



# Viabilidad de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género

**CARRERA:** ABOGACÍA

**ALUMNO:** LEANDRO ARIEL BOUVIER

**LEGAJO:** VABG33009

**DICIEMBRE DE 2018**

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi familia

A la Universidad Siglo 21

## RESUMEN

Como eje central de análisis para el presente Trabajo Final de Grado (TFG) se propone el análisis sobre la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba también denominado *probation* en causas penales que involucran hechos de violencia contra la mujer. El análisis se articula a partir de tres tópicos: un análisis sobre los aspectos fundamentales que engloba el instituto de la *probation* que surge de las disposiciones del art. 76 bis del Código Penal; la violencia de género como especie de violencia que se ejerce contra la mujer por el sólo hecho de ser mujer y la tutela jurídica que brinda el ordenamiento jurídico argentino en su integralidad poniendo especial énfasis en la Convención de Belem do Pará; los criterios jurisprudenciales que se han elaborado por distintos órganos jurisdiccionales haciendo hincapié en el fallo “Góngora” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se dispuso como criterio la tesis restrictiva con respecto a la concesión de la *probation* para quienes estén imputados de delitos que involucran violencia de género.

**Palabras claves:** *probation* – violencia de género – Convención de Belem do Pará – criterios jurisprudenciales

## **ABSTRACT**

As the central axis of analysis for the present Final Degree Project (FDP), the analysis of the viability of the suspension of the trial is proposed, it is also called probation, in criminal cases involving acts of violence against women. The analysis is based on three topics: an analysis of the fundamental aspects that the probation institute includes that arises from the provisions of art. 76 bis of the Criminal Code; gender violence as a kind of violence that is exercised against women for the mere fact of being a woman and the legal protection provided by the Argentine legal system in its entirety, with special emphasis on the Convention of Belem do Pará; the jurisprudential criteria that have been elaborated by different jurisdictional bodies emphasizing the "Góngora" ruling issued by the Supreme Court of Justice of the Nation in which the restrictive thesis regarding the granting of probation was established as a criterion for those who are accused of crimes that involve gender violence.

**Key words:** probation - gender violence - Convention of Belem do Pará - jurisprudential criteria

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I.....	11
Aspectos generales de la probation .....	11
Introducción .....	12
1.1 La probation.....	12
1.1.1 Concepto de probation .....	12
1.1.2 Origen de la probation .....	13
1.1.3 Evolución de la probation .....	14
1.1.4 Naturaleza jurídica de la probation.....	16
1.1.5 Semejanzas y diferencias de la probation con otros institutos .....	18
1.1.6 Oportunidad para solicitar la probation .....	20
1.1.7 Delitos que admiten la procedencia de la probation.....	22
1.1.8 Condiciones para disponer la probation.....	25
Conclusiones parciales .....	29
CAPÍTULO II .....	31
Violencia de género .....	31
Introducción .....	32
2.1 Violencia de género.....	32
2.1.1 Concepto .....	32
2.1.2 Violencia de género .....	34
2.1.3 La violencia de género en el sistema normativo vigente en Argentina .....	36
2.2 Aplicación de la probation a delitos que involucran violencia de género .....	46
2.3 Proyectos de reforma del art. 76 bis que incluyen la probation.....	48
Conclusiones parciales .....	49

CAPÍTULO III .....	51
Posturas jurisprudenciales sobre la procedencia de la probation en delitos que involucran violencia de género .....	51
Introducción .....	52
3.1 Fallo “Acosta” .....	53
3.2 Fallo “Góngora” .....	55
3.3 Estado de la situación en fallos de tribunales nacionales inferiores .....	60
Conclusiones parciales .....	64
CONCLUSIÓN .....	66
BIBLIOGRAFÍA.....	71
Doctrina.....	71
Legislación .....	74
Jurisprudencia.....	74
Páginas web.....	75

# INTRODUCCIÓN

Para la realización del presente Trabajo Final de Grado (TFG) se plantea como objetivo general analizar si es viable la concesión del instituto de la *probation* cuando el delito que se le imputa al victimario involucra cuestiones de violencia de género.

El instituto que se analiza surgió como respuesta a la necesidad de contar en el ámbito penal con soluciones alternativas a los fines de lograr la pacificación social sin llegar a la situación de encierro de quienes cometen algunos tipos de delitos.

Por las razones señaladas la *probation* se constituye en una herramienta útil y eficaz de mínima intervención Estatal, que ha sido creado por razones de política criminal con la finalidad de evitar la estigmatización de aquellos que cometen delitos castigados con penas de menos de tres años.

Como objetivos específicos se propone el análisis de la figura de la *probation* para llegar a conocer su regulación normativa, los alcances y efectos de su concesión, los criterios de aplicación que se han suscitado alrededor del instituto. Otro objetivo planteado es el análisis de la violencia de género, qué se entiende por tal, cuál es la regulación normativa vigente en Argentina sobre la violencia de género a los efectos de ponderar la viabilidad de la concesión de la *probation* a aquellos que han cometido un delito que involucra violencia de género. Asimismo, se analizarán los criterios jurisprudenciales sobre la temática que se analiza.

Es importante señalar que la violencia de género ha sido definida desde varios sectores conviniéndose en todos los casos que la misma es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que causa o es susceptible de causar a las mujeres daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual. Durante los últimos años en Argentina, se han conocido innumerables casos de este tipo de violencia, con una marcada tendencia creciente de los mismos, siendo notoria la agresividad observada.

Otro punto que merece especial atención es el relativo a la función principal del Sistema Penal Argentino como prevención especial positiva orientada a la resocialización del condenado. A tal fin, entre las reformas introducidas por la Ley N° 24.316 sancionada y promulgada en el año 1994 se incorporó al Código Penal Argentino el instituto de la *Probation* o Suspensión del Juicio a Prueba.

Se ha tomado conocimiento en innumerables ocasiones y por distintos medios de comunicación así como también por comentarios de familiares, amigos, vecinos, etc., sobre casos en los cuales los autores del hecho, al momento de cometerlos, no sólo contaban con antecedentes en casos similares, sino que además se encontraban gozando de una *probation* cuestión que ha dado lugar a la formación y construcción de criterios opuestos sobre la eficacia del nuevo instituto legal, ya sea en el común de la población como así también en posturas doctrinarias dispares.

Estas opiniones generan interrogantes respecto de si el otorgamiento del instituto de la *probation*, resulta un método conveniente para prevenir y erradicar todas las formas de violencia de género o no, contradiciendo de este modo las obligaciones impuestas por la Convención de Belém do Pará, la cual fuera ratificada por Argentina mediante la ley 24.632 otorgándole rango constitucional.

Como ya se ha adelantado, con el desarrollo del presente trabajo se pretende analizar la viabilidad del otorgamiento de la *probation* en los casos de Violencia de Género planteándose, en grado de hipótesis, que dicho instituto debe proceder aun en los casos de violencia de género ya que ello no implica el desconocimiento de Tratados Internacionales sino que, por el contrario, contribuye a la pacificación social ya que permite que el imputado sea consciente de las consecuencias de sus actos ofreciendo reparar a la víctima y revitaliza el rol de esta última que participa del proceso.

Para la consecución de los objetivos propuestos y a los fines de llegar a demostrar la hipótesis propuesta el presente trabajo se dividirá en tres capítulos. En el primero el eje de atención será el instituto de la *probation*. En el segundo capítulo se abordará lo relativo a la violencia de género. En el tercer capítulo se analizarán las posturas jurisprudenciales sobre la procedencia o no de la *probation* en casos de violencia de género. Finalmente en la conclusión se expondrán los puntos más relevantes analizados durante la ejecución del trabajo a la vez que se expondrá la postura personal sobre la temática seleccionada.

Como estrategia metodológica se ha decidido utilizar la cualitativa atendiendo al hecho de que la misma permite brindar al lector profundidad interpretativa sobre la información expuesta, es decir, *probation* y violencia de género. A su vez, se utilizarán los estudios descriptivos para abordar las cuestiones mencionadas ya que los mismos ofrecerán una perspectiva profunda al especificar los elementos y características de cada cuestión planteada.

También se utilizará el análisis documental minucioso de las fuentes primarias y secundarias para describir claramente el instituto legal de la *probation*, sus características particulares y condiciones de otorgamiento en el marco de casos de violencia de género; destacando las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales más relevantes.

Como marco temporal y dadas las características del tema en análisis, la investigación comprenderá el periodo que inicia en 1994 hasta la actualidad.

# CAPÍTULO I

Aspectos generales de la *probation*

## Introducción

Una cuestión que preocupa es la privación de la libertad producto de la aplicación de una pena por la comisión de un delito. Se considera que la misma debe ser la *última ratio* ya que es difícil pensar que en un ámbito de encierro una persona pueda ser capaz de mejorarse.

La privación de la libertad como respuesta ante la comisión de determinados delitos encuentra sus razones en la concepción de justicia retributiva que le impone un castigo al infractor produciéndose una suerte de devolución de un mal por otro mal como vía o modo de reparar el mal causado a la víctima.

En la búsqueda de soluciones alternativas, en un intento de morigerar el sistema penal retributivo, han surgido propuestas que abarcan un amplio abanico de posibilidades dentro del que se encuentra la suspensión del juicio a prueba.

Esta figura se incorporó al Código Penal Argentino a través de la sanción de la Ley 24.316 que dispone en su tercer artículo la inclusión de la misma al Código Penal con el *numero clausus* 76 bis.

### *1.1 La probation*

#### *1.1.1 Concepto de probation*

Es la suspensión de la aplicación de la pena más el tratamiento del imputado en libertad. Es la suspensión de prueba condicionada al cumplimiento de determinadas medidas con contralor y ayuda social. Se trata de una medida activa que tiene en miras al delincuente a los efectos de lograr su resocialización evitando el encierro en una unidad carcelaria, es decir, se trata de una medida que excluye el tratamiento institucional del delincuente confiando su control a persona idónea. No constituye un sistema de clemencia sino que se trata de un sistema de prevención especial por lo que ha sido considerada como una forma más progresiva de la condena de ejecución condicional (Devoto, 2005).

### 1.1.2 Origen de la probation

El término *probation* proviene del Latín *provare* que indica o señala un sistema de prueba, también de *probatius* que se traduce como lo probado. El instituto reconoce su origen más remoto en el siglo XIII, en el *Common law*, donde existía una institución de características similares denominada *recognizance* que significaba otorgar o dar garantía de buena conducta, siendo muy utilizada por los clérigos ordinarios para evitar las severas penas a las que eran sometidos los delincuentes comunes, esto es, los rateros, los ladrones de poca monta, ofreciendo la garantía de su custodia a los fines de enderezar sus conductas. El instituto pasó a ser utilizado en EE.UU donde se implementó un registro de oficiales de *probation*, en el que se anotaban aquellas personas que se ofrecían para controlar a los delincuentes garantizando que no volverían a delinquir. El primer caso conocido es el de un zapatero de Massachusetts que tomó a su cargo el cuidado de un sujeto con múltiples condenas por disturbios y destrozos ya que se trataba de un ebrio consuetudinario. La idea se comenzó a propagar por lo que se comenzó a implementar su uso en numerosos Estados para aquellos casos en los que los delitos no fueran graves. En 1876, se dictó la primera ley de *probation* en el Estado de Massachusetts lo que obligó a que los tribunales nombraran funcionarios encargados de la aplicación del sistema (Aued, 2001).

Este instituto se encuentra regulado en el *Federal Criminal Code and Rules* en el que se establece que es aplicable a toda persona que cometa un ilícito, con independencia de la gravedad del mismo, salvo los supuestos específicamente prohibidos como es el homicidio o en los casos en los que procesalmente no es posible su aplicación como es el caso de la persona que está cumpliendo una condena y vuelve a delinquir. La característica de esta *probation* es que se aplica luego de que se haya probado la culpabilidad del acusado momento en el que éste puede llegar a un acuerdo con el Estado que se compromete a mantener en suspenso el dictado de la sentencia para lo que el acusado debe cumplir durante el plazo

acordado, al que se denomina período de prueba, las condiciones que le impone el tribunal quedando bajo la supervisión de los oficiales de *probation* que son los encargados de informar el comportamiento del beneficiado con dicho instituto. Transcurrido el período de prueba si el beneficiario ha cumplido con las condiciones impuestas por el tribunal se declara extinguida la acción penal y no quedan registros de culpabilidad del imputado, caso contrario se revoca el beneficio, el juicio continúa debiendo el imputado cumplir efectivamente con la pena correspondiente (Aued, 2001).

