



SOLUCIONES O PROCESOS COMPOSICIONALES Y SALIDAS ALTERNATIVAS COMO RESPUESTA AL CRECIENTE PUNITIVISMO.

*SU POSIBLE APLICACIÓN EN DELITOS QUE IMPLICAN VIOLENCIA CONTRA LA
MUJER POR RAZONES DE GÉNERO. COMPATIBILIZACIÓN CON LOS
COMPROMISOS CONVENCIONALES DE PERSEGUIR Y CASTIGAR ESTOS
DELITOS.¹*

Carlos Santiago Caramuti*
Poder Judicial de Tucumán (Argentina)

DOI: <https://doi.org/10.1344/cpyp.2022.23.40970>

RESUMEN

Ingresaré al desarrollo de mi exposición en el marco fijado por el Profesor Jesús Silva Sánchez, destacando el lugar de la dogmática penal como una disciplina no solo descriptiva ni meramente funcional, sino valorativa y, además, práctica que intente aportar soluciones o respuestas razonables a las decisiones judiciales de los casos concretos. Sin embargo, lo haré con la aclaración de que entiendo que, en esa tarea, la dogmática penal no debe limitarse al análisis de las normas estrictamente penales -en sentido sustancial-. Por el contrario, debe incorporar no solo las normas procesales y constitucionales nacionales, sino también las convencionales -especialmente de Derechos Humanos- que enmarcan esa aplicación a los casos concretos.

Palabras Clave: *procesos compositivos, punitivismo, violencia de género.*

¹ El presente trabajo fue elaborado para la disertación expuesta como panelista en el 28° Seminario Internacional del IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) que tuvo lugar en la Ciudad de San Pablo entre los días 19 y 21 de octubre de 2022. Vaya aquí mi agradecimiento a la entidad organizadora, haberme conferido el honor de invitarme a participar como panelista en el mencionado evento científico; en el cual, además se celebró el treinta aniversario de la creación de esa prestigiosa entidad, que tan importantes aportes ha realizado a las Ciencias Criminales, no solo de Brasil sino de toda Latinoamérica.

* Correo electrónico caramuticarlossantiago@gmail.com

RESUM

Ingressaré al desenvolupament de la meva exposició en el marc fixat pel Professor Jesús Silva Sánchez, destacant el lloc de la dogmàtica penal com una disciplina no sols descriptiva ni merament funcional, sinó valorativa i, a més, pràctica que intenti aportar solucions o respostes raonables a les decisions judicials dels casos concrets. No obstant això, ho faré amb l'aclariment que entenc que, en aquesta tasca, la dogmàtica penal no ha de limitar-se a l'anàlisi de les normes estrictament penals -en sentit substancial-. Per contra, ha d'incorporar no sols les normes processals i constitucionals nacionals, sinó també les convencionals -especialment de Drets Humans- que emmarquen aquesta aplicació als casos concrets.

Paraules clau: *processos composicionals, punitivisme, violència de gènere.*

ABSTRACT

I will start my argument by adopting the framework set by Professor Jesús Silva Sánchez in his introductory conference to the 28th International Seminar of IBCCRIM, highlighting the role of criminal dogmatics as a not only descriptive nor a functional discipline, but an evaluative and practical one that tries to provide solutions to judicial decisions in specific cases. However, I will do it by clarifying that, in this task, criminal dogmatics should not be limited to the analysis of strictly criminal regulations in a substantial sense. On the contrary, it must incorporate the national, procedural and constitutional norms, but also the conventional ones - especially Human Rights – which frame the application of these provisions to specific cases.

Keywords: *compositional processes, punitivism, gender violence.*

I- El conflicto de tendencias

Ingresaré al desarrollo de mi exposición en el marco fijado por el Profesor Jesús Silva Sánchez en su conferencia introductoria al 28 Seminario Internacional de IBCCRIM², destacando el lugar de la dogmática penal como una disciplina no solo descriptiva ni meramente funcional, sino valorativa y, además, práctica que intente aportar soluciones o respuestas razonables a las decisiones judiciales de los casos concretos. Sin embargo, lo haré con la aclaración de que entiendo que, en esa tarea, la dogmática penal no debe limitarse al análisis de las normas estrictamente penales -en sentido sustancial-. Por el contrario, debe incorporar no solo las normas procesales y constitucionales nacionales, sino también las convencionales -especialmente de Derechos Humanos- que enmarcan esa aplicación a los casos concretos. Serán ese tipo de normas y los principios que a ellas subyacen, los que permitirán zanjar los problemas y conflictos interpretativos emergentes, no sólo de determinadas normas nacionales, sino de tendencias filosóficas e ideológicas contrapuestas.

² San Pablo, Brasil, 19 al 21 de octubre de 2022.

