En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de agosto del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Rafael Lucchelli, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., B. s/dcia. En rep. Hija menor - abuso sexual - Gaiman" (Carpeta 3017 OJ Tw – Legajo 26769 OUMPF Tw),** con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública contra la resolución Nro. 565/12 OJ Tw dictada en fecha 02/03/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 24/072/12 en la sede de este tribunal, intervinieron el Dr. Damián D'Antonio por la Defensa Pública y el Dr. Omar José Rodríguez, en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial. No comparecieron el acusado M. A. G. y la denunciante en autos B. M., quienes se encontraban debidamente notificados.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Rafael Lucchelli.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. A modo de prólogo, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso y de los agravios expresados por el Defensor en su escrito de impugnación, luego ratificados y ampliados durante la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, y el responde a los mismos por parte del Ministerio Público Fiscal.

2. Mediante resolución Nro. 565/12 dictada en fecha 02/03/12, el juez penal Dr. Fabio Monti dispuso rechazar la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa del imputado, como cuestión previa en la audiencia preliminar que prescribe el art.295 del rito.

La Defensa centró en dos los agravios que dicha resolución irroga a su parte, a saber: el carácter dirimente que el a quo adjudicó a la opinión del Ministerio Fiscal para no dar curso al instituto y, en segundo lugar, concluir que la Convención de Belém do Pará (Ley 26.432) importa un obstáculo legal que imposibilita la aplicación de la probation, por poseer dicho instrumento, de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, jerarquía superior a las leyes.

Con relación al primer agravio, el defensor señaló que el instituto resulta procedente toda vez que concurren en el caso los extremos que exige el art. 76 bis del C.P. Sostiene que si bien la pretensión punitiva supera los tres años de prisión, conforme al tipo penal adjudicado, la carencia de todo antecedente condenatorio o de conflicto con la ley penal, hacen presumir que en el caso de recaer condena, la pena sería de ejecución condicional. Asimismo y a modo de reparación, se ofrecieron cincuenta (50) horas de trabajo comunitario y el sometimiento a un tratamiento psicológico por el término de dos (2)años, propuesta que no fue compartida por el Ministerio Público Fiscal por no considerarla razonable.

Sostuvo que los argumentos invocados por su parte en cuanto a la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del instituto, fueron expresamente compartidos por el A-quo, para posteriormente considerar vinculante la opinión del Ministerio Público Fiscal.

Afirmó que la conformidad u oposición fiscal o de la jurisdicción importa exclusivamente efectuar un control de legalidad, toda vez que la aplicación del instituto de la suspensión del juicio resulta ser un derecho del imputado, por lo que toda oposición que no tenga basamento en aquellos requisitos, tornan la decisión en arbitraria, conforme a los criterios sentados por la Corte Suprema en el fallo “Acosta” y que siguiera la

Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia en el caso "Provincia del Chubut c/G., S. J..." (Expte: 21.044 - Año 2007, revocando una sentencia que denegaba el instituto.

A modo de conclusión sobre este aspecto, sostuvo que el Juez debe ser autónomo en los fundamentos de su decisorio y no solamente recoger en su opinión los propios del Ministerio Público Fiscal, siendo insuficientes los argumentos dados por el A-quo.

En orden a la incidencia que el Magistrado adjudica a la Convención de Belém do Pará -segundo agravio invocado- señaló que debe advertirse que la citada Convención fue aprobaba por Ley 24.632 en el año 1996 y que en el año 1999, con la Ley 25.087, se introdujeron modificaciones al Código Penal en materia de abuso sexual, no ocurriendo lo propio con el art. 76 bis de ese cuerpo legal.

En igual dirección, destacó la Ley nro. 26.485 de "Protección Integral a las Mujeres" del año 2009, que en su art. 7, fija el principio rector de la igualdad entre mujeres y hombres. Afirma que no deben ser excluidos en el tratamiento de los conflictos relacionados con la violencia de género los mecanismos tendientes a minimizar las consecuencias del poder punitivo, el que resulta ser una herramienta subsidiaria y de última ratio.

Sostuvo que la Convención no debe ser interpretada en forma aislada, sino en consonancia con los principios y garantías constitucionales y supraconstitucionales de derechos humanos en general. Que en modo alguno debe desconocerse que el instrumento bajo análisis garantiza, tutela y protege derechos tendientes a erradicar la violencia de género, pero éstos deben conjugarse con los principios que informan al Derecho Penal. En tal sentido, invocó los principios

de inocencia, *pro homine*, de *última ratio*, el de igualdad y del de máxima taxatividad, no tan sólo respecto del art. 76 bis sino también en el análisis de las normas y principios en cuestión.

Señaló que la Convención en su art. 7, inc. g), prevé la necesidad de establecer mecanismos judiciales y administrativos adecuados para asegurar que la mujer objeto de violencia, tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Que el término sanción, refirió, debe ser interpretado de dos formas, desde el punto de vista legislativo y desde el punto de vista de la ejecución de una pena. La Convención no habla de penar, de castigar, afirmó, sí de sancionar; pero ello no solamente se cumple con una pena, en sus diversas manifestaciones, sino que también alcanza tal sentido la suspensión del juicio a prueba, por resultar también de carácter sancionatorio, pues sus efectos quizás sea más graves que una condena, por cuanto se proponen trabajos comunitarios, tratamiento psicológico, la suspensión puede prolongarse hasta tres años.

Señaló que con la propuesta efectuada por su parte no sólo procura reparar a las víctimas en el sentido que ordena la Convención, sino también de posibilitar la reinserción social de M. A. G.

Previo a reseñar el responde del Ministerio Público Fiscal, cabe señalar que el mismo desistió del planteo de extemporaneidad del recurso del imputado, luego de corroborarse que la fecha a considerar para el cómputo del plazo de impugnación era el de la notificación del imputado, cual resulta ser el día 12/03/12, por lo que el recurso fue presentado en tiempo y forma.

Seguidamente hizo uso de la palabra el representante del Ministerio Público Fiscal respondiendo oralmente los agravios formulados por la Defensa, señalando inicialmente que el Magistrado A-quo sostuvo que por la escala penal del tipo adjudicado, la opinión del fiscal

era vinculante, entendiendo –asimismo- que la oposición contenía una adecuada fundamentación lógica y legal.

Así, en relación a la Convención Belém do Pará, el Juez hace suyas las palabras de los jueces que opinaron en el caso "Ortega", citado por la fiscalía y opinó que la suspensión del juicio a prueba constituiría una infracción a los deberes del Estado, asumidos por la Convención Interamericana. Sostuvo que si bien dijo que en principio estarían reunidos los requisitos de la probation, ello debe ser visto e interpretado a la luz de toda la normativa vigente.,De esta manera, continuó, se puede hacer una interpretación sistemática y armónica de toda la constelación jurídica que nos rige. Y si bien la Convención es de fecha anterior a la reforma del Código, debe tenerse presente que con posterioridad a dicha reforma, se sanciona la Ley de violencia contra la mujer, Ley 26485, que viene de alguna manera a reafirmar todos esos derechos que han sido consagrados en la Convención tratada.

Que el A-quo no sólo consideró la existencia de la Convención como obstáculo legal, sino que también tuvo en cuenta las manifestaciones que hizo la víctima en la audiencia preliminar, a quien le asiste el derecho a la tutela judicial efectiva, que es la protección de todos los derechos e intereses que le acuerda la ley, manifestando que era su deseo que este caso concreto se debata en un juicio oral. También, señaló, resultando víctima una menor de edad, debe contemplarse lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía Constitucional, cuya directriz es preservar el interés superior del niño, y que su Ministerio entiende que la única manera de ser tenido en cuenta ese supremo interés es que el caso se debata en un juicio oral.

Concluyó manifestado que comparte la resolución del Magistrado por existir un obstáculo legal en cuanto a la viabilidad del instituto, todo ello enmarcado en una interpretación integral de la normativa que nos regula. Citó el caso 31.735 "Colil, Miriam Edith" de la Oficina Juidicial de esta ciudad y la causa 14287 "Castillo, Víctor" de la CNCP, Sala IV del año 2011, casos en los que se sostiene el criterio que propugna, por lo que solicita el rechazo del pedido, y la confirmación de la resolución impugnada.

La Defensa hizo uso de la réplica, destacando la discrecionalidad y consecuente arbitrariedad tanto de la oposición del fiscal como de la decisión jurisdiccional, toda vez que en otro proceso respecto de igual tipo penal que el atribuido en autos se acordó una suspensión de juicio a prueba, fijándose similares condiciones a las propuestas en el presente. Ello habla, destacó, de distintos criterios en una misma e idéntica cuestión, situación que claramente afecta el principio de igualdad ante la ley. Finalmente solicitó se tenga presente el voto de Dr. Diez Ojeda en el fallo "Góngora", causa nro. 14.092 de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal.

3. Tal como quedara expuesto, el MPF basa su posición contraria al otorgamiento de la *probation* en dos circunstancias sustancialmente diferentes. Por un lado afirma la ausencia de razonabilidad en el ofrecimiento de reparación del imputado, sosteniendo que el bien jurídico afectado (la integridad sexual) difícilmente pueda tener compensación. Por otra parte, indica que la suspensión del juicio a prueba en el presente caso haría incurrir al Estado en un incumplimiento de obligaciones asumidas internacionalmente a partir de la Convención de "Belém do Pará" (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por Ley 24.632).

El Sentenciante, a pesar de reconocer que en la causa se encuentran reunidos los requisitos previstos por la ley sustantiva para el otorgamiento de la *probation*, funda su rechazo en la opinión discordante del MPF, considerando que en los casos del cuarto párrafo del art. 76 *bis* CP la negativa fiscal, debidamente fundada, limita la jurisdicción y resulta vinculante para el tribunal. En este último sentido el Magistrado afirma la razonabilidad de la postura del acusador, remitiéndose para ello a la opinión del juez Luis García en el precedente "Ortega" (CNCP, Sala II, sentencia de fecha 7/12/10), quien sienta el criterio de que el otorgamiento de la *probation* en supuestos como el que aquí se analiza resultaría contrario a las previsiones de la citada Convención.

4. La cuestión a decidir exige determinar, a la luz de los argumentos que han quedado expuestos más arriba, si la *probation* en el caso ha sido correctamente denegada o si, por el contrario, se funda en una interpretación indebidamente restrictiva del instituto en cuestión.

La primera crítica del recurrente se encamina a cuestionar el carácter vinculante que atribuye el Magistrado de grado a la oposición fiscal. Acerca de esa cuestión he tenido oportunidad de pronunciarme en los autos: "P., P.E. s/ denuncia abuso sexual en representación hija menor" (Carpeta 2190 OJTw, sentencia de fecha 10/3/11), por lo que entiendo oportuno reproducir parcialmente aquellos argumentos, en cuanto resulten de aplicación al presente caso.

Así, entiendo que: "La posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba, en las circunstancias que fija la norma, es el "derecho" de la persona sometida a un proceso penal (como lo recuerda la Corte en "Acosta"), de no transitar –a su requerimiento- la

etapa del juicio, evitando de ese modo la estigmatización que puede implicar la audiencia de debate y una eventual sentencia de condena. No se trata de un simple beneficio y mucho menos un privilegio y, como tal, su aplicación debe ser garantizada por los jueces en las condiciones de su vigencia. En ese contexto es claro que respecto de los parámetros que delimitan el alcance de ese derecho –requisitos de procedencia- rige el principio de "reserva de ley", lo cual significa que aquellos deben surgir de modo expreso del texto legal, pues sólo el legislador puede establecer criterios generales que garanticen idéntica aplicación para los iguales en igualdad de circunstancias" (*omissis*).

"... Hay que recordar que la importante restricción de derechos que autoriza la aplicación del instituto, si bien marca su sentido preventivo y composicional, no deja de tener una clara naturaleza sancionatoria, que sólo procede ante el pedido expreso de la persona imputada, para no vulnerar el principio de inocencia. La doctrina lo recuerda al afirmar que "... desde un enfoque teleológico, de sentido y de objetivos... el instituto habilita una *sanción* alternativa a la prisión... " (DEVOTO, Eleonora A., *Los límites de la intervención del fiscal en la suspensión del juicio a prueba*, LL - Suplemento Penal, septiembre de 2010, www.laleyonline.com.ar; la cursiva me pertenece)".

"Es claro que el legislador no sólo tuvo en miras al sancionar este instituto aliviar la congestión de causas en los tribunales -al disminuir el número de casos que se llevan a juicio-, sino, fundamentalmente, consagrar como decisión de política criminal una respuesta alternativa a la prisión, evitando el pronunciamiento de una condena y su consecuente estigmatización respecto de quien posiblemente no haya de cumplir en forma efectiva la pena, así como la de propiciar soluciones composicionales o reparatorias entre los protagonistas del conflicto penal".

"Entiendo, pues, que no puede válidamente interpretarse que el 'consentimiento fiscal' que menciona el cuarto párrafo del art. 76 bis CP sea un requisito de admisibilidad extra para ese tipo de supuestos, a menos que se considere, como dije, que la negativa fiscal sólo pueda basarse en la *comprobada* ausencia de alguno de los requisitos legales de procedencia del instituto, caso en el cual es claro que su opinión sería vinculante para el juez. No hay duda de que si la negativa se funda en la ausencia de algunos de los requisitos legales para la procedencia del instituto el tribunal no puede rechazar esa opinión, pues se basa en argumentos que surgen del texto claro y expreso de la ley".

"El problema surge cuando la denegatoria fiscal se funda en consideraciones generales de política criminal, o aún en ponderaciones propias de la persecución penal vinculadas al caso concreto. Si se interpretara que la opinión fiscal basada en criterios tales como gravedad del hecho, interés público comprometido, razones de política criminal, etcétera, ajenos todos ellos a los expresamente establecidos en la ley, pudiera ser legítimo obstáculo para el ejercicio del derecho en cuestión sus límites ya no serían legales, sino que pasarían a ser los discrecionales criterios que cada uno de los representantes del MPF considerara razonables y suficientes, en base a los particulares diseños de la política criminal que tuviera cada uno de ellos".

"El quiebre del principio de igualdad en la aplicación del instituto surge palmaria frente a semejante interpretación, ante la innumerable cantidad de opiniones fiscales posibles que, frente a casos análogos -en forma más o menos fundada o razonable-

pudieran esgrimirse en base a argumentos que no surgen del texto expreso de la ley".

"Ante tal panorama de ambigüedad e incertidumbre, se impone una interpretación restrictiva sobre el alcance de la facultad fiscal en la aplicación del instituto. Así, se ha dicho: "... ni razones de política criminal o de interés público, ni invocaciones del art. 120 de la Const. Nacional, ni criterios de oportunidad de ningún tipo pueden legítimamente servir de base a la oposición fiscal al acceso del imputado a la suspensión del juicio a prueba" (DIAZ CANTON, Fernando, "*Principio pro homine y suspensión del juicio a prueba*", Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Leonardo G. Pitlevnik (dirección), Nro. 6, Hammurabi, Buenos Aires, año 2009, pág. 195)".

"Por ello considero que la opinión fiscal, por más fundada y razonable que sea, no puede ser vinculante para el juez si no se basa en los propios límites que de modo objetivo fija la ley, ya que si bien el MPF es quien -como titular de la acción penal- habilita al juez a aplicar el derecho en el caso concreto, una vez dada esa habilitación la aplicación del derecho es una exclusiva facultad judicial. La pretensión contraria implica autorizar un indebido desplazamiento de la potestad jurisdiccional hacia una de las partes. "Es tan irregular que un juez ejerza la función de acusar y de juzgar como que el fiscal acuse y juzgue y ello ocurriría frente a la inexorabilidad del consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal para el otorgamiento de la probation" (DEVOTO, Eleonora A., *op. cit.*), supuesto en el cual, según la autora, la decisión judicial quedaría reducida a un mero 'sello de goma'".

"Otro argumento que he tenido en cuenta, y que no resulta menor a los fines de decidir la cuestión es que el controvertido "consentimiento fiscal" que prevé el art. 76 bis CP es un recaudo de naturaleza eminentemente adjetiva, pese a su inclusión en una

norma de carácter sustantivo, que no ha sido incluido como tal en la regulación que al respecto establece el nuevo digesto procesal de la provincia (art. 49 y concs. CPP). Así, si bien el nuevo Código regula la realización de una audiencia, que garantice la contradicción, la inmediación y la presencia de la víctima, de ningún modo exige el acuerdo fiscal como requisito para la concesión de la *probation"*.

"Es sabido que la inclusión de este tipo de cláusulas en los códigos de fondo resulta admisible –siendo un piso, no un techo en cuanto al contenido y alcance de los derechos-, pero su vigencia está condicionada a la circunstancia de que el legislador local, retomando la facultad constitucional reservada (art. 135, inc. 19, CCh), regule la cuestión de manera específica".

"Adhiero, pues, a una posición restrictiva del alcance de la facultad fiscal de oposición a la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, interpretando -en idéntico sentido al postulado por un importante sector de la doctrina- que "... la exigencia inserta en el art. 4to. del art. 76 bis del C.P. –consentimiento fiscal- ha de interpretarse como el cumplimiento del rol de control inherente al Ministerio Público, que en el caso se extiende a verificar que se conforme la posibilidad de condena condicional en el caso concreto: que el mínimo de la pena previsto en el tipo penal no supere los tres años de prisión y que el imputado no registre condenas penales computables que impidan su condicionalidad" (DEVOTO, Eleonora A., *op. cit.*)" *(omissis)*.

"... las restricciones relativas al alcance de la facultad fiscal en la aplicación de la *probation* limitan también a los jueces llamados a decidir: su negativa tampoco puede basarse en aquellos argumentos

que no se aceptan como suficientes respecto del MPF, pues lo contrario implicaría salvar el principio de reserva de jurisdicción más no la vulneración a los principios de legalidad y de igualdad" (*omissis*).

"A partir de una exégesis como la que se propone, será posible acercarnos al objetivo de acotar la imposición de penas de encierro, mediante la posibilidad de esta solución alternativa que contempla la reparación, el cumplimiento de reglas o condiciones conductuales por parte del imputado, y que si bien no en todos los casos permite una solución del conflicto, cuando menos significa una manera menos violenta de reconducirlo y, por tanto, más útil en términos sociales".

5. Analizados los alcances de la opinión fiscal en el marco de aplicación del instituto y sentado el criterio de que su denegatoria sólo puede basarse en la ausencia de alguno de los requisitos legales para su procedencia, corresponde ingresar al segundo aspecto de la crítica formulada en el recurso.

Tal como se ha dicho, el impugnante cuestiona la decisión del juez A-quo en tanto, al analizar la razonabilidad de la negativa fiscal, sienta el criterio de que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) impide la aplicación de la *probation* en el caso.

La parte acusadora –en posición acogida en el resolutorio en crisis- sostiene que en los delitos de violencia contra la mujer existe un conflicto normativo entre la citada Convención (aprobada por Ley N° 24.632) y el art. 76 bis del Código Penal. Indica que el Estado Argentino se ha comprometido a "sancionar" todo hecho de violencia de género, lo cual implica un obstáculo legal para la aplicación de una salida alternativa al juicio como la que pretende el acusado. No habla de una cuestión de política criminal, sino de supremacía de normas. La defensa, por su parte, dice que la

contraposición normativa es meramente aparente, y que no sólo es posible sino jurídicamente correcto realizar una interpretación integradora y armónica de ambas normas.

6. Anticipo que, en mi opinión, las razones desarrolladas por el recurrente sin duda demuestran que no puede darse al referido instrumento internacional el sentido, alcance y efectos que le otorga el decisorio impugnado. Sin embargo, lo novedoso del planteo –cuando menos para este Tribunal-, así como la entidad y jerarquía de las normas puestas en juego, exigen el máximo esfuerzo argumentativo por parte de los jueces, por lo que cabe profundizar el análisis de las razones que sustentan la decisión que he de asumir.

El Magistrado A-quo expresa lacónicamente las razones que lo inclinan a denegar la *probation*, efectuando para ello una trascripción parcial del precedente "Ortega" (CNCP, Sala II, 07/12/2010). En dicho caso el juez Luis García sostiene que existe un obstáculo legal que impide la suspensión del proceso a prueba en actos de abuso sexual sobre mujeres, sosteniendo que tal salida alternativa al juicio constituiría "una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)". Opina que, aún en los casos en que no haya violencia física para lograr la intrusión sexual no consentida, por lo general los abusos sexuales sobre mujeres conllevan un componente discriminatorio de inferioridad de la mujer. Sostiene que la aludida Convención no se limita a contemplar actos de violencia física, sino a "toda forma de violencia" (art. 7). Y agrega: "En este caso, ni el legislador, ni las autoridades competentes para la persecución penal, gozan de discreción en la decisión

acerca de la promoción o continuación de la persecución penal, porque el Estado Argentino se ha obligado a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

Surge con claridad que tal postura implica conferir a la Convención un efecto derogatorio (tácito o implícito) de la *probation* respecto a un determinado tipo de delitos. Se deduce, sin esfuerzo, que tal efecto sería consecuencia de la inconstitucionalidad o "anticonvencionalidad" de la norma doméstica en casos de violencia contra la mujer, no sólo por ser posterior la aprobación de la Convención (ley 24.632, del 1/4/1996) respecto de la norma doméstica (ley 24.316, del 19/5/1994, que incorpora el art. 76 bis al Código Penal), sino por la superior jerarquía normativa del instrumento internacional respecto de una ley de derecho interno (art. 31 y 75 inc. 22 C.N.).

Debo decir, en primer lugar, que pese a coincidir en que toda invasión al ámbito de reserva corporal de modo no consentido constituye un acto de violencia (sea física, psicológica o por abuso de una situación dominante), decididamente entiendo que la postura que sienta el precedente "Ortega", en cuanto a los efectos jurídicos de la Convención sobre la ley penal doméstica, es conceptualmente errónea e implica una extensión que altera indebidamente el alcance y la finalidad del tratado internacional de protección de los derechos de las mujeres.

7. Por una parte, es preciso recordar que no es correcto desoír los principios que rigen en materia de interpretación de la ley penal. Al respecto he citado más arriba el fallo "Acosta" de la CSJN (Fallos 331:858) dictado en un caso específicamente vinculado al instituto de la *probation*, en el que se sostiene la inconstitucionalidad de una "interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce" (Consid. 7°). Si bien el caso que trata la Corte no guarda similitud con el aquí analizado,

entiendo que no corresponde hacer ninguna excepción, pues el principio de legalidad en materia penal exige en todos los casos, sin excepción alguna, "priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho penal como la *última ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Consid. 6°).

8. Es claro que la citada Convención establece que los Estados deben asegurar el acceso de la mujer a la justicia, sin discriminación alguna, en pos de la protección de sus derechos. No caben dudas de la existencia de ese deber estatal indeclinable. Pero una cosa es afirmar esa obligación y otra, distinta, es admitir que dicho marco normativo haya creado un derecho subjetivo de las presuntas víctimas al "castigo" penal y, mucho menos, que haya derogado en forma implícita derechos consagrados por la ley penal interna, específicamente reglados a favor de toda persona imputada de delitos de leve o mediana gravedad (art. 76 bis CP). En modo alguno puedo colegir que la Convención haya establecido la obligatoriedad estatal de aplicar penas, ignorando los derechos y garantías que cada Estado ha consagrado legalmente en materia penal o procesal penal a las personas sometidas a proceso.

Los términos de la Convención de Belém do Pará no pueden interpretarse como la negación de otros derechos, legítimamente reconocidos por las normas locales. Con mayor razón si se trata, como en el caso, de una legislación adoptada por el Estado argentino en cumplimiento de directrices emanadas por los organismos de protección de derechos humanos.

Así, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1990, recomiendan a los Estados miembros la promoción de medidas alternativas a la pena de prisión, en el plano nacional, regional e interregional, teniendo en cuenta las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales y las tradiciones de cada país. Dicho instrumento internacional, que deberá aplicarse sin discriminación alguna (art. 2.2), enumera en su art. 8.2 posibles medidas a adoptar "con anterioridad al juicio", a saber: "...g) "Suspensión de la sentencia o condena diferida"; h) "Régimen de prueba y vigilancia judicial; i) Imposición de servicios a la comunidad; j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado", entre otras.

Al respecto se ha dicho: "Un tratado o convención interamericano (como lo es la Convención de Belém do Pará) no puede anular o modificar directrices emanadas de un organismo internacional de la jerarquía de las Naciones Unidas y, antes bien, todos los acuerdos que se celebren entre los Estados, deben adecuarse a la orientación general que proporciona la comunidad internacional organizada. Lo contrario implicaría ingresar en insalvables contradicciones que tornaría anárquica la coexistencia internacional" (JULIANO, Mario, *La influencia de la Convención de Belém do Pará sobre la ley y jurisprudencia locales,* publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar).

Bien podría argumentarse que estas "reglas" (*soft law*, por contraposición al *hard law*) no son vinculantes para los Estados. Sin embargo su valor normativo es innegable, particularmente en la promoción de acciones futuras por parte de los Estados, con el fin de adecuar sus legislaciones a las normas y principios sentados en los documentos del llamado *Soft Law*. Esto es lo que ha ocurrido con las Reglas de Tokio, que han sido

plasmadas en nuestra legislación interna en institutos tales como la suspensión del juicio a prueba, o, en el ámbito local, 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 libertad.

Es necesario, entiendo, profundizar el análisis para determinar si es posible encontrar una hermenéutica integradora de las normas en juego que, sin preterir a ninguna de ellas, acuerde un margen más amplio del ámbito de derechos de las personas. Sin embargo, en caso de existir una contraposición real e insalvable entre derechos, es claro que la mayor amplitud debe corresponder al sujeto que enfrenta el posible ejercicio de la violencia estatal en su contra.

9. Si, tal como he sostenido más arriba, consideramos que la suspensión del juicio a prueba, por la fuerte restricción de derechos que implica, tiene naturaleza *sancionatoria* –aunque legitimada a partir de la expresa petición del imputado- no puede caber duda de que su aplicación traduciría el cumplimiento de la obligación de "sancionar" que prevé la Convención.

Pero, aún sin admitir el cariz punitivo de la *probation*, resulta innegable, en mi opinión, que configura una respuesta institucional mucho más afín a los objetivos explícitos del instrumento internacional de protección de los derechos de la mujer. Por un lado, no impide la investigación del hecho, pero además, como bien señala el recurrente, exige al solicitante el ofrecimiento de reparación a la víctima –en la medida de sus posibilidades económicas-, y contempla la fijación de pautas conductuales durante un lapso de uno a tres años, a lo que debe sumarse la amenaza de continuación del trámite ante el incumplimiento de las condiciones (en determinados supuestos la pena conminada es de encierro efectivo).

10. Entiendo que el Estado debe tener un sistema de persecución penal igualitario –no sólo en el sentido de la igualdad formal- respecto de delitos de la misma gravedad. En ese marco, no encuentro argumentos para justificar la evidente discriminación que implica sostener la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en los supuestos en que la víctima del ilícito es de sexo femenino y aplicarla, en cambio, si es un varón.

Y no podrá decirse que se trata de una medida de "discriminación inversa" o "discriminación positiva". Tales disposiciones, sabemos, justifican la restricción de derechos a ciertos individuos a fin de que aquellos que están en una posición más débil puedan acceder al goce de un derecho del cual estaban preteridos. Se trata de medidas que se dan en situaciones de especial escasez de bienes deseados –como puestos de trabajo, cupos universitarios, etc.-, su aplicación es excepcional, y las decisiones legislativas que las consagran están sujetas a un rigurosísimo escrutinio –por la sospecha de injusticia que conlleva toda discriminación-, por lo que el beneficio debe surgir en forma expresa, innegable, concreta y palpable para el sector que se intenta beneficiar. Ninguna de estas circunstancias se da en el caso bajo análisis.

11. El aporte de la perspectiva de género ha demostrado –y sigue haciéndolo- el carácter sexista (machista) del Derecho, en tanto sus instituciones han pivoteado, sin decirlo, sobre el sujeto masculino. La igualdad ante la ley, sabemos, es encubridora de muchas diferencias (el escritor francés Anatole France (1844-1924), con aguda ironía dijo: "La ley, en su majestuosa igualdad, prohibe al rico tanto como al pobre dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan"). Aquella mirada ha bregado, no sin contradicciones, por la construcción de un sujeto igualitario ("todos los derechos para todos").

Quiero dejar en claro mi posición contraria a cualquier tipo de discriminación, como lo es, sin duda alguna, aquella que deriva de una arraigada cultura machista que vulnera sistemáticamente, en forma más o menos burda o más o menos sutil, los derechos de todas las mujeres.

No obstante, es conocida la tensión que existe entre ciertos discursos feministas y la noción de un derecho penal mínimo. Desde el propio feminismo se ha cuestionado la posición eufóricamente punitivista que proponen algunos sectores, por resultar contraria a los postulados de *última ratio* que impregnan la noción clásica y, básicamente, humanista de un derecho penal liberal. Asimismo, existen sectores que se han pronunciado enfáticamente en contra de las pretendidas "soluciones penales", a partir del fuerte componente machista y autoritario del sistema punitivo estatal.

Así, la catedrática catalana Encarna Bodelón sostiene que: "el feminismo ha tratado el tema de la violencia de género como una vulneración de los derechos de las mujeres, pero una vulneración que no sería solucionada gracias al supuesto papel de prevención del derecho penal. Nada más lejos de cualquier análisis feminista que pensar que el derecho penal cambiará la estructura sexista de nuestras sociedades" (BODELON, Encarna, "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: perdidas en la traducción jurídica del feminismo", publicado en LAURENZO-MAQUEDA-RUBIO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2008).

Se ha dicho, también, que "la libertad de las mujeres no se va a construir sobre los muros de las cárceles. Mucho menos sobre estos muros tan mal construidos, que ni siquiera representan una solidez suficiente como para proteger a las víctimas de sus

agresores ya condenados. No es magnanimidad con el delincuente. Es simple conocimiento de la realidad del sistema penal y penitenciario que no conceden ninguna garantía para nadie, menos para las víctimas" (ZABALA, Begoña, "El feminismo frente al derecho", publicado en *Revista "Viento Sur"*, número 104, julio de 2009, p. 79).

Por ello entiendo que convalidar la ampliación de respuestas estatales punitivas –en el caso, a través del mecanismo de restringir el derecho del imputado a obtener la suspensión del juicio a prueba en delitos vinculados a la violencia de género-, no sólo vendría a operar a contramano de las ideas iushumanistas del proceso penal, sino que parecería ir en contra del postulado *antidiscriminatorio* básico de todo feminismo. Es que, si entendiéramos adecuado que la reivindicación de grupos específicos afectados por cualquier tipo de discriminación pasara por soluciones represivas estaríamos avalando una punición infinita, porque "la sociedad jerarquizada no es sólo machista, no es sólo racista, no es sólo xenófoba, no es sólo homofóbica, etc., sino que es todo eso junto" (BIRGIN, Haydeé, *Las trampas del poder punitivo*, ed. Biblos, Buenos Aires, Año 2000, p. 27).

La violencia de género, sabemos, involucra una cuestión cultural fuertemente enraizada en nuestra sociedad, que exige soluciones reales y concretas y no meros espejismos o ilusiones, generadas a partir de consagrar medidas que no son tales. Zabala advierte acerca de la necesidad de analizar profundamente las causas de la violencia sexista, para encontrar soluciones acordes, indicando que: "... una violencia estructural, enraizada en los cimientos de la dominación patriarcal, debe erradicarse desmontando los mecanismos de dominación que la crean y la reproducen. Las medidas para luchar contra estos mecanismos pasan en muy pocos y contados casos por el sistema punitivo y las más de las veces tienen que ver con el

fortalecimiento de los derechos de las mujeres y con el reforzamiento de su posición de autonomía y autodeterminación" (ZABALA, *op. cit.*, p. 80).

Es conocida la demagógica utilización que suele hacer el poder político de "lo represivo" –a través de reformas penales, nuevos tipos delictivos, penas mayores-, como si fuera la mágica solución de los conflictos sociales (populismo penal). Pero, aún para quienes confieren una función positiva al poder punitivo, no deja de ser evidente que la respuesta penal frecuentemente encubre la ausencia de políticas públicas proactivas en el fortalecimiento de los derechos de las mujeres –a no sufrir violencia, a su autodeterminación, al control de su cuerpo, etc.-.

Esto es, en mi opinión, lo que ocurre con la violencia de género y el derecho. "No hace falta insistir más en esta extendida idea de que los derechos de las mujeres no se consagran en los Códigos Penales. En general las políticas públicas de los derechos de las mujeres pendulan entre una aplicación tímida y equívoca del principio de igualdad que, como un boomerang se vuelve a veces contra las mujeres, y una acuñación de los mismos a través de las medidas penales, lo que sitúa a la mujer como víctima y no como sujeto de derechos". Y agrega: "los derechos de las mujeres... que tienen que tener un tratamiento positivo y proactivo en las políticas públicas, pasan a ser únicamente considerados como derechos en posible vulneración y tratado únicamente en el campo de la penalización" (ZABALA, *op.cit.*, p. 81).

12. Así, si bien no cabe desconocer la existencia de una reiterada práctica -cada vez más visible- de abusos sexuales en perjuicio de mujeres y niñas en un número significativamente superior a las cometidas contra varones (lo cual da cuenta de una situación de

discriminación victimizante en razón del género), es erróneo afirmar que la Convención sólo prevé una salida punitiva para este tipo de sucesos.

Nuestro derecho interno prevé un tratamiento judicial-penal facultativo para las víctimas de ese tipo de delitos (dependiente de instancia privada) para la mayoría de los supuestos. Ello se explica como manera de preservar la reserva del hecho pero, sabemos, también se justifica en prevenir una mayor desprotección para la víctima que puede generar el proceso penal. La burocracia judicial suele intervenir con instrumentos toscos, o de manera prejuiciosa (con sentidos ideológicos contrapuestos y extremos), o banalizando la ofensa mediante un trato impregnado de condicionamientos machistas, o sin adecuada reserva de las actuaciones, lo cual amplifica y agrava la situación de vulnerabilidad.

13. En consonancia con todo lo dicho, entiendo que el sentido que impregna a la Convención Belém do Pará en punto a la cuestión penal es evitar que los Estados Parte consientan o toleren, en sus respectivas legislaciones, la existencia de lagunas de punibilidad que impidan u obstaculicen la investigación y persecución de ilícitos penales en los que la mujer esté en una situación de inferioridad frente al varón.

Así, surge del texto de la propia Convención la previsión de medidas tales como las de "incluir en su legislación interna normas penales... que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (art. 7, ap. c); o bien, "tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes o reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" (art. 7, ap. e).

Ninguna modificación ha sufrido el art. 76 bis del Código Penal con posterioridad a la aprobación de la

Convención por parte del Estado argentino. Por tanto, mal podría el intérprete –insisto- sin interferir en la esfera legisferante, otorgar a la Convención un efecto derogatorio del derecho –igualitario- de todo imputado a acceder a la suspensión del juicio a prueba en los supuestos autorizados por la ley doméstica.

Es que la finalidad más trascendente de la Convención, cuya incidencia no debe ser ignorada al decidir la solución del caso, es la de promover la creación y aplicación de políticas públicas tendientes a fortalecer el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres. En ese marco, es preciso recordar que así como por el artículo 7.b de la Convención el Estado argentino se ha comprometido a actuar con diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, el apartado g del mismo artículo 7, lo obliga a "establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces".

Por ello, no puede entenderse que la obligación del Estado sea, indefectiblemente, "sancionar" -en el sentido de aplicar una pena-, pues ello equivaldría a un mandato de condenar a cualquier precio y, sabemos, eso se contrapone a todo orden normativo.

En síntesis, no encuentro que exista contradicción alguna entre las normas de la Convención y el derecho a la suspensión del juicio a prueba. La derogación de un derecho de tal entidad –aún cuando pudiera discutirse su rango constitucional-, no puede operar de manera tácita, estándole vedada al intérprete una exégesis normativa semejante. Por ello, adhiero a una hermenéutica de la Convención que permita una menor cuota restrictiva de derechos, dentro del límite

semántico de ambos textos normativos, y que armoniza más adecuadamente los preceptos legales y constitucionales en juego (art. 7 y ccdtes. de la Convención Belém do Pará; arts. 16, 18 y 75. inc. 22, CN; art. 44, V, cláusula I, CCh; art. 31, primer párrafo, CPP).

Similar criterio se expone en un reciente análisis doctrinario de los fallos "Calle Aliaga" y "Ortega" (CNCP, Sala II, de fechas 30/11/10 y 7/12/10 respectivamente). La autora señala: "El cumplimiento de las obligaciones internacionales referidas a los derechos de las mujeres no supone, ni puede suponer, disminuir las garantías que prevé nuestro ordenamiento jurídico para los imputados, ni aumentar las sanciones. Implica, por un lado, identificar situaciones discriminatorias que generan daños a las mujeres y asignarles alguno de los mecanismos de solución o tratamiento de conflictos que posee nuestra sociedad y atender a que efectivamente se apliquen las leyes y procedimientos correspondientes... el Derecho penal no es la única solución para las discriminaciones de género, tampoco es la más efectiva..." (HOPP, Cecilia Marcela, "El cumplimiento de las obligaciones internacionales relacionadas con la violencia de género ¿Derogación tácita de la posibilidad de suspender el juicio a prueba?", en *Jurisprudencia de Casación Penal - Análisis de Fallos*, Patricia Ziffer (dirección), N° 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 254).

14. Por último, he de detenerme en un aspecto puntualmente abordado por la Defensa al formular su impugnación. Se vincula, básicamente, a la calidad de la respuesta institucional que se brinda a la víctima con la salida alternativa que se propone.

Así, si bien sabemos que la oposición de la parte damnificada no resulta dirimente en la decisión, el hecho atribuido al acusado es de aquellos que específicamente contempla la citada Convención de Belém do Pará. Por ello considero, más allá de la solución

positiva que he de propiciar respecto del recurso, que la discusión acerca de las condiciones del otorgamiento –plazo, reglas conductuales, reparación, etc.-, deberá tener específicamente en cuenta las previsiones de la Convención, garantizando adecuadamente el derecho de la víctima a ser oída, y las medidas a adoptar deberán tender al fortalecimiento de sus derechos y a disminuir su vulnerabilidad.

En punto a la reparación es preciso tener presente, muy particularmente en este tipo de supuestos, que su objeto debe pivotear en las necesidades de la parte afectada, más allá de las posibilidades económicas del imputado. Cabe recordar que la compensación puede tener un valor simbólico, o de reparación no pecuniaria, y en esto adquiere particular relevancia la opinión de la parte damnificada.

15. Por todas las razones expuestas, considero que se encuentran reunidas las condiciones objetivas y subjetivas de procedencia de la suspensión del juicio a prueba, así como que no existe obstáculo legal alguno para su otorgamiento. La imputación que recae sobre M. A. G. es por el delito de abuso sexual del art. 119, primer párrafo, del Código Penal, cuya amenaza de pena es de seis meses a cuatro años de prisión. Es clara, también, la posibilidad de que una eventual condena sea dejada en suspenso, por aplicación de lo dispuesto en el art. 26 del mismo ordenamiento, como lo afirmara el representante del Ministerio Público Fiscal.

En consonancia, opino que la decisión recurrida debe revocarse, por cuanto se funda en una interpretación indebidamente restrictiva del instituto de la *probation*, en tanto deniega su aplicación en base a fundamentos distintos de aquellos previstos de modo expreso por el legislador, por lo que debe hacerse lugar a la impugnación y concederse la suspensión del

juicio a prueba al imputado, en las condiciones que deberán debatirse y decidirse en la instancia de origen, en los términos de lo dispuesto en el art. 50 del CPP.

16. Corresponde diferir los honorarios de la Defensa Pública por la tarea desempeñada en esta etapa hasta tanto sean regulados en la instancia de mérito.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1.Se queja la defensa en orden a que la sentencia que deniega la aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba es arbitraria, argumentando esencialmente que el juez interpreta una norma internacional de forma tal que deniega un derecho concedido por nuestra legislación a favor de los imputados, lo que a su juicio contraría principios constitucionales básico limitadores del poder punitivo, como el de "ultima ratio", y en base al cual enlaza otros principios como el del "*pro homine*", máxima taxatividad legal, igualdad y proporcionalidad, entre otros.

2.El fiscal, por su parte, sostiene que el tribunal fundó correctamente la denegatoria, alegando que el dictamen fiscal está fundado, pues la ley 26.487 viene a derogar implícitamente el art. 76 bis respecto de estos hechos, estableciendo un obstáculo legal para la concesión del derecho, reglamentando de esta forma la Convención Interamericana que regula en el orden regional la problemática de la violencia sobre las mujeres. Agrega, además, que de esta forma se asegura la tutela judicial efectiva de las víctimas, argumentando -en base al principio de igualdad de armas- que la víctima tiene derecho a un juicio, pues ésta sería su reparación en el caso.

3.Así las cosas, corresponde hacer lugar al planteo defensista en razón de varios argumentos que pasamos a considerar.

En primer término, tanto el fiscal en su oposición como el juez en la sentencia, estiman que el Estado Argentino, al suscribir y ratificar por ley la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer
(Convención de Belèm do Pará), asumió el deber de perseguir penalmente todos aquellos hechos en que aparezca como víctima una mujer, en tanto el hecho implique violencia física o psíquica contra ella, en el que caben los ataques sexuales a las mismas. Señalan ambos órganos que, como se trata de una norma internacional establecida en un tratado, ella es de Jerarquía superior a las leyes de la Nación, en el caso el artículo 76 bis que regula la suspensión del juicio a prueba, y de allí infieren que aquel deber de perseguir penalmente los hechos referenciados se estaría violando si se aplicara el instituto, estableciendo que para evitar tal resultado debe estimarse que estamos en presencia de un obstáculo legal para conceder el derecho del imputado. Siguen así, los lineamientos establecidos en alguna jurisprudencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal (causas "Calle Aliaga",30/11/2010 y "Ortega", 07/12/210), en la que se sostiene que las normas internacionales que establecen el deber de perseguir los hechos violentos en los que resulte víctima una mujer, impiden conceder la suspensión del juicio a prueba, puesto que este instituto obsta a la dilucidación o persecución y a esto se opone el citado deber internacional de reacción penal asumido por la Argentina.

4. Entendemos que esta novedosa jurisprudencia no consulta el verdadero contenido y alcance del citado deber. En efecto, la Argentina al suscribir y ratificar la citada convención, se obligó, entre otras cosas, a

reaccionar penalmente frente a esos hechos, pero ello no implica que necesariamente esa reacción obligue a llegar hasta la etapa de juicio, puesto que también la aplicación de la suspensión del juicio a prueba implica una reacción penal, en estos casos de solución diferente a una condena, pero solución al fin. Es decir, estimar que la aplicación de la suspensión de juicio a prueba no es una reacción penal establecida por una ley penal- como parece sugerir la citada jurisprudencia-, debería llevar necesariamente a afirmar que estamos ante un instituto de naturaleza no penal, lo que es un absurdo, puesto que- con o sin el instituto- se ejerce poder punitivo sobre el imputado, si por tal entendemos no solo la aplicación concreta de una pena, sino también la sustanciación misma de un proceso en su contra. Aún más, el funcionamiento fáctico y normativo del instituto, presupone y acarrea situaciones que implican ejercer claro poder punitivo, tanto por la existencia misma del proceso penal, como por las obligaciones que se le imponen al probado y que entrañan verdaderas limitaciones y sacrificios de derechos, amén de que no podrá gozar, durante un tiempo prolongado, de una segunda suspensión. Si esto es así, son enteramente aplicables a tal ejercicio del poder punitivo, todas las limitaciones constitucionales y legales que tratan de reducirlo y contenerlo mediante la consiguiente interpretación del mismo signo.

5. Es con tal marco teórico que debe solucionarse la cuestión traída a decisión y, en este marco, veremos que la aplicación de los principios constitucionales limitadores y desarrollados por el derecho penal impiden negar al imputado el derecho que pretende.

En primer término, cabe traer a colación el principio de legalidad, mirado este desde la regla de la de máxima taxatividad, considerado hoy el último y más refinado fruto de la evolución del principio de legalidad. Esta regla obliga a los legisladores a esforzarse para establecer con la mayor precisión

posible la conducta prohibida y toda limitación de derechos en materia penal, mediante el agotamiento de los recursos técnicos linguísticos, descartando la utilización de términos vagos o demasiados ambiguos o valorativos sin referencias empíricas respecto de los cuales no se puede saber qué es lo prohibido, aspecto del principio que se denomina máxima taxatividad legal. En tanto la cuestión se presente de esta forma en las formulas legales implicadas, no necesariamente debe declararse su inconstitucionalidad- salvo groserías como la falta de verbo típico o términos de extrema imprecisión- sino que se puede salvar este último extremo, efectuando una interpretación conforme al segundo aspecto de la regla de taxatividad contenida en el principio de legalidad y que se conoce como principio de máxima taxatividad interpretativa o interpretación restrictiva que exige acoger, entre dos interpretaciones, aquella que más limites imponga al poder punitivo o, desde otro ángulo, aquella que más derechos reconoce al imputado en derecho penal. Todas estas afirmaciones derivan directamente de la función política del derecho penal, que no es otra que contener y reducir al máximo la irracionalidad estructural del poder punitivo, determinados por la selectividad y falta de solución de los conflictos que lleva anejo como una de sus características. Este es el fundamento que sostiene, en realidad, el carácter de "*ultima ratio*" de la ley penal y el sostén mismo del principio "*pro homine*" en la interpretación, traídos a colación con agudeza por la defensa técnica. Este talante en materia interpretativa, ha sido consagrado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo señero que enseña clara y sencillamente cómo debe interpretarse la ley penal, indicando que para ello no basta con utilizar los métodos tradicionales, sino que

la ley penal exige una complementación específica de principios propios, tales como el de "*última ratio*" y *"pro homine". (Cfr. "ACOSTA", CSJN, Fallos: 333:358, 23/04/2008)*

6. Entrando al caso de autos, se observa que tanto el fiscal como el juez en la negativa de concesión del derecho, afirman que la normativa internacional establecida en la Convención de Belém do Pará es la que impide el ejercicio de tal derecho en todos aquellos los procesos penales en que una mujer haya sido víctima de violencia, en este caso de abusos sexuales, sosteniendo que el instituto de la suspensión a prueba no funcionaría aquí, al existir un obstáculo legal, formal, que hace a la legalidad y que tanto los fiscales como los jueces deben acatar en los dictámenes y en las sentencias. Así, se afirma que la aplicación del instituto a este caso es contraria a la ley aplicable al caso, entendiendo en el concepto de ley los tratados internacionales enunciados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución. Sin embargo, a poco de ahondar en la lectura de tal posición, se advierte que no determinan con precisión cuál sería el deber concreto y efectivo que supuestamente se violaría por parte del Estado Argentino, citándose en todos los casos normas genéricas que suelen estipular los instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, se cita el artículo 7 de la Convención que, tras plasmar en forma genérica que los Estados deben condenar todas las formas de violencia contra la mujer y adoptar todos los medios apropiados y sin dilaciones las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, establece que, además, deberán establecer los Estados 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 su acceso efectivo a tales procedimientos. Es decir, de tal artículo, en verdad, no puede inferirse un deber de garantizar a la mujer víctima una

resolución jurisdiccional que sea producto de un debate, lo cual trataremos seguidamente..

7. En este orden, cabe merituar en particular el deber internacional asumido por Argentina de garantizar a la mujer medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, todo lo cual puede tomarse como aristas del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, derecho fundamental establecido en los instrumentos internacionales. Conviene detenerse en el análisis de esta cuestión, no solo porque ha sido traído como agravio por los acusadores, sino porque es una oportunidad para exponer y aclarar, una vez más, el entendimiento que debe darse a términos tales como acusatorio, adversarial, igualdad de armas, garantías de las víctimas, etc., al menos en el marco procesal penal chubutense.

En este camino, puede observarse una confusión en cuanto al status de los derechos del imputado respecto de las víctimas dentro del proceso penal. Esta supuesta equiparación es un eco de distintos escritos de prestigiosos procesalistas argentinos, que inclusive se han quejado de la interpretación que otros autores y operadores judiciales les dieron a sus palabras. Ejemplo paradigmático de lo que decimos es el lamento del profesor Maier, quien expresamente afirma su arrepentimiento de haber contribuido a introducir la cuestión de la víctima en el ámbito académico, dentro del derecho procesal penal, sobre todo a partir del libro " De los delitos y de las víctimas"- amén de su proyecto del año 1986-puesto que de allí arranca la variopinta jurisprudencia y doctrina que se esfuerza en equiparar los derechos de las víctimas con los del imputado, afirmando que ello fue un grave error político de su parte que contribuyó al creciente neopunitivismo. Es por ello que Maier critica el

derecho de las personas a las penas, a perseguir penalmente hasta lograr el castigo, cuando ello no es función de las víctimas, sino del Estado, para reemplazar la venganza privada, pues nuestro sistema penal, interpretado estrictamente, no permite otorgar en exclusividad la persecución penal a las víctimas. Por ello en su proyecto, aceptaba la intervención de las víctimas, pero con límites, como acusador adhesivo, semejante a la intervención de terceros en el proceso civil, de forma tal que queden en claro los límites de su actuación. Dejando de lado la concepción de Maier, en cuanto a que no acepta una acusación autónoma de las víctimas en los delitos de acción pública desligada de la imputación fiscal- parecer que nuestro código no adopta, pues expresamente ellas pueden acusar en forma independiente del parecer del fiscal-, hay que suscribir que aún así los derechos de ellas no son iguales a los del imputado, pues sería incomprensible si advertimos que éstos últimos gozan del principio de inocencia o del in dubio por reo, etc.- entre muchos otros- que lo distinguen netamente de aquellas.

Es por esto que ni la tutela judicial efectiva ni una supuesta igualdad de armas deben entenderse como paridad material de las partes acusadoras con la defensa dentro del proceso penal, sino que tales derechos, cuando colisionan con los del imputado, necesariamente deben ceder, de forma tal que no puede legitimarse su derecho a buscar la condena a ultranza, sobre todo cuando existe un mecanismo, como la suspensión del juicio a prueba, que brinda una mejor respuesta al conflicto. En el caso que estamos decidiendo, la ventaja para la víctima y el imputado es palmaria, puesto que con ello no solo se evita la estigmatización que conlleva una sentencia condenatoria de corta duración, con gran probabilidad de quedar en suspenso, sino que el mismo imputado ofreció iniciar un tratamiento psicológico o reparar de otra forma a la víctima, lo cual es mucho más efectivo que una

sentencia condenatoria en suspenso, que generalmente no impone condición alguna a cumplir.

En definitiva, la tutela judicial efectiva de la mujer, en este caso, quedó absolutamente garantizada no solo con el acceso efectivo al proceso penal- con todo el contenido penoso que reseñáramos-, sino también porque le quedan otras vías no penales que puede ejercitar a libertad.

8. Con esto queda demostrado, entendemos, que los derechos concedidos por la Convención de Belém do Pará a la mujer, no comprende en forma necesaria la reacción penal hasta lograr la condena, sino que tal derecho debe ser pospuesto cuando existe otro que debe prevalecer sobre él, tal como el derecho del imputado a evitar los efectos deletéreos no solo de la estigmatización, sino también de la prisionización que, cabe recordar, los sufren en su inmensa mayoría los vulnerables del otro género, tal como lo demuestra la selectividad estructural del funcionamiento del poder punitivo, que recae en varones jóvenes y sin ningún tipo de cobertura política, económica y/o comunicacional, lo cual es también una palmaria discriminación, de la cual no se hace cargo la citada jurisprudencia. Esto último sin entrar a considerar la inutilidad de la pena como proveedora de soluciones, creencia falsa en la inmensa mayoría de los casos que lleva a postular, casi ciegamente, a la ley penal como panacea para resolver un problema social- el de los golpeadores o abusadores sobre mujeres-, punto que excede con creces las posibilidades del ámbito punitivo y cuyo abordaje deberá efectuarse seriamente desde políticas públicas efectivas y concretas, que sean diseñadas tomando en cuenta los ejes centrales que hoy se discuten con mayor racionalidad desde el punto de vista antropológico, punto sobre el que no nos

corresponde opinar, pero sí advertir, como lo afirma una especialista en el tema, que los efectos de la dominación masculina, como única voz posible y legitima, solo se neutralizará con la disolución de las jerarquías, lo cual es un problema básicamente cultural y, definitivamente, fuera del alcance puramente represivo. *(Cfr. Heritier, Francoise, Masculino/ Femenino II, Disolver la Jerarquía, Ed. Fondo de Cultura Económica, Bs As, 2007).* Con esta perspectiva, cobra importancia el verdadero deber del Estado Argentino, el cual surge sí con claridad de la Convención de Belém do Pará y cuyo contenido es la adopción de políticas públicas efectivas- y no simbólicas- para prevenir, investigar y sancionar toda violencia de género.

De otro lado, cabe traer a colación que la interpretación de una Convención debe ser conjugada en forma armónica con otras normas del sistema internacional de protección de derechos humanos que, precisamente, ponen entre paréntesis la afirmación de que todos los delitos deben ser llevados a juicio o que la pena sea la reacción estatal más aconsejable. Sabemos que una de las características del derecho internacional reside en la multiplicidad de fuentes, siendo la más importantes las Convenciones y las Declaraciones Universales de Derechos Humanos y Americana de Derechos y Deberes del Hombres. Junto a ellas existe un numeroso conjunto de instrumentos no convencionales que comprenden reglas, principios y directrices sobre derechos humanos, conocidas las reglas de soft law y de los que surgen criterios detallados para interpretar los instrumentos internacionales, en tanto sean pertinentes a la materia. Para el caso que tenemos a decidir, son importantes tanto las Directrices sobre la Función de los Fiscales, aprobadas por la Asamblea General de la Onu en 1990 en Cuba, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de

Libertad, conocidas como Reglas de Tokio. La primera, porque con claridad establece que los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan por la vía judicial, no solamente para aliviar la carga de los tribunales, sino también evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión, disponiendo que los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. En tanto, las Reglas de Tokio, estipulan que los Estados deben introducir medidas no privativas de libertad para reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, así como que tales directivas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de sentencia, en todas las fases de la Administración de Justicia Penal y que ellas se aplicarán sin discriminación de sexo. Ambos instrumentos nos sirven para considerar, por un lado, que los fiscales no tienen una obligación inexcusable de dictaminar en contra del beneficio y, por otro, para inferir que las Naciones Unidas ponen de resalto el carácter de última ratio del sistema penal en la resolución de los conflictos y de que en todo momento se deben privilegiar las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de prisión. *(Cfr., para todo lo dicho a Bovino, Alberto; Soft law y derechos humanos en http:// nohubodrecho.blogspot.com.ar y Juliano, Mario; La Convención de Belém Do Para, la violencia de*

género y los derechos y garantías en www.pensamientopenal.com.ar).

9. Por todo lo anterior, entendemos que tanto la negativa del fiscal, como la argumentación de la sentencia, carece de fundamento legal, al presentar como un obstáculo un supuesto deber internacional de nuestro Estado, el que se sostiene en normas genéricas e indefinidas de la Convención- tal como vimos-, por lo que propicio se revoque la resolución en crisis, se conceda la suspensión del proceso a prueba y se reenvíe la cuestión a la sede natural a los efectos de que, previa audiencia con las partes, se disponga sobre la conveniencia o no de imponer las medidas estipuladas en el artículo 27 bis del Código Penal y ofrecidas por el imputado. Así lo voto.

10. En orden a los honorarios correspondientes a la Defensa Pública por su intervención en autos, comparto los argumentos dados por la colega que me precede en el orden de prelación

El juez Rafael Lucchelli dijo:

Ha llegado a estas instancia de revisión la presente Carpeta 3017, en virtud de la impugnación interpuesta por el Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Penal, Dr. Damián Alfredo D Antonio, contra la resolución registrada bajo el N° 565/12 por la cual el Sr. Juez Fabia A. MONTI dispuso rechazar la petición de la Defensa del imputado M. A. G. respecto a la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba.

Llevada a cabo la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, la Defensa ratificó sus agravios efectuando el correspondiente conteste el representante de la acusación pública.

Así el Sr. Defensor entendió que la negación por parte del Juez de otorgar el instituto en cuestión resultaba arbitraria pues se basaba en la falta de consentimiento del fiscal, entendiendo dicho requisito

vinculante. Agregó que el magistrado sólo debía efectuar un control de legalidad consistente en la verificación de cumplimiento de las condiciones legales de admisibilidad, alejándose por ello de los criterios sentados por la SCJN en el fallo ACOSTA, y respecto de estos por el Superior Tribunal de Justicia provincial.

Asimismo efectuó una crítica de los fundamentos del Fiscal para oponerse al otorgamiento de lo solicitado entendiendo que la Convención de Belem do Pará citada por el acusador no resultaba fundamento para que la probation no pueda ser concedida pues a su entender se estaba utilizando la misma para negar un derecho acordado por la ley de fondo.

Hizo reserva del caso Federal y solicitó se revoque la resolución recurrida dictando pronunciamiento, y suspendiendo el proceso a prueba en los términos del art. 76 bis del Código Penal, conforme fuera peticionado.

A su turno el Fiscal solicitó el rechazo de la impugnación incoada entendiendo que la misma resultaba extemporánea –agravio del cual desistió en la audiencia realizada- y por los motivos que expresara con anterioridad, la prohibición de conceder el instituto que surgiría, a su entender, como una exigencia de la Convención de Belem o Pará propugnaba se confirme la resolución atacada.-

Sentadas las cuestiones que motivan el agravio de la Defensa, paso a emitir mi voto.

En líneas generales, he decir que no comparto la tesis sostenida, por los distinguidos colegas que me preceden, en cuanto a la naturaleza del dictamen fiscal.-

En ese sentido, entiendo que el mismo no es un mero control de legalidad. Siguiendo a Bovino creo que, si el dictamen del Fiscal tiene una adecuada motivación y

fundamentación, resulta vinculante para la concesión de la suspensión del proceso a prueba.-

Así el citado doctrinario enseña que: "…La opinión del fiscal –su "consentimiento- se debe limitar a la formulación de un juicio de conveniencia y oportunidad político-criminal, en un caso concreto, acerca de la continuación o la suspensión de la persecución penal. Este juicio no debe estar fundado en los mismos requisitos legales establecidos para la suspensión del procedimiento. Esos requisitos ya han sido objeto de un juicio de conveniencia y oportunidad por parte del legislador –que, por este motivo, los estableció como exigencias o presupuestos legales para la suspensión-, y la verificación efectiva de su existencia corresponde, en cada caso concreto, al tribunal. Otorgar valor vinculante al consentimiento del fiscal respecto de los requisitos legales de procedencia de la suspensión del procedimiento, cuya verificación y definición corresponde obligatoria y exclusivamente al tribunal implica, al mismo tiempo, desconocer el valor de la decisión del tribunal en cuanto a la verificación del cumplimiento de las exigencias establecidas como presupuestos legales de la aplicación del instituto. Ello significa, entonces, que el consentimiento del fiscal, para no usurpar la función de control de legalidad, atribución propia de la función jurisdiccional, debe tener por objeto, necesariamente, algo distinto a las exigencias legales, cuya verificación exige el control judicial. (,,,)La opinión del ministerio público, por otra parte, debe ser fundada. Ello pues el hecho que la ley le permita decidir sobre la conveniencia político-criminal de ejercer la acción penal en ciertos supuestos –para el caso, comprendidos en el art. 76 bis, párrafo IV, del C.P.-, no significa que esa decisión no deba ser justificada y, tampoco, que ella pueda estar motivada en cualquier clase de razones. El reconocimiento legal de cierto grado de discreción para que el ministerio

público ejerza la acción penal no permite que su juicio pueda estar fundado de cualquier modo, y tampoco impide que su decisión pueda ser sometida a control judicial sobre su legalidad y razonabilidad…"(Bovino, Alberto, "La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino", Ed. Del Puerto S.R.L, págs. 159/60).-

En consonancia con la doctrina antes expuesta, entiendo que es un deber ineludible examinar si los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal, y recogidos por el Magistrado que denegó lo requerido por la defensa, resultan atendibles para poder fundar la negativa a la concesión de la suspensión del proceso a prueba solicitada.

En ese sentido, comparto ampliamente lo señalado por los Magistrados Rodríguez y Minatta, con relación a que la Convención de Belem do Pará –que goza de jerarquía constitucional, no resulta óbice para otorgar lo peticionado.

El Dr. D´Antonio, en su esforzada defensa, ha explicado en la audiencia del recurso como se vería afectado el principio de igualdad ante la ley-principio que también tiene rango constitucional, si la víctima fuera un niño.-

Ahora bien, una correcta interpretación de nuestra Carta Magna despeja todo tipo de dudas con relación a este punto.

En ese sentido Sagües explica que, en la tarea de interpretar la Constitución Nacional, hay temas ya resueltos por la doctrina y la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema argentina ha establecido que la exégesis que se haga de la Constitución debe ser sistemática y orgánica porque "la Constitución es un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente" ("Bernuchi", Fallos, 289:200, y "Riego Ribas", Fallos,

258:267). En esa senda, se debe señalar que ningún artículo de la Constitución Nacional puede interpretarse aisladamente (“Brizuela, Fallos 296:432). No hay por consiguiente, “cláusulas solitarias” en la Constitución. De ello se desprende que toda cláusula de nuestra Constitución, debe interpretarse coordinándola con las demás (“Cardillo”, Fallos, 240: 319), evitándose la autodestrucción de ellas (“Procurador Fiscal c/Calvete”, Fallos, 1:300). Cuando se emprende dicha tarea “debe cuidarse de no alterar el equilibrio de su conjunto” (“Brizuela”, Fallos, 296:432), debiendo propender, la tarea interpretativa hacia algo constructivo (“Grisolta”, Fallos, 234:482). Además, entiende nuestro Cimero Tribunal que, “cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, o rechazarse como superflua”(“Gedes Hnos”, Fallos, 95:334).(SAGÜES, Néstor Pedro, “Elementos de derecho constitucional”, Tomo I, págs.61/62).-

Así resulta una a mi juicio, una interpretación equilibrada, entender que la Convención que ha sido diseñada para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, no ha tenido en miras generar una desigualdad entre los géneros sino su misión propende a lo contrario.

Por ello, y teniendo en cuenta que el Magistrado Monti ha entendido que se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el Art. 76 bis para el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba, corresponde revocar la resolución impugnada, debiéndose conceder lo peticionado, en las condiciones que se deberán resolver en la instancia correspondiente.-

Con relación a los honorarios profesionales, coincido con lo postulado por los colegas que me preceden, debiéndose diferir los mismos hasta la resolución definitiva del caso.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal por unanimidad, dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) **Hacer lugar** a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado M. A. G., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la resolución Nro. 565/12 OJ Tw dictada en fecha 02/03/12;

2) **Conceder la suspensión del juicio a prueba** a favor de M. A. G. en orden al delito de Abuso Sexual coactivo o intimidatorio de una relación de poder, en la modalidad de delito continuado (arts. 119, 1er. Párrafo, 45 y 55 *contrario sensu* del C.P.);

3) **Remitir** las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, por ante el Juez que corresponda, se convoque a las partes a una audiencia a los fines de fijar las pautas del instituto que se acuerda;

4) **Diferir** la regulación de los honorarios de la Defensa Pública por la labor desempeñada en esta instancia, hasta tanto sea fijados en la instancia de mérito; y

5) **Protocolícese y notifíquese.**

Omar Florencio Minatta **Mónica Rodríguez**

La presente es firmada por dos vocales por impedimento ulterior al acuerdo del Dr. Rafael Lucchelli (art. 331 *in fine* CPP). **Registrada con el Nro.09/2012 de la**

Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos E. Pedelaborde

Secretario