procedimiento, manteniendo a la persona sospechada presente durante el proceso; el procedimiento penal debe asegurar así las consecuencias jurídicas que produce (no puede quedar sujeto a la voluntad del condenado el sustraerse prematuramente a la consecuencia penal...”* (Rosa, Mariano R., “Exención de prisión y excarcelación”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 105.

Así históricamente se ha sostenido que a la institución señalada, se le asigna el papel de cautela instrumental de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar el desarrollo del proceso. Por una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez o, bajo la autoridad de éste, a disposición del órgano encargado de la investigación, y, por otra evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables.

Atentos a su naturaleza cautelar, este mecanismo requiere para su procedencia la acreditación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Esto quiere decir que sólo si se acredita al mismo tiempo la seriedad de la imputación y el riesgo de ver frustrado los fines del proceso resultara procedente la medida cautelar. El primer término, también llamado “fumus boni iuris”,

“.. Se relaciona con la exigencia de pruebas que sustentan la aparente culpa del individuo, como presupuesto indispensable para la eventual restricción a su libertad durante el proceso; de donde surge la obligación de acreditar satisfactoriamente la verosimilitud -al menos, en grado de apariencia- del derecho invocado, cuya duda o ausencia a la vista del juez o tribunal torna improcedente la cautela interesada...” (Rosa, Mariano R., “Exención de prisión y excarcelación”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 271)

Como sostiene la Comisión Interamericana “Se considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición ‘sine que non’ para continuar la medida restrictiva de la libertad”.

Por su parte, el otro requisito, llamado “periculum in mora” el cual debe darse simultáneamente con el anterior, sostiene que es necesario imponer la medida siempre y

cuando se advierta un riesgo para el derecho que se quiere proteger. En este caso sería la actuación efectiva de la ley penal y la buena marcha del proceso, ya que si no se aplica tempestivamente la medida cautelar, podrían verse atacados dichos términos.

Esta excepcionalidad no se ve alterada con la modificación del artículo comentado, ni con la incorporación de los parámetros posteriores, ya que como se sostendrá en este trabajo, estos nuevos criterios no son más que una ramificación de la pauta del **entorpecimiento de la investigación**, ya que si no se protegiera a la víctima y/o su familia, o a posibles testigos del accionar del imputado en el caso, podrían verse afectados en su subjetividad y, no decir la verdad del hecho u ocultar información sobre el mismo, más si estas personas como sucede generalmente, viven en un entorno de violencia de género. Esto derivaría indiscutiblemente en una obstaculización grave de parte del reo en la averiguación de los hechos. Es por ello que dotando de todas las herramientas legales posibles a los ordenamientos jurídicos, lo que se logra es facilitar la averiguación de la verdad y así mismo fortalecer la protección brindada a las víctimas de los hechos delictivos, que muchas veces se ven doblemente atacadas, no solo por el ilícito primario sufrido sobre su persona, sino también luego por la falta o tardanza en el acceso a la justicia.

ii) Proporcionalidad:

Otro principio limitante de la prisión preventiva lo constituye la proporcionalidad que, según la Comisión Interamericana, implica por un lado, que aquellos que se encuentran privados de su libertad en forma preventiva, **no recibirán igual o peor trato que aquellos que tienen condena firme**. Citando las palabras de la Comisión, *“la medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad. La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de una medida cautelar.”*

Por otro lado, también se refiere este principio a que la medida cautelar debe ser acorde (proporcional) al peligro que se quiere evitar. En este sentido se ha dicho que *“en relación con la adopción de las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal que pudiera corresponder y las consecuencias del medio coercitivo adoptado”* (Reglas de Mallorca art. 17). En definitiva, en virtud de este principio, se

impone como necesaria la existencia de una relación entre el rigor de la medida de coerción y el fin procesal que se pretende asegurar.

En otras palabras el juez que deba imponer la medida deberá evaluar la gravedad del hecho sufrido por la víctima o su entorno familiar -en el caso bajo análisis- para evaluar el dictado de la misma.

iii) Excepcionalidad:

Este carácter emerge del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho de defensa. La Comisión Interamericana en su informe 2/97, señala además que este carácter de excepcionalidad de la detención preventiva, implica que se aplique solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar **intimidando a los testigos o destruir evidencia**. Siguiendo el análisis hecho en el primer punto, debería evaluarse la situación particular y determinar si el imputado podría realizar este tipo de actos contra la víctima o su familia, de acuerdo al inciso incorporado en el nuevo artículo 114.

El Juez tiene la potestad de emitir resoluciones que restringen derechos fundamentales esenciales como la libertad ambulatoria por lo que debe tener presente este principio. La prisión preventiva se debe ordenar solo en el caso que sea absolutamente necesario para hacer frente al alto riesgo procesal. La aplicación de la prisión preventiva será excepcional, siempre que no sea viable una medida cautelar menos gravosa -como la comparecencia con restricciones o la detención domiciliaria, quedando el Juez autorizado a dictar esta medida cuando el caso sea de absoluta necesidad.

Si bien este principio se orienta a que la prisión de quien es sólo sospechoso constituye una seria limitación del derecho fundamental a la inocencia, ante un **‘interés público’** que justifique el sacrificio de la libertad individual, podría proceder la medida. Este precepto es primordial en la fundamentación de los argumentos de los legisladores que propusieron el cambio. Es de advertir que ante estos hechos de violencia contra la mujer, cada día más generalizados y perpetuados con mayor violencia, es obligación asumida por el estado incorporar, “...*por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia...*” y también

“incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso” (Art 7 convención Belem Do Para)

Así podemos sintetizar que con el nuevo texto de la norma además de estar cumpliendo con las obligaciones asumidas por nuestro país al ratificar estos instrumentos internacionales y dotarlos de jerarquía constitucional, se incorporan las nuevas tendencias internacionales promulgadas a favor de las garantías de las víctimas en los procesos penales, así como la defensa de sus derechos.

iv) Límite temporal:

Este principio hace referencia al plazo razonable de la medida, es decir que la privación de la libertad de la persona que se encuentra sin condenarse no puede extenderse más allá de los límites establecidos en la norma. La frontera entre la legalidad y la ilegalidad es fina y en temas de derecho penal siempre es necesario definir las restricciones a las libertades individuales de forma taxativa. Sin embargo, en la prisión preventiva se presentan imprecisiones derivadas de la necesidad de que los tribunales cuenten con cierta flexibilidad y discrecionalidad para aplicarla estudiando cada caso en particular. Además debe asegurarse que la misma no se convierta en una condena anticipada. En el plano internacional, los organismos desarrollaron pautas y un criterio rector para determinar el plazo razonable. En el caso “Suárez Rosero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptando el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, estableció que para la determinación del plazo razonable hay tres elementos a considerar:

- a) la complejidad del asunto;
- b) la actividad procesal del interesado y
- c) la conducta de las autoridades judiciales

Ya en 2009, en el informe N°86/09, la Comisión Interamericana avanzó un paso más y fijó un criterio rector para interpretar el plazo razonable: **su límite está en el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado.**

En el CPP de Neuquén, en el Art 119, se define el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, el cual expresa:

“Artículo 119 Duración. La prisión preventiva no podrá durar más de un (1) año, salvo lo dispuesto para delitos complejos. Vencido este plazo no se podrá decretar una nueva medida de coerción privativa de libertad.

También deberá hacerse cesar si su duración es equivalente a la exigida para la concesión de la libertad condicional o libertad anticipada a los condenados y se encuentren reunidos los restantes requisitos.

Así mismo en el art 224 establece que el plazo de prisión preventiva podrá extenderse hasta un máximo de 18 meses en casos complejos:

“Artículo 224 Plazos. Una vez autorizado este procedimiento, producirá los siguientes efectos:

1) El plazo ordinario de la prisión preventiva se extenderá hasta un máximo de dieciocho (18) meses y la duración total del proceso será de cuatro (4) años improrrogables.”

v) Provisionalidad y revisión periódica:

Las medidas coercitivas son de naturaleza provisional, puesto que deben aplicarse conforme un estricto criterio de necesidad actual y concreta, atento al grave grado de afectación de los derechos individuales. Por ello, nunca son definitivas, sino que deben ser revisadas en cualquier momento del proceso, y solo pueden justificarse mientras persistan las razones que las han determinado, pues mantienen su vigencia en tanto subsistan las circunstancias que las engendraron, es decir mientras continúan existiendo todos sus presupuestos. De tal modo, si dejan de ser necesarias, deben cesar (Rosa, Mariano R., “Exención de prisión y excarcelación”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 332).

En otros términos esta limitación obliga a los órganos jurisdiccionales a cargo de personas privadas de su libertad a revisar periódicamente las condiciones de la detención y, tienen la obligación de hacer cesar la medida si ya no subsisten los motivos que la originaron o si transcurrió el plazo razonable. La Comisión Interamericana ha advertido que para cumplir con esta obligación, los órganos jurisdiccionales deben revisar periódicamente si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva subsisten y en caso contrario, disponer la libertad, pues se estaría afectando el principio de inocencia. Asimismo, la Comisión exige al juzgador la necesidad de explicitar las “circunstancias concretas de la causa que permitan presumir,

fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el imputado en libertad”. Pues de otra forma, la privación de la libertad no encuentra fundamentos y debe cesar. En este sentido, la revisión periódica de los jueces sobre las personas que tienen a su cargo privadas de la libertad debe cumplirse exhaustivamente. El análisis de los supuestos y del tiempo transcurrido es esencial y es una obligación del Estado que no puede resignar.

Ante este parámetro el código de rito de la provincia de Neuquén establece en su articulado la posibilidad de revisión de la misma de la medida adoptada:

Artículo 118 Revisión. La resolución que ordene o mantenga la prisión preventiva será revisada, a pedido del imputado o su defensor, por otros tres magistrados del Colegio de Jueces. La solicitud deberá realizarse inmediatamente y la audiencia cumplida en el término de cinco (5) días. Los jueces resolverán inmediatamente.

También podrán ser revisadas, a pedido del imputado o de su defensa, las medidas previstas en los incisos 4), 5) y 6) del artículo 113.

La resolución que rechace o revoque una medida de coerción podrá ser impugnada por el fiscal o la querrela.

Con respecto a este carácter de la medida cautelar, podemos observar que en el código de procedimientos de la provincia de Neuquén están incorporadas todas las garantías constitucionales así como también la posibilidad de revisión, modificación o revocación de las medidas cautelares eventualmente impuestas en cada caso en particular. Es así que ante el hecho delictivo específico, siempre respetando las garantías del imputado, el juez podrá utilizar estas nuevas herramientas incorporadas en código para formar su opinión sobre la procedencia o no de la medida en cuestión.

Para mayor abundancia en el tema, es posible traer a colación el Art 117 del mismo cuerpo normativo en el cual específicamente se habilita al juez a que, ante un caso de incumplimiento de la medida cautelar adoptada (que no sea prisión preventiva) se podrá disponer la sustitución por otra o adoptar la prisión preventiva:

Artículo 117 Modificación y revocación. Las resoluciones que impongan una medida cautelar, la rechacen o sustituyan, son revocables o reformables en cualquier

estado del procedimiento. En caso de incumplimiento injustificado de las obligaciones impuestas se podrá disponer su sustitución, añadir nuevas o disponer la prisión preventiva, sin perjuicio de ordenar la ejecución de la caución económica dada

Es decir que el código ya establecía la posibilidad -que ahora incorpora específicamente el segundo inciso del art 114 Quater y por el cual se pregona la el retroceso del mismo- **en donde indica que uno de los parámetros para proceder al dictado de la medida cautelar puede ser el incumplimiento, por parte del imputado, de otra medida cautelar no privativas de la libertad que se hayan ordenado en protección de la víctima.**

Como ultima acotación podemos señalar que la finalidad evidente de los legisladores del Neuquén al votar esta reforma, no es otra que cumplir con la obligación asumida por el país, cuando este ratifico e incorporo al bloque de constitucionalidad la convención para prevenir, sancionar o erradicar la violencia contra la mujer (convención de Belem Do Para), en donde expresa en **su artículo 7** que los países que ratificaran dicho tratado:

“...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 más específicamente en sus incisos c), d) y h) donde conmina a los estados partes a:

“...Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;” ,, *“d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad”*, *“h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”*

Capítulo 2: Principios fundamentales en pugna ante el dictado de la prisión preventiva en casos de violencia de género:

Nuestra Constitución Nacional establece los principios básicos del ordenamiento jurídico-penal, cuando en su artículo 18 dispone que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por ley antes del hecho de la causa.

Del mismo, se desgranar los siguientes principios, a saber:

1°) la ley penal debe ser preexistente a toda sanción (*nulla poena sine lege*).-

2°) nadie puede ser sancionado sin un juicio previo (*nulla poena sine iudicio*).-

3°) nadie puede ser considerado culpable hasta tanto una sentencia firme lo declare como tal.-

4°) la sentencia del juez natural es la única fuente legítima para limitar definitivamente la libertad.

a) Principio de libertad ambulatoria:

En la escala axiológica de nuestra Constitución, el valor libertad se convierte en un objetivo esencial, ya que desde el preámbulo, se expresa la necesidad de “asegurar los beneficios de la libertad”. La consagración de este derecho en el preámbulo responde al espíritu liberal que impregna toda la ley suprema y que pone sobre el tapete la necesidad de reconocer los derechos del hombre y de bregar por su protección.

Sin perjuicio de ello, y en lo que respecta específicamente a la libertad personal o corporal, encontramos en la parte dogmática de nuestra carta magna, distintos artículos que se refieren específicamente a ella. Así el art. 14 señala el derecho de todo habitante de la Nación de “...*entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino*”, y el art. 18 consagra que “...*nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*”.

Además de las normas constitucionales comentadas en los párrafos anteriores, también existen y deben contemplarse, antes de la aplicación de la medida cautelar, los tratados incorporados por la Reforma Constitucional de 1.994 al Art. 75 inc. 22, algunos de los cuales ya formaban parte del sistema jurídico ya que habían sido ratificados por leyes del Congreso Argentino, pero no poseían jerarquía constitucional. A partir de esta

fecha todo el Derecho Internacional de Derechos Humanos quedo incorporado al plexo Constitucional argentino.

Estos ordenamientos deben interpretarse armónicamente con la Constitución y los derechos y garantías contenidos en su articulado son complementarios de la primera parte de aquella que contiene los derechos fundamentales.

Al tratarse de una Constitución con contenidos pétreos en la parte dogmática, los derechos y garantías allí consagrados, no pueden suprimirse; y en todo caso se entiende que aquellos Tratados de derechos humanos informan e integran ese plexo dogmático;

La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que los tratados complementan las normas Constitucionales sobre derechos y garantías, por esto debe interpretarse que las cláusulas Constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse. Por ello, cualquier ciudadano/a del Estado es titular y sujeto activo de los derechos que esos Tratados reconocen y los Estados partes tienen el deber de aplicarlos en sus ámbitos internos. Caso contrario existen las instancias internacionales que habilitan la demanda del Estado por incumplimiento de una obligación asumida.

En el Art 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, se encuentra consagrado el **derecho a la libertad cuando dice que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Este derecho a la libertad puede ser restringido en casos excepcionales por el Estado en ejercicio del ius puniendi**, la detención de personas debe ser dispuesta por juez competente, conforme el principio de legalidad y no puede ser arbitraria, sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes; en este sentido también se pronuncia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pero en el eventual caso que procediere la detención sea provisional o preventiva, esta encuentra un límite absoluto en la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradantes, tal como lo señalan la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Esta se refiere en todo su articulado a la obligación de los estados partes de la adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otras índoles eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

Podemos entonces ultimar que con la reforma constitucional del año 1994 quedaron incorporados dentro del vértice de nuestra pirámide jurídica, en el artículo 75 Inc. 22 y formando el bloque de constitucionalidad federal, los Tratados Internacionales, que consagran expresamente, entre otras cosas, el derecho a la libertad personal, por lo que se podría afirmar que estos pactos vienen a reafirmar y a explicitar el derecho de libertad corporal que ya establecía nuestra Carta Magna.

b) **El Principio de Inocencia:**

Siendo que nuestra Constitución Nacional afirma que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin “juicio previo” fundado en ley anterior al hecho del proceso, ninguna duda cabe en el sentido que ese “juicio previo” es el que debe dar paso a una condena penal, sólo posible cuando quien la merezca haya sido declarado culpable en dicho proceso. Así entonces, mientras tanto una persona no sea declarada culpable por sentencia firme, todos los habitantes de este suelo gozamos de un “estado de inocencia”, aun cuando registre algún proceso en trámite y cualquiera sea su progreso. Es decir, tal como nos enseña el Dr. Jorge A. Claria Olmedo, todo imputado goza de ese “estado de inocencia” desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de éste. Ese estado no se destruye con la denuncia, el procesamiento o la acusación; se requiere una sentencia penal condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada luego de un “juicio previo” (Tratado de Derecho Procesal Penal del Dr. Jorge A. Claria Olmedo, Tomo I -nociones fundamentales-, ed.: Ediar SA Editores, pág. 231).

Por su parte, el Dr. Julio Maier, afirma que la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena (Derecho Procesal Penal del Dr. Julio Maier, Tomo I- fundamentos-, ed. Editores del Puerto s.r.l., pág.: 490).