Es importante destacar que existe otro instituto, la *diversión* que se diferencia de la *probation* en virtud de que aquél implica la suspensión de la persecución penal, es decir, la desestimación de los cargos por parte del fiscal de la causa, contra la promesa del imputado de someterse a un programa de rehabilitación durante un determinado período sin encarcelamiento alguno de modo que, una vez cumplidos los requisitos exigidos y transcurrido el plazo indicado el Estado renuncia a la persecución penal (Sette, 2009).

### *1.1.3 Evolución de la probation*

Hasta poco más de mediados del Siglo XX el sistema penal era eminentemente retribucionista y giraba en torno a la pena privativa de la libertad. A partir de ese momento se produjo un viraje hacia el denominado positivismo criminológico cuya cuna fue Italia a lo que se le sumó un poco más tarde el denominado Movimiento de la Nueva Defensa Social. El resultado de estos cambios se vería en la diferente concepción criminológica-penológica que se gestó poniendo en crisis los clásicos principios penales, tales como el libre albedrío y la responsabilidad moral inspirados por nuevas ideas que presentaban al delito como un síntoma de enfermedad que podía ser biológico o social, considerando que la pena debía tener carácter preventivo y no retributivo como había sido hasta entonces. Se perseguía como ideal el establecimiento de un sistema que reemplazara la pena por medidas de prevención especiales

a la vez que se proponía la sustitución de los tribunales de justicia por comisiones de defensa social. Esta pretensión de un sistema rehabilitativo se presentó totalmente incongruente con la realidad ya que no era posible adaptar la idea resocializadora en establecimientos carcelarios superpoblados y violentos en su amplia mayoría. Este duro revés para las nuevas tesis provocó que nuevamente el sistema penal se encaminara hacia la finalidad retributiva, pero morigerado. En efecto, se instaló, en paralelo un sistema que propició los cambios para una mínima intervención del sistema punitivo incrementándose la posibilidad de alternativas para las penas privativas de la libertad llegándose, incluso, hasta el establecimiento de multas para determinados delitos menores. En este contexto, alrededor de los años setentas se sitúa la difusión del instituto de la *probation* y demás alternativas para las penas privativas de la libertad sobre todo para los casos en que éstas fueran de corta duración.

El movimiento mundial que empezó a gestarse a partir del cambio de paradigma propuesto por las nuevas corrientes criminalistas se vio reforzado de manera concreta por la realización de los V y VI Congresos de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrados en 1975 y 1980 en los que se recomendó de manera expresa la desinstitucionalización de la pena de prisión y el uso de formas alternativas de ellas. Asimismo, en sentido coincidente con los congresos mencionados, se llevó adelante el VII Congreso de Naciones Unidas en Milán, en el año 1985. En el mismo se invitó a los estados miembros a dirigir sus políticas criminales hacia la disminución del encierro y sus consecuencias, así como a ser creativos a la hora de elaborar sistemas alternativos. A su vez, el comité del VIII Congreso de la O.N.U. La Habana, en el año 1990, produjo las denominadas Reglas de Tokio, enfatizándose en ellas acerca de la importancia de las políticas penales, especialmente la pena de prisión, otras sanciones y medidas sustitutorias; todo ello, en aras de lograr una reinserción adecuada del delincuente en la sociedad (Bovino, 2001).

En el punto 1.5 de las Reglas de Tokio se establece que:

“Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.<sup>1</sup>

#### 1.1.4 Naturaleza jurídica de la probation

Con respecto a la naturaleza jurídica de la *probation* se plantean distintas discusiones y dudas entre los que se analiza si se trata de un instituto de naturaleza sustantiva o adjetiva interrogante que surge como consecuencia de su ubicación en el Código Penal. Al respecto, la doctrina mayoritaria sostiene que se trata de una verdadera norma sustantiva. Esta afirmación encuentra sustento a partir de la consideración del principio de culpabilidad que se refleja en la determinación de una pena que le indica al condenado el valor y la gravedad de su hecho. Al mismo tiempo y como forma de ponerle un límite a la injerencia del Estado deben existir otras posibilidades que ofrezcan alternativas socializadoras sobre todo para aquellas penas de corta y mediana duración. Es para estos casos que la suspensión del juicio a prueba se presenta como una alternativa idónea para que el procesado, que aún no ha sido condenado acepte esa intervención del Estado manifestando una voluntad resocializadora (Sette, 2009).

Desde otra óptica, siempre tratando de determinar la naturaleza jurídica de la *probation*, parte de la doctrina sostiene que se trata de una excepción al principio de legalidad procesal basada en criterios de oportunidad previstos legalmente. Es decir, se sostiene que la suspensión del proceso a prueba, constituye un quiebre al principio de legalidad que es uno de los principios más fuertes de la persecución penal que impone el sistema normativo argentino por lo que el Estado puede renunciar a investigar y a juzgar ciertos delitos, por

---

<sup>1</sup> Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>. Recuperado en Julio de 2018.

razones de conveniencia, aunque siempre sujeto a una reglamentación legal de las condiciones de admisibilidad y a un control judicial simplemente formal acerca de la concurrencia de las mismas en el caso concreto. Esta incorporación de la excepción al principio de legalidad permite que prevalezca la necesidad de protección de los intereses de los principales protagonistas del conflicto penal, es decir: el imputado y la víctima (Vitale, 2004).

También es posible caracterizar a la suspensión del proceso a prueba como una manifestación del principio de oportunidad procesal, que se encuentra regulado por la ley y que está sujeto a un control judicial formal. Ello encuentra fundamento en las estipulaciones del art. 120 de la Constitución Nacional que dispone que la promoción de la actuación judicial debe realizarse con la finalidad de defender los intereses generales de la sociedad con lo que se abren las puertas a la oportunidad procesal y su respectiva reglamentación. Ello en virtud de que la tutela de los mentados intereses requiere una planificación racional de la actuación de la justicia, razón por la que el esclarecimiento de los ilícitos más graves deberá intentarse aún a costa de la no persecución de muchos otros (Devoto, 2005).

Por su parte, De Olazábal (1994) sostiene que la suspensión del proceso a prueba es un instituto bifronte, pues por una parte, tiene capacidad extintiva de la acción penal, y por la otra, se manifiesta claramente como instaurador de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales. En tanto, Pessoa (1995) expresa que la suspensión del juicio a prueba es una causa de extinción de la acción penal que subsidiariamente representa una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal.

Al respecto Devoto (2005) entiende que la naturaleza de la suspensión del juicio a prueba es de medida alternativa sin desconocer que resulta un instrumento de solución de casos que ya han sido planteados y sometidos al contradictorio procesal o que su implementación deba ser solicitada por el imputado y resuelta por el titular de la jurisdicción. Por ello, la autora en cita entiende que la hipótesis contenida en el art. 76 bis del Código Penal

es un caso de adopción de una medida-sanción, alternativa a la pena así como el resultado de haberse comprendido que la respuesta estrictamente punitiva es inadecuada para una notable cantidad de delitos y que su tratamiento puede, aun dentro del marco penal, ser resuelto a través de la adopción de mecanismos y soluciones más útiles y racionales.

#### *1.1.5 Semejanzas y diferencias de la probation con otros institutos*

Es importante determinar en qué se diferencia y en qué se puede asemejar la *probation* con respecto a la condenación condicional, la prisión domiciliaria y la libertad condicional.

##### 1.1.5.1 Condenación condicional

Sostiene Núñez (1999) que la condenación condicional, regulada en los artículos 26 y siguientes del Código Penal, es una verdadera sentencia condenatoria que reviste los caracteres de irrevocable y definitiva, que es susceptible de generar consecuencias inherentes a la calidad del imputado, que se caracteriza porque la ejecución de la pena impuesta se suspende bajo condición, la que, una vez cumplida queda excluida de su obligación de cumplimiento pero que si no es cumplida será ejecutable. Procede en casos de primera condena de prisión que no exceda los tres años y en los casos de concurso de delitos cuando la pena no excede el período señalado. Se trata de una facultad reglada, es decir, no es discrecional de los tribunales debiendo estar fundamentada.

Durante el período de suspensión del juicio a prueba se suspende la prescripción de la acción penal en tanto en la condenación condicional si el condenado no comete un nuevo delito durante un período de cuatro años desde la sentencia firme la condena se tiene por no pronunciada. Si durante el transcurso de la suspensión del juicio a prueba se comete un nuevo delito, se revoca la suspensión del proceso, y la condena que recaiga sobre el imputado ya no podrá ser dejada en suspenso. Si lo que se revoca es la condena condicional por la comisión

de un nuevo delito el condenado debe sufrir la pena impuesta en el primer delito y la correspondiente al segundo de acuerdo al principio de acumulación de las penas (Nuñez, 1999).

#### 1.1.5.2 Prisión domiciliaria

El art. 10 del Código Penal establece que, a criterio del juez competente, podrán cumplir la pena de prisión en detención domiciliaria cuando se den los siguientes requisitos: a) que el condenado esté enfermo y no se pueda en el establecimiento carcelario ofrecerle los recursos necesarios para su recuperación y no resultara procedente su internación en un hospital; b) cuando la enfermedad se encuentra en su estadio terminal; c) si el interno es discapacitado y el establecimiento carcelario no puede ofrecerle condiciones que importen un trato digno y humano; d) si el interno es mayor de 70 años; e) si se trata de una mujer embarazada; f) la madre de un menor de 5 años o si tiene una persona con discapacidad a su cargo. En estos casos, el juez puede decidir, a pedido del condenado, de un familiar o instituciones responsables que asuman el cuidado del condenado y luego de recabar información sobre el estado de salud física y psicológica, si corresponde el otorgamiento de este beneficio el que quedará revocado si el condenado incumple su obligación de permanecer en el domicilio fijado. Este instituto está fundado en razones humanitarias, para ser aplicados a personas vulnerables habida cuenta que el respeto por la dignidad, integridad física, psíquica y moral es un derecho fundamental de todo ser humano del que no puede ser despojado el delincuente. Violada la prisión domiciliaria el condenado deberá volver a la cárcel a cumplir su condena en tanto si se violan los requisitos de la suspensión del juicio a prueba el imputado deberá someterse al proceso correspondiente. Ambos institutos comparten el hecho de ser alternativas a la prisión en unidades carcelarias. Se trata de institutos que persiguen como finalidad la humanización del Derecho Penal, es decir, buscan la no estigmatización del

condenado, que éste comprenda las reglas de convivencia social a los fines de que se integre a la misma, que mantenga vínculos laborales y sociales, entre otras cuestiones (Altamirano, 2013).

#### 1.1.5.3 Libertad condicional

En este caso se debe estar cumpliendo una condena. Se encuentra regulada en el art. 13 del Código penal, constituye una potestad del juez quien bajo determinadas condiciones puede disponer la libertad del condenado, esto es, la suspensión condicional del encierro bajo si se cumple algunos de los seis supuestos que enuncia la norma. Este instituto se diferencia de la suspensión del juicio a prueba en que una vez cumplidos los requisitos exigidos durante el plazo fijado por el juez se extingue la acción penal. En la libertad condicional, si la misma no se revocó, se extingue la pena y también la inhabilitación absoluta si hubiera correspondido (Altamirano, 2013).

#### *1.1.6 Oportunidad para solicitar la probation*

Habida cuenta que la norma no establece entre sus previsiones en qué momento procesal se puede solicitar o disponer la suspensión del juicio a prueba el tema ha dado lugar a que se elaboren desde la doctrina dos posturas cuyas bases se encuentran en la conceptualización del juicio.

a) Tesis restrictiva: sostiene que en base a la terminología empleada resulta menester interpretar que lo que se suspende es el juicio entendiendo por tal al desarrollo esencial del proceso en sede jurisdiccional, basado ineludiblemente en una imputación concreta respecto del hecho incriminado y de la persona perseguida. Puede estar precedida por una etapa instructoria o por una breve investigación fiscal a los fines de reunir el fundamento de la acusación o, excepcionalmente, puede o no existir ese antecedente con lo cual el juicio

agotará por sí solo todo el proceso. Ahora bien, en el proceso común, el juicio puede ser caracterizado como la segunda y esencial etapa que debe cumplirse para que la imposición de la pena responda a una garantía constitucional. De este modo, se entiende que lo que se suspende es el juicio, no la primera parte del proceso, o sea la instrucción. Esto permite deducir que en las provincias cuyos códigos procesales adopten la modalidad oral, la suspensión puede ser solicitada desde los actos preliminares. Ello resulta consecuencia de que hasta que no se resuelva la situación procesal del imputado y se formule el dictamen fiscal correspondiente, no resulta posible conocer si se desarrollará la etapa de juicio, y por ende los extremos del instituto (Clemente, 2009).

b) Tesis amplia: sus proponentes entienden que existen numerosos ejemplos de nuestro derecho positivo en que el término juicio se usa en ambos sentidos. Asimismo, conforme surge del texto legal, el art. 76 bis C.P., dispone que presentada la solicitud del imputado, el juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La regla citada sólo puede hacer referencia al juez de control y no al tribunal de juicio. Las demás menciones de la disposición al tribunal, por otra parte, resultan aplicables tanto al juez de control como al tribunal de juicio. Quienes adscriben a esta tesitura proponen que el instituto sea denominado suspensión del proceso a prueba y no del juicio a prueba (Clemente, 2009).