En ese sentido, respecto del tema objeto de esta ponencia, se observa una especie de colisión entre dos corrientes dogmáticas, criminológicas y político criminales contrapuestas, aunque impulsadas, en algunos sectores de la criminalidad, por postulados que se invocan como igualmente progresistas.

Por un lado, se advierte desde siempre la constatación del funcionamiento de un sistema penal sumamente selectivo, donde la respuesta punitiva recae sobre sectores especialmente vulnerables (por sus condiciones de raza, pobreza, marginalidad y falta de acceso a los más elementales derechos humanos y condiciones de vida digna). Situación a la que se agrega el recurso a la privación de libertad como respuesta principal y casi única (sea cautelar, a través de la prisión preventiva o, propiamente, a través de la pena de prisión).

Dejando de lado en este análisis la respuesta de las posturas puramente abolicionistas³ por todos conocidas, se vienen también postulando, desde antaño, una serie de propuestas de penas alternativas a la prisión, de salidas alternativas al proceso penal o respuestas diversificadas que impidan la aplicación efectiva de privación de la libertad e, incluso haga innecesario llegar a la realización del juicio, privilegiando, ya desde el proceso penal la composición del conflicto que subyace en el delito, entre sus protagonistas de carne y hueso (autor o presunto autor -imputado- y víctima o presunta víctima), prescindiendo en esos casos de la aplicación de la pena, especialmente, la de prisión⁴. Dentro de ese amplio abanico de soluciones denominadas alternativas, se encuentra también el instituto conocido como suspensión del juicio a prueba o probation, en los sistemas del common law, que permite para cierta franja de delitos determinadas en base a su escala penal, suspender la realización del juicio, sometiendo al imputado a determinadas reglas de

³ Al estilo de Nils Christie (1981, 1986), Louk Hulsman (1993) o Thomas Mathiesen (1986, 2015), que deslegitiman totalmente cualquier respuesta penal y el sistema mismo, así como cuestionan el concepto de delito.

⁴ Sin embargo, debe aclararse que la mayoría de estas propuestas, provienen de los autores abolicionistas. Ver al respecto Iñaki Rivera Beiras (2012, 42-44), quien refiere que “Hulsman, cuando aboga por la «devolución» del conflicto a sus protagonistas (víctima del delito y ofensor) para que el conflicto no sea (la «situación problemática», como califica a los problemas relacionados con el delito), «apropiado» por las instancias de control formal del Estado (policía, jueces e instituciones penitenciarias). Para ello, señala este autor, han de establecerse mecanismos de «compensación» entre la víctima y el ofensor, en un intento de volver al ámbito «civil del derecho penal» También cita a Blad quien relata algunas de las experiencias destinadas a «civilizar el derecho penal» que mencionaba Hulsman. Así, el primer autor señala que uno de los intereses fundamentales de uno de los grupos abolicionistas holandeses (Voices), como ejemplo de la estrategia abolicionista era crear las condiciones necesarias para posibilitar mecanismos de mediación entre el ofensor y la víctima, al creer que el delito debía ser visto como un problema social y por lo tanto no sólo concerniría únicamente al ofensor. Considerando a este último sujeto, iniciaron un proyecto experimental llamado «acuerdo penal» (penal settlement) consistente en que la víctima y el ofensor lleguen a un acuerdo sobre el modo de reparar el mal causado. El logro del pacto liberaría de los cargos de una acusación y, si alcanzado el acuerdo éste no se respeta, dicha infracción debería ser considerada como un incumplimiento de contrato que daría lugar a una reclamación civil” Ver, en ese sentido el mismo Louk Hulsman, (1993, pp. 75-104), aunque con algunas reservas desde la perspectiva abolicionista pues encuentra dificultades con la terminología habitualmente utilizada en los congresos, tales como “respuestas sociales alternativas para el delito” y “respuestas no punitivas al delito”, ya que considera que esta terminología parece reconocer la existencia de una realidad ontológica en el delito, independientemente de las actividades de definición del sistema penal, a las que el abolicionismo cuestiona (Cfr. Louk Hulsman, ob. cit. págs. 76 y 77).

conducta durante un cierto plazo, vencido el cual se cierra definitivamente el proceso por extinción de la acción penal⁵. Son todos instrumentos de distinta naturaleza, pero que presentan como rasgo en común, la posibilidad de eludir la aplicación de la pena, especialmente la privativa de libertad y toman en cuenta también, con distinto grado de intensidad, los derechos e intereses de la víctima, especialmente la necesidad de su tutela y derecho a ser reparada del daño sufrido por el delito.

En esa línea, las Reglas de Tokio en el marco de UN⁶, recomiendan y exhortan a los Estados miembros la aplicación de estas alternativas, instando a través de ellas a evitar la imposición de penas cortas privativas de libertad.⁷

En este mismo sentido podríamos citar las Directrices sobre la Función de los Fiscales, la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder⁸, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados⁹. Todos estos instrumentos, de manera consistente, delinean un programa político-criminal que reserva el uso de la pena de encierro para los casos más graves y, a la vez, incentivan medidas descriminalizadoras para los delitos de escasa o mediana gravedad.¹⁰

Aunque no se trata de convenciones o tratados internacionales, sino de instrumentos de derechos humanos no contractuales, es innegable el importante papel que han cumplido este tipo de normas, particularmente en la promoción de acciones futuras por parte de los Estados, como ha sucedido con las Reglas de Tokio, que han sido plasmadas en algunas legislaciones internas en institutos tales como la suspensión del juicio a prueba, o, en el ámbito procesal, a través de la aplicación de criterios de oportunidad en la persecución o de una amplia gama de medidas alternativas a la privación de la libertad¹¹, como por ejemplo la mediación y conciliación.

⁵ Por ejemplo, el artículo 76 bis del Código Penal Argentino.

⁶ Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

⁷ En ese sentido las mencionadas Reglas de Tokio establecen 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” (1.5); agregando “Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán delincuentes, independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.” (2.1). Rematando en el punto 2.2 que “Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, 29/11/85, Res. 40/34.

⁹ Aprobados por el "Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente", 27/8 al 7/9/90, La Habana.

¹⁰ Cfr. Lopardo y Rovatti (2020, p. 66).

¹¹ Para mayor profundización, recomendamos la lectura de Bovino, Instrumentos internacionales de derechos humanos no contractuales, Valor jurídico, en www.nohuboderecho.blogspot.com; y Juliano, La

Estas propuestas, en muchos casos con sanción legislativa interna, se enmarcan, de modo aún bastante tímido, principalmente en los sectores de criminalidad leve y media, apareciendo, al menos por ahora, políticamente inviables respecto de la criminalidad grave.

En sentido opuesto, a esa orientación, puede advertirse, bajo el argumento de una creciente inseguridad e impunidad, un reclamo de mayor respuesta penal, tanto desde el plano legislativo, como desde la investigación, juzgamiento y respuesta punitiva concreta, tendencia que se conoce como punitivismo y también como populismo penal y se conceptualiza como lucha contra la impunidad¹². Esa orientación tiene, como regla, un marcado sesgo ideológico opuesto al que moviliza las mencionadas propuestas alternativas a reducir la aplicación de poder punitivo, especialmente la dirigida, de modo selectivo, hacia los sectores más vulnerables de la población. Es justamente a esos sectores a los que se atribuye, abierta o sesgadamente, la creciente inseguridad.

II.- El encuadre de la violencia de género

Sin embargo, en gran parte convergente con la tendencia punitivista, encontramos otras orientaciones, que se presentan, muchas veces legítimamente, como progresistas, y que, poniendo el acento en la impunidad de delitos contra víctimas especialmente vulnerables y crímenes de los sectores poderosos, reclaman también mayor punición y, consecuentemente, se oponen a cualquier salida alternativa o compositiva para ese sector de delitos; esto se pone especialmente de manifiesto en relación a delitos que entrañen violencia de género con un fuerte impulso de movimientos feministas.

Digo que esas orientaciones se reivindican, a veces legítimamente, como progresistas, porque encuentran respaldo en Convenciones e instrumentos internacionales de derechos humanos.

En esa intersección encontramos los delitos que prevén conductas típicas de violencia contra la mujer, que los países signatarios de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará”, se comprometieron, no solo a prevenir, sino también a investigar, enjuiciar y castigar.

En particular, su artículo 7 dispone que “Los Estados parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia¹³ y en llevar a cabo lo siguiente: (...)”

Convención de Belém do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías, en www.pensamientopenal.com.ar, citado por Lopardo y Rovatti, ob. cit.

¹² Ver al respecto, entre muchos otros, la descripción de este panorama punitivista en Díaz Ripollés (2007).

¹³ En el ámbito europeo el equivalente a este mandato es estatuido por art. 5.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica -2011- (conocido como Convenio de Estambul), que establece que las partes “tomarán las medidas legislativas y

b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...) ¹⁴

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. ¹⁵

En la misma línea, encontramos los compromisos asumidos en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), a cuyo respecto el Comité creado por su artículo 17 a los fines de examinar los progresos de su aplicación, en sucesivas Recomendaciones Generales a los Estados Partes, establece que la violencia contra la mujer por razón de género (por su condición de ser mujer), implica una forma de discriminación que impide que esta goce de Derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. ¹⁶

A su vez, esas Recomendaciones Generales, refieren en varias de sus disposiciones, a la obligación de promover de oficio la acción penal ¹⁷ y castigar o sancionar penalmente, impidiendo la impunidad de cualquier forma de violencia contra la mujer, a la par de permitirle un amplio acceso a la justicia, a participar activamente en él y a ser resarcida o reparada del daño sufrido por esa violencia y protegida ¹⁸.

