

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de diciembre del año dos mil diez, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los doctores Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N. doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fs. 119/130 de la causa nE 13.245 del registro de esta Sala, caratulada: Ortega, René Vicente s/ recurso de casación, representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Plée y la Defensa Pública Oficial por la doctora Eleonora Devoto.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1E) Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de esta ciudad resolvió no hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitado por la defensa de René Vicente Ortega.

Contra dicha decisión la Defensa Pública Oficial interpuso recurso de casación a fs. 132/136, el que fue concedido a fs. 137/138 vta.

2E) Que estimó procedente el recurso de casación, en virtud de lo establecido en el art. 456, incs. 11 y 21 del C.P.P.N..

Recordó que... *el Sr. Fiscal General en la audiencia refirió que en el caso de un eventual juicio de condena la sanción podría ser dejada en suspenso no solo por la entidad del suceso sino fundamentalmente por la carencia de antecedentes penales computables del imputado, agregando que del legajo de personalidad de Ortega no se desprendía un aspecto o manifestación negativa (fs. 134 vta.).*

En virtud de ello, consideró que ... *el rechazo de la suspensión del procedimiento a prueba por entender que no existe certeza de aplicación del art. 26 CP en caso de condena, además de inmotivado resulta infundado, siendo que, como vengo diciendo, el mismo Representante del Ministerio Público Fiscal entendió que la pena a aplicar, en caso de recaer sentencia condenatoria, podría ser dejada en suspenso, teniendo en cuenta las condiciones personales de mi pupilo y las características del hecho (fs. 135 y vta.).*

Además, sostuvo que... *si consideramos que ante la ausencia de circunstancias agravantes, la pena que le correspondería aplicar consistiría en el mínimo de la escala correspondiente, nos encontramos con que, contrariamente a lo sostenido por los Sres. Magistrados, resultaría a todas luces aplicable, la norma prevista en el art. 26 del C.P. (fs. 134 vta.).*

Afirmó que... *resulta arbitraria la afirmación de una posible aplicación de pena de cumplimiento efectivo en atención a que la calificación legal pudiera verse agravada, que es la motivación de la resolución que rechaza la petición formulada, en tanto el Sr. Fiscal ya ha considerado las circunstancias que rodearon al hecho que se le imputa a mi pupilo, y motivaron su conformidad con la aplicación del instituto reclamado, expresando concretamente que la sanción a imponerse en el presente caso sería de ejecución en suspenso (fs. 135).*

3°) Que se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el art. 465 bis del C.P.P.N.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, incs. 1° y 2° del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que la defensa invocó la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal; siendo además que el pronunciamiento

mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto en el art. 457 *ibidem*, por ser resolución equiparable a definitiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que Así bien las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicha regla en los casos en los cuales su aplicación podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior@ (Fallos 320:2451).

-III-

En primer lugar, corresponde recordar que respecto al requisito del consentimiento fiscal para proceder a la suspensión del juicio a prueba, llevo asumida postura *in re*: Rolón, Luis Alberto s/recurso de casación@, causa 9516, reg. 13.323, rta. el 16 de octubre de 2008.

En aquella oportunidad, sostuve que el art. 76 bis, cuarto párrafo del C. P. indica que:... *Si las circunstancias del caso permitieren dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiera consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.*

Sin embargo, el pronunciamiento fiscal está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas que tramitan ante sus estrados. El análisis de la legalidad del pronunciamiento no implica la confusión de competencias ni la necesaria coincidencia argumentativa o decisoria entre la jurisdicción y el Ministerio Público Fiscal. Se trata por el contrario de una inspección que tiende a constatar sí se ha actuado dentro del margen de atribuciones legales de las partes. Así debe entenderse lo dispuesto en el Plenario n° 5 de ésta Cámara de Casación, Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación, de fecha el 17 de agosto de 1999, al que cabe remitirse obligatoriamente en lo que aquí interesa, por imperio del art. 10 de la ley 24.050, en tanto determina que... *La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano*

jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio ... (El resaltado me pertenece).

En consecuencia, la revisión de los tribunales en punto al pronunciamiento fiscal en éste instituto remite a evaluar si ha sido motivado y congruente con los estándares fundamentales de legalidad que regulan la materia y no ha considerar si se está de acuerdo con su opinión. Repárese que una decisión como la que implica la suspensión del juicio a prueba supone la limitación de la persecución penal que se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal. Cabe recordar en esa línea que... *La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley...* -art. 5 del C.P.P.N-, pues resulta en última instancia el órgano que puede disponer de ella dentro de los términos de la legalidad -art. 71 C.P.-.

En esa línea, las carencias de motivación del pronunciamiento fiscal que afecten su legitimidad dentro de la sistemática del art. 76 bis del C.P., en razón de su evidente contradicción con el marco legal que regula la cuestión, determinan una solución sobre el fondo del asunto.

A fin de evaluar la legalidad y razonabilidad del consentimiento fiscal advierto en primer lugar que del requerimiento de elevación a juicio surge que el hecho por el que el Ministerio Público Fiscal reclamó la elevación a juicio contra Ortega consistió en que *el día 18 de Abril del año 2009, siendo aproximadamente las 22.50 horas, en la estación Once del Ferrocarril Sarmiento de esta Ciudad, momentos en los que C. L. S., se encontraba caminando por el andén, el imputado se acercó a ella y le tocó los pechos por sobre su ropa. Que C.L.S. le dio aviso al personal policial que se encontraba en el lugar, quienes procedieron a la detención del mismo* (fs. 45).

Sin embargo, en la audiencia prevista por el art. 293 del C.P.P.N. para atender la solicitud de suspensión del juicio a prueba, la fiscalía prestó su conformidad para la concesión del instituto. En este sentido, tal y como se desprende del acta correspondiente, el Fiscal consideró que... *la oposición de la damnificada pasaba fundamentalmente por una cuestión vinculada a la reparación económica y su*

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

voluntad de demandar en otra sede, toda vez que la explicación de rechazo estuvo relacionada directamente con la exigencia o pretensión económica... [además] en el caso de un eventual juicio de condena la sanción podría ser dejada en suspenso no solo por la entidad del suceso sino fundamentalmente por la carencia de antecedentes penales computables al imputado... del legajo de personalidad de Ortega no se desprendía un aspecto o manifestación negativa... que Ortega ofreció una reparación económica por los daños causados... y además ofreció realizar tareas comunitarias (fs. 117 vta.).

A pesar de ello, observo que en la misma fecha de la audiencia la denunciante presentó una aclaración sobre los motivos de su negativa -fs. 115-. Allí expresó de manera explícita que le había informado al fiscal antes del acto que *no me interesaba ningún resarcimiento económico, yo quiero que pague a mi lo que hizo, y que no tenga oportunidad de reiterar este hecho quedándole antecedente.* La presentante aclaró que es médica, que tiene temor a *encontrarme nuevamente ante esta situación y esta persona y que mi intención de hablar de ocurrir por la vía civil es para destacar que solamente me interesa es que una persona sin causa alguna me asaltara sexualmente, y que quede sin antecedente alguno.*

Por su parte, el tribunal *a quo*, por decisión unánime pero mediante fundamentos parcialmente distintos, resolvió no hacer lugar al beneficio impetrado. En este sentido, el voto de los Dres. Javier Anzoátegui y Ana Dieta de Herrero explicó que *en este caso, el Tribunal observa que, de acuerdo a lo que surge del requerimiento fiscal de elevación a juicio y de lo expuesto en la audiencia del art. 293 CPPN por la propia denunciante, la conducta supuestamente desplegada por el acusado respecto de la señora Santillán no se habría limitado a un ataque de carácter sexual oportunista, sino que habría tenido ribetes de violencia que no autorizan a descartar que, en caso de comprobarse el hecho en juicio, la calificación legal pudiera verse agravada al punto de impedir la imposición de*

una eventual pena de ejecución condicional (fs. 121).

En virtud de ello, consideró que... *más allá de que la pena prevista para el delito de abuso sexual simple admita la eventual imposición de una condena de ejecución condicional, lo cierto es que la naturaleza de la acción imputada y las circunstancias en las que habría sido llevada a cabo, impide afirmar que el de este proceso se trate de un suceso que el Estado pueda calificar como de escasa trascendencia penal* (fs. 121 y vta.).

Sobre esos presupuestos advierto que si bien es cierto que en el caso bajo estudio ha mediado consentimiento fiscal, también lo es que los sucesos aquí imputados constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer. En tal sentido cabe recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, *Convención de Belen Do Para*, esa violencia se concreta a través de... *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado* (art. 1).

En lo que aquí interesa, de cara al contexto de los hechos imputados en el requerimiento, el artículo siguiente de esa Convención establece que *se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación maltrato y abuso sexual...*

En tanto la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de hechos que constituirían un delito -impunidad-, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos como los que conforman el objeto de requerimiento fiscal. Observo, en esa línea, que el artículo 7 de la Convención determina que *los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar por todos los medios y sin dilaciones, políticas*

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

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 y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia par aprevenir investigar, y sancionar la violencia contra la mujer; c. 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 y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique la propiedad; e. tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. 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, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

En tal inteligencia, y siendo que la República Argentina aprobó esa Convención a través de la ley 24.632, el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí

considerados, pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal.

La defensa se agravia de que el *a quo* ha negado la aplicación del instituto a pesar de la opinión favorable del fiscal, la que fue desatendida por el tribunal oral sobre la base de la naturaleza de los hechos y el hipotético modo de cumplimiento de la sanción que, en su caso, podría corresponder al acusado. Sin embargo, esas consideraciones no tienen eficacia para prescindir del proceso penal a fin de dilucidar lo acontecido, que es en definitiva el deber al que se obligó el Estado. En tal sentido, el consentimiento brindado por el Ministerio Público ha de ser ponderado concretamente en su legalidad de cara a las exigencias de la *Convención de Belen Do Para* que trascienden las referencias al modo en que podría cumplirse la supuesta sanción a recaer, la reparación económica y las tareas comunitarias ofrecidas por Ortega o incluso las manifestaciones de la defensa en la audiencia ante esta Sala, calificando el suceso como de bagatela o habitual. En virtud de todo ello, el impedimento legal antes aludido quita toda eficacia al consentimiento fiscal y legitima la denegatoria del tribunal.

-IV-

Por todo lo expuesto, propicio rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial a fs. 132/136, y en consecuencia, confirmar la decisión recurrida, con costas (arts. 470, 530 y concordantes del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

Que adhiere al voto precedente y emite el suyo en igual sentido.

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

En este caso que ha sido remitido a juicio contra René Vicente Ortega, el representante del Ministerio Público le ha imputado que, en circunstancias en que la señora C. L. S. descendía de una formación de trenes en la estación Once de Septiembre, en esta ciudad, *el imputado se acercó a ella y le tocó los pechos sobre su ropa* (fs. 45). Calificó el hecho como abuso sexual, a tenor del art. 119, primer párrafo, C.P, calificación que no ha sido objeto de disputa.

En el curso de la audiencia celebrada a tenor del art. 293 C.P.P.N. el Fiscal General que actuaba ante el tribunal oral prestó su consentimiento para la suspensión del proceso, mientras que la mujer que se presenta como víctima del hecho ha expresado su rechazo a la reparación, y su interés en que el proceso continúe adelante hasta el dictado de una sentencia (fs. 117/118 y aclaración de fs. 115).

Sin embargo, el tribunal oral rechazó la petición de suspensión. En el voto de los jueces que contiene los fundamentos comunes se ha expresado que *de acuerdo a lo que surge del requerimiento fiscal de elevación a juicio y de lo expuesto en la audiencia del art. 293 CPPN por la propia denunciante, la conducta supuestamente desplegada por el acusado respecto de la señora C. L. S no se habría limitado a un ataque de carácter sexual oportunista, sino que habría tenido ribetes de violencia que no autorizan a descartar que, en caso de comprobarse el hecho en juicio, la calificación legal pudiera verse agravada al punto de impedir la imposición de una eventual pena de ejecución condicional* (fs. 121). Agregó que *más allá de que la pena prevista para el delito de abuso sexual simple admita la eventual imposición de una condena de ejecución condicional, lo cierto es que la naturaleza de la acción imputada y las circunstancias en las que habría sido llevada a cabo, impide afirmar que el de*

este proceso se trate de un suceso que el Estado pueda calificar como de escasa trascendencia penal... (fs. 121/121 vta.).

-II-

Tengo dicho al emitir mi voto en la causa n° 11.190 Agüero Pérez, Fortunato s/recurso de casación- rta. 6/10/2009, reg. n° 15.283- que: *Así como en los casos de falta de consentimiento de la Fiscalía el tribunal no puede por sí decidir la suspensión del ejercicio de la acción penal, ejercicio que no tiene a su cargo, cuando el fiscal otorga ese consentimiento dentro del marco legal del art. 76 bis C.P., el tribunal no podría imponerle, como regla, la manutención del ejercicio de la acción penal, salvo en el caso en que el consentimiento se expresa respecto de delitos respecto de los cuales la ley excluye cualquier posibilidad de suspensión del trámite del proceso [agregué que] Este control de legalidad que tiene el juez o tribunal deriva del principio republicano que sujeta a los fiscales a la ley (arts. 1 y 120 C.N.), y encuentra base legal en el art. 5 C.P.P.N., que declara que la acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada y que su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.*

Agregué que: Si los jueces tuviesen la facultad de decidir que el fiscal que ha dado su consentimiento a la suspensión del proceso -respecto de un caso que cae dentro del marco legal del art. 76 bis C.P. -, debe continuar con el ejercicio de la acción, neutralizaría las facultades legales de la fiscalía para el ejercicio de la acción pública (art. 5 C.P.P.N.), ejercicio que no puede subordinarse a mi depender de apreciaciones discrecionales de los jueces que juzguen sobre la necesidad o mérito de realización del juicio, pues de lo contrario, si el ejercicio de la acción o su suspensión estuviesen condicionados a la discreción de éstos entrarían en crisis el citado art. 5 y el art. 120 C.N.

De esa interpretación se sigue que el consentimiento prestado por la fiscalía para

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

la suspensión del proceso no priva al juez o tribunal de examinar con arreglo a criterios de legalidad, si se trata de un caso en el cual la ley -en general- excluye la posibilidad de suspensión del proceso a prueba, porque ningún efecto preclusivo podría tener un consentimiento otorgado fuera del marco legal.

Ahora bien, a pesar de que el Fiscal General había prestado su consentimiento para la suspensión, el tribunal oral la rechazó con argumentos que en sustancia no se refieren a la falta de un presupuesto legal, o algún obstáculo legal, sino que avanzó en apreciaciones sobre la posibilidad de que en el caso concreto pudiese corresponder al imputado una pena de prisión en suspenso en caso de ser condenado. En ese examen, ha empleado un criterio que no es pertinente para el rechazo, pues en todo caso, incumbe a la Fiscalía expresarse sobre las pretensiones de pena, y si ésta no pretende la realización del juicio para la aplicación de una pena de prisión de efectivo cumplimiento, el tribunal -en la medida en que no oponga una discrepancia sobre la base de una calificación jurídica eventualmente más grave- no tiene habilitada su jurisdicción para sustituirse al criterio de la fiscalía sobre la medida y modo de ejecución de pena que podría corresponder al acusado en caso de ser condenado. Tampoco tiene autoridad el tribunal para decidir si es más o menos necesaria la realización del juicio, conforme a criterios de oportunidad o de política de persecución criminal (arts. 5 y 120 C.N.).

Sin perjuicio de ello, entiendo que existe un obstáculo legal que impide la suspensión del proceso a prueba en actos de abuso sexual sobre mujeres.

-III-

En un caso como el presente la suspensión del proceso a prueba 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), por cuyo art. 7 los Estados *condenan todas las formas de violencia contra la mujer y se han obligado a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer [...] f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.*

Todas las formas posibles de abuso sexual comprendidas en el art. 119 C.P. constituyen es un abuso de poder específico que se manifiesta con una invasión no autorizada y por vías de hecho, de la esfera de reserva sexual del sujeto pasivo, y en particular de su libertad de determinación sexual. Si se realiza sobre una mujer constituye un acto de violencia contra la mujer de los comprendidos en el art. 7 de la Convención de Belem do Pará.

En la audiencia la Defensora Pública que actúa ante esta Sala al discutir el carácter violento del acto, ha minimizado su naturaleza en estos términos, que reproduzco según la grabación realizada a tenor del art. 11 de la ley 26.374.

Allí después de discutir la afirmación del tribunal sobre el carácter violento del acto ha expresado: *Este es un hecho, si es así, si mi asistido lo cometió, es un abuso sexual puro y simple. Absolutamente leve, que debería haber sido considerado un supuesto de bagatela absolutamente, que este Ministerio entiende que de ninguna manera esto pudo llegar a estos actuados, que lamenta profundamente que no esté previsto el principio de oportunidad por la insignificancia como para que estos casos que pasan lamentablemente en la vida de todas las personas habitualmente, y que sólo podrían, me parece a mí, tener como respuesta un correctivo y si se quiere aún la suspensión del juicio a prueba que implica no solamente el pago sino que además muchas horas de trabajo comunitario. Entonces la pregunta es) Cuánto más provechoso en todos los sentidos es, en todo caso ya que ha sido planteado, el otorgamiento de una*

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

suspensión de juicio a prueba que permite de algún modo reparar el daño causado? Y en este caso me parece que si mi asistido ha sido responsable de un acto tan grosero pero en definitiva tan poco relevante [...] Por otro lado, entiendo que en este caso la opinión de la víctima es absolutamente irrelevante. Ella inició la acción pero la suspensión de juicio a prueba, me parece que en este caso es mucho más respuesta que cualquier otra reacción punitiva. Sobre esa base ha impetrado que esta Sala case la sentencia denegatoria de la suspensión de juicio a prueba y que vuelva al Tribunal para que imponga las condiciones de suspensión. Debe concederse razón a la defensa en punto a que, ni la descripción del requerimiento de remisión a juicio, ni la única declaración que se tiene de la presunta víctima (fs. 4), no ofrecen detalle alguno que sugiere otra violencia física más allá de la imposición sorpresiva y no consentida de las manos sobre los pechos de la mujer.

Sin embargo la alegación de la defensora se apoya en un concepto de violencia física que encubre la dificultad para reconocer el verdadero carácter violento del acto, con arreglo a criterios normativos y en particular, ese criterio sugiere la dificultad para ver en actos de esta naturaleza una afrenta a las mujeres inferida por razón de su calidad de tales, en la que coadyuvan patrones culturales que el Estado está obligado a combatir y desterrar. El alegato de la defensa anuda la idea de insignificancia con la idea de que *estos casos que pasan lamentablemente en la vida de todas las personas habitualmente, y que sólo podrían, me parece a mí, tener como respuesta un correctivo*. La defensa admite que tales atentados son habituales, y que por ende carecen de relevancia para la persecución penal. Se pone en el lugar del legislador y lamenta que no exista el principio de oportunidad, sugiere que debe tratarse con medidas correctivas que no existen, bagateliza en definitiva atentados sobre mujeres que reconoce habituales. Todo el alegato está imbuido de un prejuicio: tales actos son habituales, de modo que es impropio

recurrir a la persecución penal.

Tal modo de razonar es contrario a otros compromisos asumidos por el Estado Argentino. El Artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece que *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres [...]*. Los jueces, como integrantes del Poder Judicial del Estado, deben interpretar la ley y fundar sus decisiones con arreglo a este compromiso estatal.

Lo que no aparece en el alegato de la defensa es que tal clase de abusos sexuales oportunistas, sorpresivos, por vías de hecho fugaces, realizados en la vía pública o en lugares públicos, si son habituales, como lo pretende la defensa, sólo son habituales respecto de mujeres. Al contrario, son inusuales abusos análogos practicados por mujeres sobre hombres, o al menos, si existen, no se conocen casos judiciales. Ello lleva a decidir la cuestión en la conciencia de que, al menos en la mayoría de los casos, una parte de los abusos sexuales sobre mujeres conllevan un componente discriminatorio de inferioridad de la mujer. Asegurar en esos casos el acceso de la mujer a la justicia para que proteja sus derechos sin discriminación es un deber estatal indeclinable.

He señalado antes que la Convención de Belem do Pará establece el deber del Estado de *actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer*. En el marco de esta Convención el deber no se ciñe al castigo de actos de violencia física, pues se condena *toda forma de violencia contra la mujer* (art. 7), según está definida por el mismo instrumento, en cuanto declara *Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito*

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

público como el privado. La presunta víctima ha expresado sus sentimientos de dolor por el abuso sufrido. En este sentido, la invasión en la reserva corporal, por vías de hecho, de modo no consentido, en la vía pública, realizada por un desconocido, a la vista de otros, constituye violencia basada en su género en los términos de la Convención, con independencia de que cause dolor o daño físico. 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.

Por estas razones, concluyo que el Fiscal General que actuaba ante el tribunal oral ha dado su consentimiento para la suspensión de la persecución penal en un caso en que la suspensión es contrario a las obligaciones asumidas por el Estado al hacerse parte de la Convención de Belem do Pará. Tal suspensión es en ese sentido contraria a la ley aplicable al caso, entendiendo en el concepto de ley los tratados enunciados en el art. 75, inc. 22, C.N. con la jerarquía que la Constitución le asigna.

De tal suerte, se presenta un caso en el que la fiscalía no puede, por razones legales, prescindir de la persecución penal porque a suspensión del proceso a prueba es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías, aplicando, en su caso, si correspondiere, una sanción proporcionada al injusto.

-IV-

Por estas razones, concluyo en que corresponde rechazar el recurso de casación, y confirmar la decisión recurrida (arts. 470, C.P.P.N.).

Así voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial a fs. 132/136, y en consecuencia, confirmar la decisión recurrida, con costas (arts. 470, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 455 último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: señores jueces doctores Guillermo J. Yacobucci, W. Gustavo Mitchell y Luis M. García. Ante mí: doctor Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado C.S.J.N..