En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de octubre 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 Flavia Trincheri, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"C., M. E. s/ denuncia - Trelew" (Carpeta 3.524 OJ Tw – Legajo 31.735 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la defensa pública contra la resolución Nro. 1784/12 OJ Tw dictada en fecha 19/06/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 01/10/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado N. A. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron la Dra. C. M. como su defensora, y el Dr. Omar Rodríguez en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

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

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Como prólogo de mi decisión, llevaré a cabo una sucinta relación de los antecedentes del caso, así como de los agravios que sustentan la impugnación que motiva la intervención de esta Cámara.

Mediante resolución Nro. 1784/12 de fecha 19/06/12, el juez penal Adrián Barrios resolvió rechazar la petición de suspensión de juicio a prueba formulada durante la audiencia preliminar por la defensa del acusado N. A. M., quien se encuentra imputado del delito de abuso sexual simple cometido contra una menor de trece años de edad en la modalidad de delito continuado (arts. 119 1er. párrafo, 45 y 55 CP).

Para fundar su decisión, y valiéndose de jurisprudencia que estimó aplicable al caso, el juez

consideró que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) impide en autos la procedencia de la *probation*, en tanto dicho tratado obliga a los Estados signatarios –entre ellos, la Argentina- a sancionar la violencia contra la mujer. Y por ello, el otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba podría acarrear la responsabilidad internacional de nuestro país, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas al suscribir dicha Convención.

Contra esta decisión, la defensa interpuso remedio ordinario -por escrito, con ampliación de fundamentos en la audiencia- sobre la base de las siguientes objeciones: 1) violación del principio *pro homine*; 2) violación del derecho a la igualdad; y 3) asunción de facultades legisferantes vedadas al tribunal.

Con relación al primer cuestionamiento, e invocando a tal efecto el caso "Acosta" (CSJN, sentencia de fecha 23/04/08), la parte sostuvo que el juez incurrió en una interpretación *in malam partem* de la aludida Convención, soslayando el principio *pro homine* del derecho internacional supranacional, el cual –junto con los principios de *ultima ratio*, legalidad e *in dubio pro reo*- impone una interpretación amplia en materia de reconocimiento de derechos, y restrictiva cuando se trate de establecer límites a su ejercicio.

Sobre el punto, y mediante citas de doctrina autorizada en el tema, señaló que la suspensión de juicio a prueba constituye un derecho –y no un beneficio- del acusado, y que sólo debe cumplir con los recaudos legales de admisibilidad para su procedencia.

En lo concerniente al segundo agravio, la defensa afirmó que la interpretación de la Convención en los términos en que lo hizo el tribunal, vulnera -con el argumento de la protección de género- el derecho a ser tratado igualitariamente ante la ley. En efecto, dijo, existen otros supuestos que también implican un abuso de poder específico diferente al de autos (vgr. robo), respecto de los cuales la suspensión de juicio a prueba

resultaría procedente por la sola circunstancia de que el sujeto pasivo fuera un hombre.

En este sentido, agregó que la regulación legal de este instituto en el Código Penal no efectúa distinciones por género, ni siquiera con posterioridad a que se aprobara la reforma de las normas penales vinculadas con los delitos contra la integridad sexual.

Por último, respecto de la tercera crítica, la parte indicó que el tribunal había justificado su decisión en la necesidad de agudizar los requisitos del instituto ante supuestos que podrían acarrear la responsabilidad del Estado Argentino. Sostuvo que con ello el juez se arrogó facultades legisferantes que no posee, derogatorias del texto del Código Penal, y que son propias del Congreso Nacional (art. 75 inc. 12 CN).

La propia norma citada en la decisión, argumentó, establece que los Estados Partes deben “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (Convención de Belem do Pará, art. 7 inc. c).

Además de que la suspensión de juicio a prueba posee contenido sancionatorio, dijo, de la norma internacional invocada no se infiere que el Estado necesariamente deba imponer una pena. Y otras normas del derecho internacional, paralelamente, establecen la obligatoriedad para los Estados de establecer medidas alternativas a la prisión, sin discriminación de género (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, también llamadas Reglas de Tokio, arts. 2 y 8).

En cualquier caso, los jueces no tienen a su cargo la fijación de las políticas públicas con miras a evitar la responsabilidad del Estado, sino que dicha tarea corresponde al Poder Legislativo. Por ende, los fines

político criminales de la *probation* sólo pueden ser extraídos del debate parlamentario y posterior texto legal aprobado al respecto.

Por todo lo expuesto, la defensa solicitó que se revoque la decisión impugnada, y que se otorgue la suspensión de juicio a prueba al acusado N. A. M.

El representante del Ministerio Público respondió los agravios de la defensa durante la audiencia de impugnación. En primer lugar, rechazó la alegada violación del principio *pro homine*, sobre la base de considerar que los derechos del imputado deben ser interpretados dentro de la constelación de restantes derechos que también existen en el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, argumentó que ciertos derechos poseen naturaleza bidimensional o bilateral, en los que uno de sus aspectos no puede ser interpretado como superior al otro. Valiéndose de numerosas citas de jurisprudencia local e interamericana que consideró aplicables a su posición, mencionó el *balancing test* y el principio de proporcionalidad como criterios válidos de interpretación de la ley, y que establecen la obligatoriedad de interpretar los derechos del imputado armónicamente con el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva.

El Dr. Rodríguez también refutó la discriminación de género alegada por la defensa, y sostuvo que ese razonamiento también permitiría afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño es discriminatoria porque sólo protege a las personas menores de edad. Mencionó la normativa nacional e internacional que protege de manera específica los derechos de las mujeres, y señaló que los hechos contemplados en la Convención de Belem do Pará implican una preeminencia, una relación de poder del autor con una víctima que se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

Seguidamente, el representante del MPF expresó que la citada Convención alude a “sancionar” en referencia a

la potestad exclusiva de los jueces de aplicar una pena para que estos hechos no queden impunes, y que la vigencia de este tratado en nuestro orden jurídico interno ha supuesto la derogación –tácita- de la posibilidad de dictar la suspensión de juicio a prueba en aquellos casos en que se investiguen circunstancias protegidas por esta Convención.

A través de diversas citas de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegó asimismo sobre la distinción entre las funciones de acusar y de juzgar, sobre el carácter vinculante de los pronunciamientos emitidos por los organismos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, y sobre el derecho de la víctima a que se establezca la responsabilidad penal del autor y a que se le imponga una sanción.

El funcionario del Ministerio Fiscal también rechazó la argumentación de la defensa sobre la naturaleza punitiva de la suspensión de juicio a prueba, porque la aplicación de un castigo sin un juicio previo sustanciado en debida forma sería inconstitucional. En realidad, dijo, la *probation* constituye una salida alternativa que paraliza el proceso en la medida en que el imputado se someta a determinadas condiciones, y esta decisión voluntaria del acusado neutraliza el carácter sancionatorio que se pretende asignar al instituto.

Más aún, el Dr. Rodríguez destacó la dimensión reparatoria de la suspensión de juicio a prueba, pero siempre que exista acuerdo entre las partes. Y en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia para discutir la procedencia de esta suspensión, recordó, la víctima solicitó expresamente que su caso sea debatido en un juicio oral.

En suma, la Fiscalía consideró que el juez Barrios interpretó correctamente la Convención en función de todos los derechos en juego, y que este tratado

constituye un obstáculo legal para la procedencia de la salida alternativa solicitada. Y como consecuencia de su postura, requirió que se rechace la impugnación deducida.

A modo de réplica, la defensa afirmó que la proporcionalidad invocada por el Ministerio Público se satisface a través de las tareas comunitarias ofrecidas por el acusado. Recordó que en el caso concreto la pena siempre sería de ejecución condicional, y por ende, se estaría pidiendo una sanción por la sanción misma. Y señaló también que la víctima no se constituyó como querellante, que la opinión del MPF no es vinculante con relación a este tipo de hechos, y que el rechazo de la *probation* en estas condiciones implicaría propiciar la venganza privada.

A continuación hizo uso de la palabra la Sra. M. E. C., madre de la víctima, quien manifestó en audiencia que no le parece justo que no se imponga un castigo al imputado, y que ello conllevaría que los niños y mujeres queden siempre desamparados.

Por último, el acusado dirigió también la palabra al tribunal, a efectos de afirmar que nunca le faltó el respeto a la niña, y de ratificar lo solicitado por su abogada defensora.

2. 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, como afirma la recurrente.

La parte acusadora –en posición acogida en el decisorio bajo análisis- afirma que en los delitos de violencia de género existe un conflicto normativo entre la Convención de Belém do Pará (aprobada por Ley N° 24.632) y el art. 76 bis del Código Penal. Indica que el Estado Argentino se ha comprometido, en el citado instrumento internacional, a “sancionar” todo hecho de aquella naturaleza, circunstancia que implica la existencia de un obstáculo legal para la aplicación de

una salida alternativa al juicio, como la que pretende el acusado. No se invoca, pues, una cuestión de política de la persecución sino de supremacía normativa.

El juez A-quo expresa que, a pesar de encontrarse reunidos los requisitos exigidos por la ley de fondo para la concesión del instituto, resulta aplicable el criterio sentado por el juez Luis García en el precedente “Ortega” (CNCP, Sala II, 07/12/2010), el que parcialmente transcribe.

Sintéticamente, en el fallo citado –cuya trascripción parcial apuntala el decisorio impugnado- el juez García afirma que existe un obstáculo legal que impide la suspensión del proceso a prueba en actos de abuso sexual sobre mujeres, porque 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”.

3. He tenido oportunidad de pronunciarme recientemente acerca de la cuestión aquí planteada (autos caratulados “M., B. s/dcia. en rep. hija menor abuso sexual - Gaiman”, carpeta 3.017 OJ Tw – legajo 26.769 OUMPF Tw, sentencia definitiva Nro. 09/2012), por

lo que entiendo oportuno reproducir parcialmente aquellos argumentos, en cuanto resulten de aplicación al presente.

Sostuve, en el citado caso, que una postura como la fijada en el precedente "Ortega" 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".

"Por una parte, es preciso recordar que no es correcto desoír los principios que rigen en materia de interpretación de la ley penal". Así, en "el fallo 'Acosta' de la CSJN (Fallos 331:858) dictado en un caso específicamente vinculado al instituto de la *probation* (...) 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 ‘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 *ultima 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°)”.

“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 que '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”.

“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)”.

“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".

"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 *ultima 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*, 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)”.

“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”.

“(S)urge 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)".

"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 la 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".

"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".

"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)".

4. En cuanto al argumento, traído por la parte acusadora, acerca de un posible cercenamiento de derechos de la damnificada, he sostenido antes que "... la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de la víctima de un hecho ilícito, pero que debe conjugarse con las garantías judiciales del sometido a proceso. Aquel derecho, por otra parte, no es absoluto ya que reconoce límites muy estrictos dentro del marco del proceso penal, toda vez que al ser una vía segura pero estrecha para la obtención de respuesta a los legítimos intereses de los damnificados, su satisfacción debe ceder en cuanto resulte -como en este caso- inconciliable frente a una garantía constitucional del imputado. Estoy convencida de que la facultad estatal de perseguir la realización del derecho penal sustantivo sólo es legítima bajo estrictos presupuestos de admisibilidad que, a manera de límites autoimpuestos por el Estado, cumplen la función esencial de preservar los derechos básicos de las personas" (autos caratulados "D. D., N. J. s/ dcia. - Tw", carpeta 649 OJ Tw - legajo 5.716 OUMPF Tw, sentencia definitiva Nro. 23/2010 de fecha 03/09/10).

No obstante lo dicho, siendo claro que el hecho atribuido al acusado es de aquellos que específicamente contempla la citada Convención de Belém do Pará, la calidad de la respuesta institucional que se brinde al conflicto suscitado deberá tener en cuenta,

particularmente, los intereses y necesidades de la parte damnificada. Por ello, si bien la oposición de la víctima no impide la solución positiva que he de propiciar respecto del recurso, 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.

Es preciso tener presente, pues, que el objeto de la reparación –expresamente previsto en el art. 76 *bis* CP- debe pivotear en las necesidades de la parte afectada, más allá de las posibilidades económicas del imputado. En este punto cabe recordar que la compensación puede tener un valor simbólico, o de reparación no pecuniaria, por lo cual la opinión de la parte damnificada adquiere máxima relevancia.

5. 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 Na. A. M. es por el delito de abuso sexual simple en menor de 13 años de edad, en la modalidad de delito continuado (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, dada la condición de primario del acusado y en tanto el MPF ha requerido una pena de dos años y seis meses de prisión.

En consecuencia, 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 sobre la base de fundamentos distintos de aquellos previstos de modo expreso por el legislador. Por ello, opino que debe hacerse lugar a la impugnación y concederse la suspensión del juicio a prueba del 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. Así voto.

6. En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios de la Defensa Pública por la tarea desempeñada en esta etapa, corresponde diferir un pronunciamiento al respecto hasta tanto sean establecidos en la instancia de mérito.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa se queja porque el juez penal deniega la aplicación a su defendido del instituto que permite suspender el proceso penal establecido en el código penal. Argumenta que la resolución jurisdiccional agravia su situación procesal por varias razones que trataremos seguidamente.

2. La sentencia recurrida rechaza la aplicación de instituto, argumentando que en los casos de violencia en que resulten víctimas mujeres, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belem do Pará, aprobada por ley 24.632- impide a los imputados el ejercicio de tal derecho en esos casos.

Adelantamos que será de recibo la propuesta de la defensa, toda vez que la citada Convención no establece ningún obstáculo legal para la suspensión del juicio, ni en forma expresa ni en forma implícita.

3. Ya dimos opinión al respecto en la causa “M.” (sentencia de fecha 07/08/2012), sosteniendo, entre otros argumentos, que el deber de sancionar con normas penales la violencia física o psíquica contra las mujeres, que impone la citada Convención en su artículo 7, se encuentra suficientemente satisfecho con la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, pues

éste instituto es también una respuesta penal al imponer privación de derechos. Dijimos en la citada causa, tratando de refutar la posición que estima que el deber de estipular normas penales sólo se cumpliría realizando el juicio oral y público, 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, es un absurdo. Con o sin el instituto, se ejerce poder punitivo sobre el imputado, si por tal entendemos no sólo la aplicación concreta de una pena, sino también la privación de derechos específica.

En otras palabras, para determinar la naturaleza punitiva del instituto basta con observar su funcionamiento fáctico y normativo, el que nos muestra que el mismo presupone y acarrea situaciones que implican ejercicio claro de 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.

4. Es con tal marco teórico que debe solucionarse la cuestión traída a decisión y, en este contexto, 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 éste desde la regla de máxima taxatividad, considerado hoy el último y más refinado fruto de la evolución de aquel principio. 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 límites 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 puntal 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: no basta con utilizar los métodos tradicionales, sino que la ley penal exige una complementación específica de principios propios, tales como los citados de *ultima ratio* y *pro homine* (cfr. CSJN, *in re* “Acosta”, Fallos 333:358, 23/04/2008).

5. Entrando al caso de autos, la sentencia afirma que la normativa internacional establecida en la Convención de Belém do Pará es la que impide el ejercicio de tal derecho en todos aquellos 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 se determina 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 de un delito penal, una resolución jurisdiccional que sea producto de un juicio oral y público, sino el deber de garantizar una respuesta acorde con la naturaleza punitiva del caso y, repetimos, esto último se logra también con la suspensión del proceso a prueba.

6. En este orden, cabe merituar en particular el mencionado 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 también reconocido en los instrumentos internacionales. Conviene detenerse en el análisis de esta cuestión, no sólo porque ha sido traído como argumento 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 comienza la variopinta jurisprudencia y doctrina que se esfuerza en equiparar los derechos de las víctimas con los del imputado. Ello fue un grave error político de su parte, y según él 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 aquéllas.

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 definitiva, la tutela judicial efectiva de la mujer en este caso queda absolutamente garantizada, no sólo 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.

7. Con esto queda demostrado, entendemos, que los derechos reconocidos por la Convención de Belem do Pará a la mujer, no comprenden en forma necesaria la reacción penal hasta lograr la condena, sino que tal derecho debe ser pospuesto cuando existe otro que debe prevalecer sobre él, tal como el derecho del imputado a evitar los efectos deletéreos no sólo de la estigmatización, sino también de la prisionización que, cabe recordar, sufre en su inmensa mayoría los vulnerables del otro género, como lo demuestra la selectividad estructural del funcionamiento del poder punitivo, que recae en varones jóvenes y sin ningún tipo de cobertura política, económica y/o comunicacional, y que también implica una palmaria discriminación de la que no se hace cargo la citada jurisprudencia.

Y dicho ello 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, los efectos de la dominación masculina, como única voz

posible y legítima, sólo 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*, 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 Belem do Pará, y cuyo contenido es la adopción de políticas públicas efectivas -y no simbólicas- para prevenir, investigar y sancionar toda violencia de género.

8. Asimismo, cabe recordar 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 las más importantes las Convenciones y las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Junto a ellas existe un numeroso conjunto de instrumentos no convencionales que comprenden reglas, principios y directrices sobre derechos humanos, conocidas como “reglas de *soft law*”, y de las 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).

Las primeras, porque con claridad establecen 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. Las Reglas de Tokio, en tanto, 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 derecho y, por otro, para inferir que las Naciones Unidas ponen de resalto el carácter de *ultima 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", disponible en http://nohubodrecho.blogspot.com.ar, y JULIANO, Mario, "La Convención de Belém Do Para, la violencia de género y los derechos y garantías", disponible en www.pensamientopenal.com.ar).

9. Por todo lo anterior entendemos que 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 propiciamos que 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 la imposición de costas y regulación de honorarios, comparto el diferimiento propuesto por la colega que guía el acuerdo.

La jueza Flavia Trincheri dijo:

Efectuada la deliberación con mis colegas y revisando los agravios –los que ya se encuentran reseñados– estamos ante la impugnación de la negativa a la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba que solicitara la Defensa del señor N. A. M., a quien se le enrostra el delito de abuso sexual simple en perjuicio de una menor de trece años de edad, en la modalidad de delito continuado, Arts. 119 primer párrafo y 55 del CP; teniendo prevista la figura una escala penal comprendida entre los seis meses y cuatro años de prisión; consecuentemente ajustado al supuesto del Art. 76 *bis*, cuarto párrafo del CP.

El representante del MPF se opone a la concesión del beneficio, y en atención a la calificación legal escogida y la pretensión punitiva -dos años y medio de prisión en suspenso-, soy de la opinión -disintiendo con la Defensora del señor M.- que el dictamen fiscal es vinculante para el Juez de grado quien está facultado sólo a expedirse acerca de los requisitos legales que lo hacen procedente, en su caso. Estamos ante un caso de los previstos en el cuarto párrafo del artículo 76 *bis* del CP donde el dictamen del Fiscal, en caso que cuente con una adecuada motivación y fundamentación, resulta vinculante para la concesión de la suspensión y el

control de legalidad es resorte del Tribunal, atribución propia de la función jurisdiccional. En tal sentido, sigo los lineamientos del Fallo Plenario N° 5 de la Cámara Nacional de Casación Penal en autos "Kosuta" donde "*... la negativa del Ministerio Público Fiscal, sólo puede ser dejada de lado por cuestiones de logicidad y fundamentación es decir, cuando su oposición no está fundada de conformidad con la legislación aplicable sino en consideraciones referidas a circunstancias fácticas que, mas allá de su personal punto de vista, no cumplen sustancialmente uno de los requisitos formales para no acordar la suspensión del juicio a prueba, supuesto que no se da en el sub litem toda vez que el Fiscal se ha opuesto a la concesión del beneficio con fundamentos y razones ajustadas a derecho, dándole así a su postura el carácter vinculante que le acuerda la ley...*" (elDial.com – AA2BD).

Dicho esto, ante un dictamen fiscal negativo con fundamentos que hizo suyos el magistrado de grado al resolver, es que analizamos los argumentos puestos de manifiesto para denegar la suspensión. Surge como obstáculo para la concesión, la vigencia en nuestro país de la Ley 24.632 desde el mes de abril de 1996, que aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará). Tal fundamento, conduce a la contraposición suscitada entre normas pertenecientes al ordenamiento jurídico interno de un Estado –Art. 76 *bis* del CP- y otras de jerarquía internacional que también componen tal ordenamiento por la vía de la aprobación legislativa del instrumento internacional; no pudiendo soslayar de manera alguna, que la tutela judicial efectiva de la víctima, también se encuentra amparada por mandatos de igual naturaleza vinculada a los derechos humanos.

Ante tal conflicto, encuentro ajustado efectuar una reseña acerca de lo sentado por nuestra CSJN quien ha sostenido que los preceptos legales deben ser interpretados de manera armónica entre sí, evitando

darles una lectura que autorice su supresión recíproca. La Corte ha dicho que *“... la inconsecuencia o la falta de precisión jamás se supone en el legislador; por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 312:1614, 319:68, 320:1909 y 1962; 330:3593, entre otros). También ha señalado este Tribunal en otros muchos asuntos que la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan (Fallos 329:2890, 330:4936, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte, entre muchos otros). Estos criterios fueron recientemente mantenidos por el Tribunal Cimero en la causa ‘Benítez, Omar D.’ por lo que su actualidad y vigencia persisten”* (“Suspensión del proceso penal a prueba: ¿Es aplicable en los casos de violencia familiar?”, por Grisetti, Ricardo Alberto y Kamada, Luis Ernesto; ElDial.com – DC160C).

Al momento de ahondar en el tema y dilucidar el contenido de la Convención, más allá de su letra en el artículo 7 (“*los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer... b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas... que sean necesarias para erradicar la violencia”*), analicé el Decreto Reglamentario 1011/2010 de la Ley 26.485 de

Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, dictado en el marco del art. 99 incisos 1 y 2 de la Constitución Nacional, publicado en el B.O. el día 20/07/2010.

Es así como tal documento define qué se entiende por "patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género", por "discriminación contra las mujeres", que la mujer deber tener acceso a la justicia gratuito, qué se entiende por "revictimización", por "relación desigual de poder", por "violencia", por "discriminación en el ámbito laboral"; entre otros conceptos propios de la violencia de género que se mencionan en la Convención.

En su Capítulo II, Articulo 8, crea el Consejo Nacional de las Mujeres, como autoridad de aplicación de la ley 26.485, pudiendo conformar una Comisión Interinstitucional integrada por representantes de todas las áreas del Poder Ejecutivo Nacional aludidas por la ley citada. Dicha Comisión tendrá como función articular acciones entre el Consejo Nacional de las Mujeres y los Ministerios y Secretarias representados, con el objetivo de lograr la efectiva implementación de la ley 26.485.

Efectué esta reseña para ahondar en tales documentos y la jerarquía de las normas en aparente conflicto, a efectos de concluir que la vigencia de la ley que ratifica la Convención, no es óbice alguno para el otorgamiento del instituto en el caso que nos ocupa.

Al igual que mis colegas, no encuentro en la normativa contraposición con el instituto de la *probation* para los casos en que las víctimas son niñas / mujeres. El espíritu de la ley ha sido realizar -al igual que otros países- el dictado de normas donde las víctimas cobran un rol protagónico y han logrado visibilizar la violencia contra la mujer como un atentado contra el derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad, a la dignidad y a la integridad física y psíquica; disposiciones a futuro que en nada se confrontan con otorgar la suspensión del juicio a prueba

en la oportunidad en que la víctima sea una niña / mujer.

Encuentro oportuno el corolario que efectúa Cristina Isabel Silva en su publicación “La Ley N° 26.485 sobre Protección integral a las Mujeres para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. Un largo camino recorrido y por transitar”: “*... El nuevo cuerpo legal implementa los postulados de la Convención ‘Belem do Pará’ que presenta desafíos importantes tales como la exigencia de medidas legislativas, programas estatales, capacitación y reformas en la esfera de la administración de justicia, entre otras, acompañados de campañas masivas que contribuyan al cambio cultural requerido para la erradicación de la violencia contra la mujer. El camino está trazado, el mecanismo requerirá de una serie de componentes para lograr cambios e impacto a nivel nacional y local”* (ElDial.com –DC10D1).

Para finalizar, cabe agregar que, tal como sostuviera la defensa, hacer lugar a la impugnación peticionada sí constituiría violar el derecho a la igualdad, toda vez que, si bien es cierto que esta actual valorización de la cuestión de género obedece a largos años de disparidad entre hombres y mujeres, también resultaría verdadero que serían vulnerados los derechos de aquellos niños / hombres que fueran víctimas de violencia física, moral o sexual. Al no encontrar el juzgador un obstáculo en la Convención para otorgar la probation –incluso siendo una mujer la sometida a proceso-, consecuentemente estaría dejando sin tutela judicial efectiva a esta víctima de sexo masculino.

Por lo dicho, corresponde revocar la resolución impugnada, debiéndose hacer lugar a lo peticionado, en las condiciones que se deberán resolver en la instancia correspondiente.

Con relación a las costas y los honorarios profesionales, postulo que se difieran los mismos al momento de la resolución definitiva del caso.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal 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 N. A. M., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Conceder la suspensión del juicio a prueba a favor del acusado, con relación al delito por el cual fuera sometido al presente proceso penal;

3) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, en audiencia ante el juez que corresponda, se fijen las pautas del instituto que se acuerda con arreglo a la presente;

4) Diferir la imposición de costas, así como la regulación de los honorarios de los letrados de la Defensa Pública por la tarea desempeñada en esta etapa, hasta tanto ello sea determinado en la instancia de mérito; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Mónica Rodríguez **Flavia Trincheri**

El juez Omar Florencio Minatta no suscribe la presente en virtud de su ausencia posterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada con el Nro. 14/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.