Se señala en ellas que los Estados no siempre perciben de manera apropiada la estrecha relación entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra ellas y las violaciones

otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia”

¹⁴ En similar sentido a la norma mencionada del Convenio de Estambul.

¹⁵ En la misma línea, aunque con otra terminología, el mencionado Convenio de Estambul, Capítulo VI – Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección. Artículo 49 – Obligaciones generales 1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la investigación y los procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio se lleven a cabo sin demoras injustificadas, sin perjuicio del derecho de la víctima a todas las fases del proceso penal. 2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio.

¹⁶ Así, el punto 1 de la Recomendación General 19, punto 1, ratificado por el punto 19 de la Recomendación General 28, del 16 de diciembre de 2010, del mismo modo que la Recomendación General 35, del 26 de julio de 2017, que actualizó la primera, al cumplirse sus 25 años, en su punto a). A este respecto, merece destacarse que en el punto b) de su introducción, el Comité menciona que “durante 25 años, en su práctica, los Estados partes han respaldado la interpretación del Comité. La opinión juris y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género ha pasado a ser un principio de derecho internacional consuetudinario”.

¹⁷ Recomendación General 28 del Comité CEDAW, del 16 de diciembre de 2010, número 34. En sentido coincidente el Convenio de Estambul Artículo 55 – Procedimientos ex parte y ex officio 1 Las Partes velarán por que las investigaciones o procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y porque el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia.

¹⁸ Ej. Recomendación General Comité CEDAW 19, 11° Período de Sesiones, 1992, punto 24, en especial punto t).i, ii. e iii. Recomendación General 33, punto 51.d), entre otras.

de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹⁹, por lo cual concluye que la aplicación cabal de la Convención exige medidas positivas para eliminar todas esas formas de violencia.

III. Dificultades de compatibilización. Criterios que sostienen su imposibilidad

En virtud de esas Convenciones y Recomendaciones, muchas veces los Estados, se niegan a aplicar ninguna salida alternativa o compositiva a cualquier caso en que se invoque que el delito investigado constituya una manifestación de violencia contra la mujer; sin distinguir respecto su mayor o menor gravedad, ni sobre la adecuación y eficacia de la aplicación efectiva de la pena en la forma de encarcelamiento, respecto de la rehabilitación del acusado y/o respecto de los derechos, intereses, protección y reparación de la víctima.

Así, al menos en Argentina, la mayoría de las legislaciones procesales provinciales que habilitan ese tipo de alternativas, exceptúan de su aplicación los casos que impliquen violencia de género y especialmente violencia familiar²⁰.

Y, respecto del instituto de suspensión de juicio a prueba, a cuyo respecto el Código Penal Argentino no exceptúa estos casos (y sí otros), la jurisprudencia de nuestra CSJN a través de un *leading case* "Góngora"²¹, determinó, de modo general, que es incompatible con el artículo 7 de la Convención Belem Do Para, sin ninguna salvedad ni excepción.

IV. Crítica. Intento de compatibilización

Esta jurisprudencia ha sido duramente criticada por gran parte de la doctrina y muchos tribunales inferiores, tanto nacionales como provinciales, se han apartado de ella, en casos concretos, dando fundamentos de dicho apartamiento, tanto desde la perspectiva de los derechos del imputado, como de los de la víctima²².

Es verdad que tanto la Convención Americana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer, como las mencionadas Recomendaciones Generales del Comité para el Seguimiento de la Convención Internacional contra la discriminación de la mujer,

¹⁹ Recomendación General 19 del ya mencionado Comité CEDAW, punto 4. Esa estrecha vinculación entre violencia contra la mujer, discriminación contra ella y violación de derechos humanos, es expresamente reconocida también en el artículo 3.a del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica -2011- (conocido como Convenio de Estambul), al definir el concepto de violencia contra la mujer.

²⁰ Por ejemplo, artículo 27, inc. 2, apartado a) in fine Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán y art. 30, incs. c) y d) cc. con último párrafo Código Procesal Penal Federal.

²¹ CSJN, 23/4/13, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/Causa n° 14.902", caso G.61. XLVIII.

²² A título de ejemplo, TOC n° 17,13/5/13, "M.P.N. s/Amenazas coactivas en concurso real con lesiones leves", causa n° 4011. En similar sentido, TOC n°6, "Chapana, Néstor Adrián", voto en disidencia del juez Rojas.

parecen contener mandatos generales de criminalización dirigidas tanto a la legislación como al Poder Judicial, respecto de los casos de violencia contra la mujer.²³

Sin embargo, en estas recomendaciones, sus disposiciones no siempre son claras respecto a si ese mandato se refiere a todos los casos o solo a los delitos graves. Por ejemplo, algunas de esas disposiciones se refieren específicamente a la trata y explotación sexual²⁴. Otras, a la violencia doméstica, a cuyo respecto, pareciera no poder prescindirse del juzgamiento y aplicación de sanciones penales.²⁵ Otras disposiciones de las Recomendaciones Generales, en cambio, no son tajantes en el sentido de que ese mandato comprenda todos los casos (incluidos los de criminalidad leve y media), pues mencionan genéricamente sanciones legales o, al aludir a sanciones penales lo hacen en forma alternativa con medidas resarcitorias²⁶, de protección u otras; o refieren a sanciones penales o al castigo con la aclaración “en caso necesario”²⁷ “si correspondieren” o giros semejantes. Por otra parte, todas esas disposiciones contenidas en recomendaciones generales del Comité deben interpretarse dentro del marco de la Convención que lo crea. A ese respecto, en el artículo 2 de la Convención, luego de condenar toda forma de discriminación contra la mujer, los estados parte convienen seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones indebidas, políticas encaminadas a su eliminación, enumerando una serie de compromisos que asumen con ese fin. En ese sentido, en su inciso b), al referirse a la adopción de medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter -lo que incluye las decisiones judiciales- menciona las sanciones correspondientes -no circunscribiéndolas a las penales-.

Además, del espíritu general tanto de la Convención, como de la totalidad de las disposiciones de las aludidas recomendaciones, puede extraerse que se desprenden dos orientaciones que me parecen claves, para no descartar la aplicación de estas salidas compositivas, al menos en algunos casos de criminalidad leve y aun media, aunque ellas entrañen alguna forma de violencia de género -que, como vimos constituye una manifestación de discriminación contra la mujer en los términos de la Convención que propende a su eliminación-.

La primera se refiere a que, tanto la discriminación contra la mujer como la violencia contra ellas, encuentran explicación y causa en actitudes tradicionales, estereotipos, prejuicios y prácticas sociales y culturales, que asignan determinadas características y

²³ Por ejemplo, Recomendación General 33, Comité CEDAW, del 3 de agosto de 2015, n° 51, a) y Recomendación General 35, del 26 de julio de 2017, que actualiza la anterior, punto 24.b) in fine. También la Recomendación General 28, del 16 de diciembre de 2010, punto 19, in fine y punto 37.b). Sin embargo, respecto de esta última disposición, se aclara entre paréntesis que el castigo forma parte de la obligación de proteger, de lo que puede inferirse que es esa finalidad de tutela la que debe prevalecer y enmarcar -también limitar- el deber de castigar.

²⁴ Así, Recomendación General 19, punto 24, g) y h).

²⁵ Por ejemplo, el punto 34, tercera oración de la Recomendación General 28 del Comité.

²⁶ Por ejemplo el punto 9 de la Recomendación General 19.

²⁷ Por ejemplo, punto 24 inc. r.i e inc. t.i de la Recomendación General 19, ubicado bajo el título “Recomendaciones concretas”.

funciones subordinadas a la mujer respecto del hombre, las que, a su vez, permiten que se perpetúen esas mismas prácticas^{28 29}, causas estas que deben eliminarse.

La segunda, es que se privilegia la protección de las mujeres frente a estas formas de violencia y discriminación, sus posibilidades de acceso efectivo a la justicia, su participación activa en los procesos iniciados, la reparación de los daños sufridos y la promoción y consiguiente respeto de su autonomía; así como la prevención de ese tipo de ataques.³⁰

Resulta entonces, en mi opinión que, no siempre (ni tal vez en la mayoría de los casos), la pena resulta idónea (al menos no el medio más idóneo) para deconstruir esos estereotipos y prejuicio generadores de violencia y discriminación; y que, si realmente se quiere privilegiar la protección y reparación de las mujeres víctimas, su acceso a justicia, participación y autonomía, no puede dejar de tenerse en cuenta su voluntad, libremente prestada y manifestada, cuando es favorable a esas salidas o composición.³¹

V. Recaudos a tomar

Por supuesto que, tratándose de estos supuestos, se debe ser especialmente cuidadoso en el análisis de las circunstancias, para verificar que esa voluntad sea realmente libre y no esté viciada o condicionada por el marco coactivo en que la violencia tuvo o tiene lugar y que no exponga la víctima a nuevos riesgos, como consecuencia del ciclo recurrente de

²⁸ Ej.: puntos 11 y 24 inc. f) de la Recomendación General 19 del mencionado Comité, Recomendación General 33, puntos 26 y 28, entre otras.

²⁹ Recogiendo esa realidad, en el ámbito europeo, el artículo 12.1 del Convenio de Estambul– dentro de las Obligaciones generales que Las Partes tomarán para prevenir la forma de violencia analizada, enuncia las necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres; a cuyo respecto no parece ser la sanción penal el único medio, ni el más adecuado, especialmente para ciertos casos de criminalidad leve o media.

³⁰ En ese sentido, el art. 2, inc. 3º de la Convención, el punto 24.b), g), f), h), i), k), r.3y4), t) de la Recomendación General 19, Recomendación General 28, puntos 34, 36 y 37 inc. b), Recomendación General 33, en todo su contenido en cuanto al acceso a la justicia y derecho a ser oída y, por tanto a que se tomen en cuenta sus opiniones y específicamente su punto 14.e), en cuanto a la protección y reparación, punto 51, incisos c) y d) en cuanto a su protección y participación activa en los procesos. En la misma orientación, el artículo 12. 3 del Convenio de Estambul dispone que todas las medidas tomadas conforme al presente capítulo tendrán en cuenta y tratarán las necesidades específicas de las personas que sean vulnerables debido a circunstancias particulares, y pondrán en su centro los derechos humanos de todas las víctimas. También este Convenio pone el énfasis en el valor y necesidad de promover y respetar la autonomía de las mujeres (artículos 1.b, 6 in fine, 12.6 y 18.3)

³¹ En el ámbito específicamente europeo, esta necesidad privilegiar los derechos e intereses de las víctimas, así como su autonomía, viene avalada por el artículo 7.2 del Convenio de Estambul, conforme al cual las políticas globales que están obligados a adoptar los Estados Parte, 2 deben poner los derechos de la víctima en el centro de todas las medidas. En similar sentido, su artículo 12.3 dispone que todas las medidas tendrán en cuenta y tratarán las necesidades específicas de las personas que sean vulnerables debido a circunstancias particulares, y pondrán en su centro los derechos humanos de todas las víctimas. Respecto de la autonomía debe destacarse la obligación del artículo 12.6 del Convenio de Estambul.

violencia que caracteriza muchas de esas situaciones, especialmente en el marco de violencia familiar o de género³².

Pero verificadas esas circunstancias, puede el medio más apropiado ser una salida composicional, que no se agote en la reparación o resarcimiento, incluido el económico, sino que sujete al autor a reglas vinculadas con las causas generales de esa clase de violencia y particulares de ese hecho concreto, que apunten a su rehabilitación (y la de la víctima) a través de la deconstrucción de esos estereotipos, prejuicios y prácticas que lo causaron, previniendo su repetición y perpetuación.³³

En ese sentido, la Recomendación General 33 s/ Acceso a la Justicia de las Mujeres, al referirse a los procesos alternativos de solución de controversias, en su punto 57, señala que “Aunque estos procesos pueden ofrecer mayor flexibilidad y reducir costos y demoras para mujeres que solicitan justicia, pueden dar lugar a nuevas violaciones de derechos y a la impunidad de los perpetradores, porque suelen actuar en base a valores patriarcales produciendo efectos negativos sobre el acceso de la mujer a exámenes judiciales y recursos.

Sin embargo, pese a esas reservas, en su punto 58 el Comité recomienda a los Estados, informar a las mujeres de su derecho a utilizar mecanismos de mediación, conciliación, arbitraje y solución de controversias en colaboración (inc. a).

No obstante, recomienda que, en ellos, garanticen que estos procedimientos alternativos no restrinjan el acceso de la mujer a otros aspectos judiciales y de otro tipo en todas las esferas del derecho, y no den lugar a nuevas violaciones de sus derechos. (b).³⁴

Y, finalmente, de modo aparentemente contradictorio, recomienda a los estados que “c), aseguren que los casos de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica,

³² Respecto de la caracterización de ese círculo o ciclo recurrente de violencia, ver el trabajo de Leonore E Walker (2013), donde la autora describe las tres fases de ese ciclo: acumulación de tensión, agresión aguda y calma y cariño; que se repiten recurrentemente; de manera que, al progresar el ciclo, las técnicas apaciguadoras de la mujer maltratada van siendo cada vez menos efectivas, repitiéndose los episodios de agresión aguda, de modo más frecuentes y crecientemente violentos.

³³ En ese sentido, en el ámbito europeo, no puede dejar de tenerse en cuenta el Artículo 16 del Convenio de Estambul: – Programas preventivos de intervención y tratamiento 1 Las Partes tomarán medidas legislativas u otras para crear o apoyar programas dirigidos a enseñar a quienes ejerzan la violencia doméstica a adoptar un comportamiento no violento en las relaciones interpersonales para prevenir nuevas violencias y cambiar los esquemas de comportamiento violentos. 2 Las Partes tomarán medidas legislativas u otras necesarias para crear o apoyar programas de tratamiento dirigidos a prevenir la reincidencia de los autores de delitos, en particular los autores de delitos de carácter sexual. 3 Al tomar las medidas mencionadas en los apartados 1 y 2, las Partes velarán por que la seguridad, el apoyo y los derechos humanos de las víctimas sean una prioridad y que, en su caso, se creen y apliquen esos programas en estrecha coordinación con los servicios especializados en el apoyo a las víctimas.

³⁴ En este aspecto, es particularmente relevante, en el ámbito europeo, el artículo 18 del Convenio de Estambul. En él, se establecen obligaciones generales. Entre ellas, que “Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia (1) y que velarán porque las medidas tomadas - se basen en un enfoque integrado que tome en cuenta la relación entre las víctimas, los autores de los delitos, los niños y su entorno social más amplio; - estén dirigidas a evitar la victimización secundaria; - estén dirigidas a la autonomía e independencia económica de las mujeres víctimas de violencia;.

bajo ninguna circunstancia, se remitan a cualquiera de los procedimientos alternativos de solución de controversias.”

Sin embargo, la contundencia de esa última prohibición, aparentemente incondicionada, es matizada en la posterior Recomendación General 35 sobre violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación general n° 19 sobre la misma temática.

En su Acápite D, “Enjuiciamiento y castigo”, punto 32, al recomendar medidas al respecto, en su inciso b) impone “Velar porque la violencia por razón de género no se remita *“obligatoriamente”*³⁵ a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, agregando que el uso de esos procedimientos debe regularse estrictamente y permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares. Los procedimientos deberían empoderar a las víctimas y supervivientes y correr a cargo de profesionales especialmente capacitados para comprender e intervenir debidamente en los casos de violencia por razón de género contra la mujer, garantizando la protección adecuada de los derechos de las mujeres y los niños y que dichas intervenciones se realicen sin una fijación de estereotipos ni revictimización de las mujeres³⁶. Y cierra finalmente que, los procedimientos alternativos de arreglo de controversias no deberían constituir un obstáculo para el acceso de las mujeres a la justicia formal.

Es decir que, en los casos de violencia de género, lo que se prohíbe es la derivación *obligatoria* a un procedimiento alternativo³⁷, pero admite, aun con reticencias su posibilidad, en la medida en que se tomen los recaudos que enuncia y se garantice la autonomía de la voluntad de la víctima, evitando que sea condicionado por la la renuncia a recurrir a otras vías de acceso a la justicia, la que siempre debe garantizarse.

Esa reticencia y recaudos es razonable, por tratarse las mujeres, especialmente cuando son víctimas de violencia y/o discriminación, de personas vulnerables, cuyo acceso a la

³⁵ Similar restricción en cuanto a la derivación *obligatoria* a este tipo de mecanismos alternativos encontramos, en el ámbito europeo, en el artículo 48 del Convenio de Estambul, Artículo 48 – Prohibición de modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos o imposición de condenas. 1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos *obligatorios* de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

³⁶ Respecto de obligación de evitar la revictimización de las mujeres víctimas, en el ámbito europeo, se destaca que, en la Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo, punto II.F.4, dentro de las garantías de la víctima, se impone tomar medidas para reducir el riesgo de revictimización.

³⁷ Esta circunscripción de la prohibición a la derivación *obligatoria* a un procedimiento alternativo, es aplicable en el ámbito Europeo por el Artículo 48 del Convenio de Estambul, que, bajo el título – Prohibición de modos alternativos *obligatorios* de resolución de conflictos o imposición de condenas, dispone que 1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos *obligatorios* de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

justicia debe garantizarse de modo reforzado conforme a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (actualizada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, de Quito, abril de 2018).

En su Sección 5°.1 Formas alternativa de resolución de Conflictos, n° 43 se establece que “se impulsarán los medios alternativos de resolución de conflictos en aquellos *supuestos en los que resulte apropiado*, tanto antes del inicio del proceso como durante su tramitación”

“Esos medios deben integrarse en los servicios que las administraciones públicas deben ofrecer a las personas usuarias del sistema, en especial a las personas en condición de vulnerabilidad.”

“La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condiciones de vulnerabilidad, así como optimizar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.”

Agregando el punto 44 que “en todo caso, antes de utilizar una forma alternativa de solución en un conflicto concreto, se tomarán en consideración los derechos humanos de las personas intervinientes, así como las circunstancias particulares de cada una, especialmente si se encuentran en alguna de las situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas reglas.”

“Se fomentará la capacitación integral y sensibilización de las personas mediadoras, árbitros, facilitadores judiciales comunitarios y demás personas que intervengan en la solución del conflicto.”³⁸

Estos recaudos resultan, a mi criterio aplicables especialmente en los casos que impliquen violencia de género, siendo recomendable el control judicial de los diálogos y negociaciones siempre voluntarios, de los acuerdos y sus eventuales consecuencias; y, también de su cumplimiento y la sujeción de la vigencia de esos acuerdos a dicho cumplimiento.³⁹

VI. Conclusión y reflexión final

³⁸ Sólo con esa capacitación y sensibilización se podrá apreciar -y tomar en cuenta- la eventual influencia de las situaciones que caracterizan los ciclos recurrentes de violencia, que fueran descritos en la nota 32.

³⁹ Este requisito, que creemos necesario, nos aparta, al menos en estos particulares conflictos -violencia de género-, de la propuesta abolicionista de Hulsman, referida en la nota 4, en el sentido de considerar las eventuales infracciones a lo acordado o reglas impuestas como un incumplimiento de contrato que daría lugar a una reclamación meramente civil.

Como síntesis y reflexión final, entiendo que, respecto de las soluciones alternativas y compositivas en delitos que impliquen violencia de género, no deben tomarse criterios apriorísticos absolutos que las descarten en cualquier caso por la sola naturaleza del delito, ni, en sentido opuesto, que las apliquen sin ninguna reserva ni teniendo en cuenta la particular situación de vulnerabilidad en que se encuentran generalmente las mujeres víctimas de estos delitos. Habiendo un conflicto de normas, principios y derechos, debe decidirse su viabilidad, teniendo en cuenta los derechos humanos en juego de ambos protagonistas, autor y víctima, respetando especialmente la autonomía de la voluntad de la esta última y no utilizándola como excusa para aplicar poder punitivo.

Entiendo que, en esta discusión, como en otras, entra en juego el cambio de paradigma que, desde el ámbito procesal, pero con trascendencia al derecho penal de fondo y necesidad de fundamentación desde él (también desde la dogmática penal), implica el progresivo abandono de un derecho penal infraccional, que concibe al delito como mera infracción a la ley o desobediencia, para pasar a otro que reconoce en él un conflicto con protagonistas concretos de carne y hueso, en el cual, sin abandonar la legalidad como garantía, deben privilegiarse, al menos en los sectores de criminalidad leve y media, las salidas alternativas y compositivas que lo solucionen, sin necesidad de aplicar pena o aplicando aquellas que no impliquen privación de libertad.

Referencias bibliográficas

- Bovino, A. (2009) “Instrumentos internacionales de derechos humanos no contractuales. Valor jurídico”, artículo digital disponible en: <https://nohuboderecho.blogspot.com/search?q=instrumentos+internacionales+de+derechos+humanos>
- Christie, N. (1981) *Limits to Pain*, Oslo: Universitetsforlaget.
- Christie, N. (1986) “Suitable Enemies”, in H. Bianchi and R. van Swaaningen (coordinadores) *Abolitionism. Towards a Non-Repressive Approach to Crime*. Amsterdam: Free University Press, pp 42-54.
- Díaz Ripollés, J. (2013) “La política Criminal en la encrucijada” en J. M. Silva Sánchez (ed.), *Estudios y debates en derecho Penal*, nº 3. Editorial BdeF, Buenos Aires-Montevideo.
- Hulsman, L. (1993) “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas”, págs. 75 a 104 en Sagarduy, Ramiro; Font, Enrique Andrés & Rodenas, Alejandra (coordinadores) *Criminología crítica y control social: "El poder punitivo del estado"*. Editorial Juris, Rosario, Provincia de Santa Fe, República Argentina.
- Juliano, M. (2013) “La convención de Belém do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías”, disponible en:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36551.pdf>

- Lopardo, M. & Rovatti, P. (2020) “Antes y después de Góngora” pags. 55 a 80 en Juliano, Mario & Vitale, Gustavo (coordinadores) *Suspensión de juicio a prueba para delitos de género*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina.
- Mathiesen, T. (1986) “The Politics of Abolition”, *Contemporary Crises*, 10, pp. 81-94.
- Mathiesen, T. (2015) *The Politics of Abolition Revisited*, Milton Park: Routledge.
- Rivera Beiras, I. (2012) “Tradiciones abolicionistas y escenarios (penales) contemporáneos” pgs. 42 a 44 en Bergalli, R., & Rivera Beiras, I. (coordinadores) *Louk Hulsman: ¿ qué queda de los abolicionismos?* Barcelona: Ed. Anthropos, Observatori del sistema penal i els drets humans; Huellas, Desafío(s) 9.
- Walker, L. (2013) *Amar bajo el terror*. Ediciones Queimada. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Carmen-Delgado-Alvarez/publication/337681645_Lenore_E_Walker_AMAR_BAJO_EL_TERROR/link/s/5de54577299bf10bc33a5d26/Lenore-E-Walker-AMAR-BAJO-EL-TERROR.pdf

Referencias jurisprudenciales

- CSJN, 23/4/13, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/Causa n° 14.902", caso G.61. XLVIII.
- TOC n° 17,13/5/13, "M.P.N. s/Amenazas coactivas en concurso real con lesiones leves", causa n° 4011.
- TOC n°6, "Chapana, Néstor Adrián", voto en disidencia del juez Rojas.