

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

Resolución sobre planteo de excepción de falta de acción efectuado por el Defensor Oficial en la causa n° **85289-2021-0**, caratulada "R.Q.P" del registro de este Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 15.

El trámite previo del expediente:

Se investiga, fue imputada y requerida a juicio la conducta de R.Q.P (X años de edad) en el hecho ocurrido el día 28 de febrero de 2021, a las 02.15 horas aproximadamente, en la vía pública, más precisamente en la intersección de las calles Z y V.L, de esta ciudad, oportunidad en la que, en un contexto de discusión con S.T.S (X años de edad), por temas atinentes al hijo que tienen en común, le habría propinado golpes en la cara y en la pierna. Como consecuencia de los hechos, y a raíz del llamado al 911 que efectuó la víctima, compareció el Oficial Primero Carlos Ariel Denaro, quien luego de entrevistarla en la vía pública, al advertir que R.Q.P estaba saliendo del edificio donde vivían, por orden de la fiscal en turno, lo detuvo. Solicitó intervención del SAME por las lesiones a la víctima. La médica interviniente, Dra. María Saleth, dictaminó que tenía traumatismo facial. Por último, el examen médico legal determinó que tenía un *"hematoma en párpado móvil de ojo, en rostro lado izquierdo, de un centímetro aproximadamente y hematoma en la comisura labial izquierda de 2 por 1 centímetro, que se corresponde con corte en la mucosa húmeda de 2 centímetros aproximadamente en la misma altura"*.

El fiscal consideró que el caso debía ir a juicio respecto del acusado por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones dolosas de carácter leves, agravadas por haber sido cometidas en perjuicio de una persona con la que se mantuvo una relación de pareja (arts. 89, 92 y 80 CP)

El Dr. Brandoni Nonell, al contestar la vista de la acusación, cumplió con el ofrecimiento de prueba no obstante hizo un planteo de excepción de falta de acción vinculado con la ausencia de instancia de acción por parte de la víctima. Dicha cuestión fue tratada en la audiencia pertinente, y el planteo tuvo oposición por parte del Fiscal.

Planteo de la Defensa.

Sostuvo que el delito de lesiones en el que se subsumió el hecho endilgado es dependiente de instancia privada conforme lo establecen los arts. 72 inc. 2, CP y art. 4, CPP.

Refirió que la denunciante no había instado la acción penal, y que ello surgía de sus propias manifestaciones volcadas en el legajo. Explicó que, en reiteradas oportunidades, dijo no querer instar la acción penal, no obstante lo cual el Ministerio Público Fiscal haciendo caso omiso a la voluntad de S.T.S, continuó con la tramitación de la presente causa y formuló el requerimiento de elevación a juicio. Enfatizó que desoyó la voluntad de la denunciante, y se omitió toda aclaración sobre el requisito legal de instancia de acción.

En esta línea indicó que la necesidad de recabar la voluntad de quien se dice damnificada importa como contracara del respeto a la autonomía personal, y el respeto de la garantía del debido proceso, ya que la propia ley le otorga la oportunidad de habilitar o no la acción estatal. Consideró que la fiscalía no podía continuar la investigación porque no se había removido el obstáculo que el legislador interpuso para ello.

En apoyo a su planteo, hizo un detalle de cómo se inició el caso, hizo referencia a la declaración de la denunciante en sede policial, a los informes de OFAVyT, destacando que en las entrevistas con los profesionales manifestó su intención de no instar la acción penal desde el primer momento.

Puso de resalto que en el trámite del proceso la denunciante no respondió los llamados que le hacían desde la Fiscalía, lo que también le daba la pauta de la voluntad de S.T.S de no querer instar la acción.

Expuso que el llamado al 911 no implicó la instancia de la acción penal, sino que solo activó el mecanismo de llamar a la policía para solicitar ayuda. Indicó, además, que no hay causas anteriores ni posteriores entre el denunciado y la denunciante. Objetó que la fiscalía avanzó con la presentación del requerimiento de elevación a juicio sin invocar cuestiones de interés público ni dar explicación alguna de los motivos por los cuales podía subrogarse en los derechos de la víctima.

Por último señaló que el art. 72, CP fue modificado en el año 2018 y no se incluyeron cuestiones de género como causal para obviar la instancia de acción.

Solicitó que se haga lugar a la excepción de falta de acción y se proceda al sobreseimiento del Sr. R.Q.P.

Postura Fiscal.

Solicitó que se rechazara el planteo de la defensa.

Consideró que no se estaba frente a un delito de acción privada y que la instancia de la acción penal se encontraba satisfecha mediante el llamado al 911 que efectuó la denunciante.

Enfatizó que no debía verse la cuestión desde un punto de vista formal, a punto de sostenerse que accionar un mecanismo que se da para seguridad a la Sra. S.T.S, como el llamado a la policía, no tiene consecuencias legales y que no haya habido de su parte instancia de la acción.

Por otro lado, en relación a la posibilidad de seguir el caso pese a la falta de instancia de acción o voluntad de la víctima, consideró que se daban los requisitos previstos legalmente que protegen a las mujeres contra la violencia doméstica. Mencionó que este caso estaba dentro de todas las particularidades a las que hacen referencia las leyes sobre violencia de género y doméstica, y que la víctima estaba inmersa en el círculo de violencia, lo que posibilita de igual modo el avance del caso sin ser necesario que hubiese sido instada la acción.

Lo resuelto en la audiencia

Luego de oír a las partes decidí que no podía resolver el planteo sin escuchar previamente a la víctima. Hasta ese momento, su participación en el legajo, por fuera de la declaración dada en sede policial el día del hecho, había consistido en tres entrevistas telefónicas con la OFAVyT, cuyos informes eran bastante escuetos. Más allá de la discusión técnica vinculada a sí un llamado al 911 debe entenderse o no como instancia de la acción penal, lo cierto es que lo normado en el art. 5 de la ley 27372, las directivas que emanan de la ley 26485 y la novedad de la opinión fiscal en cuanto a que se daban en el caso cuestiones de orden público que justificarían seguir el proceso prescindiendo de su voluntad o instancia, hacían necesaria una audiencia con ella, máxime cuando del legajo no surgía que se le hubiera preguntado formalmente si instaba la acción penal, o que se la hubiera informado acabadamente de sus derechos, tampoco había sido citada o entrevistada por personal de la fiscalía.

En esa oportunidad hice saber al Fiscal que el acto podía ser llevado adelante con su presencia, no obstante el acusador sostuvo que

ya se había escuchado a la víctima y no consideraba que sea necesario hacerlo de nuevo, entendiendo que podía hacerse solo con mi intervención.

La audiencia con S.T.S

El acto se llevó adelante desde la sede del Juzgado de modo virtual. Básicamente explicó que el día de los hechos llamó a la policía por su seguridad pero que no deseaba instar la acción penal. Señaló al suceso como aislado y no reiterado. La audiencia se encuentra grabada y el acta labrada agregada al legajo para su debido control. Su contenido en mayor detalle será valorado a lo largo de esta decisión.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

I. El trámite del legajo previo al requerimiento de elevación a juicio.

El hecho se inició por la intervención policial motivada por el llamado al 911 de la víctima. El 28 de febrero pasado a las 3 hs., a raíz de su llamado, el personal policial fue al domicilio de la denunciante, y se encontró con ella en la vía pública, en la puerta del edificio donde vive el acusado. Se dejó asentado que S.T.S manifestó que *"se encontraba con su pareja, R.Q.P, con quien se encuentra en pareja hace 5 años, en la casa de él con el hijo menor de ambos de 3 años. Comenzaron a discutir, porque él estaba con otras chicas y se querían ir a una fiesta, él tomó una llave y le pegó un golpe de puño en el rostro."*

El personal policial consignó que la damnificada fue atendida por el SAME, y que tenía lesiones visibles pese a lo cual no quería ser trasladada a hospital. Asimismo, consta en el sumario policial que mientras los preventores hacían consulta con la fiscal de turno, el imputado salió del edificio y fue señalado por la víctima, lo cual motivó que la fiscal ordenara su detención. Resulta relevante señalar que entre las medidas dispuestas por la Fiscal interviniente se ordenó la declaración testimonial de la víctima. Ello fue cumplido en esas mismas horas de la madrugada, y del acta surge que no se le preguntó si instaba la acción penal.

Luego, del sumario policial y las diligencias efectuadas con motivo del suceso, una vez arribado el caso a la Fiscalía intervino directamente la OFAVyT. Se hicieron tres informes: el 3 de marzo, el 31 de marzo y el 6 de mayo. En la primera entrevista llevada adelante tres días después de los hechos, las profesionales intervinientes

dejaron asentado "no es su deseo intención instar la acción penal. " no por ahora no quiero , yo solo quería el botón " (SIC)"

El día 31 de marzo, se labró un nuevo informe por parte de OFAVyT del cual surge "Se deja constancia que la última vez que pudimos entablar contacto con la denunciante fue el pasado 9 de marzo donde la denunciante nos manifestó que no ha vuelto tener contacto con el denunciado y que continuaba con su intención de no instar la acción penal. Con fechas 25/03/2021 y 26 /03 /2021 dejamos mensaje en el contestador automático ya que nadie respondía las llamadas. En el día de la fecha tampoco pudimos entablar contacto con la denunciante".

Por último, en el informe del 6 de mayo se consignó "Se confecciona el presente informe con el objeto de informar que el día 5 de mayo del presente año nos comunicamos con la denunciante quien nos expresó que no podía hablar ya que se encontraba en el colectivo Portal motivo coordinamos volver a dialogar el día de 6 de mayo a las 9hs Siendo las 9 hs del día 6 de mayo dialogamos con la denunciante quien nos expresó que no ha vuelto a tener contacto con su ex pareja y padre de su hijo. "solo veo a la mamá que es buena conmigo y me ayuda con el nene para que yo pueda trabajar " (SIC) Refirió la denunciante que continúa viviendo con su amiga y su hijo tal como nos había manifestado en las entrevistas anteriores. Manifestó la denunciante la necesidad de contar con un apoyo terapéutico. Se le brindó la contención necesaria, se aclararon dudas de la presente causa y se le brindó las direcciones de Cim donde poder acudir".

Luego de ello se presentó el requerimiento de elevación a juicio que motivó mi intervención y el planteo de la defensa.

Resulta relevante señalar que a la víctima no se le tomó declaración testimonial en sede fiscal, limitándose el trámite a la recepción del sumario policial e intervención de la OFAVyT.

Asimismo, en la pieza acusatoria no se mencionó ni trató la cuestión vinculada a la particularidad del delito y el requisito de instancia. El avance en el proceso penal se ha dado sin que se haya explicitado, como luego se hizo a raíz del planteo del defensor, si se consideraba instada la acción y en su caso por qué o con qué acto; o si se trataba de un caso que pese a no ser instado por la víctima cuestiones de orden público hacían decidir al Fiscal que debía proseguir incluso contra su voluntad o falta de instancia.

Dicha circunstancia no es menor dado que hacen a la debida fundamentación de la acusación, el correcto encuadre legal del caso, y

la debida diligencia que debe tenerse en este tipo de investigaciones, máxime teniendo en cuenta que al momento de ofrecer la prueba se aseguró que en el debate se contaría con el testimonio de la víctima.

Ahora bien, en este caso se ha puesto en discusión la posibilidad de avance del proceso penal bajo dos presupuestos. La controversia entre las partes se vincula con la efectiva instancia de la acción penal por parte de la víctima en los términos del art. 72 CP mediante su llamado al 911. Asimismo, por fuera de ello la Fiscalía sostuvo que de igual manera mantiene su acusación en tanto existirían razones de seguridad e interés público en los términos de la excepción mencionada por dicho artículo, al ser un caso que se enmarca en un contexto de violencia de género.

II. Análisis sobre la instancia de acción penal por parte de la víctima. Marco legal llevado al caso.

El art. 72 del CP determina que en casos de hechos que encuadren en el delito de lesiones leves sólo podrá avanzarse en el proceso penal si la víctima decide instar la acción. Expresamente la norma veda la posibilidad de formar causa "sin acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales".

Los antecedentes de creación de esta norma se vinculan a la concepción de las violencias sufridas por las mujeres en contexto de pareja como un asunto menor o privado en el que el sistema penal no debía intervenir. En la actualidad, al haberse sancionado y ratificado la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará-, el interés público es indiscutido y se obliga a los Estados a actuar frente a esas violencias con debida diligencia tanto en su prevención, como en su investigación y sanción.

Sobre su finalidad existe amplio consenso respecto de que su previsión o vigencia es en aras de la protección a la víctima, sobre todo en casos de hechos cometidos contra la libertad sexual, procurando evitar su revictimización.

Por su parte, la normativa procesal establece que las investigaciones se iniciarán por instancia de la parte ofendida, salvo casos de excepciones legales que admitan la promoción de oficio (art. 4, CPP). El ejercicio de la acción penal será promovida de oficio por el Ministerio Público Fiscal, salvo en casos que dependa de instancia privada." (art. 5, CPP).

A la luz de los preceptos legales, el llamado que la víctima hizo al 911 no puede ser tomado como una instancia de acción penal. Dicha decisión basada en la sensación de peligro por parte de la víctima no se vinculó con la decisión de avanzar en un proceso penal y así no puede entenderse cuando el requisito legal es que conozca que tiene derecho a no hacerlo y decidir sobre ello. Lo contrario pondría a las víctimas fuera de protección estatal, y frente a la disyuntiva de tener que tomar una decisión sobre si insta la acción penal o realiza una acción dirigida a resguardarse.

Por otro lado, puede sostenerse que incluso la declaración en policía fue llevada adelante por decisión de la Fiscal de turno cuando dispuso, a mi modo de ver correctamente, las medidas al momento del hecho.

Sin embargo, esa debida diligencia practicada en resguardo de la víctima y en un momento tan incipiente de ocurrido los hechos no puede tomarse como una verdadera instancia de acción. Más aún, el personal policial no le explicó, como suele hacerse en casos de formulación de denuncias, los derechos que tiene en relación a ello, y tampoco le preguntó si su deseo era instar la acción penal. Resulta razonable sostener que eso se deba a que justamente no fue un caso de toma de denuncia sino de declaración testimonial en el marco de un procedimiento de flagrancia. Ello, por fuera de los formularios que como práctica de rigor puedan haberse hecho firmar a la denunciante en momentos de madrugada y en pleno contexto de conflicto.

Asimismo, en el acotado trámite que tuvo en sede fiscal, la víctima fue clara en su voluntad de no instar la acción penal. Puntualmente las veces que fue consultada fue a través de la oficina de OFAVyT, se dejó asentada su intención de no avanzar en el proceso penal aunque no se conoce qué se le explicó.

Lo dicho también resulta relevante, pues por fuera del importante acompañamiento que efectúa la OFAVyT, esta información vinculada a sus derechos procesales y consecuencias debe ser llevada adelante por la dependencia fiscal, órgano habilitado para recibir denuncias, en tanto ésta decisión se trata de un requisito procesal ineludible para avanzar en la investigación, máxime teniendo en cuenta que en el último informe se consignó "*se aclararon dudas de la presente causa*". Es decir, de lo consignado por la OFAVyT se advierte que la víctima luego de haber manifestado varias veces que no quería seguir el caso, ante un nuevo llamado expresó que tenía dudas sobre el

proceso y el personal de la OFAVyT fue quien le habría aclarado esas dudas. Si bien no se dejaron asentadas las dudas y la explicación dada, resulta razonable sostener que la víctima no comprendía el avance de la investigación y la reiteración de llamados habiendo transcurrido tres meses del inicio del proceso y de su negativa a instar. Ello fue materia de explicación en la audiencia que mantuve con ella, le explicito el marco de actuación legal y la importancia que desde el Estado se tiene en el abordaje de estos casos y las diferentes situaciones que pueden darse en relación a un desistimiento o no instancia, contexto en el cual actúa la OFAVyT y el Ministerio Público Fiscal en resguardo de las diversas situaciones de violencias en las que pueden estar inmersas las mujeres.

En definitiva, más allá de eso, preliminarmente puede sostenerse que el requerimiento de elevación a juicio se presentó sin que la víctima haya instado la acción. Asimismo, si bien la posibilidad de instar y las consecuencias legales no le fueron informadas por la dependencia fiscal, desde la primera oportunidad que tuvo contacto con personal de la OFAVyT manifestó que no deseaba instar la acción.

Ahora bien, al momento de llevar adelante la audiencia de excepción y prueba, el Ministerio Público Fiscal sostuvo que de todas maneras este avance se encontraba amparado en la previsión normativa que habilita avanzar sin instancia de acción cuando mediaran razones de seguridad o de bien público.

III. El régimen de la acción penal en casos de violencia de género. Razones de seguridad o interés público que habilitan que la acción penal sea promovida de oficio.

El art. 72, segundo párr., punto b, CP establece una excepción al principio de instancia en casos de hechos que encuadran en el delito de lesiones - entre otros - y posibilita el avance del proceso de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público (art. 72,). La normativa procesal citada en el punto precedente acompaña en el mismo sentido esta excepción.

El régimen de la acción penal en casos de violencia de género provocó diversos debates dentro de la doctrina feminista. El rol que el Estado debe tener y el principio de oficialidad propio del sistema penal se puso en discusión en casos donde las víctimas no tienen la voluntad de que continúe el proceso penal.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), la Convención

Americana de Derechos Humanos (art. 8.1 y 25), reconocen el derecho de las personas a ser oídas y a contar con recursos judiciales en condiciones de igualdad.

La Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer (CEDAW), regula específicamente derechos en materia de igualdad, no discriminación y acceso a la justicia (arts. 2c, 3 y 15).

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) en su art. 7 insta a los Estados parte a actuar con la debida diligencia reforzada para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (inc. b); a adoptar las medidas jurídicas necesarias para que el agresor se abstenga de realizar cualquier conducta que ponga en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (inc. d); a establecer procedimientos legales, justos y eficaces para las mujeres que hayan padecido violencia que incluyan, entre otros, medidas de protección, juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (inc. f); a establecer mecanismos judiciales y administrativos que aseguren el acceso efectivo de la mujer a resarcimiento y reparaciones (inc. g).

De ello se sigue que los Estados tienen, en todas sus esferas, el compromiso de actuar diligentemente, adoptando medidas tendientes a prevenir situaciones de violencia y a garantizar a las mujeres el acceso efectivo a mecanismos judiciales eficientes.

El marco normativo internacional de protección de los DDHH de las mujeres impone el deber de investigar de oficio los casos de violencia de género y llevar adelante las investigaciones con debida diligencia, lo cual elimina la posibilidad por parte del poder judicial de usar criterios de oportunidad discriminatorios para no investigar y sancionar estos hechos.

Los casos donde la mujer impulsa la acción penal se adecúan sin mayores problemas al sistema interamericano de protección de los DDHH y la debida diligencia reforzada. Incluso hay precedentes judiciales de casos que llegaron a juicio sin que durante todo el trámite se le hubiera preguntado formalmente a la víctima si instaba la acción penal pero su conducta procesal no generaba dudas al respecto. Se trata de casos donde las víctimas se habían presentado voluntariamente al debate, y la defensa argumentaba el vicio del proceso por no haber

estado legalmente promovida la instancia. Los planteos no prosperaron porque si bien podía faltar esa pregunta formal, pese a que es un defecto procesal, lógicamente la participación de la víctima no generaba dudas en cuanto a su voluntad.¹

Sin embargo, el problema se genera cuando la víctima manifiesta que no quiere instar o seguir el caso, incluso en casos donde solicita algún mecanismo de protección - botón antipánico o llamado al 911 - pero expresamente no insta la acción penal o se reserva la posibilidad de hacerlo en el futuro.

Aquí no aparece del todo claro que aquella normativa de protección hacia las mujeres implique una obligación absoluta de avance del proceso penal en todos los casos, independientemente de la singularidad del conflicto, en contra de la voluntad de la víctima. O dicho de otro modo, que la debida diligencia signifique siempre continuar el proceso penal en contra de lo que la víctima expresa.

Es cierto que la obligación de investigar de oficio los hechos de violencia contra las mujeres tiene buenas razones para sostenerse, entre ellas merece destacarse la necesidad de dejar en claro a la sociedad que se trata de una grave violación a los derechos humanos hacia las mujeres, que goza de un interés público de protección, y por todo ello una necesidad de investigación y sanción. Asimismo, el principio de oficialidad permite proteger a las mujeres porque el avance del proceso no dependerá de su voluntad, y con ello el imputado no podrá coaccionar o "convencerla" para que desista, es decir, si el Estado, a través del Ministerio Público Fiscal, tiene la obligación de continuar el caso, el control que el acusado pudiera tener sobre la víctima o la dependencia emocional que ella tuviera hacia él, no tendrá un impacto de impunidad y riesgo para la víctima.

Sin embargo, se advirtió la necesidad de evitar por parte del Estado un "rol de pedagogo represivo"² que refuerce la imagen de mujeres como débiles, al establecer una presunción de que la mujer no tiene autonomía para decidir si el proceso penal es la manera de abordar el conflicto, a fin de evitar prácticas revictimizantes y de

¹ CNCCC, sala 2, reg. n° 642/2019, del 24/5/2019, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse.; CNCCC, sala 2, reg. n° 1776/2019, del 25/11/2019, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse

² Pitch, Tamar, (2003), Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal, Buenos Aires, Ad Hoc, Citada en "Género y Derecho Penal", (2021) De la Fuente, Javier Esteban - Cardinali, Genoveva I. (Directores), artículo de Piqué, María Luisa "Donde manda capitán, no manda marinera. Las mujeres ante la acción penal pública en casos de violencia de género",

violencia institucional al "sentarlas" en un debate oral y público para declarar en contra de su voluntad exponiéndose incluso a la formación de una causa por falso testimonio en caso de que nieguen los hechos a consecuencia de no querer el proceso penal³.

El marco normativo reseñado a la luz del análisis de la acción penal con perspectiva de género evidencia diversas cuestiones a tener en cuenta para garantizar el acceso a la justicia de las mujeres. Por un lado negarles la posibilidad de decidir y avanzar en el proceso penal puede resultar revictimizante, no obstante una afirmación generalizada en defensa de la autonomía de las mujeres que impida avanzar un proceso penal cuando deciden no denunciar, puede no protegerlas a la vez que omite las dinámicas de las relaciones violentas.

En definitiva, un análisis del ejercicio de la acción penal con perspectiva de género conduce al rechazo de una solución automática, abstracta y general que no atienda a las particularidades del caso.

Audiencia con la víctima. El valor de su testimonio.

I. S.T.S explicó las razones de su decisión de no instar la acción penal ni seguir el caso iniciado. Refirió que desde el día en que sucedieron los hechos no volvió a tener contacto con el acusado, en términos de relación de pareja, pero que se contactaron por el hijo que tienen en común, de cinco años de edad. Explicó que el acusado actualmente estaba en pareja, que le pidió disculpas por lo sucedido y que cada uno siguió con su vida. En relación a la conflictiva dijo que se trató de un hecho aislado y a partir de eso se separaron, remarcó que a partir de ese suceso no volvieron a tener un contacto de pareja y que sólo se contactaron como madre y padre del hijo en común. Sobre el vínculo que mantiene con el imputado en la actualidad refirió que se llevan bien, especialmente por el niño. Explicó que ella trabaja por las noches y que él se encarga de llevarlo al colegio y ella de retirarlo. Concretamente sobre el motivo de porqué no quería que avance esta causa explicó que fundamentalmente porque no tuvo más contacto con él y que cumplió con las medidas restrictivas por el tiempo establecido. Señaló que luego tuvieron que dialogar para acordar las cuestiones del hijo que tienen en común, en lo atinente a su cuidado y manutención. Resaltó que todo lo que arreglaron estaba

³ Sobre esta posibilidad de revictimización y violencia institucional puede verse lo ocurrido en el caso CNCC, Sala 2, Reg. 1413 (rta. 11/2018), voto del juez Sarrabayrouse.

siendo cumplido por el acusado. Le consulté específicamente el motivo del llamado al 911, y detalló que fue por la desesperación de querer salir. Explicó que la situación había sido fuerte y eso la determinó a hacer el llamado.

Por último, le pregunté si había algo más que quisiera decir o transmitir y especificó que el acusado cumplió con las medidas restrictivas, destacó que eso se respetó y que cuando se sentaron a hablar sobre cómo se iban a dividir los deberes de madre y padre, todo resultó bien. Detalló que esa reunión se llevó a cabo con terceras personas (el padre de él y la madre de ella). Puntualizó que se llegó a un acuerdo bueno, sin discusión, que él se sigue haciendo cargo del hijo en común y cada uno cumple su rol.

Antes de finalizar señaló que conoce de casos de mujeres que sufren violencia de género y deciden volver con sus parejas y que, por esa opción, deciden no seguir con la denuncia. Sin embargo, resaltó que su caso era distinto, él ya está en pareja, ella se mantiene con su hijo y no hubo nuevos sucesos.