El “principio de inocencia” fue formulado desde su génesis como una insignia de la libertad individual y si bien antes de la reforma Constitucional del año 1994 ya se desgranaba de nuestra Carta Magna (precisamente de los arts. 18 –vinculado palmariamente al juicio previo- y 33 -relacionado con las garantías implícitas), lo cierto

es que luego de ello, fue expresamente consagrado, precisamente a raíz del raigambre constitucional de las declaraciones y convenciones de derechos humanos incorporados al art. 75 inc. 22. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su art. 11 que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 26, expresa que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 8 inc 2°, dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme art. 14 inc 2°, expresa que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (art. 40, 2, b, i).

c) **Derecho a una vida libre de violencia, al acceso a la justicia y debida diligencia**

Por medio de la Convención de Belém do Pará, los Estados Parte firmantes acordaron que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Además reconocen que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres y que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.

La Convención de Belém do Pará, establece por primera vez el derecho de las mujeres a vivir una **vida libre de violencia**. Este tratado interamericano de derechos humanos ha dado pauta para la adopción de leyes y políticas sobre prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres en los Estados Parte de la Convención, formulación de planes nacionales, organización de campañas e implementación de protocolos y de servicios de atención, entre otras iniciativas; y ha

sido un aporte significativo al fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De acuerdo a sus preceptos toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. Además impone que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y “... *Conviene 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;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.”

Es importante hacer notar que mediante la reforma comentada al código de rito, correctamente el legislador Neuquino ha tomado conciencia de la necesidad de cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado argentino, el cual ha tenido una postura clara en relación a la prevención contra todas las formas de violencia hacia las mujeres y la defensa de sus derechos. En este sentido, ha ratificado diversos instrumentos internacionales de derechos humanos (entre ellos la convención Belem Do Para) **comprometiéndose a adoptar las medidas necesarias para prevenir la violencia de género, asistir y reparar a sus víctimas.** La responsabilidad asumida por nuestro país ha dado origen a múltiples herramientas diseñadas a nivel legislativo, a fin de reforzar los mecanismos de protección frente a este flagelo, y esta reforma no escapa a ese ámbito.

d) Conjugación entre los principios de inocencia y libertad; y la detención preventiva:

Como se viene señalando en esta obra en nuestro sistema rige el “principio de inocencia”, lo que de acuerdo a una rápida interpretación se observa su incompatibilidad con la restricción de la libertad ambulatoria previo a una sentencia condenatoria firme. Pero también es cierto que en nuestro régimen nacional se ha consagrado al encarcelamiento preventivo como medida cautelar con exclusivo fin procesal, y el derecho de permanecer en libertad durante la tramitación del proceso penal, sólo puede ceder en casos excepcionales. Así como hemos hecho referencia al ámbito provincial, también en el ámbito nacional, se debe realizar un exhaustivo análisis de las normas vigentes, y de su juego armónico surge que las únicas razones en que puede fundarse legítimamente el encarcelamiento preventivo son el “riesgo de fuga” y el “entorpecimiento de la investigación”, ya que el art. 280 del Cód. Adjetivo Nacional dispone que *“La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad...”*. Así también estaba incluido en el viejo artículo 114 del mismo cuerpo normativo pero de la provincia de Neuquén. Ahora bien, no es menos cierto que el art. 319 del código Nacional admite la denegatoria de la excarcelación cuando exista riesgo de que el imputado *“intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”*. En este sentido, y a la hora de decidir la existencia del peligro procesal, el tribunal no debe limitarse a hacer un simple enunciado dogmático de la causal, sino que es deber comprobar de manera rigurosa, sobre la base de pruebas obrantes en el expediente la existencia de la causa que torna legítima la privación de la libertad (Publicación del Dr. Nelson R. Pessoa -"En torno a la libertad durante el proceso penal"-, en la Revista de Derecho Procesal Penal - Excarcelación, año 2005- de la ed.: Rubinzal-Culzoni Editores).

También ha sido debatido en el ámbito jurisprudencial y académico que sucede si el monto de la pena del delito atribuido supera el máximo establecido en la ley procesal, o si no resulta viable una condena de ejecución condicional (art. 316 segundo párrafo del Cód. Procesal. Penal de la Nación). Durante muchos años, en nuestros Tribunales, el esquema adoptado para analizar nuestra legislación procesal era el de presumir de manera absoluta que no se admitía prueba en contrario respecto de lo estipulado en el art. 316, segundo párrafo del Cód. Procesal Penal de la Nación. Pero, la luz de la jurisprudencia actual hizo que aquello no se tome de manera rígida,

rechazando que se pueda considerar que una persona pueda llegar a intentar eludir el accionar de la justicia exclusivamente en base a la pena aplicable (Pena en expectativa)

En el fallo “Barbará”, el Dr. Gustavo Alfredo Bruzzone señaló que “*acerca de la pauta que fija el art. 316 del CPPN, se ha sostenido con razón que... la sola sospecha de que el imputado, por el monto de la pena que se espera en el caso de recaer condena intentará eludir la acción de la administración de la justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo*”. Asimismo, en "Macchieraldo" se precisó que ello implicaba incurrir en afirmaciones dogmáticas, que resultaban violatorias de la garantía constitucional de todo ciudadano de permanecer en libertad durante la sustanciación de un proceso llevado en su contra, cuando no existen pruebas que hagan presumir que eludirá la acción de la justicia.

En este sentido, el Dr. Edgardo Alberto Donna, acudiendo a Roxin en el fallo "Barbará", sostuvo que los presupuestos materiales para acreditar la peligrosidad procesal son:

1) la sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible, esto es, debe existir un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y de la perseguibilidad.

2) debe existir un motivo específico de detención.

2.2) cuando exista la presunción de que el imputado no se someterá al procedimiento penal, ni a la ejecución. Se debe tener en cuenta la pena y la prueba en contra del imputado.

3) peligro de entorpecimiento:

3.1) que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba.

3.2) *influirá de manera desleal en coimputados, testigos o peritos.*

3.3) *inducirá a otros a realizar tales comportamientos. Y todo ello si comporta un peligro de que se dificultará la investigación.*

4) la gravedad del hecho.

5) el peligro de reiteración.

Se llega a la conclusión que la prisión preventiva solo se ha de imponer cuando exista peligro de frustración del proceso (entorpecimiento de la investigación). En términos similares se expresó el Dr. Gustavo Alfredo Bruzzone en el mismo fallo, al precisar que convocado a resolver sobre la necesidad de mantener en detención cautelar

a una persona tanto o más relevante que las condenas anteriores o procesos en trámite, son las cuestiones que hacen a su identidad, medios de vida, arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. Continuó sosteniendo que al peligro de obstaculización de la investigación la prudencia indica, como lo hace el art. 204 del Cód. modelo citado, que solo la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, **o que pueda influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o que, por estar en libertad, pueda inducir a otros realizar esas conductas.**

Asimismo, la Dra. Mirta López Gonzalez, comentando el “Informe s/97 del 11 de marzo de 1997: Argentina” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, precisó que la posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo **los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que los mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.** En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada (Publicación de la Dra. Mirta López González -"Prisión Preventiva"-, en la Revista de Derecho Procesal Penal - Excarcelación, año 2005- Ed.: Rubinzal-Culzoni Editores).

A manera de cierre del capítulo y como se desprende del análisis del mismo, el debate acerca si el encarcelamiento preventivo logra acoplarse a uno de los principios constitucionales por excelencia, esto es, el de ser considerado inocente hasta tanto una sentencia firme demuestre lo contrario continua siendo debatido. Sin perjuicio de lo dicho, la modificación que se está analizando en esta obra, lejos está de promover la implementación de la prisión preventiva de manera generalizada y amplía, y de procedencia automática a todo tipo de delitos, incluido los de violencia de género. Contario sensu, lo que el legislador promovió con la misma es la evitar el abandono de la víctima del delito y de su familia -con lo cual estaría incumpliendo sus obligaciones-; y por otro lado pretende asegurar los derechos de las víctimas mujeres, reconocidos en los instrumentos internacionales de lucha contra la violencia, e incorporados a nuestra carta magna.

Como se vienen sosteniendo en el trabajo, este tratado internacional posee rango constitucional por lo que, el juzgador deberá balancear los derechos en él los reconocidos a favor de la mujer, con los derechos antes mencionados que incumben al procesado, para decidir sobre la aplicación de la medida cautelar, siempre habiendo sido evaluadas las circunstancias concretas del caso. En otras palabras el juez podrá tomar estos nuevos parámetros para formar su opinión sobre el dictado de la medida.

Por otro lado, si bien es también cierto que la gravedad de la pena en expectativa es un motivo muy importante para considerar que el imputado puede eludir el accionar de la justicia, lo cierto es que ello no puede ser tomado como una presunción “*iure et de iure*”. Así mismo con la modificación cuestionada al código de procedimientos de Neuquén, no se pretende imponer la prisión preventiva de **manera rayana y automática** por el hecho cometido, arguyendo que, como procede violencia de género, este sería un agravante en determinados delitos, y podría proceder una condena de cumplimiento efectivo de larga duración (al menos no excarcelable). Muy por el contrario en ningún momento se incluye precepto de este tipo, en el cual la pena en expectativa podría aplicarse como argumento para que proceda el instituto en todos los casos, sino que lo incorporado por parte del legislador son herramientas que nada tienen que ver con el plazo de la eventual condena, sino con la posible intervención del imputado con la actividad de la víctima y su familia -con lo que estaría obstruyendo el procedimiento-. **Como síntesis final del capítulo, podemos evaluar que no se desprende de la nueva redacción del artículo 114 que el legislador pretenda imponer la prisión preventiva “per se” por mediar violencia de género y sin posibilidad de contradecir, sino que el juez al momento de evaluar la procedencia de dicha medida, tendrá, gracias a la modificación del código –necesario cumplimiento de los compromisos asumidos-, más y mejores instrumentos para determinar su posible procedencia, a fin de evitar la frustración del proceso por entorpecimiento del mismo.**

Capítulo 3: Análisis de la violencia de género

Siguiendo con el hilo conductor de la obra y para continuar demostrando que la mentada modificación de CPP Neuquino **no hace más que cumplir con la obligación asumida por el estado** cuando ratificó la convención Belem do Para, en cuanto a brindar y dotar de herramientas al ordenamiento jurídico para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en este capítulo haremos hincapié en el flagelo que significa la violencia de género.

Es sabido que los distintos tipos y modalidades de violencia contra las mujeres, tanto en el ámbito público como privado, no pueden ser abordadas desde una visión reduccionista, sino comprendidas en la compleja trama de discriminaciones de género que -a pesar de los enormes avances logrados en nuestras sociedades y desde los Estados- aún obstaculizan o impiden la efectiva titularidad y el pleno ejercicio de “todos” los derechos humanos. No obstante, también se reconoce que la extensión en cantidad e intensidad de la violencia contra las mujeres, en cuanto a la grave violación de los derechos humanos, es una cuestión que debe ser visibilizada e interpretada en su concreta especificidad.

“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” (Art. 4º Ley 26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales)

a) Evolución de las herramientas de lucha contra la violencia de género:

En las últimas décadas se ha ido reconociendo cada vez en el ámbito nacional, como en el ámbito internacional que la violencia de género es un problema, no sólo para

las mujeres sino también para el logro de la igualdad y el desarrollo de las sociedades. Allá por el año 1979 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, con lo que se incorporó a las mujeres a la esfera de los derechos humanos. En dicho instrumento se aborda en forma tangencial el problema de la violencia contra las mujeres; una de sus deficiencias es precisamente la falta de una definición del concepto de la violencia de género. Recién a partir de 1980, en la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer celebrada en Copenhague se adoptó la resolución titulada “La mujer maltratada y la violencia en la familia” con lo que la preocupación específica por este problema comenzó a manifestarse en mayor medida. (Nieves Rico, *Violencia de género: un problema de derechos humanos, julio de 1996, CEPAL*)

Desde entonces las Naciones Unidas han organizado encuentros de grupos de expertos sobre la violencia contra las mujeres y se han organizado mecanismos de control como la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, el Consejo Económico y Social, la División para el Adelanto de la Mujer, la Oficina de Estadística y el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia.

Pasaron nueve años y en 1989, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó que:

“los Estados Miembros informaran sobre la violencia contra las mujeres y las medidas adoptadas a nivel gubernamental para erradicarla.” (Comité para la eliminación de la discriminación, 1989)

En 1991 se determinó que en los instrumentos vigentes no se tomaba debidamente en consideración la violencia de género y que no se definía específicamente este delito. La falta de una conceptualización clara de este problema, dificultaba la aplicación efectiva de las normas internacionales sobre derechos humanos para solucionar este problema, por lo que se redactó un proyecto de declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en el seno de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer analizó.

A la vez, los grupos de mujeres de la región comenzaron a realizar diversas actividades cuyo objetivo común era el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, proceso que se intensificó durante los preparativos de la Conferencia Mundial

de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizada en Viena en junio de 1993. En dicha conferencia se propuso que se incluyeran referencias específicas a la violencia de género, en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por su parte, en la Declaración de San José sobre los Derechos Humanos, adoptada al término de la Reunión Regional para América Latina y el Caribe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en enero de 1993 en Costa Rica, los gobiernos latinoamericanos y caribeños reiteraron que el Estado debe otorgar prioridad a las acciones que contribuyan al reconocimiento de los derechos de las mujeres, a su participación en la vida nacional en condiciones de igualdad de oportunidades, a la erradicación de todas las formas de discriminación oculta o evidente y, especialmente, a la eliminación de la violencia de género.

Uno de los grandes logros alcanzados fue la inclusión en la declaración final de la Conferencia, de la propuesta de designación de una Relatoría especial sobre Violencia Contra las Mujeres que se encargaría de presentar informes sobre el estado de situación en todos los países del mundo. En noviembre de 1993, en el 48 período de sesiones de las Naciones Unidas también se dispuso la designación de dicha Relatoría.

Posteriormente se propuso la adopción de dos nuevos instrumentos internacionales en los que se reconoce que todas las formas de violencia de género constituyen violaciones a los derechos humanos: la Declaración 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, propuesta por la Organización de los Estados Americanos por intermedio de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). En la Declaración se reconocía la urgente necesidad de hacer extensivos a las mujeres los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos. En el artículo 1 se define la violencia contra la mujer

"como todo acto de violencia basado en la diferencia de género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada"

En el artículo 2 se considera que la violencia de género

"abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violación por el marido, ... los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y las intimidaciones en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra" (Naciones Unidas, 1994).

En síntesis, los avances logrados en el transcurso de estos años se centran fundamentalmente en dos áreas: hacer visible la violencia contra las mujeres y las violaciones de sus derechos humanos y, la consideración de sus intereses y demandas en los instrumentos sobre protección y promoción de los derechos humanos de las Naciones Unidas. Este creciente reconocimiento internacional del problema es una consecuencia de la mayor conciencia que existe a nivel mundial sobre los derechos de las mujeres y de la labor de organizaciones que han indicado en reiteradas oportunidades que preocuparse por la violencia de género es una prioridad para las mujeres de todo el mundo. Este reconocimiento del problema y su necesaria evitación, es de la que se hizo eco el legislador Neuquino. Con este horizonte claro, incorporó las herramientas necesaria para dar prioridad a sumar los más variados instrumentos de lucha contra el flagelo que significa la violencia de género en las legislaciones internas del país.

b) La violencia de género como violación de los derechos humanos

Si bien desde los años setenta las mujeres han tenido una amplia y visible participación en el movimiento de defensa de los derechos humanos, esto no significó que hayan llevado necesariamente a su seno reivindicaciones de género. Recién a fines de los años ochenta surgen con fuerza la conciencia y la práctica de las mujeres como sujetos de derecho. A su vez, la vinculación del tema de la violencia de género a los derechos humanos ofrece nuevas posibilidades de análisis y de lucha, para poner fin a las discriminaciones contra las mujeres.

Sin embargo, hasta hace muy pocos años, de acuerdo a los valores sociales dominantes, las legislaciones de América Latina y el Caribe, de inspiración romana y napoleónica, consagraban la noción de propiedad y autoridad masculina en desmedro de las mujeres, consideradas legalmente como “eternas menores de edad o discapacitadas”, e incluso ratificaban la violencia en su contra como mecanismo de castigo y control; en este contexto, las mujeres casadas eran las que recibían menos protección legal. Además, si bien la Organización de los Estados Americanos (OEA) comenzó a tomar medidas concretas contra la discriminación legal en virtud del sexo ya en los años veinte, la cotidianidad de la violencia de género en los hogares ha dejado al descubierto las deficiencias de los sistemas jurídicos debidas a la falta de figuras legales que tipifiquen los delitos, sancionen a los agresores y protejan a las víctimas

La violencia de género es un asunto de Derechos Humanos, de pleno ejercicio de la ciudadanía y por esto es una “cuestión social”; y son diversos los actores sociales que tienen la responsabilidad de intervenir. Por un lado el Estado -nacional, provincial, municipal- que tiene la responsabilidad de cumplir y hacer cumplir las diferentes leyes y normas que se han ido dictando para terminar con este flagelo. Pero como ya se ha dicho, con **las leyes solamente no se resuelve:** se requiere de una política global que, sin dejar de prestar asistencia a quienes denuncien y soliciten atención inmediata, establezca la realización de estudios empíricos que recojan datos reales los cuales sean sistematizados con seriedad y rigor, con la finalidad de determinar los factores de riesgo, los grupos más vulnerables y las políticas específicas que se requieren en distintos contextos geográficos y regionales. Esto es necesario debido al viejo refrán que dice que **ninguna ley será efectiva si no se han previsto los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a la justicia.** Estos mecanismos serían entre otros: el patrocinio jurídico gratuito y las políticas sociales activas que sostengan a las mujeres durante el proceso iniciado una vez que se han decidido a formular la denuncia pertinente, etc. (*Nieves Rico, Violencia de género: un problema de derechos humanos, julio de 1996, CEPAL*)

La violencia de género debe constituir un tema prioritario de la agenda pública y debe constituirse en una “política de Estado”. Para ello se requieren políticas públicas (coordinadas y suficientemente financiadas) a nivel nacional, provincial y local que formen parte de la programación y que tomen en cuenta las características específicas de cada grupo social, del lugar donde viven y de los factores de riesgo que enfrentan.

Desde el Estado se deben crear programas y profundizar y extender los que están en marcha, para sensibilizar a la población en general e, incluso, al interior de su propia estructura, capacitando al personal estatal de todos los niveles y formar cada vez más recursos profesionales especializados en la problemática, a fin de hacer un trabajo de prevención.

Por ello, es necesario ir construyendo relaciones cada vez más democráticas, sin orden jerárquico ni de dominación/subordinación ejercidas mediante el poder en el interior de los hogares, en la familia y en todos los espacios sociales. Este es un trabajoso proceso de cambios de las pautas de convivencia, que implica la revisión de los patrones de desigualdad existentes y el replanteo de la subordinación de género; para ello es necesario la inclusión de todos los integrantes de la familia en una nueva dinámica de construcción de las relaciones, más flexible en la toma de decisiones, y que facilite el reconocimiento de las necesidades y deseos de cada miembro. Se trata de cambios en la estructura familiar y, a través de ella, en la sociedad toda. (*Nieves Rico, Violencia de género: un problema de derechos humanos, julio de 1996, CEPAL*)

Por lo tanto, la violencia contra las mujeres es un problema que involucra a toda la sociedad, es una cuestión de defensa de los derechos humanos de las mujeres. Erradicarla requiere ni más ni menos que transformar la cultura, una cultura que considera a la mujer como objeto o como persona moralmente inferior a los varones. Es necesario removerlo, instigarlo, trabajar por una reforma de las subjetividades y de los afectos.

Por otra parte, la reforma de los códigos penales y civiles y de las leyes en general le ha otorgado al problema una preocupación política. Se han presentado numerosos proyectos de ley y propuestas legales con el objeto de prevenir y penalizar la violencia de género, específicamente la que se produce en el ámbito doméstico y familiar, con la convicción de que uno de los problemas concretos a los que se enfrentan las víctimas es la inadecuada respuesta legislativa.

La especificidad de la violencia de género en el espacio doméstico conduce a tipificar también actos de violencia de aparente menor gravedad como las agresiones verbales y emocionales, los actos privativos de libertad o coaccionantes, las lesiones físicas que no llegan a configurar el delito de lesión grave y los abusos sexuales que no constituyen violación o estupro. Los indudables avances logrados en la región en el

proceso de ampliación de derechos formales de las mujeres, aún no se han visto complementados por su aplicación práctica y cotidiana dentro y fuera de las esferas de la administración de justicia; por lo tanto, si bien el adelanto legislativo significó una mayor cobertura declarativa, las posibilidades de ejercicio de sus derechos por parte de las mujeres siguen estando restringidas por las resistencias ideológicas que se presentan, así las discriminaciones del pasado dificultan gozar de los derechos vigentes en la actualidad.

A pesar de que el derecho procesal debiera ser una consecuencia lógica de los mandatos jurídicos, en los países en que ya se ha tipificado el delito, las normas penales al parecer no son efectivas porque los procedimientos están pensados para esclarecer hechos acaecidos en lugares públicos y entre personas no ligadas por lazos afectivos o de parentesco.

Es muy común que cuando las mujeres inician un procedimiento legal las denuncias no prosperen; esto se debe, entre otros, a los siguientes motivos: el empleo de argumentos en defensa de la estabilidad familiar por parte de los funcionarios del poder judicial, para que la víctima desista de presentar una demanda; la falta de "pruebas contundentes" para iniciar un proceso; la falta de testigos oculares "objetivos" (los niños no se consideran testigos válidos, además de que es muy difícil que declaren contra el padre del cual dependen afectiva y económicamente y del que temen represalias); la lentitud de los trámites; la rigidez y complejidad de los procesos penales que desalientan a las víctimas, y el hecho de que en general las mujeres no desean que su pareja reciba una condena privativa de la libertad, sino que buscan protección y apoyo para salir de la situación de violencia en la que se encuentran.

c) **Herramienta específica - Belem do para:**

La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o más conocida como el tratado de Belem Do Para, nombre que recibe en alusión al lugar geográfico en donde se llevó a cabo la sanción de este tratado por parte de la asamblea general de la organización de los estados americanos el día 9 de junio del año 1994 es una herramienta específica contra la prevención sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. Este tratado fue ratificado por nuestro país

el 5 de Julio de 1996 y aprobada por ley N^o 24.632, y en el año 2011 se le brindó jerarquía constitucional en los términos exigidos por el art 75 inciso 22 de la constitución nacional.

En los fundamentos para la aprobación del tratado se expresaba que la violencia de género constituye una de las violaciones más graves a los derechos humanos de las mujeres, lo que refleja y refuerza su situación de subordinación social.

“...La violencia contra las mujeres viola su derecho a la integridad personal y a la salud, y menoscaba el pleno goce de sus derechos civiles, sociales, económicos y culturales. Atraviesa todas las variables: etnias, religión, nivel económico o social, educación, edad y cualquier otra condición. Tiene efectos traumáticos inmediatos y a largo plazo en el futuro de la mujer, de sus hijos e hijas y en la sociedad en su conjunto.”(Fundamentos Belem do Para)

Es importante destacar que existen diversos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos que contienen disposiciones las cuales pueden ser aplicadas para proteger a las mujeres de la violencia. Más específicamente, los tratados internacionales de derechos humanos incluidos en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, son los que se pueden ser utilizar para defender y promover los derechos humanos de las mujeres.

Por ello es importante reconocer a la violencia de género como violación a los derechos humanos y como violación directa a uno o más de los derechos consagrados por los tratados internacionales de derechos humanos. Pero más allá de esto, también es importante el tratamiento explícito de la violencia de género en instrumentos específicos para esta materia. En efecto, estos instrumentos específicos sobre violencia de género conducen a los Estados a tomar medidas que tiendan a combatir la muy generalizada aceptación y naturalización cultural de la violencia de género, así como la dependencia económica y la falta de poder político, social y cultural, lo que hace a las mujeres vulnerables a los distintos tipos de violencia.

Adentrándonos en el plexo del tratado, este consta de un preámbulo donde reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales que trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión. Asimismo, reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Esta convención se organiza en 25 artículos distribuidos en cinco capítulos: el primero describe la definición de violencia contra la mujer y el ámbito de aplicación de la convención; el segundo capítulo prescribe los derechos protegidos; el tercero establece los deberes de los Estados; el cuarto se refiere a los mecanismos interamericanos de protección, y el quinto contiene las disposiciones generales relativas a la interpretación, firma, ratificación, reservas, enmiendas, denuncias y vigencia de la convención.

Esta convención contiene una definición amplia sobre las diversas modalidades en que, la violencia contra las mujeres puede presentarse. El denominador común radica en que el factor de riesgo fundamental es la pertenencia al género femenino, sin perjuicio de su combinación con una serie de condiciones de vulnerabilidad que agravan esta violencia de género.

Así, en el artículo 1 de esta convención se expresa:

“debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause su muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, y en su artículo 2º agrega que

“se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual, y psicológica:

”a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

”b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y

“C) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.”

El gran avance que propugna esta convención está dado en el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres se inflige tanto en el ámbito público como en el privado y que los Estados deben asumir la protección de los derechos de las mujeres independientemente del contexto en el cual éstos son violados, corriendo el velo de la privacidad del hogar.

Otro de los logros más importantes de la convención es que, sus preceptos se aplican también para la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra. Además considera la real dimensión de la violencia contra las mujeres, estableciéndola como una de las mayores violaciones de sus derechos humanos. Con ello la convención amplía la concepción tradicional de “responsabilidad del Estado” al hacerle asumir sus deberes de garante de los derechos humanos y responsabilizarlo por la omisión de cumplir ese rol.

Además asume una acertada posición al definir ampliamente en su articulado, cuáles son los derechos menoscabados por la violencia contra las mujeres al incluir la dimensión social de discriminación por estereotipos y prácticas sociales y culturales.

Por lo tanto, no sólo atiende a las cuestiones jurídicas sino que también se extiende a las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales que resultan precondiciones para el pleno goce y ejercicio de una vida libre de violencia.

Además, establece una serie de obligaciones que deben cumplir los estados parte. En el **artículo 7º establece que los Estados deben adoptar sin dilaciones**, los medios apropiados para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. En particular:

- Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia y velar por que sus autoridades, funcionarios, personal, agentes e instituciones se comporten de acuerdo con esta obligación.
- Actuar diligentemente para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, incluyendo la sanción de las normas necesarias a tales efectos, en particular para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer, de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; así como la abolición de las normas o la modificación de las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia.
- Establecer procedimientos legales, judiciales y administrativos, justos y eficaces, que incluyan medidas de protección, juicio oportuno, acceso efectivo, resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación.
- **Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la convención.**

Este artículo en particular es la base fundamental de la reforma comentada en esta obra. Entendemos que el legislador Neuquino hizo suyas las palabras del último inciso del art N° 7 de la convención, he incorporó en su ordenamiento procesal, las “... disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la convención”.

Luego se establece en su artículo 8 un segundo nivel de deberes de los Estados, que deben cumplir en forma progresiva. Estas obligaciones incluyen la adopción de medidas y programas específicos para:

- Fomentar el conocimiento y la observancia del Derecho de la mujer a una vida libre de violencia; diseñar programas de educación para concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia, los recursos legales y la reparación que corresponda.
- Modificar los patrones culturales de conducta de varones y mujeres, estereotipos y prácticas basadas en la premisa de inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros que legitimizan o exacerbaban la violencia, en particular a través de la educación.
- Fomentar la capacitación del personal en la administración de justicia, policía y demás funcionarios/as encargados/as de aplicar la ley y del personal específico para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer.
- Suministrar los servicios especializados apropiados en el sector público y privado: refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuidado y custodia de menores; programas de rehabilitación y capacitación de la mujer víctima de violencia que le permitan participar plenamente en la vida pública y privada.
- Alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer y realzar el respeto a la dignidad de la mujer.
- Garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la

violencia para evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia y para aplicar los cambios necesarios.

- Promover la cooperación internacional.

Un avance significativo que a los mecanismos de protección se refiere, es la legitimidad para presentar denuncias y quejas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“podrá hacerlo cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la organización, cuando el Estado no cumpla con las obligaciones previstas por el artículo 7º de la convención. La comisión considerará estas denuncias de acuerdo con las normas y requisitos de procedimientos para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos y el estatuto y reglamentos de la comisión”

Por todo ello es que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer constituye uno de los avances más significativos y de fundamental importancia en la re-conceptualización de los derechos humanos de las mujeres. También es la convención que marca los lineamientos fundamentales para el diseño, implementación, coordinación y seguimiento de las políticas públicas a desarrollar en materia de violencia doméstica y sexual, así como convertirse en el instrumento principal en la jurisdicción interna a los efectos de interpretar los derechos de las mujeres.

Es por ello también que los legisladores Neuquinos han podido hacerse carne de estas exigencias e incorporar en sus ordenamientos procesales, mediante la sanción del artículo 114 Quater del código procesal provincial, medidas específicas que pregonen y ayuden en la evitación de este flagelo, y brinden un adecuado acceso a la justicia por parte de la víctima. Este adecuado acceso debe valorarse como una apropiada intervención en el proceso, libre de toda coacción o interferencia por parte del sospechado, sobre su persona o la de sus familiares.

Capítulo 4: Casos prácticos y jurisprudencia

a) Criterios utilizados en el uso de la prisión preventiva cuando media violencia de género

Existen numerosos fallos en el ámbito nacional y en distintas provincias, en los cuales se incorporan los preceptos del tratado de Belem Do Para, ante el hecho específico donde medie violencia de género. Un ejemplo de ello se puede encontrar en el fallo “D., V.H. s/Homicidio en grado de tentativa – Incidente de apelación s/Casación” (Expte. N° 25710/12 STJ)” el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro resolvió declarar admisible el recurso de casación deducido por el Fiscal de Cámara Dr. Juan Ramón Peralta y como medida cautelar dispuso suspender lo decidido por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, -que había dejado sin efecto la prisión preventiva de V.H.D.

El máximo Tribunal Provincial entendió que:

“el hecho reprochado implicaba una agresión en un contexto de violencia de género, que debe ser visibilizada y atendida en forma apropiada y urgente y que era necesaria la intervención del STJ conforme las exigencias de fuentes normativas convencionales -Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer- "Convención de Belem do Pará”.

“...Ello pues tal normativa no fue parte del análisis de la Cámara y exigía una especial obligación de actuar con la debida diligencia. El modo eficaz y único de asegurar tal prevención era suspender la decisión de la Cámara que dejaba en libertad al imputado al revocar la prisión preventiva dispuesta por el Juez de Instrucción”

En la sentencia que lleva la firma de los Jueces Víctor Hugo Soderro Nievas, Roberto Maturana y Jorge Bustamante, el STJ se dijo que

“...El ataque que origina la presente causa obedece a un contexto de violencia de género, y más específicamente de tipo doméstica, que ha llevado al señor Fiscal de Cámara a decir que “el imputado continuará en la actividad delictiva en la medida que el acto de intentar quitar la vida a su ex-pareja es la culminación de una saga de eventos agresivos para con la misma”,

En el caso en particular el victimario había perseguido a la víctima, en pleno centro de la ciudad de Viedma y frente a testigos, quiso asesinarla. Previo a este hecho ya existían actuaciones previas en el marco de la Ley 3040 de Río Negro (Violencia

familiar) ante la Justicia de Paz por amenazas sobre el hecho de que D. era conocido por las agresiones a su familia.”

“En el contexto descrito, la preocupación, la angustia y –fundamentalmente- el temor por su seguridad y la de sus hijos puestos de manifiesto por la víctima P.C. al tomar conocimiento de la libertad otorgada a su agresor aparecen fundados y deben tener una respuesta efectiva por parte del Poder Judicial,” resaltó el STJ.

“La privación de libertad del agresor se transforma en este caso en una medida necesaria para garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de la señora P.C. –y de sus hijos menores de edad-, así como su derecho a vivir una vida libre de violencia.”

“La Convención establece deberes concretos que deben ser cumplidos por los estados que la han firmado, entre los que se destacan la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad, y 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”

“De las normas citadas resulta un marco normativo que no puede ser desconocido en el presente caso, producto de un consenso de la comunidad internacional en torno a una problemática que lamentablemente no es ajena en nuestra región...”

“Frente a esta realidad, es dable recordar que recientemente la Comisión Interamericana ha reconocido “el potencial del Poder Judicial como un sector clave en la protección de los derechos de las mujeres y el avance de la igualdad de género”, concluyó el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro” D., V.H. s/Homicidio en grado de tentativa – Incidente de apelación s/Casación” (Expte. N° 25710/12 STJ).

Así también podemos observar, una vez vigente el Femicidio en nuestro Código Penal, lo expresado por el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 17 de Capital Federal en el auto de procesamiento y prisión preventiva de fecha 06 de Marzo de 2013, estableciendo que:

“El Femicidio es una figura penal que ha sido recientemente incorporada por la ley 26.971 al catálogo punitivo y se encuentra normativamente definido como la acción

de dar muerte a una mujer llevada a cabo por un hombre mediando violencia de género. En el caso resulta claro la pertenencia al género masculino por parte del autor y al femenino por parte de la víctima, y para conceptualizar los alcances normativos del elemento “violencia de género” debe considerarse especialmente la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, República Federativa del Brasil del 9 de Junio de 1994, ratificada por ley 24.632) en cuanto establece que ‘...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...’ - M. G. G. s/ procesamiento – femicidio.

En este caso de femicidio concurriendo también las agravantes de haber sido cometidos en perjuicio de la persona con quien mediaba una relación de pareja y con ensañamiento, en calidad de autor. Del auto de procesamiento se puede extraer:

“...el procesamiento con prisión preventiva en orden al delito de femicidio, agravado por la relación de pareja y por haber sido cometido con ensañamiento (art. 80 incs. 1º, 2º y 11º del C.P.), de un hombre que atacó con un arma blanca a su concubina -con quien tenía hijos en común, - provocándole numerosas heridas que la llevaron al deceso, pues el hecho se produjo en el marco de un hecho de violencia resultante de cuestiones atinentes a la pareja y abusando de la vulnerabilidad de la víctima, en virtud de lo cual, se agrava el reproche establecido en la norma.”

b) Aplicación de Belem Do Para ante denegación de Probation.

En este capítulo analizaremos a la luz de la jurisprudencia de los tribunales nacionales, si es viable la interrupción del ejercicio de la acción penal por parte del Estado cuando se investigan delitos de género. En otras palabras, analizar si resulta posible la aplicación de criterios de oportunidad o métodos alternativos de resolución de conflicto sin pena – como suspensión de juicio a prueba, solución de conflicto, mediación – que hacen cesar, suspenden o interrumpen el ejercicio de la acción penal a manos del Estado, en casos donde se investigan actos de violencia contra las mujeres.

Uno de los primeros precedentes judiciales en la materia fue en el año 2010. En un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal – sala II – donde se rechazó la suspensión del juicio a prueba en un caso de abuso sexual simple, por considerar que la

aplicación del instituto de la probation en estos supuestos, constituiría una infracción a los deberes del Estado asumidos por los instrumentos internacionales, en cuanto establecen el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer y establecer procedimientos legales y eficaces, como medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, de conformidad con la Convención de Belém do Pará y la CEDAW. Surge de la doctrina del mentado fallo que los jueces, como integrantes del Poder Judicial del Estado, deben interpretar la ley y fundar sus decisiones con arreglo a este compromiso estatal.

Los magistrados firmantes del fallo determinaron que la suspensión del proceso a prueba

“es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías (...) la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación de hechos que constituirían un delito, este instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a los sucesos que impliquen de alguna forma violencia contra la mujer”, pues en estos casos, suspender el juicio a prueba “implicaría afectar las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar, circunstancia que pondría en crisis el compromiso asumido por el Estado al aprobarlas” Cámara Nacional de Casación Penal - Sala II -; (A.O., R.V. S/RECURSO DE CASACIÓN”; Expte N° 13.245; Sentencia del 07/12/2010.)

Más acá en el tiempo y con el devenir de este problema tan extendido, encontramos que la Jurisprudencia mantuvo la línea de respeto por los compromisos internacionales asumidos, entendiendo que la acción penal no debe suspenderse ni interrumpirse en delitos de género. Otro ejemplo que podemos traer a colación es el de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el año 2012, en virtud el recurso incoado por la defensa técnica por no concederse la suspensión de juicio a prueba por falta del consentimiento del Agente Fiscal, estableció que:

“son legítimas las razones de política criminal enunciadas por el fiscal para oponerse a la concesión de la suspensión del juicio a prueba si el hecho atribuido - configurativo de los delitos de los arts. 90 y 149 bis CP, (...) enmarca en lo que

doctrinariamente se conoce como violencia de género, habiendo nuestro país asumido un compromiso internacional a los fines de erradicar la violencia contra la mujer”. Cámara Nacional de Casación Penal - Sala I -; “P., S. S/RECURSO DE CASACIÓN”; Sentencia del 27/11/2012.”

En el año 2013, ante la discusión ya instaurada entre los operadores jurídicos sobre la procedencia de criterios de oportunidad y suspensión del ejercicio de la acción en casos de violencia de género, se expidió la Corte Federal en forma clara y precisa sobre el tópico en cuestión en el resonante -al menos jurídicamente- caso Gongorra. En el mismo la corte entendió que en los delitos vinculados a todo tipo de violencia contra la mujer, en los términos de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) es inviable:

“la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente”. Corte Suprema de Justicia de la Nación; “Góngora, Gabriel A. s/Causa 14.092”; G, 61, XLIII; Sentencia del 23/04/2012.

En otras palabras, estableció que todo país que ha aprobado la Convención Belem Do Pará - reconociendo su operatividad -, en delitos de género, se ve obligado a ejercer la acción penal hasta la realización de juicio plenario, no pudiendo hacerse cesar ni interrumpir la misma, sino que el proceso iniciado deberá culminar en un debate oral y público, y con una sentencia absolutoria o condenatoria.

Son dos los fundamentos que vertió nuestro Máximo Tribunal para llegar a su conclusión. En primer lugar, recurrió a una interpretación que vincula los “objetivos” o “finalidades generales” de “prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (art. 7, 1º párrafo de la Convención Belém Do Pará), con la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo y eficaz para la mujer” que incluya “un juicio oportuno” (art. 7 inciso f). En este contexto, la Corte asimiló el término “juicio” utilizado por la Convención a “la etapa final de procedimiento criminal”, con el argumento de que “únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención”.

Y en segundo lugar, la Corte alegó que “el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba. **“Prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la ‘Convención de Belem do Pará’ para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados.”**

Otro avance en la materia fue la derogación del avenimiento que se estipulaba en el art. 132 del Código Penal – posibilidad de conciliación, convenio o acuerdo entre la víctima y el imputado de delito contra la integridad sexual -. Con la ley 26.738, promulgada en el año 2012, se derogó este instituto que establecía que en delitos contra la integridad sexual sufrido por una mujer *“El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima”*, produciéndose así la extensión de la acción penal.

Capítulo 5: Ponderación de derechos de igual jerarquía (constitucionales) – Análisis personal

En este capítulo realizaremos un análisis crítico con criterio personal, luego de observar las miradas de diferentes autores, en relación a la ponderación de derechos de igual jerarquía, técnica que podría aplicarse en los casos que venimos definiendo en esta obra, es decir entre el principio de Inocencia y libertad, con los derechos reconocidos por el tratado de Belem Do Para a favor de la víctima mujer en casos de delitos de género.

En los tiempos que corren, es un hecho que la priorización y la tutela constitucional de los derechos humanos, ha generado un nuevo tipo de conflicto hermenéutico especialmente para el juzgador, en particular en aquellos casos en los cuales la controversia traída a decisión enfrenta derechos, principios o valores, vinculados a ellos. Tal priorización abre el fecundo campo del análisis valorativo entre derechos de rango equivalente, admitidos constitucionalmente como garantías. La decisión -judicial- en tales hipótesis de conflicto, nos obliga a formular una ponderación de derechos constitucionales. Es importante en este punto indicar la definición que da la Real Academia Española de define Ponderación como considerar o examinar con imparcialidad un asunto, o la consideración y cuidado con que se dice o hace algo. Más determinante nos parece en este caso la definición como “Compensación o equilibrio entre dos pesos” y en su sentido etimológico tiene una derivación de la locución latina “pondus” que significa peso. Sin embargo este test de ponderación es llamado también como el test de proporcionalidad, palabra que la Real Academia define como la “Conformidad de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”. Con esto podemos conceptualizar a la ponderación como *la determinación o consideración del peso más predominante de los derechos fundamentales que aparentemente entran en colisión o conflicto en una situación y caso en concreto*. Carlos Bernal Pulido en sus extensos tratados define Ponderación como la forma de resolver la incompatibilidad entre normas prima facie encontradas.

En efecto la utilización del test de constitucionalidad **presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales y hay siempre razones en pugna**, intereses, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión, y por defecto, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en un caso concreto. En relación a la temática de la obra, este se definiría por la preservación de la libertad del imputado durante el proceso o el encierro preventivo en los casos donde se den los presupuestos incorporados en el Art 114 basados en la preservación de la integridad de la víctima o su familia, ambos derechos con rango constitucional (Belem Do Para)

Axiológicamente, la cuestión plantea una controversia jusfilosófica, según la cual el posicionamiento que se tenga en relación con la entidad de los derechos en juego

-reiteramos, siempre con **resguardo constitucional** y por ende de difícil jerarquización, y con ello de los valores jurídicos comprometidos en el conflicto, determinará la respuesta que se brinde en cada caso.

Un primer interrogante es si cabe aceptar que dentro del elenco de derechos y garantías con tutela constitucional, es procedente formular nóminas de precedencia. En la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente se ha consignado que cuando la cuestión a resolver enfrenta derechos o garantías de rango constitucional, debe propenderse a **su conciliación** (Fallos 255:293; 258:267; 302:640).

Desde otra óptica, es conocido al respecto el respetable punto de vista sustentado por Miguel Ekmekdjian, para quien cualquier derecho puesto en situación de conflicto con el derecho a la dignidad debía ceder ante él. (*Ekmekdjian, M., "Jerarquía constitucional de los derechos civiles", 1985, La Ley*). Similar preocupación ha sido compartida desde la perspectiva constitucionalista por Bidart Campos, quien estima que a igual jerarquía de normas constitucionales no importa igual valía de los derechos en ella consagrados, ya que indudablemente los derechos a la vida o a la libertad "valen más" que el derecho de propiedad o el de huelga (*Bidart Campos, G., "¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?, El Derecho*). Por otro lado Miguel Padilla considera sobre la cuestión que en realidad existen dos categorías de derechos: los de nivel superior, vinculados a los atributos esenciales de la personalidad humana (como el derecho a la vida, la integridad física, la libertad ambulatoria, la igualdad y la dignidad), y los de nivel inferior, donde se ubican todos los demás (*Padilla, Miguel M., "Lecciones sobre derechos humanos y garantías", 1986, A Perrot*). El Dr. Pedro Hooft en el fallo "B., M. S/amparo" (JA, 1999-IV-417), cuando expresa que frente a conflictos de valores y de derechos resulta a veces inevitable jerarquizar algunos en desmedro de otros conforme al "método de las compensaciones" aludido por Néstor Sagüés, concluye señalando que en ese intento de armonizar derechos de rango equivalente puede tomarse como pauta práctica la de **la evitación del mal mayor o de la respuesta menos dañosa en términos reales**.

En "Metodología para la enseñanza de los derechos humanos", Sagüés expone distintas alternativas para que el intérprete encamine su labor cuando se controvierte la eficacia de **derechos humanos enfrentados**. Uno de ellos es el del "*fraccionamiento*",

según el cual cuando la norma en que se sustenta uno de ellos no se adecua al sentido de justicia de la comunidad, cabe “fraccionar” su interpretación

Otro es el de las “*comparaciones*”, que postula confrontar la solución otorgada a conflictos similares en Derecho Comparado (cita como ejemplo el fallo de la Corte Federal de EE.UU. en "Miami Herald vs. Pat Tornillo", que declarara que el derecho a réplica implicaba una forma indirecta de censura a la prensa, criterio que no es el seguido por nuestra Corte Federal en el "leading case" "Ekmekdjian c. Sofovich").

Otro es el de las "variaciones", que propone variar imaginariamente la identidad de personas, lugares o jueces involucrados, para buscar la solución axiológicamente más justa.

Este concepto de “juicio de ponderación” ha sido magistralmente expuesto y sostenido por Alexy (*Robert Alexy, (1993), Teoría de los derechos fundamentales, centro de estudios constitucionales. Madrid*), quien principia por señalar las dificultades que propone admitir un orden jerárquico de valores. Al respecto puntualiza que aun cuando aceptemos -lo que es dubitable- que pudiera hacerse un “orden cerrado” de los derechos fundamentales, cuando comenzamos a elaborarlo vemos que integrando a él la dignidad, la libertad, la igualdad, la protección y el bienestar de la comunidad, la cuestión se complejiza. “No se puede ordenar algo que es conocido en forma incompleta”.

Además en palabras de N. Hartmann, si se aceptara esa jerarquización se produciría el fenómeno de "tiranía de los valores". Por otra parte, el componente subjetivo en esa jerarquización atentaría contra su obligatoriedad intersubjetiva.

Este juicio de ponderación, que Alexy admite que se nutre de decisiones judiciales que resuelven casos concretos, pero que no obstante son aptas para formular reglas inductivas, es sintetizado por él en los siguientes términos:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como podemos divisar de este somero repaso por las posiciones de diferentes autores sobre la cuestión de la ponderación de los derechos fundamentales, o de rango constitucional similar, no se puede definir una fórmula matemática o un método de inducción que nos determine de forma acabada el camino a seguir ante estas situaciones de conflictos. Lo que si se desprende como una intención en estos casos es que siempre

se debe priorizar la conciliación de los derechos en pugna y propender a no atenerse a soluciones radicales, buscando la concordancia, y además tratar de evitar, ante la no satisfacción de alguno de los derechos, el mal mayor.

La más eficaz manera de intentarlo es mediante el juicio de *ponderación* (que admite sacrificios parciales de unos en favor de otros en base a pautas de la obtención de la menor dañosidad en el resultado final), complementado por el de las *previsiones*, que implica que el juzgador deba evaluar los alcances reales que más allá del caso juzgado, proyecte su decisión en otros ámbitos, tanto relacionados con procesos futuros como con secuelas económicas o sociales, consideraciones de rango axiológico que tampoco pueden ser dejadas de tener en cuenta, toda vez que “...*el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consuma una interpretación descalificable por imprevisor.*” (Sagues, N., “*Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*”, Ed. Astrea, Bs.As., 1989).

Como conclusión podemos destacar que ante la aplicación de este nuevo parámetro incorporado en el CPP Neuquén, el juez deberá evaluar y decidir basado en el abanico de pruebas disponibles y de acuerdo a las específicas circunstancias del caso, si es procedente que se aplique la prisión preventiva al imputado, para evitar la lesión a la integridad de la víctima o su familia, como lo recepta el nuevo Art 114, y así obstaculizar -además- el curso del proceso. Lo que queremos dejar en claro es que, como lo que se va a determinar es la posibilidad de limitar la libertad de un ser humano, necesaria e indefectiblemente se debe utilizar, esta u cualquier otra técnica de ponderación de derechos en cada caso concreto, para poder evaluar la procedencia del instituto preventivo.

Conclusiones:

Como hemos podido visualizar luego de este trabajo, en los últimos años el Estado argentino ha tenido una postura clara en relación a la prevención de todas las formas de violencia hacia las mujeres y la defensa de sus derechos. En este sentido ha ratificado diversos instrumentos internacionales de derechos humanos comprometiéndose a adoptar las medidas necesarias para *prevenir la violencia de género, asistir y reparar a sus víctimas, y sancionar a los responsables*. El compromiso asumido por nuestro país ha dado origen a múltiples herramientas diseñadas a nivel legislativo, a fin de reforzar los mecanismos de protección frente a este flagelo. Es por ello que con la modificación analizada en esta obra, al código de rito de Neuquén así como con la incorporación del Art 114 Quater, la legislatura Neuquina ha llevado adelante una modificación a la altura de las obligaciones asumidas por nuestro país al incorporar estos tratados de derechos humanos analizados supra, al bloque de constitucionalidad de nuestro país. En otras palabras, es sabido que la República Argentina forma parte del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos; ello es así a partir de la firma y oportuna ratificación de los tratados y convenciones internacionales en la materia. Esta pertenencia, tal como surge de los propios textos de las convenciones, implica un expreso compromiso de nuestro país, no solo de respetar los derechos y libertades reconocidos en las mismas sin discriminación alguna, sino además *de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades*. Por tal motivo, su vulneración y desconocimiento por parte de los legisladores jueces puede dar lugar a una sentencia arbitraria, quedando expedita la vía de la inconstitucionalidad, como así también la instancia supranacional.

El legislador Neuquino asumió la responsabilidad emanada de estos instrumentos internacionales de derechos humanos, y comprendió que es necesario plasmar normativamente los lineamientos que se desprenden de estos –tal como se procedió con la derogación del avenimiento-, insertando expresamente en el Código de Procedimientos provincial, la necesidad de proteger a la víctima del delito y a su familia. En definitiva al incorporar el precepto en cuestión al art 114 del CPP, no ha hecho más que dejar plasmada una derivación racional y lógica de la pauta de “entorpecimiento de la investigación” ya que ante eventuales amenazas o hechos

violentos contra la víctima o su familia real y posteriores al delito, el imputado estaría intimidando posibles testigos del hecho los cuales se verían coaccionados y condicionados en decir su testimonio, por lo que no se llegaría a averiguar la verdad (por ocultamiento de pruebas o reticencia de los testigos)

Más allá de eso, en este tipo de delitos en concreto donde medie violencia de género, el juez que deba dictar la resolución que manda a detener preventivamente a la acusado deberá evaluar todas las condiciones posibles de cada situación en particular y no perder de vista los derechos constitucionales evaluados en esta obra, tanto del imputado como de la víctima.

Referencias bibliográficas

1. Doctrina

Libros

- Dr. Julio Maier (1996), Derecho Procesal Penal, Tomo I, fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Dr. Jorge A. Claria Olmedo (1966), Tratado de Derecho Procesal Penal del, Tomo I, nociones fundamentales, Ediar SA Editores, Buenos Aires.
- Rosa, Mariano R (2006), Exención de prisión y excarcelación, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Cafferata Nores, José, (1988), La Excarcelación, Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi (2001), Derecho y Razón, Trotta, Quinta Edición.
- Robert Alexy, (1993), Teoría de los derechos fundamentales, centro de estudios constitucionales. Madrid.
- Nieves Rico, (1996), Violencia de género: un problema de derechos humanos, CEPAL, Chile.
- Padilla, Miguel M., (1986), “Lecciones sobre derechos humanos y garantías”, A Perrot, Buenos Aires.
- Sagues, N., (1989) “Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario”, Ed. Astrea, Buenos Aires.

Revistas:

- a. Roberto Rabi González (2005), La Prisión Preventiva Frente al Estado de Derecho, Revista SEPIENSA
<http://www.sepiensa.net/edicion/index.php?option=content&task=view&id=587&Itemid=40>
- b. Algunas reflexiones en torno a las regresivas propuestas de reforma del Código Procesal Penal de Neuquén en materia de prisión preventiva, 2016, Nicolas Laino, revista pensamiento penal.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44036-algunas-reflexiones-torno-regresivas-propuestas-reforma-del-cpp-neuquen-materia>

- c. Excarcelación, Revista de Derecho Procesal Penal, año 2005- ed.:
Rubinzal-Culzoni Editores.

2 Legislación:

- Ley n° 2784, Código procesal penal de la provincia de Neuquén.
- Código Procesal Penal de la Nación
- Constitución Nacional de la República Argentina
- Ley n° 2786, Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres
- Ley 26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”, Belem do Pará.

3 Jurisprudencia

- Cámara Nacional de Casación Penal – en pleno “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de Inaplicabilidad de ley”
- “D., V.H. s/Homicidio en grado de tentativa – Incidente de apelación s/Casación” (Expte. N° 25710/12 STJ)”
- “A.O., R.V. S/RECURSO DE CASACIÓN”; Expte N° 13.245; Sentencia del 07/12/2010
- “P., S. S/RECURSO DE CASACIÓN”; Sentencia del 27/11/2012”
- “Góngora, Gabriel A. s/Causa 14.092”; G, 61, XLIII; Sentencia del 23/04/2012.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

| | |
|--|--------------------------|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | TERUEL, MATÍAS SEBASTIAN |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 31.614.614 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | msteruel@hotmail.com |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

| | |
|---|--|
| Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i> | |
| Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