Sobre la oportunidad para solicitar la suspensión del juicio a prueba Vitale (2004) expresa que existen otras posturas, como por ejemplo que el límite para la solicitud sea la fijación de la audiencia de debate oral o hasta el momento de apertura del mismo. En la vereda opuesta se ubican quienes creen la solicitud puede realizarse hasta que se cierre la discusión en el debate oral o hasta que se conteste la acusación fiscal en el debate escrito. En una tercera postura se considera admisible la solicitud hasta el dictado de la sentencia y una

cuarta posición señala que la solicitud puede realizarse hasta que la sentencia adquiera firmeza.

En opinión de Devoto (2005) la solicitud puede ser realizada hasta el dictado de la sentencia firme ya que toda otra consideración significa atentar contra el principio de igualdad ante la ley, de raigambre constitucional, para aquellas personas que por distintos motivos encontrándose en las instancias previas y por motivos no atribuibles a él se ven imposibilitados de solicitar la suspensión del juicio a prueba pero que, una vez avanzado el proceso, se le abre la alternativa de la solicitud como es el caso, por ejemplo, de una persona imputada de un delito, robo con arma de fuego, que no admite la suspensión y que luego cambia la calificación legal, robo simple que sí habilita la solicitud de la suspensión del juicio a prueba. Considera la autora en cita que, además de lo señalado, debe tenerse en especial consideración que uno de los objetivos vitales de la suspensión del juicio a prueba es evitar el “pronunciamiento de la pena y su consiguiente efecto estigmatizante” (2005. p. 182). De lo señalado se concluye que siempre es posible solicitar la suspensión del juicio a prueba antes de un pronunciamiento firme ya que esta es la postura que más se compadece con la finalidad del instituto.

#### *1.1.7 Delitos que admiten la procedencia de la probation*

Como ya se ha reseñado la suspensión del juicio a prueba es un instituto que requiere de diversos requisitos objetivos y subjetivos que deben cumplirse a los fines de su concesión.

En relación al tipo de delitos que permiten el otorgamiento del instituto el primer párrafo del art. 76 bis del Código Penal dispone en su primer párrafo que deben ser delitos de acción pública, ya sean perseguibles de oficio o de instancia privada, que sea reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda los tres años. En el cuarto párrafo del citado artículo se dispone que “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el

cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal el Tribunal podrá suspender la realización del juicio”

La mala técnica legislativa de redacción de la norma ha dado lugar a la generación de interpretaciones disímiles sobre la definición de los delitos que permiten la aplicación de la suspensión del juicio a prueba originándose respuestas contradictorias ya que en tanto desde un sector se insiste en que debe considerarse la pena de prisión en abstracto prevista para el delito y desde otro sector se afirma que debe proceder en todos los casos en los que se pudiera dejar el cumplimiento de la pena en suspenso con fundamento en el art. 26 del Código Penal. Estas disparidades interpretativas han dado lugar a dos tesis interpretativas, la restrictiva y la amplia (Devoto, 2005).

a) Tesis restrictiva: propugna restringir el ámbito de aplicación de la *probation* a los delitos reprimidos en abstracto con pena de prisión máxima de hasta tres años que, además permita la condena condicional en el caso concreto. De esta manera quedan excluidos todos los supuestos en los que la pena privativa de la libertad sea mayor a la señalada aun cuando en el caso concreto resulte posible la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Entre quienes avalan esta tesitura se encuentra Edwards (1994) que sostiene que además de lo reseñado para la procedencia de la *probation* en todos los casos se debe requerir la aplicación de la condena de ejecución condicional, de donde se desprende que es el juez el que debe decidir si ante una eventual sentencia condenatoria ésta sería de ejecución condicional (Altamirano 2013).

Las dificultades interpretativas que acarrea la adscripción a una u otra tesitura encontró límite en las disposiciones del plenario “Kosuta”<sup>2</sup>, de la Cámara Nacional de Casación Penal, que adoptó el criterio de interpretación restrictivo, estableciendo una serie de pautas que debían estar presentes para la concesión de la *probation*:

---

<sup>2</sup> Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal. Sala/Juzgado: en pleno. Partes: “Kosuta, Teresa R s/ recurso de casación”. Fecha: 17-ago-1999

a) La pena, para que proceda la *probation*, es la reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años;

b) La *probation* no procede cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa;

c) La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta a control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional es vinculante para la concesión de la *probation*;

d) El querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de la *probation* a fin de obtener un pronunciamiento útil con respecto a sus derechos.

Dado que el art. 10 de la ley 24.050 dispone la obligatoriedad de la doctrina emanada de los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal, el fallo “Kosuta” resultó vinculante para los demás tribunales nacionales de inferior grado. Asimismo, dicho criterio restrictivo fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuestión que mereció encendidas críticas alegando que de esta forma se imponía un tratamiento diverso a casos que por sus características cualitativas debían tratarse de modo semejante (Altamirano, 2013).

b) Tesis amplia: esta postura sostiene que son tres los supuestos diferentes de aplicación de la *probation* dado que el párrafo 4° del art. 76 bis del Código Penal constituye un tercer supuesto diferente a los anteriores, que permite aplicar el instituto cuando la pena concreta, eventualmente aplicable, pudiera ser impuesta condicionalmente a pesar de que el máximo de la escala penal abstracta correlativa al ilícito cometido, supere los tres años de prisión. Este tramo del texto legal, no sólo se distingue de los párrafos 1° y 2° por los supuestos que comprende, sino también, por la circunstancia de estar sometido a reglas y exigencias diferentes, imponiéndose en el mismo los requisitos del consentimiento fiscal y la posibilidad de condenación condicional todo lo cual se da en virtud de la mayor gravedad abstracta de los delitos en juego.

Por su parte, Señala Sette (2009) que Niño (1994), partidario de la tesis amplia había manifestado, en oportunidad de pronunciarse sobre el tema en Conferencias dadas en La Pampa y en Comodoro Rivadavia que no luce racional que el abuso de armas o la turbación violenta de la posesión de un inmueble resulten beneficiadas con la *probation* en tanto la falsificación de firma de un boletín escolar o la mera lectura de un telegrama por parte del empleado de correos que lo lleva a destino no lo sean.

Con el transcurso del tiempo o la tesis amplia ha sido merecedora del respaldo mayoritario tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en Argentina.

En una tercera posición se encuentra Olazábal (1994) quien sostiene que las disposiciones del art. 76 bis no deben considerarse como estancos sino que deben ser interpretadas en su conjunto por lo que la pena a tener en cuenta para la concesión de la *probation* debe ser la que, concretamente, se estime aplicable al caso, la que no podrá superar los tres años de prisión, aun cuando en abstracto, el ilícito se encuentre más severamente sancionado, debiéndose realizar un juicio de probabilidad de condenación condicional en cada caso que se presente.

#### *1.1.8 Condiciones para disponer la probation*

La norma establece las condiciones que debe ofrecer cumplir el imputado cuando solicita el otorgamiento de la *probation*: “Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente”.

Del texto de la norma surge como condición para el otorgamiento de la *probation* que el imputado ofrezca la reparación del daño causado so pena de resultar improcedente la solicitud.

Esta disposición permite la participación de la víctima en los procesos penales por delitos de acción pública teniendo ello relevancia en el momento en el que el tribunal deba examinar la razonabilidad del ofrecimiento del imputado. Este requisito tiene una doble finalidad ya que por un lado enfrenta al imputado con su conducta internalizando la existencia de la víctima del hecho que se le atribuye a la vez que ofrece a la víctima una protección con la que no contaba. Se trata de una cuestión estrechamente vinculada con el cambio de paradigma de una justicia retributiva a una restaurativa. La reparación además de compensar el daño a la víctima constituye un modo socialmente constructivo para que el imputado pueda dar cuenta de sus actos frente a su víctima (Spitale, 2013).

#### 1.1.8.1 Forma y destinatario de la oferta

Es obligación del imputado expresar de manera detallada y circunstanciada cuál y cómo es la reparación que ofrece, en qué plazo y modalidad la va a satisfacer para que la víctima tenga la oportunidad de conocer lo que se le ofrece y aceptar o rechazar la oferta al tiempo que el tribunal deberá analizar la razonabilidad del ofrecimiento.

En cuanto al destinatario de la oferta es quien ha resultado víctima del hecho que se le atribuye al imputado, es decir, quien ha sufrido un daño como consecuencia del delito que, a su vez, puede no coincidir con el ofendido penalmente, es decir, el protegido por la figura penal. En los casos en los que no es posible determinar con precisión, prima facie, al damnificado como es el caso de los delitos que afectan bienes sociales, el destinatario de la oferta será aquél que resulte damnificado por las consecuencias del hecho delictivo (Spitale, 2013).

### 1.1.8.2 Razonabilidad del ofrecimiento

De acuerdo a las estipulaciones del art. 76 bis del Código penal corresponde al juez decidir sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada quedando en cabeza de la parte damnificada la aceptación o rechazo del ofrecimiento. El control de razonabilidad por decisión fundada que establece la norma implica que el imputado realice una oferta concreta ya que si la misma es defectuosa o genérica no será posible que el juzgador realice el análisis requerido. El juicio de razonabilidad que realice el juez debe ponderar la oferta reparatoria en consonancia con la existencia y extensión del supuesto daño, las pretensiones de la víctima y las reales posibilidades de cumplimiento del imputado. En lo atinente al contenido de la oferta que realiza el imputado dependerá de las características del hecho delictivo, de la naturaleza del daño causado, de su extensión como así también de las diferentes posibilidades y modalidades de reparación que se presenten (Clemente, 2009).

El imputado, en los casos en los que carezca de posibilidades de ofrecer acuerdos económicos, puede ofrecer la reparación del daño causado por otras vías como por ejemplo la realización de servicios individuales prestados por el autor a favor de la víctima. También el imputado puede ofrecer la realización de servicios a la comunidad situación en la que la sociedad se erige en víctima simbólica. De lo señalado se colige que el imputado no puede alegar estrechez económica como impedimento para realizar una oferta reparadora. Le corresponde al imputado probar la insolvencia económica que alega ya que la realización de la oferta de reparación es condición *sine qua non* para la procedencia de la *probation* (Clemente, 2009).

### 1.1.8.3 Participación del Ministerio Público Fiscal

El cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal reza: “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese

consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio”. Del texto de la norma surge que lo vinculante para el tribunal es la negativa fundada del fiscal. Ello significa que si el juez no cuenta con un dictamen favorable le falta un requisito legal indispensable para la procedencia de la *probation* motivo por el que deberá rechazar la petición. Ahora bien, si el dictamen es favorable el juez será quien decida si lo otorga o no. Ahora bien, la conformidad del fiscal no importa la disposición automática de la suspensión por parte del juez ya que éste debe realizar el control de legalidad a los efectos de verificar el cumplimiento de las condiciones legales de admisibilidad que no se daría cuando dicho dictamen fuera manifiestamente contrario a la ley (Vitale, 2004).

En lo atinente a los aspectos de la participación del fiscal ellos son los propios de la acción penal quedando al margen los aspectos relacionados con la reparación. De ello se desprende que el dictamen favorable del fiscal debe versar sobre los requisitos de procedencia de la *probation* como son que se trate de un delito de acción pública, pena que no exceda los tres años de prisión, que el delito no haya sido cometido por funcionario público, etc. otra cuestión a tenerse en cuenta para que el dictamen del fiscal sea vinculante para el juez o tribunal el mismo debe encontrarse debidamente fundamentado a los efectos de permitir el ejercicio de la debida defensa de las partes (Devoto, 2005).

#### 1.1.8.4 Revocatoria de la *probation*

Siguiendo a Devoto (2005) las causales de revocación de la *probation* que, en consenso doctrinario generalizado deben ser interpretadas con carácter restrictivo y que están previstas legalmente, pueden sintetizarse en tres cuestiones:

a) Incumplimiento de las reglas de conducta impuestas: En este punto deben distinguirse dos situaciones ya que si se trata de un primer incumplimiento es el juez quien de manera exclusiva puede decidir sobre computar o no el plazo ya transcurrido. Ante un

segundo incumplimiento antes de decidir se deben tomar ciertos recaudos entre los que se destacan en primer lugar realizar una advertencia al imputado con respecto a las consecuencias que le puede acarrear su conducta. Además se debe demostrar que este segundo incumplimiento haya sido injustificado y haber sido declarado en ocasión de la audiencia. En estos casos corresponde al Estado buscar alternativas proporcionando elementos que ayuden al imputado a lograr lo comprometido.

b) No reparación del daño: El imputado debe reparar el daño en la medida de lo comprometido a los efectos de satisfacer el interés de la víctima. En este punto tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria sostienen que debe tratarse de un incumplimiento malicioso por parte del imputado, es decir, cuando existe un comportamiento deliberado dirigido en el sentido contrario a la obligación debida.

c) Comisión de un delito: sólo corresponde la revocatoria cuando se imputa un delito y recae sobre el imputado una sentencia condenatoria firme durante el tránsito del período de prueba.

### **Conclusiones parciales**

La suspensión del juicio a prueba o *probation* es una importante herramienta que el Derecho Penal proporciona como contribución para lograr una mayor y más rápida pacificación social ya que no sólo está pensada y diseñada desde la óptica del dañador sino que se ha incorporado la participación de la víctima.

Se trata de un instituto que responde al cambio de paradigma de la justicia penal retributiva hacia la restaurativa, diseñado para los casos de criminalidad leve o mediana, es decir, superador del sistema penal tradicional que considera a la víctima del delito intentando la reparación del daño ocasionado.

Para determinados delitos la *probation* resulta ser una gran oportunidad que desde el Derecho penal se otorga a aquellas personas que nunca antes habían cometido un delito suspendiendo el proceso con la condición de que el imputado cumpla con determinadas reglas de conducta y la reparación del daño causado.

Los delitos por los cuales se puede suspender el trámite del proceso son delitos no graves, entendiéndose por tales aquellos cuyas penas no superen los tres años y la posibilidad de que esa pena pueda ser de ejecución condicional.

Si el imputado cumple va a ser desvinculado del proceso y no le quedarán antecedentes. Si no cumple, la *probation* será revocada e irá a juicio con la posibilidad de ser condenado.

# **CAPÍTULO II**

Violencia de género

## Introducción

En el acápite previo se han analizado los aspectos sobresalientes de la suspensión del juicio a prueba o *probation* resaltándose que se trata de un instrumento que ha surgido como consecuencia del cambio de paradigma de una justicia penal retributiva hacia una justicia penal restaurativa en la que se ha revitalizado el rol de la víctima.

En el presente capítulo el eje central de análisis girará en torno a la aplicación de la *probation* en casos de delitos en los que ha existido violencia de género cuestión altamente sensible para la sociedad habida cuenta las graves implicancias de la misma.

Sin dudas, la violencia de género, es un tema grave que ha concitado la atención de los operadores jurídicos en prácticamente todo el mundo razón por la que se fueron desarrollando tanto a nivel internacional como nacional diversas herramientas con la imperante necesidad de poner frenos a la cuestión.

Un punto o aspecto relevante, más allá de la legislación vigente a los efectos de combatir el mencionado flagelo, es el relacionado con la posibilidad de otorgar la *probation* a los imputados por delitos que involucran violencia de género cuestión que se analizará a continuación.

### 2.1 Violencia de género

#### 2.1.1 Concepto

Para llegar a definir la violencia de género es necesario analizar qué es la violencia en su concepción amplia, esto es: aquella manifestación de la conducta que tiene lugar en determinados contextos y situaciones en los que se produce la interacción entre individuos y que es desarrollada de manera espontánea, siguiendo un impulso, de manera aprendida del contexto en el que tuvo su sociabilización primaria o como producto de la imitación de conductas desarrolladas por sus pares como una manifestación de pertenencia al grupo. Se

trata de un fenómeno complejo que el hombre ha utilizado como herramienta de dominación, poder y control cuyos orígenes son concomitantes a la humanidad misma. Cualquiera sea la forma utilizada para ejercerla, el resultado es el daño o sometimiento grave que puede ser físico, sexual, verbal o psicológico, contra un individuo o un grupo de ellos afectándolos de suerte tal que logran limitar sus potencialidades actuales o futuras. (Domenach, 1981)

Por su parte Vidal (2008) entiende que la violencia es en esencia un proceso que tiene por finalidad la violación de la integridad de la persona y que puede ejercerse a través de la fuerza física o la amenaza de su uso, o actuando en una secuencia que causa indefensión en el otro.

Sobre la violencia Calabrese (1997) ha expresado que violencia y agresión son las dos manifestaciones que tradicionalmente han sido consideradas y hasta aceptadas como mecanismos de control ejercidos por los individuos que han ostentado el papel hegemónico dentro del grupo social, que de uno u otro modo se han visto justificados y por lo tanto, legitimados en el ejercicio de esa violencia y de ese poder arbitrario. Ahora bien, para que la agresión se transforme en violencia debe producirse en un contexto de sometimiento de la víctima, es decir, el agresor o sujeto dominante se mueve en un ambiente en el cual la víctima se encuentra subordinada lo que, paulatinamente, va conduciendo al deterioro de la personalidad de la víctima.

Desde una perspectiva institucional, la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>3</sup> define la violencia como:

“El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones” (2002, p. 4).

---

<sup>3</sup> OMS (2002) Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, DC: OPS [versión electrónica] [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/abstract\\_es.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abstract_es.pdf). Recuperado en Mayo de 2018.

### 2.1.2 *Violencia de género*

Una vez definida la violencia en términos generales se procederá a definir la violencia de género como una especie particular de aquella y que se refiere de modo estricto a la violencia contra la mujer, a una pluralidad de conductas que son expresión de violencia diferenciada contra la mujer y que están al margen del espacio en que se manifiestan, teniendo como denominador común el sometimiento de la mujer a un orden de valores que la convierte en víctima en un espacio de poder dominado por otros. Se trata de una violencia que es ejercida contra las mujeres por el solo hecho de ser mujeres, lamentablemente es algo común y muchas veces mortal que además no es novedoso ya que se trata de conductas que atraviesan la historia de la humanidad hasta la actualidad, lo que permite concluir que es la consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal en la que unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género, lo que deriva en la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino (Maqueda Abreu, 2006).

Sobre la violencia de género, Valle Ferrer (2011) expresa que la concibe como una situación compleja que comprende actos abusivos dirigidos hacia las mujeres, que por un lado son causa y por el otro resultado de la desigualdad de poder entre los géneros, que ocurre o se aplica de forma sistemática y repetida para mantener y perpetuar la subordinación de las mujeres en todos los ámbitos sociales, con preponderancia en el familiar (Valle Ferrer, 2011).

Sobre la temática viene al caso recordar la Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Pequín en septiembre de 1995 en donde se expresó que.

“La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas

tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad” (Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, 1995: 52)<sup>4</sup>.

#### 2.1.2.1 Tipos de violencia de género

La violencia de género puede ser ejercida de diversas maneras y en distintos ámbitos por lo que se habla de violencia física, psíquica, emocional, sexual, laboral, familiar, económica, laboral, etcétera. Sobre esta temática Torres Falcón (2001) sostiene que las dos manifestaciones más importantes de la violencia de géneros son:

A) Violencia física: es la que deja sus huellas en el físico de la mujer por lo que resulta evidente, manifiesta e inocultable, por más que la víctima la niegue, en un intento por alejar las sospechas sobre su victimario, creyendo que así podrá detenerlo con la ilusión y esperanza de que no vuelva a suceder. Dentro de esta tipología se puede incluir la violencia ejercida por omisión que es la que se produce cuando la víctima es privada de líquidos, alimentos, medicamentos, cuando se la encierra en lugares muy calurosos sin ventilación o, por el contrario, lugares muy fríos sin abrigo.

B) Violencia psíquica: que se manifiesta en el quebrantamiento de las barreras emocionales de la víctima reduciéndola a estados en los que apenas puede reconocerse y que vulnera por completo su dignidad por lo que acepta, con total resignación, sin oponer resistencia, la degradación a la que es sometida. Este tipo de violencia incluye distintas fases o estadios a través de los cuales se consigue el derrumbe emocional de la víctima. Entre ellas se destacan:

---

<sup>4</sup> [www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf). Recuperado en mayo de 2018.

- La agresión verbal: por medio de la cual se logra la devaluación utilizando expresiones peyorativas para menospreciar el intelecto, los sentimientos o las habilidades de la víctima;
- Las amenazas: que comienzan, por lo general de manera gestual o verbalizada para luego escalar agregando el acompañamiento del uso de elementos como palos, cuchillos, sogas, armas de fuego con la intención de dañar a la mujer;
- El sometimiento: mediante el cual convierte a la mujer en una simple cosa sin voluntad ni capacidad de reacción asumiendo, entre otras conductas: las la intimidación, la hostilidad, el abuso, el engaño, etcétera;
- El cumplimiento: esta es la última etapa en la que el agresor materializa o concreta las amenazas produciendo efectivamente el daño buscado, que generalmente es matar a la víctima.

### *2.1.3 La violencia de género en el sistema normativo vigente en Argentina*

#### *2.1.3.1 Violencia de género en los Tratados internacionales*

La reforma de la Constitución Nacional en 1994 incorporó a su texto, con rango constitucional los Tratados de DDHH que Argentina había ratificado hasta el momento en las condiciones de su vigencia y con rango constitucional tal como lo declara el inc. 22 del art. 75 de la misma. De esta manera se produjo un importante cambio en el sistema de jerarquización de las normas. La Constitución sigue siendo la norma fundante y fundamental de todo el ordenamiento jurídico pero con un agregado, esto es, al dársele a los tratados jerarquía constitucional los mismos quedan ubicados en una posición superior a la leyes de la Nación por lo que ya no sólo se debe verificar que el espíritu de las mismas sea consecuente con la Carta Magna sino que, además, no deben contradecir lo establecido en estos instrumentos. La

importancia de esto radica en la ampliación del sistema de protección y garantías de los DDHH en Argentina (Manili, 2003).

a) Declaración americana de los derechos y deberes del hombre

En el año 1948, se aprobó Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, que en su Preámbulo establece que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos debiendo conducirse fraternalmente cumpliendo sus deberes dado que de ese modo también se pueden ejercer los derechos. Se trata de un documento dirigido tanto a hombres como mujeres. No obstante, en algunos puntos hace referencia específica a las mujeres como es el caso del art. 7 que establece que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales. El gran valor que posee este instrumento es que ha sido pionero en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres.

b) La convención americana sobre derechos humanos

Se trata de un instrumento que, al igual que el anterior en lo que respecta a su estructura y reconocimiento de derechos, reitera el respeto por los DDHH para todas las personas, sin distinciones de ningún tipo. En cuanto a la mujer en particular introduce dos cuestiones importantes cuando trata lo concerniente al derecho a la vida explicitando que ninguna mujer en estado de gravidez se le podrá aplicar la pena de muerte, obviamente que en relación con aquellos Estados que, al momento de realizarse esta Convención, 1969, no la hubieran derogado. En el mismo sentido, como protección especial para la mujer establece la prohibición de la trata en todas sus formas.

c) Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Los objetivos de este documento se encuentran especificados en su preámbulo en el que se resalta como eje central el reconocimiento de la dignidad e igualdad de los seres humanos en todos los ámbitos de su desarrollo. En su art. 3 reitera la obligación de los

Estados partes a reconocer los mismos derechos para mujeres y hombres. Asimismo, en el art. 7 establece la obligación de otorgar iguales condiciones de trabajo a hombres y mujeres con iguales salarios por iguales tareas.

d) La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

Se trata de uno de los instrumentos más importantes, a la vez que contundentes, en cuanto a la reafirmación y garantía del derecho que tienen todas las mujeres a una vida libre de violencia habida cuenta que cuanto mayor sea la participación de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, mayor y más beneficioso será el desarrollo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz. Uno de los aspectos que más se deben resaltar de la presente Convención es que la misma fue el producto de largos años de debates, de estudios, de investigaciones que resultó en un instrumento que por primera vez fijó pautas para garantizar y respetar los derechos humanos de lo que llamó la otra mitad de la humanidad, esto es: las mujeres que durante años fueron descalificadas, degradadas al punto de invisibilizarlas en la sociedad. Entre sus cometidos se cuenta reafirmar la fe en los DDHH dado que a partir de allí resurgirá la dignidad y el valor del ser humano en toda su dimensión para establecer y practicar, sin temores, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres partiendo de la base de que todos nacen libres y con igualdad de derechos por lo que es inadmisibles que un género domine y subordine al otro con fundamentos que, quizás, pudieron tener algún asidero en épocas muy remotas de la historia pero que no se compadecen con la sociedad actual y, sobre todo, en aquellos Estados democráticos en los que la principal misión del Estado es propender al bienestar general, lo que incluye el reconocimiento de los DDHH para todos los miembros de la sociedad. Otro punto importante a considerar es que se trata del único instrumento que tiene un enfoque exclusivo sobre la discriminación de la que es objeto la mujer (Kambel, 2004).

Se trata de un instrumento que consta de seis partes de las cuales la segunda, tercera y cuarta están específicamente dedicadas a disposiciones en las que se establecen las áreas en las que es necesario que los Estados erradiquen la discriminación hacia las mujeres, como por ejemplo, educación, servicios de salud, relaciones laborales y el matrimonio. Se destaca el tema de la explotación de las mujeres, la falta de representación en los Organismos Internacionales, la falta de acceso adecuado a la educación, la discriminación laboral, el cuidado de la salud de la mujer, los derechos legales habida cuenta que todavía existen Estados en los que no se le reconoce a la mujer capacidad para contratar, lo relativo al matrimonio en cuanto a la necesidad de que sea realizado con pleno consentimiento, que tenga derecho a planear en igualdad de condiciones con el hombre un proyecto de vida, la cantidad de hijos que quiere tener, la edad mínima para casarse.

#### 2.1.3.2 Violencia de género en la normativa regional

Como ya ha sido expresado, la violencia de género es un flagelo que se abate sobre todo el orbe, sin distinción de credos, nacionalidades, inclinaciones políticas ya que el mismo afecta transversalmente a toda la sociedad. Sobre el particular, la normativa regional contiene importantes disposiciones en distintos documentos, a saber:

a) Mujer y Violencia: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en la Quinta Conferencia Regional, en 1991 considera que la violencia contra la mujer es uno de los obstáculos para lograr un desarrollo con equidad en la región.

b) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como Convención de Belem Do Pará: es el primer instrumento regional que hace un reconocimiento expreso en este sentido declarando en su Preámbulo que:

“la violencia contra las mujeres es una violación a sus derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades" (...),"la violencia

contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres" (...), "la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida"

c) El Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe (1995-2001): fija entre sus objetivos la consolidación del pleno respeto por los derechos humanos de las mujeres de la región, otorgando prioridad a la eliminación de este tipo de violencia y de la discriminación por razón del sexo.

d) Consenso de Lima: Octava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, celebrada en la ciudad de Lima, Perú 2000, declara como prioridades el fortalecimiento de la democracia en la región, el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos de las mujeres y la lucha contra la violencia contra la mujer.

e) Programa Mujer, Salud y Desarrollo (PWD): Organización Panamericana de la Salud (OPS), 1994, incorpora como tema prioritario el de la violencia contra la mujer a la que consideran como una causa significativa de la morbilidad femenina.

### 2.1.3.3 Normas nacionales y provinciales sobre la violencia de género

#### a) Ley N° 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 fue sancionada en el mes de Marzo del año 2009. Se trata de una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres que habla de la mujer, se pensó para la mujer, regula situaciones y establece derechos específicamente determinados para las mujeres. El fundamento de la norma es combatir la violencia de género que ocasiona daño y sufrimiento a la mujer razón por la que parte del presupuesto de la existencia de una asimetría de poder entre el hombre y la mujer cuestión

para nada novedosa ya que, como se desprende de lo analizado *supra*, se trata de una conducta que hunde sus raíces en lo más profundo de la historia de la humanidad. Lo verdaderamente extraño es que no se contara con un instrumento normativo adecuado para combatir dicho flagelo. Afortunadamente, con esta norma, de orden público, imperativa e irrenunciable, se cubrió un vacío legal importante (Ossola, 2011).

El art 2<sup>5</sup> de la norma bajo análisis establece que su objetivo es promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, procurando una vida sin violencia, garantizando el acceso a la justicia y la asistencia integral en casos de violencia.

A su vez, en el art 3<sup>6</sup> dispone que los derechos protegidos son los que se encuentran reconocidos y contenidos en los diversos Tratados Internacionales como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la

---

<sup>5</sup> ARTICULO 2º “Objeto. La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:

- a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;
- b) El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;
- c) Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;
- d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; 1947);
- e) La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;
- f) El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;
- g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia”.

<sup>6</sup> ARTICULO 3º “Derechos Protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a:

- a) Una vida sin violencia y sin discriminaciones;
- b) La salud, la educación y la seguridad personal;
- c) La integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial;
- d) Que se respete su dignidad;
- e) Decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;
- f) La intimidad, la libertad de creencias y de pensamiento;
- g) Recibir información y asesoramiento adecuado;
- h) Gozar de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley;
- j) La igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres;
- k) Un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización”.

Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El texto del art. 4<sup>7</sup> es de suma importancia dado que define la violencia contra las mujeres como toda conducta que por acción u omisión basada en una relación de desigualdad afecte integralmente la vida, dignidad y derechos de la mujer.

Asimismo, en su art. 5<sup>8</sup> establece los tipos de violencia, esto es: física, psicológica, sexual, económica, patrimonial y simbólica definiendo qué se entiende por cada una de ellas y cuáles son los efectos que producen.

En el Art. 6<sup>9</sup> se definen las modalidades con las que puede ser ejercida la violencia contra las mujeres considerando los distintos ámbitos, determinando, a la vez, cuáles quedan

---

<sup>7</sup> ARTICULO 4º “Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

<sup>8</sup> ARTICULO 5º “Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer:

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.

especialmente comprendidos, esto es la violencia doméstica, la institucional, la laboral, la ejercida contra la libertad reproductiva, la obstétrica y la mediática.

Esta norma, además, en otras disposiciones, consagra el derecho de la mujer de obtener una respuesta oportuna y efectiva y a que su opinión sea tenida en cuenta, contempla medidas que el juzgador puede adoptar como la prohibición de acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia y medidas de seguridad en el domicilio de la mujer.

#### b) Leyes provinciales contra la violencia de género

En varias provincias de Argentina se han dictado leyes para adherir a la normativa nacional N° 26.485.

---

<sup>9</sup> ARTÍCULO 6° — Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:

a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929;

f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonne, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

- Ley N° 10.058/11 de la Provincia de Entre Ríos por la cual adhiere a la Ley N° 26.485.
- La Provincia de Santa Fe a través de la Ley N° 13.348/13, adhirió a la Ley N° 26.485.
- La Provincia de Salta, mediante la Ley N° 7888/15, de orden público, también adhirió a la normativa nacional, pero con un texto más extenso en el que define la violencia de género además de establecer la violencia de género indirecta la que se configura ya sea por acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que deje a la mujer en posición desventajosa con respecto al varón. También establece la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio letrado para las mujeres víctimas de la violencia de género.
- Ley N° 10.321/15 de la Provincia de Córdoba a través de la cual se crea el Consejo Provincial de las Mujeres con la finalidad de implementar las acciones necesarias para garantizar la protección integral, prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres;

#### 2.1.3.4 Violencia de género en la normativa internacional

La violencia de género no discrimina nivel de desarrollo económico ni cultural, ni reconoce límites geográficos, es un problema que abarca a todas las sociedades del mundo con manifestaciones más o menos graves de acuerdo a la cultura e idiosincrasia de cada una. Se trata de una problemática de carácter mundial siendo la prueba más contundente de ello la gran cantidad de documentos internacionales que existen sobre la temática, lo que además pone de manifiesto el denodado esfuerzo que se realiza para poner fin a esta detestable realidad que ha logrado sobrevivir a todas las épocas.

Como respuesta a la demanda de organizaciones de mujeres en todo el mundo, a partir de la denominada Década de la Mujer, establecida por las Naciones Unidas (1975-1985), el tema de la Violencia contra la Mujer se instaló en la Agenda Internacional, asignándole un carácter prioritario para su consideración y tratamiento. El paso más importante fue su reconocimiento como un problema social y, luego, su inclusión como una violación de los derechos humanos de las mujeres.

Entre los instrumentos internacionales se pueden destacar:

a) Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”. Asamblea General de las Naciones Unidas. 1979.

b) La Mujer Maltratada y la Violencia en la Familia. Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Copenhague en 1980.

c) La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada el 20 de diciembre de 1993, puntualiza que la noción de discriminación incluye la violencia basada en el sexo. Su Art. 1 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 la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada”

d) La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, realizada en Viena en junio de 1993, reconoce los derechos de las mujeres como parte de los derechos humanos universales, inalienables e indivisibles.

e) El Informe elaborado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) dedica una sección al tema de la violencia contra las mujeres. Considera que:

“La violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales mediante los que se coloca a la mujer en una posición de subordinación frente al hombre”.

(...) Es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo”.

f) Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belem Do Para: en esta convención se ha afirmado que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. La violencia de género es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres 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. De ello se desprende el firme convencimiento de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida por lo que resulta imperioso adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, cuestión que, sin dudas, constituye una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas<sup>10</sup>

## *2.2 Aplicación de la probation a delitos que involucran violencia de género*

En cuanto a la naturaleza del instituto de la *Probation* a delitos que involucran violencia de género hay opiniones doctrinarias dispares.

---

<sup>10</sup> [www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html). Recuperado en Mayo de 2018.

Por un lado, Bersi (2013) considera que el otorgamiento de la Suspensión del Juicio a Prueba en los casos de Violencia de Género resulta inconstitucional a la vez que incumple con las obligaciones ratificadas con la Convención de Belém do Pará, en razón de que:

a) Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer. Aceptar el instituto es sinónimo de ineffectividad judicial general y discriminatoria que crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

b) Beneficiar al imputado con la suspensión de juicio a prueba, es minimizar el conflicto del círculo de la violencia que padecen mujeres y niños, sumado a ello, el de ignorar las obligaciones internacionales que asumió Argentina en diversos Tratados Internacionales como ya se señaló *supra*.

c) Un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, tiene un significado preciso, definido por las normas de la Constitución Nacional en las que se menciona el debate oral. Por ello, no existe margen normativo alguno para afirmar que la audiencia de la suspensión de juicio a prueba cumple con la exigencia de juicio en materia penal.

En tesitura antagónica, están quienes consideran que se puede compatibilizar la suspensión de juicio a prueba con las obligaciones emanadas de la Convención de Belém do Pará. Por ejemplo los argumentos expuestos por Juliano y Vitale (2013).

a) Sobre la base de dos teorías erróneas se confunde la naturaleza de la institución de la suspensión del juicio a prueba, ya que por un lado se considera inconstitucional dar una pena sin una condena previa y por el otro se la considera un camino hacia la impunidad, por la extinción de la acción penal. Por el contrario, los autores, entienden que la *probation* persigue generar un efecto preventivo y es de hecho un camino alternativo al proceso penal tradicional.

b) La probation es un derecho del imputado y no un beneficio.

c) La *probation*, si bien tiene contenido sancionatorio, difiere de la pena carcelaria, porque impone al imputado la condición de no volver a delinquir y dar cumplimiento a las reglas de conductas prescriptas por el tribunal.

d) Un tratado o convención interamericana, como es la Convención de Belem do Pará, no puede anular o modificar directrices emanadas de un organismo internacional de la jerarquía de Naciones Unidas.

e) Se podría vulnerar la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional llevando a la paradoja de que una persona imputada por un delito de violencia contra la mujer quede excluido de acceder a la *probation*, mientras que otra imputada por otro tipo de delito aún más grave que cumpla con los recaudos del art. 76 bis podría acceder a la misma.

f) La exclusión *a priori* de la aplicación de la *probation* en cualquier supuesto de violencia contra la mujer sin atender al caso concreto y a la gravedad del hecho, podría entrar en contradicción con las ideas iushumanistas del proceso penal.

### 2.3 Proyectos de reforma del art. 76 bis que incluyen la probation

En el año 2012 el Frente para la Victoria impulsó un proyecto de ley para reformar el art. 76 bis del Código Penal a los efectos de incorporar como impedimento para su concesión que el delito cometido involucrara cuestiones de violencia de género o violencia familiar. De acuerdo a lo expresado por los diputados el proyecto tenía como fundamento incorporar a la normativa una circunstancia que ya había sido tratada jurisprudencialmente. En el proyecto se establecía la diferencia entre violencia de género y violencia doméstica haciendo hincapié en que la segunda comprende un ámbito más restringido pero que ambas situaciones comparten

el hecho de estar dirigida contra la mujer por lo que la excepción del otorgamiento de la *probation* debe proceder en ambos casos (Ludueña, 2013).

Posteriormente en el año 2013 la Diputada por el Movimiento Popular Neuquino, Alicia Comelli, presentó un proyecto de reforma del art. 76 bis a través del agregado de un párrafo en el que quedaba expresamente vedada la procedencia de la *probation* cuando el ilícito cometido revelara la existencia de violencia de género, en razón de su condición, en virtud de lo establecido por la Convención de Belem do Pará (Ludueña, 2013).

### **Conclusiones parciales**

La violencia de género constituye un problema que trasciende las fronteras geográficas afectando transversalmente a la sociedad habida cuenta que la misma se verifica en distintos ámbitos de la vida cotidiana bajo diversas modalidades.

Por cierto, no se trata de una cuestión novedosa ya que la misma historia del hombre es la encargada de mostrar que la violencia de género existe desde las épocas más remotas siendo ejercida como una forma de dominación del hombre sobre la mujer.

Avanzado el Siglo XX la problemática comenzó a ser atendida desde diversos ámbitos por lo que se llegó a la elaboración de distintos instrumentos internacionales con la firme decisión de lograr su neutralización en primera instancia y su erradicación como meta final que lejos está de haber sido alcanzada.

Lamentablemente en Argentina no se contó con una norma específica sobre la violencia de género hasta el año 2009 en el que se sancionó la ley 26.485 que persigue como norte la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales tal como lo expresan los fundamentos esgrimidos en oportunidad de elevar el proyecto para su tratamiento al Congreso de la Nación.

Un aspecto relacionado con la violencia de género y que presenta interrogantes es la posibilidad de concesión de la *probation* cuando el delito ha involucrado violencia de género.

Existen posiciones antagónicas al respecto. Por un lado están quienes niegan tal posibilidad con fundamento en las disposiciones de la Convención de Belém do Pará y por el otro quienes sostienen que las disposiciones de un instrumento internacional si bien son atendible, no pueden ser aplicadas directamente sin tener en cuenta aspectos de vital importancia como son el derecho del imputado a gozar de este beneficio y la posibilidad de participación de la víctima.

La tutela judicial efectiva a las mujeres víctimas de hechos constitutivos de violencia de género requiere de soluciones circunstanciadas y razonadas sobre el interés tutelado, como así también se requiere políticas integrales por parte de los tres poderes del Estado para la asistencia de la víctima, cuestión que es deber del Estado de acuerdo a la citada Convención por lo que se impone la búsqueda de soluciones que protejan a la mujer.

A pesar de que se han presentado algunos proyectos para vedar expresamente la concesión de la *probation* cuando el delito incluye violencia de género.

# CAPÍTULO III

Posturas jurisprudenciales sobre la  
procedencia de la probation en delitos que  
involucran violencia de género

## Introducción

La violencia de género ha merecido la especial atención y tratamiento por parte de los Estados y de organizaciones internacionales como la ONU que se han pronunciado a través de diversos instrumentos en contra de este verdadero flagelo dado que la misma implica el ejercicio de todo tipo de violencia y en cualquier ámbito contra la mujer por el solo hecho de ser mujer.

Son numerosos los delitos en los que queda involucrada alguna forma de violencia de género siendo ello tema de especial interés doctrinario y jurisprudencial a la hora de aplicar el Derecho Penal.

El nuevo paradigma de los derechos humanos importa una adecuación de la interpretación y aplicación del orden interno que no resulte contrario a los mandatos contenidos en los instrumentos internacionales habida cuenta que el principal objetivo de los mismos es elevar el estándar de realización de derechos y garantías, en condiciones igualitarias.

Sin embargo, se cuestiona si para el logro de dicho objetivo es menester adherir a un criterio estricto sobre la aplicación de dichos instrumentos sin considerar la normativa interna al respecto.

Lo señalado cobra relevancia a la hora de determinar la procedencia de la *probation* cuando el delito importa violencia de género. A los fines de dilucidar lo planteado se analizarán dos fallos emblemáticos de la CSJN como lo son el fallo “Acosta” en el que el Supremo Tribunal adhirió a la tesis amplia en cuanto a la procedencia de la *probation* y el cambio de criterio producido en el fallo “Góngora”, a la vez que se analizarán fallos emanados de tribunales inferiores de la Nación para determinar cuál es el criterio imperante sobre la materia.

### 3.1 Fallo “Acosta”

En Autos “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737. Causa N° 28/05”<sup>11</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un fallo en el que determinó la irrazonabilidad del criterio que limita el alcance del beneficio de suspensión del juicio a prueba, contenido en el Art. 76 ter del Cód. Penal, a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supera los tres años.

Si bien en el caso no estaba en juego un delito que involucrara violencia de género y la Ley 26.485 aún no había sido sancionada, el mismo es relevante atento las fundamentaciones que realiza el supremo Tribunal a los efectos de la aplicación del instituto de la *probation*.

El caso que se analiza nace a partir de un recurso de hecho deducido por la defensora oficial en la causa “Acosta” en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia que denegaba el beneficio al imputado de tenencia simple de estupefacientes.

Los magistrados entendieron que para conceder el beneficio previsto en el art. 76 bis del Código Penal no se debían considerar sólo los supuestos que prevén una pena de reclusión o prisión máxima de tres años, ya que ello redundaría en una interpretación irrazonable de la norma.

En el caso, el Tribunal preopinante no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado, respecto de quien se había formulado requerimiento de elevación a juicio por el delito de tenencia simple de estupefacientes con fundamento en que la escala penal prevista para el delito imputado superaba con creces el límite previsto por el mentado art. 76 bis, agregando que era el criterio adoptado por la Cámara Nacional de Casación Penal en Autos “Kosuta”, al que adherían y del cual se desprendía que la pena sobre la que debe

---

<sup>11</sup> Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Partes: “Acosta Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737. Causa N° 28/05”. Sentencia dictada el 23 de Abril de 2008.

examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y subsiguientes del Código Penal, es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años.

A los efectos de fundamentar y rechazar tal pronunciamiento el Supremo Tribunal de la Nación manifestó que la suspensión del juicio a prueba fue denegada por considerar sólo el límite temporal de la pena, esto es hasta tres años sin considerar que la norma en cuestión comprende, además, un cuarto párrafo en el que se considera un grupo de delitos con penas mayores pero que permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo al art. 26 del Código Penal.

Sobre esta base, los magistrados entendieron que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos cuidando que la inteligencia que se le asigne no conlleve la pérdida de un derecho.

Asimismo, resaltaron los magistrados que es imperioso tener en cuenta el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

En tales condiciones, estimaron que cabía concluir que el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años, se funda en una comprensión irrazonable de la norma que no armoniza con el principio señalado a la vez que realiza y consagra una interpretación extensiva de la punibilidad lo que se traduce en la negación de un derecho que la propia ley establece.

Con base en los argumentos expuestos la CSJN hizo lugar a la queja y dejó sin efecto la sentencia apelada desvirtuando los argumentos esgrimidos en “Kosuta” poniendo énfasis en una interpretación amplia en cuanto a la procedencia del instituto de la *probation*.

### 3.2 Fallo “Góngora”

Ya vigente la Ley N° 26.485, en el año 2013, la Corte Suprema de justicia de la nación se expidió sobre la procedencia de la *probation* con criterio restrictivo, dejando de lado los argumentos sostenidos en el fallo “Acosta”, con fundamento en que el delito imputado en el presente caso importaba violencia de género.

De este modo se resolvió revocar la sentencia que anuló la resolución que rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por quien se encuentra imputado de haber cometido hechos de violencia contra una mujer pues, en el caso, prescindir de la sustanciación del debate implicaría contrariar los deberes asumidos por el Estado Argentino al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Asimismo, se argumentó que era improcedente asignarle al ofrecimiento de reparación del daño, que es una de las exigencias de la regulación de la suspensión del juicio a prueba, la función de garantizar el cumplimiento de lo estipulado en el art. 7 inc. g) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que reza: “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”, ello en razón de que asegurar la existencia de mecanismos judiciales que garanticen el acceso a la justicia de la mujer víctima de violencia, es una exigencia autónoma y no alternativa respecto del deber de llevar adelante el juicio de responsabilidad penal al que se refiere el inciso 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”, del mismo artículo.

Por otro lado, el decisorio expresó que corresponde dejar sin efecto la sentencia que anuló la decisión que rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por quien

se encuentra imputado de haber cometido hechos de violencia contra una mujer si, el fiscal se opuso a la concesión de dicho instituto y su dictamen contó con fundamentos suficientes principalmente relacionados con los deberes asumidos, por el Estado Argentino, al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer pues, aun cuando dichos argumentos no fueran compartidos por el *a quo*, pusieron un límite infranqueable a la concesión del citado beneficio.

Es importante traer a colación que en el decisorio, que da motivo a la presente queja, el *a quo* sostuvo que la opinión del fiscal no tiene efecto vinculante razón por la que en caso de concurrir las condiciones de admisibilidad previstas en la ley el juzgador deberá disponer la suspensión, a pesar del dictamen de aquél en sentido contrario. De este modo el sentenciante de grado consideró que la intervención del Ministerio Público Fiscal reviste la característica de un mero acto de control sobre la presencia de los requisitos legales de procedencia del instituto excluyendo el consentimiento de aquél. Es importante resaltar que la posición del Fiscal se sustentó en los compromisos internacionales que asumió el Estado Argentino en relación a las conductas objeto de imputación, por considerarlas comprendidas en los términos de los artículos 10 y 2 de la citada Convención. De lo manifestado surge que el *a quo* no puso en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer, en los términos del artículo primero del citado instrumento, esto es: cualquier acción o conducta desplegada contra la mujer basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado. De esa forma, sólo se limitó a considerar que el informe del Fiscal es no es vinculante.

A su vez, para la Cámara de Casación la obligación de sancionar aquéllos ilícitos que revelen la existencia de violencia especialmente dirigida contra la mujer en razón de su condición y que el Estado Argentino ha asumido en virtud de la Convención de Belem do

Pará no resulta impedimento a la posibilidad de que los jueces le concedan al imputado la suspensión del juicio a prueba prevista en el art. 76 bis del Código Penal.

Ahora bien, las condiciones en las que se encuentra regulado ese beneficio en la ley de fondo determinan que, de verificarse los recaudos objetivos y subjetivos previstos para su viabilidad, la principal consecuencia de su concesión es la de suspender la realización del debate. Sobre el particular y, teniendo en cuenta la prerrogativa que el derecho interno concede a los jueces respecto de la posibilidad de prescindir de la realización del debate, la decisión de la casación ha desatendido el contexto en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, con lo cual se contrarían las pautas de interpretación del art. 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que como regla general de interpretación establece que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

En sentido contrario, la CSJN ha entendido que en el marco de un ordenamiento jurídico como el argentino que ha incorporado al referido instrumento internacional la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Ello resulta así en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal habida cuenta que sólo 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.

Particularmente, en lo que a esta causa respecta, se expresó que la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que, *prima facie*, han sido calificados como de

violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para asegurar su acceso efectivo al proceso, en los términos del inc. f del art.7 de la mencionada Convención, de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. De lo señalado surge que en el *sub lite* no es posible prescindir de la sustanciación del debate ya que ello 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 (Di Corletto, 2013)

La sentencia reseñada ha sido motivo de diversas críticas entre las que sobresale que la Corte señala que interpreta la norma de acuerdo a lo lineamientos dispuestos por el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pero en realidad lo hace con un estricto apego a la letra de la ley, esto es: art. 7 primer párrafo de la Convención de Belém do Pará pero olvida los fines perseguidos por la misma norma. Esta crítica se apoya en que la interpretación que realizó el Supremo Tribunal de la Nación tuvo como punto central que los objetivos y fines de la norma son el establecimiento de un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer, que incluya un juicio oportuno, en tanto la centralidad y finalidad de la Convención más bien persigue como objetivo la tutela judicial efectiva de la víctima y no en el simplista y punitivista entendimiento de que el juicio resulta ser la única vía procesal posible para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional a través del incumplimiento de la manda convencional, máxime cuando el juicio en determinados casos podría eventualmente significar un mayor padecimiento para la víctima y su re victimización que, para el caso que se analiza, resulta que la Corte no reparó en el rol e interés de la víctima frente a conflictos de violencia contra la mujer. De este modo, se aprecia que la CSJN erigió

una prohibición no escrita en la norma, según la cual resulta improcedente la *probation* en los hechos de violencia contra la mujer, en virtud de las obligaciones asumidas por el Estado en la citada Convención. Se trata de una argumentación falaz, que parte de la suposición de que la *probation* impide el debate cuando lo que en realidad acontece es la suspensión del juicio sin que con ello pueda afirmarse *a priori*, que el probado cumplirá las reglas durante el plazo legal y que se extinguirá la acción penal, o que el probado incumplirá las reglas y que el juicio oral deberá celebrarse. La prohibición implícita asumida por la Corte en Góngora vulnera los principios de legalidad, máxima taxatividad interpretativa, igualdad y *pro homine*, en tanto excluye a un grupo de imputados, esto es: los violentos contra las mujeres, del acceso a una alternativa legalmente establecida para todos los imputados por delitos de acción pública conminados con pena privativa de la libertad menor a tres años, en los casos en los fuera procedente la condena de ejecución condicional. Claramente, el Máximo Tribunal se valió de una interpretación irrazonable de la Convención, que no se condice con la de los tribunales internacionales, ni con el criterio asumido por la Corte en otras ocasiones. Además, la mentada prohibición no fue establecida por el legislador, que determinó expresamente los supuestos en los que la *probation* no debería proceder: funcionarios públicos que participen de delitos en ejercicio de sus funciones, delitos reprimidos con pena de inhabilitación e ilícitos aduaneros y tributarios. Es así como, partiendo de supuestos inexistentes la Corte llegó a una decisión extensiva del poder punitivo para determinados autores, en base a un criterio que encierra grave peligro habida cuenta que aparta a los varones que cometen hechos de violencia contra las mujeres, por su condición de tales, del trato que les corresponde recibir por mandato legislativo a todos los imputados por delitos leves (Guirado, 2016).

### 3.3 Estado de la situación en fallos de tribunales nacionales inferiores

Repasando la jurisprudencia de tribunales inferiores de la Nación, entre los que se encuentran los Tribunales Superiores de distintas provincias se advierte que, en general se ha procedido a seguir el criterio de la Corte en el ya analizado fallo “Góngora”.

Dado que el propósito de este trabajo no es realizar un listado de fallos a los solos efectos de demostrar la adhesión al criterio sustentado por el Címero Tribunal de la Nación con respecto a la improcedencia de la *probation* en casos en los que esté involucrada la violencia de género se procederá a presentar otros fallos en los que los tribunales intervinientes han manifestado su criterio con sustento en consideraciones distintas a las tenidas en cuenta por la Corte en ocasión de pronunciarse en el citado caso “Góngora”.

a) En el Caso “B. G. A.”<sup>12</sup> el tribunal interviniente resolvió declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad presentado por el recurrente contra la resolución que otorgó la suspensión de la *probation* al imputado.

La querella había solicitado que se declare la inconstitucionalidad del art. 76 bis del Código Penal con fundamento en que si se lo aplica a delitos que importan violencia de género colisiona con las disposiciones de la Convención de Belem do Pará y con la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

Lo cierto es que abocado el tribunal a resolver la cuestión planteada no advierte un planteo certero de inconstitucionalidad de las argumentaciones alegadas por el querellante, esto es: el querellante no ha realizado un razonamiento que permita concluir que resulta incompatible la aplicación del instituto de la *probation* con las normas constitucionales que alega sino, más bien, de sus alegaciones surge con claridad un desacuerdo con su implementación en este caso por tratarse de un asunto de violencia de género. Sobre el

---

<sup>12</sup> Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala/Juzgado: I Partes: “B. G. A. s”. .Fecha: 5-nov-2015

particular el tribunal entiende que de la lectura de la norma debe surgir clara e indudable repugnancia con las cláusulas constitucionales lo que se corresponde con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que el grado de acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por otros poderes no son cuestiones sobre los que el Poder Judicial deba manifestarse en la medida que el ejercicio de las facultades propias de aquéllos no se constate irrazonable, inicuo o arbitrario.

Por las razones esgrimidas la Cámara desestimó la pretensión de la querrela de declarar la inconstitucionalidad del art. 76 bis del Código Penal a los efectos de negar la *probation* a favor del encartado.

Continuando con el análisis del caso, el Tribunal de Alzada entendió que la desestimación de la *probation* debía resultar de considerar el resto de las cuestiones existentes en el expediente con sustento en el principio *iura novit curia*. En efecto de lo actuado en la causa no quedó lugar a dudas que la querellante fue objeto de violencia de género, cuestión que, incluso, afectó a su hija, una menor de edad a lo que debe sumársele que las víctimas fueron también objeto de discriminación por lo que resultaba aplicable al caso las disposiciones del art. 2 de la Ley 23.592. Por todas estas razones, la Cámara entendió y resolvió que en el caso no correspondía la concesión de la *probation* al encartado ordenando que se continuara el proceso.

b) En el caso “G. L. R. - Recurso de inconstitucionalidad”<sup>13</sup>, a pesar de que el Fiscal desde el inicio del proceso estuvo de acuerdo con que se concediera al imputado la suspensión del juicio a prueba a lo que se le suma que el actor penal, previo acuerdo con el imputado y su defensa, solicitó al Juez la aplicación de la *probation* dando las razones por las que daba su consentimiento, el magistrado actuante resolvió desestimar ambos consentimientos, del Fiscal

---

<sup>13</sup> Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Tribunal: Tribunal en lo Criminal de San Salvador de Jujuy. Sala/Juzgado: 2. Partes: Partes: “G. L. R. - Recurso de inconstitucionalidad” Fecha: 16-oct-2017

y del actor penal, y continuar con el proceso cuestión que devino contraria a la garantía del debido proceso al pretender que el imputado enfrente un debate cuya suspensión había sido postulada por el titular de la acción penal pública, en su carácter de titular de la pretensión punitiva estatal, con lo cual castigaba al imputado esfumando las garantías mínimas de imparcialidad y, con ello, la validez constitucional del proceso.

En el caso se juzgaba a un hombre adulto que presuntamente había cometido abuso sexual simple en perjuicio de una menor, delito al que le corresponde una pena de prisión en abstracto de tres años. La defensa del imputado solicitó la *probation* acompañando un ofrecimiento, a los fines de reparar el daño, de realizar donaciones en leche y/o pañales por la una suma de dinero que fue considerada acorde con la magnitud del daño y del hecho investigado, además se sometería a reglas de conducta que se le impusieran, aceptaría la restricción perimetral impuesta y se obligaría a realizar un tratamiento psicológico en un efector público de la ciudad. A todo ello debe sumársele el hecho de que el imputado carece de antecedentes penales.

Estas argumentaciones fueron rechazadas por el juez interviniente quien sostuvo que se trataba de un claro caso de violencia de género y, por lo tanto, encuadraba dentro de las previsiones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer por lo que no correspondía la concesión de la *probation* al imputado dado que admitirla supondría una infracción a los deberes asumidos por el Estado mediante la ratificación del instrumento internacional referido. Para sostener su decisorio el magistrado invocó el criterio sostenido por la Corte en el caso “Góngora”.

Por todo lo expuesto, El Máximo Tribunal de Santa Fe, entendió que resulta indudable que en las circunstancias del caso los Jueces de la causa no podían actuar en exceso de la pretensión del fiscal de suspender el juicio a prueba, ello en resguardo de las normas constitucionales y convencionales que reclaman un sistema procesal de corte acusatorio,

respetuoso de los principios de contradictorio e igualdad y de la garantía de imparcialidad del juzgador. En conclusión, los agravios de la defensa cuestionando la confirmación que la Alzada hiciera del rechazo en primera instancia de la suspensión a prueba del juicio seguido a L. R.G., ostentan entidad suficiente como para abrir la instancia excepcional intentada.

c) En la causa “S. G. R. s/ averiguación de paradero”<sup>14</sup> la Cámara en lo Penal de Trelew dispuso que el imputado por el delito de abuso sexual simple cometido contra menores de edad tiene derecho al otorgamiento de la *probation*.

En este caso, la Cámara entendió que no es posible subsumir el caso en la Convención de Belem do Para, toda vez que no se acredita ni se menciona que los abusos sexuales investigados sean casos de violencia contra la mujer motivado por alguna razón de género concreta más allá de haber seleccionado como víctimas a dos niñas mujeres y resulta razonable pensar que no todo hecho contra una mujer pueda ser subsumido en la letra de la Convención y menos, como en el caso, en el que la consecuencia inmediata es cercenar derechos reconocidos por la legislación interna. Se resaltó enfáticamente que el sexo de la víctimas no puede justificar per se la denegatoria de una *probation*.

De este modo, la Cámara sostuvo para decidir por la procedencia de la *probation* en beneficio del imputado que los derechos reconocidos por la Convención de Belem do Pará a la mujer, no comprenden en forma necesaria la reacción penal hasta lograr la condena, sino que tal derecho debe ser pospuesto cuando existe otro que debe prevalecer sobre él, tal como el derecho del imputado a evitar los efectos deletéreos no sólo de la estigmatización, sino también de la prisionización que, cabe recordar, sufre en su inmensa mayoría los vulnerables del otro género, como lo demuestra la selectividad estructural del funcionamiento del poder punitivo, que recae en varones jóvenes y sin ningún tipo de cobertura política, económica y/o comunicacional, lo que también implica una palmaria discriminación.

---

<sup>14</sup> Tribunal: Cámara en lo Penal de Trelew. Partes: “S. G. R. s/ dcia.averiguación de paradero” – Trelew. Fecha: 24-ene-2018

Con base en lo sostenido la Cámara resolvió conceder la *probation* al imputado a quien le impuso una serie de condiciones que debe cumplir de manera inexorable.

### **Conclusiones parciales**

En el presente capítulo se ha procedido a analizar una serie de fallos a los fines de dilucidar si es posible el otorgamiento de la *probation* a imputados en delitos que involucren violencia de género.

Sobre el particular se han producido diversos fallos que han ido variando las posiciones desde una tesis restrictiva adoptada por la Cámara Nacional de Casación Penal en pleno en la causa “Kosuta” en el año 1999 postura que se mantuvo hasta el año 2008 oportunidad en que el Máximo Tribunal de la Nación en ocasión de pronunciarse sobre el particular en autos “Acosta” dio paso a una tesis amplia que admitía la procedencia de la *probation* para todos los casos comprendidos en las disposiciones del art. 76 bis del Código Penal. Cabe recordar que hasta el momento de este pronunciamiento no se encontraba vigente la Ley N° 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 aunque si se encontraba vigente la Convención de Belém do Pará cuestión sobre la que no hubo pronunciamiento en virtud de que el tema ventilado en autos “Acosta” versaba sobre cuestiones ajenas a la violencia de género.

*A posteriori*, en el año 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en el caso “Góngora”, en el que sí estaba involucrada la violencia de género, lo que llevó a los Magistrados a cambiar su postura volviendo al criterio restrictivo.

Para dar sustento a su nueva postura los Magistrados expresaron que habiendo ratificado Argentina la Convención de Belem do Pará correspondía ajustarse a sus

disposiciones ya que no se pueden desconocer los términos de un Tratado Internacional sin comprometer a la Nación.

En otros fallos de tribunales inferiores de la Nación se advierte que, en general, se ha mantenido el criterio sostenido por la Corte en tanto en otros se ha producido un apartamiento del mismo en virtud de que se ha tenido en cuenta el derecho del imputado a beneficiarse con un instituto que ha sido pensado como oportunidad para avanzar hacia una justicia penal restaurativa que tiene en miras, además de la posibilidad de resocialización del imputado fuera del ámbito carcelario, la participación de la víctima.

La falta de una legislación clara no permite que exista una jurisprudencia unánime sobre la procedencia de la *probation* en los casos en los que está involucrada la violencia de género.

# CONCLUSIÓN

Como hipótesis de trabajo se ha postulado la viabilidad de la procedencia de la *probation* en casos que involucren violencia de género.

Para llegar a probar la hipótesis planteada se comenzó por analizar el instituto de la *probation* desde sus orígenes hasta su incorporación al Derecho Penal argentino.

De este modo, ha quedado establecido que la *probation*, como tantos instrumentos incorporados al sistema penal, persigue como finalidad la pacificación de la sociedad a través de la utilización de métodos menos lesivos para castigar a quienes cometen delitos cuyas penas en abstracto no excedan los tres años. Con el mismo se trata de evitar la encarcelación del delincuente a los efectos de lograr su resocialización, es decir, se trata de una medida que excluye el tratamiento institucional del delincuente confiando su control a persona idónea para lo cual deberá satisfacer los requisitos que la ley le impone, por lo que no debe entenderse a la *probation* como un sistema de clemencia para quienes cometen delitos de bagatela.

La *probation* encuentra sus fundamentos en el cambio de paradigma de una justicia retributiva, que sólo busca castigar al delincuente, hacia un paradigma de justicia restaurativa que entiende que existen otras alternativas a la pena privativa de la libertad. Se trata de ponerle un límite a la injerencia punitiva del Estado a través de otras posibilidades que ofrezcan alternativas socializadoras para aquellas penas de corta y mediana duración, siendo ideal para estas situaciones la *probation* que se presenta como una alternativa idónea para que el procesado, que aún no ha sido condenado pueda manifestar su voluntad resocializadora.

En este sentido, se adhiere a la postura de que la *probation* es una medida alternativa para resolver casos en los que se parte de la consideración del sujeto infractor y de revalorización de la víctima habida cuenta que el sistema clásico punitivo es inadecuado para resolver una notable cantidad de delitos.

Una cuestión que ha suscitado opiniones encontradas es la que atañe a la oportunidad procesal para solicitar la *probation*, surgiendo así la tesis restrictiva y la tesis amplia, cuyas diferencias se sustentan en qué debe entenderse por juicio. De este modo, la *probation* debe ser solicitada en la etapa preliminar para quienes adscriben a la primera tesis o en cualquier momento del proceso para quienes adhieren a la tesis amplia con la cual se comulga habida cuenta que no se pueden restringir derechos recurriendo a disquisiciones que no surgen de la norma sino de diferencias semánticas entre los intérpretes, por lo que, de acuerdo al principio *pro homine* corresponde interpretar en el sentido que más y mejor beneficie al sujeto.

Otro aspecto importante en torno a la *probation* es el relacionado con el tipo de delitos que admiten la procedencia de la misma atento que el texto de la ley establece que lo será para aquellos cuyas penas sean inferiores a tres años estableciendo, además, como dos únicas excepciones a su otorgamiento que no procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito o respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. A estas excepciones, mediante reforma realizada en el año 2011 se le agregaron los delitos relacionados con materia aduanera y tributaria.

El tema planteado es de suma importancia dado que, al momento de introducirse la *probation* al sistema penal argentino, no se tuvieron en cuenta los delitos que involucran violencia de género cuestión que fue suplida por la actividad jurisprudencial a partir del fallo “Góngora” producido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, estableció un criterio restrictivo para el otorgamiento de la *probation* en dichos casos.

El principal argumento de la sentencia emitida por el Cíbero Tribunal de la Nación parte de la premisa de que en casos de delitos que importen violencia de género la *probation* resulta incompatible con los fines de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará. La Corte sostiene que

debe excluirse la aplicación del instituto en todo supuesto calificado de violencia contra la mujer, sin considerar que cada caso puede contener circunstancias distintas que deben ser meritadas en cada oportunidad. Es decir, el decisorio del Supremo Tribunal aleja la posibilidad del análisis del caso concreto e impone *a priori* una solución de exclusión de la *probation* toda vez que se configure un delito con componentes de violencia de género. De este modo, se deja de lado la consideración de que, dependiendo del caso, la *probation* podría aparejar en la práctica múltiples beneficios, sobre todo para los propios sujetos involucrados.

La adhesión a la tesis amplia de procedencia de la *probation* no significa, por cierto, desconocer que la violencia de género importa una grave violación a los derechos humanos y libertades fundamentales constituyendo una ofensa a la dignidad humana que trasciende todos los sectores de la sociedad a la vez que se instala como un obstáculo a la pretensión de conformar una sociedad que se pretende igualitaria.

La situación que se plantea va más allá de la adhesión irrestricta a Tratados Internacionales que tutelan los derechos de la mujer y la protegen contra actos de violencia ya que de este modo también se vulneran derechos protegidos por otros Tratados Internacionales, e incluso por la Constitución Nacional que garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, de donde surge que no resulta la mejor solución privar del derecho a uno para proteger a otro. Considero que, aplicada a casos particulares y tras una correcta ponderación, la *probation* no implica claudicar en la lucha a favor de la igualdad de género ni violar los derechos de las mujeres.

La exégesis de la norma impone un debate amplio, multidisciplinario en el que se contemplen tanto los derechos de la víctima como del victimario ya que no corresponde que por vía pretoriana se cree una nueva causal de excepción que no ha sido prevista por el legislador.

Un punto a considerarse especialmente es que la solución que propicia el fallo “Góngora” brinda protección a un sector vulnerable de la sociedad y desprotege a otro sector que queda en estado de vulnerabilidad ya que le restringe el acceso a un derecho legal lo que se convierte, a su vez, en un acto de violación de derechos. De ser así, la solución propuesta por la Corte resulta en una sábana corta que para proteger los derechos de un sector vulnera los de otro.

Con sustento en lo expresado sostengo que no corresponde descartar *a priori* la *probation*, en todo caso de violencia contra la mujer, sin permitir al juzgador atender a las circunstancias particulares del caso y en especial a la gravedad del hecho en cuestión. Todo ello con el firme propósito de conciliar los objetivos asumidos a nivel internacional con todo el encuadre de derechos humanos y garantías que rigen el proceso penal de manera tal que se garanticen ambos derechos, es decir, el derecho de la víctima a ser oída, de obtener real protección y de conseguir una reparación frente al daño que el ilícito le causó y, por el otro lado el respeto de los derechos del imputado quien podría favorecer su reinserción social a través del cumplimiento de las pautas de conducta que se le impongan lo que deberá ser debidamente monitoreado por personal especializado.

## BIBLIOGRAFÍA

### *Doctrina*

- Almeyra, M. A. (2007). *Código Procesal Penal de la Nación, comentado y anotado*. La Ley, Bs. As., 2007, T. II.
- Altamirano, M. (2013). *Veinte años después. Suspensión del juicio a prueba. ¿Probación o aprobación?* Córdoba: Actualidad Jurídica.
- Aued, J. (2001). *La probation y otros institutos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Universidad.
- Bersi, D. (2014). *La inconstitucionalidad de la Suspensión de Juicio a Prueba en causas de Violencia de Género*. En Revista Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39741-inconstitucionalidad-suspension-del-juicio-prueba-causa-violencia-genero>. Recuperado en mayo de 2018.
- Bovino, A. (2001). *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto S. R L.
- Breglia Arias, O. et al. (2001). *Código Penal y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*. Buenos Aires: Astrea.
- Calabrese, E. (1997). *La Violencia en el hogar*. En: Leviatán, Revista de hechos e ideas. Madrid. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=55178>. Recuperado en mayo de 2018.
- Clemente, J. L. (2009). *Suspensión del juicio a prueba. Límites temporales*. En Revista de Derecho Procesal Penal. Córdoba: Actualidad Jurídica.
- De Olazábal, J. (1994). *Suspensión del proceso a prueba*. Buenos Aires: Astrea
- Devoto, E. A. (2005). *Probation e institutos análogos*. Buenos Aires: Hammurabi.

- Di Corletto, J. (2013). *La suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género. Límites y condiciones para su concesión. A propósito del fallo “Góngora”*. Buenos Aires: La Ley
- Domenach, J. M. (1981). *La violencia y sus causas*. Publicación de la UNESCO. Disponible en: [unesdoc.unesco.org/images/0004/000430/043086so.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000430/043086so.pdf). Recuperado en mayo de 2018.
- Edwards, C. (1994). *La probation en el Código penal Argentino*. Córdoba: Lerner.
- Guirado, M. (2016). *El fallo Góngora: la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia contra la mujer*. Rubinzal- Culzoni On Line.
- Juliano, M y Vitale, G. (2013). *Retrocesos de una Corte que Avanza –El fallo Góngora y los nuevos enemigos del Sistema Penal*. En Revista Pensamiento Penal. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37388-retrocesos-corte-avanza-fallo-gongora-y-nuevos-enemigos-del-sistema-penal>.
- Kambel, E. R. (2004). *Guía Sobre los Derechos de la Mujer Indígena bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*. Disponible en: [www.fimi-iiwf.org/archivos/859002bf070c8e01c2eb846c88b0a675.pdf](http://www.fimi-iiwf.org/archivos/859002bf070c8e01c2eb846c88b0a675.pdf). Recuperado en Mayo de 2018.
- Ludueña, A. L. (2013). *Fundamentos del instituto de la suspensión del juicio a prueba*. En: Veinte años después. Suspensión del juicio a prueba. Director. Marcelo Altamirano. Córdoba: Actualidad jurídica.
- Manili, P. L. (2003). *El bloque de constitucionalidad: la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: La Ley On Line.

- Maqueda Abreu, M. L. (2006). La violencia de género: Entre el concepto Jurídico y la realidad social. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología España: Universidad de Granada. Disponible en: [www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia\\_genero\\_maqueda.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf). Recuperado en mayo de 2018.
- Ossola, A. (2011). *Violencia Familiar*. Córdoba: Advocatus.
- Pessoa, N., (1995). *Suspensión del proceso a prueba. Esquema de análisis de la Ley N° 24.316*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina.
- Sette, R. (2009). *Suspensión del proceso a prueba. Tres problemas recurrentes*. Buenos Aires: IJ. Editores. Artículo de doctrina.
- Spitale, G.M. (2013). *Condiciones comunes para disponer la suspensión del juicio a prueba*. En: Veinte años después. Suspensión del juicio a prueba. Director: Altamirano. Córdoba: Actualidad Jurídica.
- Torres Falcón, M. et al. (2001). *La violencia en casa*. México: Paidós.
- Valle Ferrer, D. (2011). *Espacio de Libertad, Mujeres, Violencia Doméstica y Resistencia*. Buenos Aires: Espacio.
- Vidal Fernández, F (2008) *Los nuevos aceleradores de la violencia remodelada*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2570077>. Recuperado en Mayo de 2018.
- Vitale, G. (2004). *Suspensión del proceso penal a prueba*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

### *Legislación*

- Constitución Nacional
- Código Penal de la Nación
- Ley N° 24.316
- Reglas de Tokio
- Ley N° 24.050

### *Jurisprudencia*

- Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal. Sala/Juzgado: en pleno. Partes: “*Kosuta, Teresa R s/ recurso de casación*”. Sentencia dictada el 17 de Agosto de 1999.
- Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Partes: “*Acosta Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737. Causa N° 28/05*” Sentencia dictada el 23 de Abril de 2008.
- Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala/Juzgado: I Partes: “*B. G. A. s/*”. Fecha: 5-nov-2015.
- Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. Tribunal: Tribunal en lo Criminal de San Salvador de Jujuy. Sala/Juzgado: 2. Partes: Partes: “*G. L. R. - Recurso de inconstitucionalidad*” Fecha: 16-oct-2017.
- Tribunal: Cámara en lo Penal de Trelew. Partes: “*S. G. R. s/ dcia.averiguación de paradero*” – Trelew. Fecha: 24-ene-2018.

### *Páginas web*

- <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>. Recuperado en Julio de 2018.
- <unesdoc.unesco.org/images/0004/000430/043086so.pdf>. Recuperado en mayo de 2018.
- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2570077>. Recuperado en mayo de 2018.
- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=55178>. Recuperado en mayo de 2018.
- OMS (2002) Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington, DC: OPS [versión electrónica]
- [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/abstract\\_es.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abstract_es.pdf). Recuperado en Mayo de 2018.
- [www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia\\_genero\\_maqueda.pdf](www.cienciaspenales.net/files/2016/09/2violencia_genero_maqueda.pdf). Recuperado en mayo de 2018.
- <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>. Recuperado en Mayo de 2018.
- <www.fimi-iiwf.org/archivos/859002bf070c8e01c2eb846c88b0a675.pdf>. Recuperado en Mayo de 2018.
- <www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Recuperado en Mayo de 2018.