II. La cuestión a decidir se vincula con el valor que debe asignársele a la voluntad de la víctima de no instar o no continuar con el proceso penal por los hechos por los que originalmente requirió el auxilio del personal policial mediante un llamado al 911.

Corresponde evaluar las razones expuestas por la nombrada al expresar tal deseo de no querer que avance la investigación y los efectos revictimizantes que su consecución podría traer aparejados.

Para llevar adelante dicha evaluación, se debe aplicar una perspectiva de género que contemple la situación de manera integral. Este análisis debe sopesar la necesidad de respetar la autonomía de la víctima pero, a la vez, garantizar que esta decisión haya sido tomada en libertad, sin condicionamientos de ningún tipo, y que se encuentre garantizada su seguridad. A esos fines se deben evaluar los efectos de victimizaciones secundarias que podrían generarse por desoír la voluntad de la víctima, en caso de continuar con la persecución penal.

Sobre dichos efectos, las "Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" estipulan que los Estados deben procurar "*que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)*" (Cap. 1, Sección 2, punto 5. 12).

La Ley 26.485, en su art. 16.d, reconoce la relevancia de la opinión de la víctima y dispone entre sus derechos y garantías: "d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte". Asimismo, dicha legislación, junto con su decreto reglamentario (art. 3, inc. k y dec. 1110/2010), obliga a los operadores judiciales a mitigar los efectos de la revictimización, entendiendo por ello, conforme la doctrina especializada "...el sometimiento de la mujer a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, ...ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos...".⁴

En el año 2017 se sancionó la Ley 27.372 "Ley de Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos" en cuyo art. 5 se reconocen ciertos derechos. Entre ellos se destacan: "a) A que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta; b) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; c) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; d) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; e) A ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes; f) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento; l) A ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada".

Por esos motivos, frente a una situación de violencia contra una mujer, debe pensarse una respuesta acorde al fenómeno social en cuestión que sea respetuoso de la voluntad de la víctima, que no siempre se traduce en avanzar con el proceso penal, sino que en muchos casos tiene que ver con recibir medidas de seguridad y lograr que el imputado cese en su accionar y contacto⁵.

⁴ Di Corleto, Julieta; "Valoración de la prueba en casos de violencia de Género", publicado en "Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal - nuevos estudios críticos de la jurisprudencia"; Editores del Puerto, 2015; pag. 464.

⁵ En este sentido, resulta destacable un trabajo comparado que explora el funcionamiento del sistema penal frente a casos de violencia de género en las relaciones de pareja en distintas ciudades europeas. Allí se destaca "Al ser preguntadas sobre qué hubiera significado para ellas „obtener justicia’ tras la denuncia, varias son las respuestas.

En esa línea, se sostiene que *"La Convención de Belém do Pará insta a los Estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, pero no exige que todo supuesto de violencia reciba una pena privativa de la libertad luego de un juicio. Con independencia de cuál sea la sanción que se aplique, la finalidad principal de este tratado es adoptar las medidas necesarias para garantizar una prevención efectiva"*⁶

En definitiva, en la doctrina y en la jurisprudencia hay quienes se muestran a favor de tomar en cuenta los dichos de la víctima para concluir el caso penal y hay quienes consideran que, a pesar de ello, debe continuarse con la investigación⁷.

Es por ello que no puede tenerse un criterio fijo y estático ante un fenómeno social tan complejo como es la violencia de género. Lo que corresponde es efectuar una evaluación estricta en cada uno de los casos en los que se investiguen delitos de género de instancia privada. Ello, en línea con la doctrina especializada que sostiene que *"(...) es precisamente el juez, en base a un juicio individualizado, quien, ponderando la situación concreta y sin criminalizar a la mujer, debe poder optar por continuar el proceso con una condena previsible, o por atender las demandas de la mujer e interrumpirlo"*⁸. Entiendo, que en nuestro sistema procesal dicha ponderación debe ser realizada en primera instancia por el Ministerio Público Fiscal al abordar el conflicto.

Entonces la tensión entre la persecución penal de hechos de violencia de género y la posición de las mujeres damnificadas debe contextualizarse para incorporar en el análisis las razones por las

Algunas mujeres vinculan la justicia a la protección y a la reparación (al derecho a recuperarse y a la no repetición de los abusos)", Bodelón, E./ Casas Vila G./ Naredo Molero M., "La utilización del sistema de justicia penal por parte de mujeres que enfrentan la violencia de género en España" en Violencia de Género y las respuestas de los sistemas penales (coord. Encarna Bodelón), Ediciones Didot, Buenos Aires, 2014, p. 98.

⁶ Di Corleto, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género", Revista Electrónica "Género, Sexualidades y Derechos Humanos". (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), Vol 1, No 2, 2013.p. 11.

⁷ En ese sentido, resultan de interés las diferentes posturas relevadas por los autores en los siguientes textos: Piqué, María, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Género y justicia penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017 y Larrauri E., "Mujeres y sistema penal", Editorial Bdef, Buenos Aires, 2008.

⁸ Larrauri E., "¿Se Debe Proteger a la Mujer Contra Su Voluntad?" Artículo inscrito en el Proyecto de Investigación Protección de la Víctima y Rehabilitación de los Delincuentes en Libertad, Bilbao, 2005, p. 10.

cuales se decide no continuar con el proceso penal a la luz de las obligaciones estatales en la materia.

En esa línea, muchas mujeres que denuncian hechos de violencia luego deciden retirar la denuncia o no continuar adelante con el proceso penal. Ello puede deberse a diversos factores, ya sea vinculados al ciclo de la violencia en el cual se encuentran inmersas, sentimientos de culpa cuando hay hijos/as de por medio, dependencia económica o falta de autonomía, estados depresivos o sensación de desamparo, o bien a causa del desempeño de la administración de justicia que genera desconfianza en las mujeres⁹.

Por ello, frente a la existencia de esos casos resulta de suma importancia analizar los dichos de la víctima con atención y tratar de identificar al valorar la voluntad de la denunciante si se encuentran presentes aquellas circunstancias.

En ese sentido, *"Una respuesta penal con perspectiva de género no elaborará una estrategia con estándares fijos y excluyentes, pero sí tendrá en cuenta las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia, las características del ciclo de la violencia, la gravedad del delito, y la situación personal de la damnificada"*¹⁰.

III. El Fiscal mencionó que la víctima se encuentra inmersa en el ciclo de la violencia, asimismo afirmó que en el caso se dan las circunstancias que los tratados internacionales y la norma regula de modo excepcional para avanzar incluso frente a su falta de instancia.

De la audiencia que mantuve con ella y las constancias del legajo, se advierte que entre el imputado y la víctima no existe situación de convivencia, pues la denunciante en la actualidad convive con dos amigas y su hijo. Por otra parte, de las actuaciones se desprende que desde el Ministerio Público Fiscal y desde la sede de este Juzgado se llevaron a cabo todas aquellas medidas idóneas y pertinentes para salvaguardar la integridad física de la denunciante. De tal manera que el tiempo pasó y la sensación de peligro por parte de la víctima también, logrando separarse de él sin que el acusado haya reiterado su conducta.

⁹ Informe de la Dirección General de Políticas de Género, "La violencia contra las mujeres en la justicia penal", PGN, Buenos Aires, 2018, p. 41.

¹⁰ Di Corleto, Julieta, "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género", Revista Electrónica "Género, Sexualidades y Derechos Humanos". (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), Vol 1, No 2, 2013. p. 15.

Por otro lado, advierto que fue recién con el planteo del defensor, que se mencionó un interés público para avanzar incluso frente a la falta de instancia de la acción, no obstante ello fue alegado sin efectuarse un análisis particular de la denunciante y de su historia de pareja con el acusado que permita determinar un riesgo concreto en el que se encuentra o la afirmación de que su voluntad no puede ser tenida en cuenta.

La víctima es una mujer de 20 años de edad que cuenta con contención familiar, llegando incluso su madre a participar junto con el padre del acusado, de una reunión en la cual se pusieron de acuerdo sobre cómo llevar la maternidad y paternidad respectiva. Los hechos ocurrieron en febrero, ella no ha vuelto a estar en pareja con él, siguen teniendo contacto con motivo del hijo que tienen en común y no han habido nuevos sucesos. La víctima enfatizó que conoce la problemática de la violencia de género y que no es su caso sobre todo porque no volvió a estar en pareja con él, relató conocer que en otros casos las mujeres no siguen la denuncia porque vuelven a estar en relación afectiva con los acusados, pero que nada de eso se aplica a ella. Relató que quiso la protección en aquel momento, lo cual obtuvo por parte del Estado.

Si bien comprendo la actuación de la fiscalía en relación a evitar distintas intervenciones con la víctima a través de diversos operadores judiciales, en este caso ese contacto llevado adelante solo por la OFAVyT resultó insuficiente.

Sobre la relevancia de escuchar a la víctima de violencia de género en el proceso ante decisiones trascendentes se advierte que de otro modo *"la víctima se termina convirtiendo en una extraña, y el conflicto pasa a ser una pertenencia de la acusación pública (...). Este extrañamiento de la víctima crea un ámbito propicio para la revictimización y la violencia institucional, ya que producirá decisiones ciegas a su opinión y necesidades"*.¹¹

En ese contexto el archivo del caso puede ser totalmente adecuado con la debida diligencia reforzada exigida convencionalmente, conforme los parámetros señalados. Dicho temperamento deja un resguardo de instancia de la acción penal hacia el futuro como protección hacia la víctima. A la vez no expone el caso a su

¹¹ Piqué, María, "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional" en Género y justicia penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017, p. 327/328.

fulminación frente a una evidente excepción de falta de acción que con dicha acusación se genera, o incluso a una posible nulidad en caso de llegar a juicio con una acusación que puede luego tildarse de defectuosa por falta de instancia. Por último, tampoco expone a la víctima a un debate que incluyó su testimonio y puede resultar revictimizante.

Lo que se advierte es que se promovió la apertura del debate mediante un requerimiento de elevación a juicio sin que la víctima haya instado la acción penal, tampoco se efectuó alguna valoración en relación a las manifestaciones de la víctima, y no se fundamentó la posibilidad de promover la acción no obstante su interés contrario. La víctima fue escuchada por personal de la OFAVyT, oportunidad en la cual reiteradamente expresó que no deseaba instar la acción penal ya que a partir del hecho que denunció con el acusado se separaron, llegaron a un acuerdo que es cumplido por parte de aquel y no ocurrieron nuevos sucesos de violencia.

Por lo demás, no alcanza la invocación de normas internacionales o la mera invocación al círculo de la violencia. Para considerar aplicable la excepción prevista en el art. 72, inc. 2, CP, debe existir una comprobación en el caso concreto que mínimamente demuestre que la mujer se encuentra impedida de tomar decisiones autónomamente, de otro modo se estaría introduciendo por vía judicial una reforma legal, transformando todos los hechos calificados como lesiones leves cometidos en un contexto de violencia de género en delitos de acción pública.

Sobre esta cuestión, vale mencionar que la "(...) la última modificación legislativa del art. 72, CP no incluyó los supuestos de violencia contra la mujer y, en cambio, se centró en los casos de menores (ley 27.455). Esto permite interpretar que nuestro ordenamiento garantiza la posibilidad de escuchar a la presunta afectada, lo cual no sólo es compatible con la Convención de Belém do Pará, sino que, bajo determinadas condiciones, también resulta deseable para garantizar el reconocimiento de su autonomía. En este aspecto, las reglas internacionales citadas procuran que la actividad estatal adquiera perspectiva de género y que las presuntas víctimas

que se presenten ante la jurisdicción sean tratadas como sujetos de derecho, en lugar de aumentar, únicamente, el castigo penal"¹².

Justamente, que la víctima cuente con la posibilidad de instar o no la acción es un derecho que tiene a su favor, basado en el respeto por su autonomía y para evitar revictimizaciones. En ese sentido la doctrina ha señalado que "(...) el fundamento de la instancia privada ... es el de preservar a la víctima de una doble lesión: la causada por el delito en sí y la que origina la trascendencia que esa investigación conlleva (*strepitus fori*) y tal situación nos indica que es necesario tener presente dicho fundamento y ello ha de presidir toda interpretación al respecto, por lo que debe concluirse que el principio de la instancia privada ha sido consagrado como una prerrogativa a favor de la víctima y nunca como una garantía acordada al imputado (...)".¹³

Considero que la voluntad de la víctima de no instar la acción penal y de no continuar con la persecución penal debe evaluarse en cada caso concreto, de acuerdo a la gravedad de los hechos, la situación de peligro grave e inminente en la que pueda hallarse, el ciclo de la violencia contextualizado y el desempeño de la administración de justicia para con la víctima.

En este caso, nos encontramos ante supuestos de lesiones leves agravadas, cuya acción depende de la instancia de la víctima (art. 72, inc. 1 Código Penal), y en el cual no aparecen razones de seguridad o de interés público, ni tampoco fueron volcadas por el Ministerio Público Fiscal en el caso concreto, que puedan actuar como excepción. Por ello es que la autonomía de la voluntad de la víctima cobra una relevancia fundamental, siempre y cuando sea analizada a la luz de las circunstancias previamente expuestas para garantizar que no se encuentre afectada o condicionada.

En definitiva, advierto que la respuesta que S.T.S recibió del Estado fue acorde a su demanda y mitigó el conflicto. Asimismo, del contacto directo que tuve con ella se confirma su decisión de no instar la acción penal y no seguir con este caso, de manera que

¹² CNCC, Sala 2, CCC 7999/2018/TO1/2/CNC1 "Agreda González Dixon Samir s/ recurso de casación, rta. 12/02/2019.

¹³ Fierro Guillermo J. "Arts. 71/75 Regla de la oficiosidad y sus excepciones. Acciones dependientes de instancia privada. Excepciones a su régimen. Acciones privadas" en Código Penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 2 dir. Eugenio Raúl Zaffaroni coord. Marcela de Langhe, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 984.

insistir en la continuidad de la causa sobre la base de la regla de oficiosidad podría resultar excesivo y sus efectos contraproducentes.

Por las razones expuestas, se debe respetar su decisión y proceder con un temperamento acorde y respetuoso de su voluntad conforme la ley le reconoce.

Es por todo lo expuesto, que DECIDO:

I. HACER LUGAR a la EXCEPCIÓN de FALTA de ACCIÓN planteada por el defensor oficial y, en consecuencia, **DECLARAR EXTINGUIDA la ACCIÓN PENAL seguida contra el Sr. R.Q.P,** D.N.I. n° X, **por el hecho presuntamente ocurrido el día 28 de febrero de 2021 (arts. 4, 5, 207, 208, 209, CPP; art. 72, 89, 92 y 90, CP).**

II. SOBRESEER a R.Q.P, D.N.I. n° X, en orden a los hechos que le fueron atribuidos en el marco de estas actuaciones, subsumidos en los arts. 89, 92 y 80 inc. 1, CP. (art. 209, CPP).

Tómese razón, regístrese, notifíquese a las partes en forma electrónica y firme que sea, comuníquese y remítase el legajo a la sede fiscal a sus efectos.

Ante mí: