



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

PRESENTAN INFORME

Juzgado Nacional en lo Criminal

y Correccional Nro. 40

Jueza Paula V. González

Fernando Buján, Defensor Público Oficial y Co-titular de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación; Raquel Asensio, Defensora Pública Coadyuvante y Coordinadora de la Comisión sobre Temáticas de Género, y Cecilia González, Defensora Pública Coadyuvante, e integrante de la misma Comisión, nos dirigimos a Ud. con relación a la **causa n° 51304/2018** que se sigue a la **Sra. S. N. R.**

I. Objeto

En razón de la especialidad de la Comisión sobre Temáticas de Género en cuestiones vinculadas con los derechos humanos de las mujeres y su relación con el sistema penal (Resolución D.G.N. N° 1154/07 y Resolución N° 1545/15), venimos a presentar observaciones con relación a la imputación dirigida a la Sra. S. N. R. por el delito de desobediencia.

En particular, nos expediremos acerca de la inconstitucionalidad de la orden de protección impartida en modo “recíproco”, cuya desobediencia motiva el inicio de la presente causa. En este sentido, consideraremos que la ilegitimidad de la orden judicial dictada en ese carácter se proyecta en el análisis de la tipicidad. Sin perjuicio de la atipicidad que se propone, señalaremos que la Sra. R. obró en un contexto de autodeterminación reducida, por lo que el reproche penal es inexigible.

Cabe señalar que las consideraciones que se desarrollan a continuación no agotan todos los aspectos relevantes de la causa, sino que se enfocan

prioritariamente en aquellos puntos que hacen al interés institucional de esta Comisión sobre Temáticas de Género y a uno de sus ejes específicos de trabajo: la efectiva defensa de los Derechos Humanos de las mujeres en conflicto con la ley penal. Así, el Informe tiene el objetivo de reforzar algunos de los planteos de la Defensa Técnica y el análisis del caso con perspectiva de género.

II. Imputación por delito de desobediencia

La imputación a S. N. R. fue formulada en los siguientes términos: “el haber desobedecido el día 19 de agosto de 2018 a las 10:00 horas, la orden de prohibición de acercamiento dictada en forma recíproca tanto para su ex pareja D. V. como para ella, y emanada del juez subrogante a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil n° 7 en el marco del expediente número CIV n° XXXX/XX caratulado “R. S. N., c/ V. D. G. s/denuncia por violencia familiar” – acumulado al expediente n° XXXX/XX-, con fecha 26 de marzo de 2018 de la cuál tomo conocimiento fehaciente ese mismo día, al hacerse presente en el “XXX” sito en XXX de esta ciudad, y tras ingresar al toilette – situado en el primer piso - donde se encontraba V., comenzó a propinarle golpes de puño en la cabeza principalmente, lo que motivó la intervención del médico Dr. S. que acudió al lugar y le diagnosticó un traumatismo leve”.

Al momento de brindar su declaración indagatoria, la Sra. R. dijo *“La denuncia no refleja la verdad. Le explico por qué. Todos nosotros tenemos una trama familiar bastante compleja que consta en el Juzgado Civil nro. 7. A parte a todo esto mi hija tiene un proceso en la causa en el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9, causa nro. XXXX/XX, donde esta persona, D. V., esta detenida en Marcos Paz porque hay un tema de abuso de mi hija menor y otras tropelías que cometió esta persona. Quiero dejar constancia de eso. Nosotros pasamos por situaciones bastante complejas, tanto en lo familiar y fuimos amedrentados no sólo como familia sino también como personas. Salimos adelante y todo lo que ha dicho esta persona es totalmente falaz. De esto quería dejar constancia, esta persona no había forma que dejara de acercarse a mi o a mis hijos. El juzgado ordenó que le pusieran una tobillera electrónica y se comprobó fehacientemente que incumplía al acercarse a mi o a los chicos. También extorsionó a mi hijo más grande para que cambiara la declaración con relación a lo que pasaba en el seno familiar, así que bueno quiero dejar constancia de esto ...”*



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

III. Antecedentes de la orden de restricción de acercamiento dictada en forma recíproca

S. N. R. es una mujer de 50 años, madre de dos hijas y dos hijos, que durante más de una década fue víctima de violencia de género por parte de su expareja D. G. V.. A lo largo de la relación, atravesó graves situaciones de violencia en modalidad de violencia simbólica, psicológica, económica y física, en el contexto de una relación caracterizada por la dinámica conocida como “el círculo de la violencia”¹. Sus hijos/as, especialmente R. y A. (actualmente de 18 y 11 años), también fueron destinatarios de dicha violencia, al punto de sufrir agresiones físicas en reiteradas oportunidades. Adicionalmente, la niña denunció haber sufrido violencia sexual por parte de su progenitor (ver informe elaborado por Problemáticas Sociales de la Defensoría General de la Nación).

A continuación, presentaremos los antecedentes de la orden judicial cuyo incumplimiento se imputa, que surgen de las actuaciones de la Oficina de Violencia de Género de la CSJN y del expediente civil iniciado en su consecuencia, n° XXXX/XX (y acumulados).

En 2014, la Sra. R. se presentó en la OVD y relató episodios de violencia física y psicológica ocurridos durante la convivencia con el Sr. V. Explicó que se habían separado hace cuatro meses, pero que la violencia continuaba, bajo las mismas formas a lo que se sumaron luego de la separación dichos intimidantes dirigidos a ella y presenciados por sus hijos/as. Surgió de su relato la existencia de episodios de violencia dirigidos a sus hijos R. y A. También contó que -dada la larga data de la violencia- ya había ido antes a la OVD pero que no le dio curso a la denuncia. El equipo interdisciplinario que la entrevistó determinó que la situación encuadraba en un **riesgo de gravedad media**, “que podría aumentar

¹ El ciclo de la violencia comprende tres fases relacionadas: “(1) la acumulación de tensión acompañada de un incremento de peligro; (2) el incidente de maltrato grave y (3) el arrepentimiento cariñoso. El ciclo comienza por regla general después de periodo de noviazgo, que se describe con frecuencia como un inmenso interés del abusador por la vida de la mujer, acompañado normalmente de una conducta cariñosa. Algunas mujeres comentan que esa conducta por parte del abusador se transforma pronto en acecho y vigilancia. Sin embargo, cuando ocurre, la mujer ya se ha comprometido y no tiene ni la energía ni el deseo de romper con la relación”. “Con el tiempo, la primera fase de acumulación de tensión se hace más común, mientras que la tercera fase, o arrepentimiento, desciende”. Walker, Leonore E., *El síndrome de la mujer maltratada*, Desclée de Brouwer Editores, 2009, p. 153 y 161, donde se puede ampliar las características de cada fase.

de no mediar una intervención judicial que garantice las medidas de protección para la integridad psico física de la dicente y su entorno familiar” (Legajo OVD XXXX/XX, del 23 de junio de 2014).

Por otra parte, consta que el Sr. V. también se presentó ante la OVD para la época en que ya estaban separados. Denunció episodios en mayo y luego el 25 de junio de 2014. El equipo interdisciplinario determinó que se trataba de una situación de riesgo medio (25 y 29 de mayo 2014, legajos n° XXX y XXX) y luego se valoró la situación para el Sr. V. de riesgo bajo, y para sus hijos (N., R. y A.), una situación de riesgo medio (25 de junio de 2014). En consecuencia, se iniciaron causas civiles que al día de hoy están paralizadas.

El 13 de febrero de 2017, la Sra. R. se presentó nuevamente ante la OVD, en calidad de víctima de violencia y a la vez en representación de su hija, la niña A. S. V. R. de 7 años de edad. Relató que, a los fines de cumplimentar el deseo de la niña por ver a su padre, fueron a una plaza, donde el Sr. V. inició una discusión y ejerció maltrato verbal mediante gritos e intimidaciones. En esa ocasión, la Sra. R. relató que habían existido anteriormente varios episodios de gravedad, contra ella y su hija A. Entre otras cosas, relató dos episodios de estrangulamiento por parte del denunciado hacia la niña; el primero habría ocurrido a mediados del año 2016 (hecho no denunciado) y el segundo, en enero de 2017. En este episodio la niña habría sufrido lesiones. El equipo interdisciplinario que la entrevistó determinó que la situación era de **altísimo riesgo** para la Sra. R, su hija A. y su hijo R. (Legajo OVD XXXX/XX, 13 de febrero de 2017).

En consecuencia, el Juzgado Civil n° 7 determinó que “atento la gravedad de la denuncia efectuada, dada la existencia de un menor de edad, en protección del mayor grupo familiar y atento lo que surge del informe que antecede elaborado por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia, (altísimo riesgo para la Sra. R., y sus hijos A. y R.) cabe hacer lugar a la medida solicitada”. Por lo que resolvió prohibir el acercamiento del Sr. D. G. V. al domicilio de la denunciante y respecto de la Sra. S. N. R. y de los niños A. S. V. R. y R. D. V. en cualquier lugar donde se encuentren (causa n° XXXX/XX, febrero 2017). En marzo de 2017 le otorgó un botón antipánico y en mayo de 2017 prorrogó las medidas. En mayo de 2017 se presentó con patrocinio letrado para denunciar incumplimientos por parte del Sr. V. y solicitó prórroga de las medidas (15 de mayo 2017).

En agosto del mismo año por secretaría el juzgado civil dejó constancia que entabló comunicación telefónica con la señora S. N. R., “quien manifiesta que desde hace un mes y pico que el señor D. G. V. convive nuevamente con ella. Agrega que ahora está



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

todo tranquilo y que él trata bien a sus hijos. Expresa que estuvo realizando tratamiento en XXX pero lo abandonó para iniciar otro más adelante a través de su obra social, ya que consiguió un trabajo en XXXX dependiente del Gobierno de la Ciudad. Por otra parte, desea que tanto el señor D. G. V. como su hija A. S. V. R. también realicen tratamiento psicológico. Por último, informa que recibió una citación para concurrir el próximo 22 de agosto a la Defensoría Zonal. Se deja constancia que se percibió cierta ansiedad e imprecisión en el discurso de la denunciante”.

El 26 de marzo de 2018, la Sra. R. se volvió a presentar ante la OVD, oportunidad en la que relató que cuando retomaron la convivencia se “mantenía inicialmente un estado de tranquilidad en la pareja, produciéndose al poco tiempo al retorno del maltrato psicológico y físico”. Relató que se habían separado nuevamente, pero que habían ocurrido nuevos hechos de violencia luego que el denunciado se retirara del domicilio, lo que la llevo a realizar la denuncia del ocurrido recientemente. Así, contó que “se me apareció de repente en el pasillo (de la casa donde vive con sus nenes) para amenazarme que no hiciera la denuncia en la OVD” (...) “Abro la puerta de calle, me empuja, me hace ingresar al pasillo que no había nadie. Me agarra del cuello, me pega en el ojo con el puño cerrado, como hace siempre, me pega la cabeza contra la pared y me amenaza. Que no hiciera la denuncia porque me iba a ir peor, que le iba a ir peor a los nenes, que me iba a desalojar, y que no hiciera más denuncias: ni en la comisaría ni en la OVD. Me pegó, ya me había pegado. Había quedado la puerta abierta y salió corriendo”. Agregó que luego de la denuncia el Sr. V. continuó enviando mensajes de mail amenazando de muerte y con desalojarla de la vivienda, con la misma tonalidad agresiva.

En el informe interdisciplinario se señaló que “el temor de la entrevistada frente a estas conductas agresivas del denunciado, es que pueda cumplir con sus dichos, observando el deterioro y malestar en los niños. Particulariza hechos con la niña A. que le generaría ciertas sospechas de que el padre habría actuado deshonestamente, afectando emocionalmente a la misma (especifica el abuso psicológico, o maltrato, o cierto tocamiento como juegos del padre hacia la niña)”. “La entrevistada señala ciertos signos de su hija A. ante las conductas del padre

que le generarían ciertas sospechas de conductas abusivas del padre hacia la niña”.

El equipo que intervino evaluó la situación “como **riesgo altísimo** para la entrevistada y los niños. En relación a la entrevistada por los efectos nocivos emocionales, físicos del vínculo violento de años, como la dificultad psicológica de la misma de poder separarse del denunciado, produciéndose el entrampamiento en el vínculo violento. A su vez para los niños, no sólo por el nivel de violencia que vienen tolerando desde hace años, que los afecta directamente en el crecimiento emocional y psicológico, sino por el método educativo del denunciado basado en el miedo, y el abuso de poder, haciendo uso de la fuerza, como el carácter negligente y por momento irresponsable en generar un cuidado y contención de sus hijos de parte de la entrevistada. Otro indicador para la evaluación del riesgo es el registro de varias denuncias tanto civiles como penales sin que disminuyan los actos de perturbación y maltrato” (Legajo OVD XXXX/XX, 26 de marzo de 2018).

En consecuencia, a la denuncia realizada ante la OVD, el mismo día el Juzgado Civil ordenó la restricción de acercamiento en forma recíproca, tanto para su ex pareja D. V. como para ella. Es decir, sin pedido de parte, ni con elementos probatorios que acrediten al menos presuntivamente que la Sra. R. representara un riesgo para sí o para terceros, se determinó una restricción de derechos sin fundamentación. De la lectura de la resolución puede observarse a simple vista que en ningún momento se explica por qué sería necesaria una orden judicial dirigida a la denunciante para que no contacte ni se acerque a quien señaló como su agresor y asegurar, de esa manera, la operatividad de la protección judicial.

Posteriormente el Sr. V. se presentó como parte en el expediente civil, e informó ante el Juzgado Civil el hecho del 19 de agosto de 2018. Pero, reiteramos, la medida de restricción impuesta a la Sra. R. fue dictaminada extrapetita, en el marco de una causa donde una víctima de violencia de género solicitó medidas de protección para sí y su grupo familiar.

Resta señalar que los hechos de violencia fueron creciendo en gravedad. A solo modo enunciativo, señalamos que en 2019 la Sra. R. volvió a denunciar un episodio donde el Sr. V. la privó de libertad durante toda una noche, y mediante el uso de un arma, la obligó a tener relaciones sexuales sin su consentimiento. En consecuencia, el equipo interdisciplinario determinó **altísimo riesgo** extendido al grupo familiar (Legajo OVD XXXX/XX, 20 de marzo de 2019).



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Los antecedentes reseñados tienen además correlato en la causa n° XXXX/XX en trámite actualmente ante el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 9. En dicha causa, el Sr. V. está a la espera de juicio por los hechos por los que fue oportunamente procesado, a saber: lesiones leves agravadas por haber sido provocadas a una persona con la que mantenía una relación de pareja y por mediar violencia de género, en concurso real con amenazas simples, reiterado en dos oportunidades - hecho a y b; desobediencia - hecho c-; abuso sexual simple a una menor de trece años, agravado por haber sido cometido por su ascendente - hecho d- , lesiones leves agravadas por haber sido provocadas a una persona con la que mantenía una relación de pareja y por mediar violencia de género reiterado en tres oportunidades, concurriendo en el primer supuesto en forma ideal con el delito de amenazas simples -hecho e, f y g- , todos ellos en concurso real entre sí. Actualmente, el Sr. V. se encuentra en prisión preventiva con relación a la causa de mención (luego de haber sido revocada la excarcelación, por haberse verificado la “manifiesta violación a las medidas de protección” dictadas a favor del grupo familiar de la Sra. R.).

III. La orden de restricción recíproca no supera un test de constitucionalidad-convencionalidad

La orden de restricción recíproca fue dictada en el marco de un expediente regido por la ley 26.485, que regula especialmente el procedimiento de protección a las víctimas de violencia de género y que, por lo tanto, tiene como finalidad velar por el derecho de tutela judicial efectiva y el debido proceso de mujeres que se encuentran en esa situación.

La reciprocidad de las medidas, lejos de ser una respuesta judicial útil y adecuada para proteger a las víctimas de violencia de género, les quita eficacia a las medidas de protección, a la vez que expone a la Sra. R. a sufrir consecuencias penales por el mero hecho de haber denunciado la violencia sufrida. Asimismo, constituye un trato discriminatorio en el acceso a la justicia. A continuación, detallamos los puntos centrales por los cuales medidas recíprocas como la dictada en el caso no superan un test de constitucionalidad y convencionalidad, y por lo tanto, son ilegítimas.

a. Ilegitimidad de la medida restrictiva

Es claro que el dictado de medidas de protección, como la prohibición de contacto o de acercamiento, implican medidas restrictivas de derechos. En nuestro marco legal, la posibilidad de dictar ese tipo de medidas, incluso inaudita parte, está regulado en la ley 26.485, al igual que la ley 24.417. Estas leyes prevén la posibilidad de adoptar medidas de protección **para hacer cesar la violencia o eliminar o disminuir el riesgo de sufrir violencia**.

Es decir, la restricción de derechos que implican las órdenes de protección encuentra sustento legal (y constitucional, conf. Art. 19 CN) en la existencia de un riesgo que es preciso aventar. Existe consenso en que se trata de medidas de tipo cautelar, en las que basta valorar la verosimilitud del derecho vulnerado, y son adoptadas sin intervención de la persona denunciada. En estos casos, procede realizar un “balance de probabilidades” a fin de ponderar que *“sean atendibles las pretensiones de quien denuncia, en función del riesgo de sufrir nuevos actos de violencia en caso de no mediar interrupción de los mismos por parte de la justicia”*².

La ley 26.485 también prevé la posibilidad de adoptar medidas de protección de oficio. Sin embargo, esta facultad se vincula con el deber de debida diligencia en la prevención de la violencia contra las mujeres, en la medida en que sean necesarias para neutralizar el riesgo denunciado (art. 26, “a”, ley 26.485). En todos los casos, las medidas deben ser adoptadas mediante auto fundado (art. 27, ley 26.485, in fine).

Disponer medidas de restricción en cabeza de la denunciante implica reconocer que existe un riesgo que debe ser evacuado mediante una orden judicial³. Sin embargo, la resolución que impuso las medidas con carácter recíproco en ningún momento explicó en qué consiste el riesgo, quién lo genera y por qué motivo es preciso dictar una restricción judicial para evacuarlo.

En este marco, la resolución recurrida vulnera el principio de legalidad, porque restringe derechos por fuera de los supuestos que la ley habilita. En efecto, no se acreditan los extremos legales que habilitan el dictado de las medidas restrictivas, y nadie invocó ni se señaló cuál es el riesgo que es preciso evitar mediante la disposición

² Famá, M.V., con cita de Lamberti y Viar, en “Efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica: hacia una mirada integral e interdisciplinaria”, en Birgin, H. (comp.), *Violencia contra las mujeres: estrategias procesales y acceso a la justicia*, Fontamara, México DF, 2011.

³ cf. CIDH, Caso Jessica Lenahan, Informe 80/11, Caso 12.626, 21/07/2011, párr. 145.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

recíproca de la orden judicial. No se invocó ninguna situación que haga sospechar que la mujer significaba un riesgo para el denunciado, y tampoco surgía del expediente. Adicionalmente, la resolución es arbitraria, porque carece de motivación, en tanto no señala cuáles son los presupuestos fácticos que habilitan una decisión de ese orden, como tampoco desarrolla argumentación legal ni contiene sustento normativo que habilitara la disposición. En consecuencia, además de constituir una restricción de derecho que no fue requerida por nadie, la resolución vulnera el principio de legalidad y también es arbitraria.

b. Sobre posibles razones no dichas. Los preconceptos y estereotipos de género implícitos

Se podía considerar que la reciprocidad de las medidas de protección es necesaria para su operatividad, ante la posibilidad de que la mujer, pese a sus dichos y a la denuncia, igualmente intente mantener contacto con el denunciado. Este probable motivo da lugar a pensar distintos escenarios.

En el peor de los supuestos, podría considerarse la reciprocidad como una medida necesaria, para evitar que la mujer contacte o se acerque al denunciado y luego lo denuncie penalmente por una desobediencia. El riesgo que pretendería neutralizar la reciprocidad, en este caso, sería el peligro del denunciado de verse perjudicado judicialmente a través de manipulaciones maliciosas de la denunciante, y la reciprocidad de la medida estaría dispuesta en su favor. Una suposición de este tipo estaría basada en el estereotipo de que las mujeres son mentirosas, vengativas y provocan la violencia que padecen, y por tanto resultaría discriminatoria.

Otro supuesto más probable, es que la reciprocidad haya sido dispuesta para evitar que la denunciante caiga en la tentación de retomar contacto con su ex pareja. Este temor podría basarse en las dificultades que existen para poner fin al vínculo violento y en el conocimiento que tienen los/as operadores/as judiciales sobre el funcionamiento del círculo de la violencia. El riesgo a neutralizar, en este supuesto, sería el que representa para sí misma la propia denunciante. Se trata de protegerla de sí misma y la reciprocidad habría sido dictada en su favor.

Este supuesto también encuentra problemas de legitimidad y constitucionalidad. En primer lugar, como ya fue señalado, sigue carente de motivación y fundamentación. No se analizó en ningún momento cuáles fueron los supuestos obstáculos que se presentan en el caso concreto para finalizar la relación, ni se acredita el círculo de la violencia y en qué período del círculo se encontraría la denunciante en el vínculo y contexto concreto que identifica. Es posible pensar que esta pudo ser la finalidad, si se observa la constancia de agosto de 2017 - donde se dejó asentado que luego de la denuncia ante la OVD la Sra. R. retomó la convivencia con el Sr. V.-, o si se tiene a la vista las múltiples denuncias interpuestas. Sin embargo, incluso si se concediera que la finalidad perseguida fuera legítima, tampoco es una respuesta razonable. En este sentido, existen otras vías para fortalecer cuando sea necesario a las víctimas de violencia para salir de la situación de maltrato en que están inmersas. Muchas veces la dificultad para mantener la separación obedece a cuestiones económicas; en esos supuestos, sería más útil obtener cierta autonomía económica, en lugar que una orden judicial de restricción de contacto con el agresor. Ante los obstáculos dados por la dependencia emocional o las presiones del entorno familiar y social; el acompañamiento y empoderamiento de la víctima resulta una respuesta atinada (y no una imposición hecha bajo amenaza del uso de la fuerza penal).

Por último, se presenta como una medida paternalista, en la medida en que se restringen derechos de la denunciante con la sola finalidad de asegurar mejor sus propios intereses, lo que resulta incompatible con nuestro modelo constitucional (art. 19 CN). Sin dudas existen numerosas barreras subjetivas, materiales y estructurales, para que las mujeres pongan fin a la violencia de género. Sin embargo, nada habilita a que la respuesta a esos obstáculos sea la restricción de la autonomía y derechos de la víctima. Asumir que siempre las víctimas de violencia requieren ser protegidas de sí mismas y en contra de su voluntad, sin evaluar las circunstancias concretas del caso, evidencia un estereotipo victimista, las muestra como seres débiles que necesitan que alguien más asuma el control, lo que configura un trato denigrante y revictimizante que vulnera la dignidad de la persona. El deber de fortalecer y acompañar a víctimas de violencia no habilita un trato que las infantilice, pues lo contrario sería promover que la mujer salga del yugo de control de su pareja maltratadora y pase al del Estado.

c. Este tipo de respuestas han sido cuestionadas desde la doctrina, los organismos internacionales de derechos humanos y la legislación comparada



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Desde la teoría legal feminista, Patricia Laurenzo Copello critica el uso de la restricción de la libertad de las mujeres para gestionar su conflicto con una pareja violenta⁴. La autora señala lo paradójico de las respuestas que acaban “por volverse en contra de las propias mujeres a las que pretendía tutelar, dejándolas atrapadas en sus redes hasta el punto de imponerles su protección bajo amenaza de sanción penal”⁵. Estas posturas ignoran la voluntad de las mujeres que dicen defender y las tratan como personas privadas de capacidad de raciocinio, lo que configura una actitud rígida y paternalista⁶.

En la misma línea, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas criticó que “leyes aprobadas manifiestamente para prevenir y castigar la violencia contra la mujer se han redactado o aplicado de manera que violan aún más los derechos de la mujer. Por ejemplo, la legislación de Ucrania sobre violencia doméstica incluye disposiciones que permiten detener a una mujer si incita a la violencia mediante un ‘comportamiento de víctima’”⁷.

Desde la misma perspectiva, la “Ley de violencia hacia las mujeres basada en género” de Uruguay establece que “En ningún caso pueden disponerse medidas recíprocas o a cargo de las víctimas o que restrinjan sus derechos” (ley 19.580, art. 64, segundo párrafo).

IV. Atipicidad de los hechos imputados

Los hechos por los que la Sra. R. fue imputada fueron calificados en el delito de desobediencia previsto en el art 239 del C.P., que pune al “que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones

⁴ Laurenzo Copello, P., “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en Laurenzo Copello, P., Maqueda, M., y Abreu, A., Género, violencia y derecho, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 273

⁵ *ibid*, p. 274

⁶ *ibid*, p. 275

⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, E/CN.4/2006/61, 20/01/2006, párr. 40

o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

D’Alessio y Divito explican que “estamos en presencia de un tipo omisivo impropio, que requiere la existencia de un mandato emitido por la autoridad, esto es una orden que ha impartido *legítimamente* un funcionario público o la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”⁸. También Donna⁹ y Buompadre¹⁰, identifican como elemento del tipo la “orden legítima” de un funcionario.

Llevados estos requisitos al caso en concreto, consideramos que el sustrato fáctico es atípico porque la orden “desobedecida” es ilegítima. Por las razones expresadas en el apartado III, consideramos que si bien la orden de restricción es en apariencia legal porque formalmente fue emitida por un juez natural y competente¹¹-, no reúne las características de legitimidad porque no supera el test de convencionalidad y constitucionalidad.

Como fue señalado, las órdenes de protección previstas en la ley 26.485 están dirigidas a prevenir la violencia ejercida contra las mujeres por motivos de género y requieren la acreditación de ciertos extremos: la invocación de un riesgo que es preciso evacuar, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Ante esas precisas circunstancias, el ordenamiento legal permite una restricción de derechos *inaudita parte* de la persona **denunciada** (como la prohibición de contacto o de acercamiento). En el caso, no surge que la Sra. R. configure un riesgo para el Sr. V. que ameritara el dictado de medidas de protección; el marco legal citado no resulta aplicable al caso (pues la ley 26.485 se dirige a proteger a las mujeres contra la violencia de género); nadie requirió la medida restrictiva de la libertad (por lo que el pronunciamiento excede la jurisdicción del juzgado); tampoco se invocaron razones que justificaran el dictado de oficio de la medida restrictiva. Al no estar presentes los requisitos previstos por el ordenamiento jurídico para disponer medidas restrictivas de la libertad (como son las medidas de protección en discusión), la reciprocidad de las medidas dispuesta

⁸ D’Alessio, A. (dir.) y Divito, M. (coord.), *Código penal comentado y anotado*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2011, pag. 771. El destacado nos pertenece.

⁹ Donna, Eduardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 950-727-263-X.

¹⁰ Buompadre, Jorge E., *Manual de derecho penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 2012. pág. 643.

¹¹ Más allá de considerar como se dijo que actuó *extra petita* y por fuera de la autorización legal y convencional.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

configura una restricción ilegítima de la libertad de la Sra. R. y, en consecuencia, la orden judicial deviene igualmente ilegítima.

En adición, la reciprocidad de las medidas de protección vulnera el principio de igualdad a la luz de la especial protección hacia las víctimas de violencia de género, el deber de debida diligencia reforzada del Estado, la tutela judicial efectiva y el derecho de las víctimas de violencia de género a una vida libre de violencia (conf. artículos 1, 2. c), d) y e), 5.a), 10 y 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW-; incorporado al ordenamiento jurídico argentino con jerarquía constitucional -cfr. art. 75 inc. 22-). También afecta lo dispuesto en el artículo 7 incisos b), e), f) y g) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará- (de jerarquía supralegal); y en los artículos 2, 3, 16, 26 y 36 de la ley 26.485.

Como se indicó, el carácter recíproco de las medidas afecta el derecho a una tutela efectiva que asiste a la Sra. R. quien impulsó un proceso (conf. Ley 26.485) para obtener medidas de protección contra hechos de violencia y a cambio obtuvo una medida restrictiva de derechos que deriva en su criminalización. En el mismo sentido, la medida impuesta a la Sra. R. es discriminatoria porque proporciona un trato idéntico al hombre que es denunciado por violencia de género y a la mujer que denunció ser víctima, en vez de otorgar a esta última un trato diferencial que compense la desigualdad estructural a la que está expuesta.

El planteo de atipicidad realizado no es tan novedoso, ya que la jurisprudencia y doctrina han admitido otros supuestos de ausencia de tipicidad objetiva al incorporar -en el proceso de subsunción- el contexto en que el suceso ocurría. Por ejemplo, la CSJN señaló que “no incurre en el delito de desobediencia quien incumple órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial”¹², en un caso donde el deudor había omitido cumplir con una “orden concreta y escrita” de poner el bien gravado a disposición del juez interviniente. Otro supuesto de atipicidad, fue identificado cuando alguien desoye la orden de la

¹² CSJN, “Alonso López, Manuel por art. 239 del Código Penal”, Fallos: 313:824. En el mismo sentido “Grimberg, Argentino”, Fallos: 306: 1570.

propia detención¹³, por considerar que es un supuesto equiparable -valorativamente- a la impunidad de la fuga sin violencia.

Estos criterios interpretativos muestran que el proceso de subsunción no es de aplicación formal, y que es preciso considerar elementos del contexto y un sentido de equidad en la interpretación de la tipicidad. Contexto, y principio de igualdad, son dos directrices que permiten considerar que el sustrato fáctico imputado a la Sra. R. es atípico, porque la “orden concreta y escrita” impartida es ilegítima. Una interpretación de la dogmática penal respetuosa del principio de no discriminación, requiere reparar en las consecuencias materiales del criterio que se adopte para definir los elementos del tipo penal.

Por otra parte, si se considera -como indican D'Alessio y Divito- que la desobediencia es un delito omisivo, debe considerarse que la posición de garante es un elemento intrínseco en este tipo de delitos¹⁴, y la imposición de este rol la que carece de legitimidad. ¿Puede la mujer víctima de violencia ocupar una posición de garante, respecto a evitar que nuevos hechos de violencia sucedan? Solo sería posible responder de modo afirmativo sobre la base de estereotipos que prescriben cómo deben comportarse las mujeres víctimas de violencia y mitos sobre las dinámicas de la violencia en las relaciones interpersonales. Por ejemplo, el mito según el cual las mujeres son mentirosas, vengativas y provocan la violencia que padecen, por lo que merecen una advertencia bajo amenaza penal para que no hagan un mal uso de las medidas de restricción. Otro mito que puede sustentar la orden de restricción de acercamiento dirigida a la mujer es la falsa creencia que la las mujeres pueden poner fin a la violencia con solo regular su propio comportamiento, manteniéndose pasivas, dejando que alguien más asuma el propio control de la situación, incluso bajo su propia voluntad.

En síntesis, por los fundamentos expuestos, consideramos que no se encuentran dados los elementos del tipo penal del delito de desobediencia, dada la ilegitimidad de la orden judicial cuya obediencia se reprocha penalmente.

¹³ CS, B. 752, "Báez, Héctor Antonio s/arresto preventivo", 2003/04/03; y CNCrim. y Correc., sala VI, "Díaz Franco, Páblo S.", 2002/06/25, diario La Ley del 21/01/2003.

¹⁴ Lorenzo Copello, Patricia, "La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema", en VVAA, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Programa EUROsociAL, Defensoría General de la Nación Argentina, Madrid, Julio 2020.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

V. Inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación

La doctrina señala que “todas las causas de inculpabilidad son supuestos en que no puede exigírsele al autor una conducta distinta al injusto”¹⁵, por lo que la inexigibilidad de otra conducta es “la esencia última de toda la inculpabilidad”¹⁶. Dentro de este ámbito de la teoría del delito, se analiza, entre otros supuestos, los casos en los que a pesar de ser jurídicamente exigible la comprensión de la criminalidad, no hay exigibilidad de una conducta diferente porque opera “una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción.”¹⁷ Esto es así porque, una de las exigencias del principio de culpabilidad es que la persona haya realizado su acción como parte del ejercicio de su libertad personal¹⁸.

Desde esta perspectiva, es relevante evaluar que a la fecha de los hechos aquí imputados (agosto de 2018), la Sra. R. estaba acompañando a su hija A. en su proceso de “revelación”¹⁹ del abuso sexual del que había sido víctima. Nótese que el 26 de marzo de 2018 la Sra. R. manifestó su sospecha ante el equipo interdisciplinario de la OVD (Legajo OVD XXX/XX) y el 24 de julio se manifestó en igual sentido ante la terapeuta de A. (ver declaración de S. L., fs. 149 de la causa n° XXX/XX); el 27 septiembre se presentó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 19 solicitando una audiencia “en forma urgente por los sucesos que acontecen tanto en mi vida como en la vida de mis hijos menores” (conf. fs.

¹⁵ Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., Derecho penal: parte general., Buenos Aires, Ediar, 2002, pag. 744.

¹⁶ *Ibídem*.

¹⁷ *Ibídem*.

¹⁸ Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., Derecho penal: parte general., Buenos Aires, Ediar, 2005, pag. 672.

¹⁹ Tal como señala la bibliografía especializada en abuso sexual infantil, “la aceptación y validación son cruciales para la sobrevivencia psicológica de la víctima. Un niño acosado por un padre u otro hombre en el rol de padre y rechazado por la madre está psicológicamente huérfano y casi indefenso contra las múltiples consecuencias nocivas. Por otra parte, una madre que puede defender al niño y protegerlo contra el re-abuso parece conferir al niño el poder de ser auto-aprobatorio y recobrarle con mínimas secuelas”. Conf. Summit, Roland, “El Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil”, disponible en https://www.academia.edu/7696116/El_S%C3%ADndrome_de_Acomodaci%C3%B3n_al_Abuso_Sexual_Infantil_por?auto=download.

123); el 8 de octubre, en Cámara Gesell, A. espontáneamente refirió haber sido objeto de conductas de índole sexual por parte de su padre (conf. Fs. 129 y sigs) y el 30 de octubre la Sra. R. amplió declaración sobre estos hechos e instó la acción penal (fs. 133). Por estos hechos el Sr. V. fue procesado y está a la espera del juicio oral.

La Sra. R. expresó ante la trabajadora social lo difícil de ese proceso en su historia vital, en cuanto dijo que *“Cuando ya estábamos separados me entero lo del abuso. Para A., su papá era lo más grande. Fue cuando ella tenía 9 años... al papá no lo quería ni ver. Un día le estaba acariciando el pelo y ella le dijo: ‘no me toques’... fue en medio de la revinculación. La nena se hacía encima... se sentía tan mal... tenía tanto miedo que al único que le quería contar era al juez. Declaré que a la nena la veía rara... que se hacía encima y me enteré bien lo que pasaba recién en medio de la cámara Gesell”*. (del informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN).

En su defensa material la Sra. R. hizo mención a la complejidad de las situaciones que atravesó y dijo que “a esta persona no había forma que dejara de acercarse a mi o a mis hijos”. Adviértase que el primer procesamiento del Sr. V. fue el 4 de abril 2019, por lo que para la fecha de los hechos aquí imputados (agosto de 2018), la Sra. R. había hecho numerosas denuncias por graves episodios de violencia física, psicológica y sexual, y sin embargo no advertía una respuesta rápida, idónea y efectiva por parte del sistema de justicia que hiciera cesar los episodios de violencia contra ella y sus hijos. En ese contexto, la Sra. R. se enteró que su ex pareja también había abusado sexualmente de su hija más pequeña. Es razonable pensar entonces, en que pudo inundarla un sentimiento de impotencia que la llevó a adoptar conductas impulsivas en ese contexto de absoluta soledad.

En este sentido, el informe social destacó que “al rememorar las múltiples y diversas experiencias de malos tratos vividas por ella y sus hijos e hija, (...) recordó (...) algunas reacciones suyas que, aun cuando implicaban el despliegue de conductas agresivas, representaron estrategias defensivas que de ningún modo alteraban la profunda asimetría y subordinación que caracterizó a su vínculo con el Sr. V.” Tal como señala el informe social, en ocasiones las mujeres víctimas de violencia realizan reacciones agresivas del tipo defensivas como mecanismos de adaptación y defensa. Estas reacciones deben diferenciarse del fenómeno de la “violencia recíproca” que se caracteriza por producirse entre pares, porque ante situaciones de violencia de género lo que prevalece es la desigualdad de poder entre agresor y agredida.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Finalmente, la Sra. R. contó que tanto ella como su hija realizaron tratamientos psicológicos que les permitieron procesar lo que había sucedido: *“A. hizo un año de tratamiento psicológico y salió adelante. Yo también hice tratamiento psicológico que me hizo fuerte... empecé en el 2018 y todavía sigo en tratamiento. Me costó mucho pero pude salir adelante gracias a la psicóloga y a mis hijos”* (del informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN).

Por los motivos expuestos, y considerando particularmente el contexto y el momento particular en el que ocurrieron los hechos imputados, consideramos que la Sra. R. actuó con escaso margen de autonomía y libertad que impidieron que pudiera motivarse en la orden judicial impartida y, por lo tanto, la acción típica es inculpable.

VI. Corolario

No se pretende aquí revisar la resolución dictada por el juzgado civil, pues excede los alcances de este proceso. Sí se quiere señalar que la valoración del mérito para avanzar a etapas subsiguientes en el proceso penal debe incluir una ponderación de los efectos discriminatorios que conlleva la criminalización de una mujer víctima de violencia por desoír una orden de protección que fue impuesta con carácter “recíproco”. Asignar consecuencias penales por el incumplimiento de una orden judicial impuesta en este contexto, se instituye como un mecanismo que profundiza -por los efectos de la amenaza penal- la vulneración de derechos constitucionales y convencionales señalados en extenso en el apartado III.


V. Petitorio

Por las razones expuestas, solicitamos:

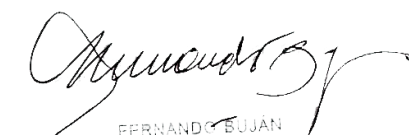
1. Se tenga presentado el informe
2. Se consideren los fundamentos de hecho y derecho expuestos al momento de resolver la situación procesal de la Sra. R..

Proveer de conformidad que,

Será justicia


CECILIA GONZÁLEZ
Prosecretaria Letrada
D.G.N.


RAQUEL ASENSIO
SECRETARIA LETRADA
DEFENSORIA GENERAL DE LA NACION


FERNANDO BUJÁN
DEFENSOR PÚBLICO OFICIAL
EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL