

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

**Reg. n° 79/2016**

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de febrero de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Niño, Eugenio C. Sarrabayrouse y Luis M. García (quien interviene en reemplazo del juez Daniel Morin por encontrarse en uso de licencia cf. regla práctica 18.11 del reglamento de esta cámara), asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 166/170 en esta causa n° **CCC 9443/2014/TO1/CNC1**, caratulada **“B., O. s/ abuso sexual”**, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n°4, con fecha 27 de febrero de 2015, resolvió suspender el juicio a prueba por el término de dos años respecto de O. O. B. (fs.160/164 vta).

II. Contra tal pronunciamiento, el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Marcelo G. Saint Jean, interpuso recurso de casación (fs. 166/170), concedido a fs. 171.

III. La Sala de Turno decidió otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 *bis*, CPPN, conforme surge de fs. 178. Radicadas las actuaciones en esta Cámara, se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 454 en función del 465 *bis*, CPPN, a la que compareció el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Leonardo Filippini, quien expuso los términos en los que sostenía el recurso de casación.

IV. Atento la facultad prevista en el art. 455, segundo párrafo, CPPN, el tribunal decidió continuar con la deliberación, luego de la cual, se encuentra en condiciones de resolver.

### **CONSIDERANDO:**

#### **El juez Luis Fernando Niño dijo:**

Con fecha 28 de octubre del año dos mil catorce, el epigrafiado, con el patrocinio letrado de su defensor particular Dr. Gabriel Eduardo González, solicitó al Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 que se le concediera el instituto de la suspensión del juicio a prueba, en virtud de considerar satisfechos todos los requisitos que el mismo requiere.

Compulsada la causa, traída a estudio para dar respuesta al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, se advierte en el texto del acta de la audiencia prevista en el art. 293 del código de rito—, la ausencia de una voz de fundamental importancia para el correcto desarrollo del trámite emprendido.

Si bien a fs. 158 obra copia de la solicitud del tribunal para que fuera notificada de la audiencia en cuestión la Sra. M. B. G., en representación de su hija, M. B., no se cuenta con pieza documental alguna que de cuenta de la suerte corrida por esa diligencia. Lo propio sucede —por añadidura— respecto de la virtual notificación a dicha parte de la sentencia dictada en autos.

El imperativo legal de escuchar a la presunta víctima (art. 76 *bis*, tercer párrafo, segunda parte del CP), se refuerza, en casos como el presente en donde se endilga al imputado la hipotética comisión de un abuso sexual. El énfasis puesto en esa voz aquí faltante, se debe a la Ley n° 26.485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), cuyo art. 16, inciso d, coloca en cabeza de los organismos del Estado, en el marco de todo procedimiento judicial o administrativo, el deber de tener en cuenta la opinión de la mujer, al momento de arribar a una decisión que la afecte.

En este proceso, la mujer es una adolescente (art. 25, segundo párrafo, CCyC), con derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, sin perjuicio de la regla general del ejercicio de sus derechos a través de sus representantes legales (*ídem*, art. 26).

En oportunidad de resolver el precedente “S., J. A.” (rta. 3.7.2015; reg. 224/2015), destaqué aquella obligación de los organismos estatales, paralela a la de quien pretende movilizar tal instituto en su favor, consistente en ofrecer una reparación a la persona damnificada, recaudos ambos, que lucen más afines a la meta de un “acceso efectivo a resarcimiento” o “reparación del daño”, postulado por la propia “Convención de Belem Do Para” en el inciso “g” de su artículo 7°. Lo hice al destacar el mérito de una vía procedimental que establece formal y materialmente tal condición, en tanto que en la clásica vía ritual, la

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

víctima ha operado, *in illo tempore*, y hasta nuestros días, como un mero medio de prueba, en lugar de respetársela como parte interesada en el pleito, en lo que se ha dado en llamar, con justa razón, la confiscación o expropiación del conflicto (v. por todos, CARRANZA LUCERO, Elías: “Criminalidad: ¿prevención o promoción?, EUNED, San José de Costa Rica, 1994, p. 89).

A ello se añade la obligación, oportunamente asumida por el estado argentino, al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que –en lo que nos compete en el subjúdice– se traduce en garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en los asuntos que lo afecten y en tener deliberadamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez (art. 12. 1, CIDN).

Deviene oportuno destacar que en todo proceso penal el derecho de defensa –en sentido amplio– de una persona menor de edad debe ser garantizado no sólo formalmente sino también de un modo efectivo, mediante sus representantes legales u órganos apropiados (ídem, art. 12. 2), todo ello en consonancia con la premisa genérica de atender al interés superior del niño (arts. 3 y 5 CDN y art. 3 Ley 26.061), en su condición de parte damnificada del hecho delictivo. En este escenario, corresponde al órgano jurisdiccional, en el ejercicio del control de legalidad del proceso, advertir y declarar eventuales supuestos de defensa inefectiva manifiesta.

En el mismo orden de ideas, la falta de convocatoria al defensor de menores –en su rol de representante promiscuo– en la audiencia del art. 293, CPPN, atentó contra el derecho de la menor de contar con la participación de un actor con una mirada especializada en su situación, en pos de lograr la efectiva protección de los derechos consagrados en la convención de referencia y demás instrumentos internacionales y legales sobre la materia.

También ese reparo se yergue –púes– en esta ocasión contra la validez del acto procesal celebrado por el *a quo*.

El interés superior del niño no es una formula vacua, sino un principio rector que “se funda en la dignidad misma del ser humano, en

las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (Corte IDH, OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, pto 56).

Por estos motivos, propongo al acuerdo anular la resolución recurrida en función de las omisiones antes mencionadas, remitir las actuaciones a un nuevo tribunal que se asignará por sorteo de estilo, a efectos de que se realice una nueva audiencia en la que la víctima sea oída en punto a la reparación ofrecida, contando con representación legal suficiente, y así resolver en consecuencia, sin costas (art. 76 *bis*, tercer párrafo, segunda parte, CP y arts. 123, 173, 293, 455, 456, 471, 530 y 531, CPPN).

**El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:**

Adherimos, en lo sustancial, al voto del colega preopinante.

**El juez Luis García dijo:**

1. En la audiencia celebrada a tenor del art. 293 CPPN el Fiscal General había negado su consentimiento para la suspensión del proceso a prueba respecto de O. O. B., de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso “Góngora”, en el que se interpretó que la Convención de Belém do Pará impedían la suspensión. En definitiva expresó que “en virtud de ello, y sin perjuicio de que no se pudo escuchar la opinión de la víctima, se opone a la concesión de la suspensión del juicio a prueba” (confr. acta de fs. 159).

En el requerimiento de elevación a juicio se atribuyó a O. O. B., entonces de sesenta años de edad, haber interceptado a una niña de 14 años, en circunstancias en que ésta caminaba por una calle de esta ciudad, y haber entrado en conversación con ella, pues eran conocidos del barrio y habitualmente se saludaban, y se le atribuye haberla rodeado con su brazo por la espalda, haberle dado besos, haberla tocado en “la cola” y haber intentado hacerla ingresar, empleando fuerza, a su domicilio ubicado frente al lugar de la intercepción. La niña habría forcejeado y logrado soltarse y haber huido del imputado en busca de ayuda. (confr. requerimiento de fs. 122/123). Este hecho ha sido

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

calificado por el Ministerio Público como como abuso sexual y no hay disputa en este estadio sobre la corrección de esa calificación.

No obstante la falta de consentimiento del representante del Ministerio Público, el Tribunal Oral ha concedido al imputado la suspensión del proceso a prueba, a tenor del art. 76 bis CP, por un plazo de dos años, y le ha impuesto la carga de fijar domicilio, someterse a la supervisión de un patronato, y la prohibición de acercarse a la presunta víctima fijando un radio de 200 metros.

A este respecto declaró que la negativa del fiscal a dar su consentimiento no es “vinculante”, pues de otra forma se le estarían concediendo al Ministerio Público funciones judiciales, cuyos dictámenes -según el a quo- sí son vinculantes cuando “favorecen al imputado e implican el propósito de no llevar adelante la acción penal cuyo ejercicio [le] corresponde [...]”. Sostuvo que el imputado “tiene derecho también, a que sea un tribunal de justicia (art. 116 de la Constitución Nacional) quien decida libremente la controversia que se presenta cuando media oposición de la acusación”. Según su concepción, “no alcanzará solamente con que la oposición supere un test de razonabilidad, pues si bien el fiscal puede encontrar razones atendibles para llevar adelante la acción, el Tribunal puede proporcionar más y mejores razones que demuestren la conveniencia de suspender el proceso en función de concretar las finalidades del instituto de que se trata”.

El fiscal se agravia de que el a quo ha concedido la suspensión a pesar de que la ley no autoriza a un apartamiento del consentimiento fiscal, y menos de su opinión fundada, y alega errónea aplicación del art. 76 bis y ter CP. Ha destacado que el Ministerio Público se ha opuesto a la suspensión, “en tanto [el imputado] no solo había manoseado y besado a la menor [M.B.G.], de 15 años, sino que también había intentado arrastrarla hasta su domicilio, objetivo que no logró merced a la resistencia de la víctima [...]”, circunstancia que ameritaba el juicio oral para dilucidar con precisión los hechos y así determinar la posibilidad de una condena de efectivo cumplimiento, la que no descartó.

Argumentó que “[a]l imputado le asiste el derecho de solicitar la suspensión del proceso a prueba, no de obtenerla. Su derecho en este último sentido adquirirá vigencia una vez que se constaten los presupuestos de admisibilidad, uno de los cuales, insoslayable, es el consentimiento fiscal”.

Ha pedido, en definitiva, que se case la decisión impugnada y que se resuelva de conformidad con el art. 470 CPPN.

Entiendo adecuado abordar en primer término este aspecto de la decisión, porque, según entiendo, es dirimente.

**2.** Sobre el alcance del art. 76 bis CP me he pronunciado in extenso a partir de mi intervención como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II, causa n° 9516, “R., L. A.”, rta. 16/10/2008, Reg. n° 13.323), y en esta Cámara (Sala II, causa n° 27370/2013, “B. D., J.”, rta. 22/04/2015, Reg. n° 30/2015) a cuyos términos he de remitirme por razón de brevedad.

Allí concluí que el consentimiento al que se refiere el art. 76 bis CP es un presupuesto procesal de la suspensión, y que en defecto de ese consentimiento la suspensión no puede ser concedida. También expuse allí las razones por las cuales entiendo que la ley no requiere que el Ministerio Público presente un dictamen o requerimiento sujeto a las exigencias de fundamentación del art. 69 CPPN, sino una simple manifestación de voluntad que no necesita de expresión de razones.

El defecto de consentimiento de la fiscalía obsta a conceder la suspensión del proceso a prueba pedida por la defensa del imputado B., por falta de un presupuesto procesal. Todo intento de examinar si las razones dadas por la fiscalía al negar su consentimiento superan un escrutinio de lógica o fundamentación es, a mi juicio, fruto de una interpretación legal que vacía de contenido al término “consentimiento”, y asigna a la intervención del fiscal una función que lo despoja de la soberanía en el ejercicio de la acción pública, en un caso en el que la ley le da cierta discreción para mantener o suspender ese ejercicio. Y todo intento del Tribunal de encontrar mejores razones “de conveniencia” para la suspensión, oponiéndolas a las razones de la Fiscalía para mantener el ejercicio de una acción que ha sido habilitada en el

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

procedimiento intermedio de clausura de la instrucción, constituye una usurpación del rol del Ministerio Público inconciliable con la ley y la Constitución.

Pues, como lo he señalado, la razón de la exigencia de que medie consentimiento de la fiscalía está en la naturaleza misma de la suspensión del proceso a prueba. Se trata de un instituto que está íntimamente vinculado con el principio procesal de oportunidad. Este principio da cabida a la confrontación con el principio de legalidad de la persecución penal (arts. 71 CP y 5 CPPN), que lleva a limitaciones de persecución guiadas por criterios de política criminal que hacen a la cuestión de decidir cuándo resulta necesario mantener el ejercicio de una acción penal que ha sido promovida por imposición de la ley. Este criterio de necesidad es instrumental al carácter subsidiario del principio de ultima ratio del derecho penal y de la persecución penal (BINDER, Alberto, Legalidad y oportunidad, en “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier”, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 205, esp. ps. 212 y ss.). Desde esa perspectiva, el órgano de la persecución penal puede prescindir de ésta cuando están a disposición, según su criterio, mejores alternativas para la solución del conflicto que las que ofrece la realización del juicio y la obtención de una condena.

El art. 76 bis CP refleja estas ideas. Desde este punto de vista, la cuestión no es preguntarse si la oposición del Ministerio Público es “vinculante” para los jueces, antes bien, de lo que se trata es examinar si está satisfecho un presupuesto procesal de la suspensión: el consentimiento de la fiscalía.

Ahora bien, el a quo ha declarado que él “puede proporcionar mejores razones que demuestren la conveniencia de suspender el proceso en función de concretar las finalidades del instituto de que se trata”. No puedo evitar expresar cierta alarma frente a una visión que transforma a los jueces en la autoridad competente para decidir la continuación o suspensión del trámite del proceso por un ejercicio discrecional de “sus” criterios de oportunidad antagónicos con los de la autoridad llamada a promover la acción y la persecución penal. No conozco antecedente alguno del derecho comparado que asigne tal

poder a los jueces por sobre las autoridades de persecución, pero mi ignorancia no necesita ser develada aquí, aunque eventualmente pueda serlo en la academia. En cambio tengo certeza de que una asignación legal a los jueces de tal poder, o una asunción de facto por éstos, sería abiertamente inconciliable con la Constitución.

Antes de ahora he tomado nota de la posible objeción de que la interpretación que aquí propongo dejaría un amplio campo de discreción al Ministerio Público.

Frente a ella se contesta que esta sería objeción no se supera transfiriendo, mediante la excusa del control judicial, el mismo campo de discreción a los jueces. Al contrario, plantea problemas adicionales frente a los arts. 120 y 116 CN de los cuales se deriva la separación entre las facultades requirentes o persecutorias y las facultades de decidir sobre el objeto de las pretensiones requirentes o persecutorias. Con la excusa del control judicial lo que se hace es entronizar a los jueces en la apreciación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Porque si se admitiese el argumento del a quo, son los jueces los que terminan decidiendo si la acción debe continuar o suspenderse, sobre la base de apreciaciones vinculadas a una solución alternativa del conflicto que prescindan del juicio. En términos más crudos, se ponen los jueces a examinar si vale la pena realizar el juicio, o si hay otros medios alternativos para prescindir de él.

O más concretamente aún, no se trata de las mejores o peores razones político-criminales que puedan estar en la base de la decisión del Fiscal de no dar su consentimiento, de lo que se trata es de que los jueces no pueden sustituirse al criterio de la fiscalía y privar al Ministerio Público del juicio, por considerar ellos que no hay razones político-criminales que lo justifiquen, porque el ámbito de las apreciaciones político-criminales está vedado a los jueces.

Esto no significa que los jueces carezcan de toda función jurisdiccional en la incidencia de suspensión. La determinación del alcance del art. 76 bis, y en particular, del término “consentimiento”, o de las condiciones legales de suspensión, releva siempre de los jueces y no de lo que opine la fiscalía, y esto vale incluso cuando el fiscal presta



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

su consentimiento, que sólo puede ser dado en los supuestos que establece la ley (art. 5 CPPN). Tampoco se le da al fiscal el poder de declarar la existencia de los presupuestos de la pretensión punitiva. En efecto, su dictamen de oposición nada dice sobre la existencia del hecho, de sus eventuales responsables, ni sobre la subsistencia de la acción penal.

Esto me introduce al abordaje del argumento de la sentencia recurrida que -con cita del art. 116 CN- sostiene que si se asignase carácter “vinculante” a la falta de consentimiento del Ministerio Público, se le estarían otorgando a éste funciones judiciales.

El Ministerio Público es el órgano encargado por la Constitución Nacional para promover y ejercer la acción penal (art. 120), cuando expresa su oposición no ejerce jurisdicción, sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo actualmente una acción ya promovida. Y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el Tribunal que carece de poderes autónomos para la promoción y ejercicio, tampoco tiene poder autónomo de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende del consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal.

Suele objetarse que una negativa a dar consentimiento despojada de toda fundamentación sería contraria al principio republicano del art. 1 CN, que impone la razonabilidad de los actos de los poderes públicos. La razonabilidad de la persecución penal por delitos de acción pública no reposa en el art. 76 bis CP, sino en las exigencias de fundamentación de todos los actos requirentes (arts. 180, 347, 381, 393 y 415 CPPN). Todos esos actos requirentes tienen instancias de control concebidas para procurar que nadie sea llevado a juicio arbitrariamente, o por la nuda voluntad persecutoria del Ministerio Público. En el presente caso la cuestión es distinta. El Ministerio Público ha logrado que se lo autorice a llevar a juicio a O. O. B. por la imputación de abuso sexual según el art. 119, primer párrafo, CP.

A este respecto, es parcialmente correcto lo que afirma el a quo en el sentido de que “no hay un derecho de los acusadores a la

condena del imputado, pues en el proceso penal no hay una verdadera pretensión, un derecho subjetivo a la imposición de una pena”. Y también es correcto, al menos de modo general, que “la tramitación del proceso penal debe sujetarse [...] estrictamente a la legalidad”.

Lo primero es sólo parcialmente correcto, porque los acusadores no tienen un derecho subjetivo a obtener la aplicación de una pena por delito de acción pública, pero es incorrecto en cuanto confunde derecho subjetivo con ejercicio de pretensiones. El ejercicio de las pretensiones está regulado por la ley, y no pueden ejercerse fuera de su marco. También en esto sería en general correcta la segunda afirmación que transcribo, pero tal afirmación remite al marco de la legalidad, y resulta que la ley expresamente establece que no puede suspenderse el ejercicio de la acción -en el caso del art. 76 bis CP- sin el consentimiento del Fiscal. De modo que el a quo ha declamado la legalidad... omitiendo lo que dice expresamente la ley!

Más aún, en la primera frase que transcribo transpira una confusión conceptual. El representante del Ministerio Público no se agravia de que no se hubiese aplicado una pena al imputado, de lo que se agravia es de que se lo ha privado de la realización de un juicio para determinar si el imputado debe o no sufrir una pena. Porque para decidir si ha de aplicarse una pena el juicio es la única vía que le habilita el art. 18 CN.

El art. 18 CN garantiza al imputado que no puede ser penado sino en virtud de juicio previo tramitado conforme a la ley. No garantiza de modo general que él tenga derecho a que no se le realice un juicio -aunque bajo ciertas condiciones específicas que aquí no entran en consideración da ciertas inmunidades de persecución penal-. De modo que debería demostrarse que todo imputado tiene un derecho, inferido de la Constitución, a que se suspenda el proceso a prueba, aun fuera de los casos y sin necesidad de satisfacer las condiciones que la ley establece para la suspensión del proceso a prueba.

Si el Fiscal General pretende la realización de un juicio por el hecho de la acusación, aunque el juicio pudiese en definitiva concluir con una absolución o una pena de prisión en suspenso, no veo razones

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

ni legales ni constitucionales para privarlo de la facultad de sostener la acusación y de que ésta sea decidida en un juicio.

En suma, observo que el a quo ha prescindido del párrafo cuarto del art. 76 bis CP, sin declaración de inconstitucionalidad, pues en definitiva, aunque éste condiciona la suspensión a que haya consentimiento de la fiscalía, aquél ha prescindido de la oposición misma, al declararse habilitado para concederla no obstante la falta de consentimiento. En la decisión recurrida se ha reducido así la intervención del Fiscal General a la de emisión de un mero dictamen, que no produce efecto alguno, y más aún, se ha declarado que el tribunal puede prescindir de la falta de consentimiento de la fiscalía, porque entiende tiene mejores razones que ella. De suerte que ha concedido el a quo la suspensión, cuando la fiscalía expresamente se ha negado a dar consentimiento, sin ofrecer alguna interpretación conciliable con el art. 76 bis, cuarto párrafo, CP que pone al consentimiento como condición de la suspensión.

Sentado ello, evoco que, según he desarrollado en los votos que cito al inicio, tampoco correspondía a los jueces examinar la corrección de las razones que exteriorizó la fiscalía al negar su consentimiento a la suspensión, pues ello conduciría a requerir algo que la ley no dice, si se exigiese presentar un requerimiento con fundamentos que satisfagan el art. 69 CPPN. Me remito a mis votos en las sentencias que cito al inicio en punto a la inaplicabilidad de esta disposición procesal a una regla sustantiva del Código Penal.

En fin, observo que el consentimiento no ha sido dado en el caso por el Ministerio Público, y que con ello basta, a mi juicio para revocar la decisión que sin ese consentimiento ha concedido la suspensión.

**3.** Sin perjuicio de lo anterior, que a mi juicio dirime el caso, he de detenerme en otros dos aspectos de la decisión recurrida que ponen al desnudo la tremenda arbitrariedad con la que ha procedido el a quo.

Por un lado, se sostiene una posición “livianamente” crítica de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso

“Góngora”, ya citado, afirmando una discrepancia con la tesis hermenéutica que sostiene que la Convención de Belém do Pará impide recurrir a soluciones alternativas del conflicto, rechazando que de ésta se infiera un derecho de la víctima al castigo de su ofensor y del mismo modo liviano se afirma que la preclusión de toda forma de solución alternativa exige ponderar “si de ese modo no se estarían consintiendo violaciones a los derechos de una persona sometida a proceso, que -obviamente- darían lugar a responsabilidad internacional”. Y con pareja liviandad se atribuye “una lectura distorsionada de las convenciones internacionales que últimamente parece cerrar las puertas a la exigencia de proporcionar verdaderos fundamentos en la toma de decisiones, conculcando las garantías que han nacido frente al ejercicio del ius puniendi”.

Utilizo los términos livianamente, y liviandad de modo deliberado porque, por cierto, toda interpretación constitucional de la Corte Suprema puede ser sometida a un escrutinio crítico, pero la diferencia entre rechazo y crítica es que la segunda sólo es crítica si tiene algún fundamento y no se agota en la pura retórica. El a quo no ha emprendido, sin embargo, ningún examen crítico de la interpretación constitucional de la Corte, y se ha restringido a afirmar que se ha incurrido en una “lectura errada de las Convenciones”, sin abordar concretamente y puntualmente la jurisprudencia de la Corte que se rechaza, la que no afirma, de modo reduccionista, que la víctima de hechos de violencia de género definidos en la Convención de Belém do Pará tenga un derecho a obtener el castigo. Una lectura serena del consid. 7 de la sentencia de la Corte bastaría para despejar el punto.

Tampoco se hace cargo el a quo de asignar algún sentido y alcance al art. 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, y sólo afirma que las interpretaciones que se le asignan en el sentido de que proscibiría el recurso a soluciones alternativas del conflicto son erradas. Nuevamente, de modo arbitrario, no se dice cuál es el alcance, pero se dice que el que otros le asignan y no se comparte es errado. Un abordaje sereno

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

requeriría al menos que hubiese considerado la opinión de órganos autorizados de interpretación de la Convención.

En particular, evoco aquí la opinión del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESCEVI), comité creado en el marco de la OEA. Éste, en su Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará notó con preocupación que varios Estados reportaron contar con métodos de conciliación o avenencia entre el agresor y la víctima de violencia contra las mujeres, o exoneración de la pena para el agresor si contraía matrimonio con la víctima, o aplicación del principio de oportunidad. Al respecto declaró que “encuentra que la aplicación de estas medidas en los casos de violencia contra las mujeres tiene efectos contraproducentes en el acceso a la justicia para las víctimas y en el mensaje permisivo enviado a la sociedad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo hincapié en que, hacer este delito negociable o transable parte de la premisa que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar” (confr. p. 27, con cita de CIDH (2007), “Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, Documento OEA/Ser.L/V/II/Doc68, 20/01/2007, para. 161).

En definitiva, en ese informe adoptó como Recomendación No. 5: “Prohibir tanto el uso de métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres, como el uso del criterio o principio de oportunidad, y armonizar la legislación procesal con estas prohibiciones. Si existieran estos impedimentos solo para casos de violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, ampliar dichas prohibiciones a otros casos de violencia contra las mujeres” (ibíd., p. 97).

Más tarde, en su Segundo Informe de Seguimiento de las Recomendaciones del Comité de Expertas, el MESECVI reiteró sus solicitudes de información “sobre la prohibición explícita en la legislación del uso de métodos de conciliación, mediación, suspensión

del juicio a prueba (probation) aplicación del criterio de oportunidad, conmutación de la pena u otros orientados a resolver extrajudicialmente casos de violencia contra las mujeres” (párr. 49), y evocó la posición del Comité de Expertas en punto a que “la mediación o conciliación opera frecuentemente en contra de las mujeres que son víctimas de violencia porque no existen condiciones de igualdad para participar en una negociación equitativa y llegar a un acuerdo justo” y que “en estos casos, es frecuente que exista temor fundado de las víctimas y coerción por parte del agresor, o presiones familiares o de la comunidad para que la mujer acepte un proceso de conciliación” (párr. 51).

Finalmente, declaró: “El Comité insiste en que la mediación o conciliación, así como el principio de oportunidad, se prohíban completamente en estos casos dado que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y no se trata de un delito menor, para lo que fueron desarrollados estos procedimientos. La prohibición de la mediación debe ir acompañada de cambios institucionales y político-culturales para que las mujeres que acudan ante las instancias de justicia no se vean presionadas, en la práctica, por las y los operadores de justicia, quienes pueden tener incentivos para aplicar cualquier medida que profundice la impunidad en estos casos con el fin de despresurizar el sistema de justicia, en perjuicio de las mujeres en situación de violencia” (párr. 60).

Por cierto, ello no implica desconocer la posibilidad que el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado argentino al hacerse parte de la Convención de Belem do Pará pudiese entrar en conflicto con el cumplimiento de otras obligaciones contraídas por otros tratados de derechos humanos. Eso es lo que se afirma en la decisión recurrida, de modo dogmático. Pues no se expone cuáles serían en concreto los derechos o garantías reconocidos a las personas objeto de una acusación penal en algún instrumento de derechos humanos aplicable que se verían violados por la denegación de un pedido de suspensión del proceso a prueba, ni menos aún se explica que pueda inferirse de algún tratado de tal naturaleza que existiría un derecho del imputado, directamente derivado del derecho internacional de los

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

derechos humanos, a obtener la suspensión de la persecución penal, o que indirectamente, la interpretación restrictiva de una norma del derecho doméstico que regula la suspensión, implica indirectamente el incumplimiento de alguna disposición concreta de un tratado de derechos humanos. Calificar a los tratados de derechos humanos como “escudo frente al ejercicio del *ius puniendi*” es un buen disparador para arengar a la tribuna, pero cuando se alega la existencia de conflictos normativos y necesidad de balance -o si se quiere proporcionalidad- entonces es indispensable identificar las normas en conflicto, en riesgo de violación, y explicar el procedimiento para tomar una decisión que no acarree responsabilidad internacional por alegado incumplimiento de las obligaciones contraídas por esa norma.

El representante del Ministerio Público había negado su consentimiento a la suspensión evocando lo decidido por la Corte Suprema en el caso “Góngora”. Ha sostenido al respecto el *a quo* que no está develada la existencia de analogía entre los hechos del precedente “Góngora” y los del presente caso, que no bastan simples remisiones, que aquí se trataría de un hecho y de una calificación legal distinta de los del precedente, y que resulta imposible determinar cuál fue el verdadero *holding* de éste. Nuevamente transpira aquí la arbitrariedad. Porque el examen de la información oficial publicada en el sitio de la Corte evidencia que también allí se trataba de un caso de abuso sexual en el que el Ministerio Público no había prestado consentimiento sustentando su oposición en el alcance que asignaba a la Convención de Belém do Pará, porque del texto de la decisión de la Corte no surge que el alcance que ésta en definitiva asignó al art. 7 de la Convención dependiese de la naturaleza del hecho y de su subsunción típica, sino de su calificación de acto de violencia contra la mujer, lo que no estaba en discusión (confr. considerandos 5 y 7 de la sentencia de la Corte).

Sin reparar en la *ratio* de la sentencia de la Corte, el Tribunal Oral ha declarado que en el caso era inaplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema en la sentencia del caso “Góngora, Gabriel Arnaldo” (causa G.61, L° XLVIII, sent. de 23/04/2013), afirmando que, “si bien este hecho de abuso sexual no habría sido de los

más leves, tampoco pasó de una situación relativamente fugaz, de la que la víctima pudo zafarse sin que mediara mayor violencia y sin que el imputado persistiera en su accionar [...]”. Estas apreciaciones -sobre cuya corrección esta Sala no está llamada a pronunciarse- son impertinentes para justificar un apartamiento de la doctrina de la Corte a la luz de lo expresado en los párrafos precedentes.

La arbitrariedad no se agota allí, pues el a quo incurre en una contradicción insalvable. Sostiene por un lado, para hacer oídos sordos a la oposición del fiscal al pedido de suspensión, que tiene soberanía para “proporcionar más y mejores razones que demuestren la conveniencia de suspender el proceso en función de concretar las finalidades del instituto de que se trata”, y más adelante, por única razón declara que “en casos como el presente, la suspensión del juicio a prueba ofrece la posibilidad de un tratamiento más adecuado o eficaz del conflicto, conforme a los propios términos de la Convención mencionada [SIC]” advirtiendo que “no puede olvidarse, por ejemplo, los costes que para la propia víctima, a menudo, implica la realización de un juicio oral”. Y concluye que, “desde esta perspectiva, cerrarse a las soluciones alternativas en estos casos tampoco parece una postura adecuada o eficaz”. Nuevamente el cliché se revela pura retórica, porque sin ignorar los costes que podría representar para la presunta víctima que fuese llamada a colaborar en el proceso, lo cierto es que el a quo sólo ha tenido en miras el pedido del imputado y se ha olvidado de la presunta víctima, y del especial estatuto de protección aplicable en el caso. Sobre esto ha arrojado luz el representante del Ministerio Público que ha tomó parte en la audiencia.

El a quo se ha limitado a considerar que el representante del Ministerio Público que se había opuesto al pedido de suspensión no había dado argumentos suficientes, “máxime, teniendo en cuenta que la presunta damnificada [MBG], no ha podido ser ubicada para la audiencia en que se trató la cuestión”. Remito a lo dicho en el punto 2 sobre mi interpretación de que no es necesario que el Ministerio Público exponga los fundamentos de su negativa a dar consentimiento a la suspensión. En cualquier caso, es claro que el a quo no ha prestado atención a la



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

presunta víctima en muchos sentidos. Primero, porque el art. 76 bis CP dispone que la persona presuntamente damnificada sobre el hecho sea oída sobre la reparación ofrecida, lo que requiere del Tribunal una actividad dirigida a darle posibilidad real y útil de ser oída. En el caso se constata que la citación a la niña fue despachada a la comisaría de la jurisdicción del domicilio de la niña a las 13:06 hs. del día anterior a la audiencia (fs. 158 vta. del principal), y que la audiencia se llevó adelante al día siguiente, a las 11:15 hs., en su ausencia, sin cerciorarse de que hubiese tenido oportunidad útil de ejercer su derecho a ser oída. Por toda constatación se asienta en el acta que “la presunta damnificada [MBG], no se encuentra presente, pese a que fue citada mediante télex y se intentó entablar comunicación telefónica con ésta, pero siempre dio resultado negativo” (SIC, fs. 159). El Tribunal ni siquiera se cercioró de que la citación despachada por telex en la víspera de la audiencia hubiese sido entregada a alguien, ni tampoco de cuándo ni con qué frecuencia se había intentado el contacto telefónico.

Pero además el a quo ha ignorado dos disposiciones del derecho internacional de derechos humanos que eran pertinentes y aplicables en el caso. En efecto, el art. 7, inc. f, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer impone a los Estados parte “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”. El Tribunal Oral no ha asegurado en este caso el acceso efectivo de la presunta víctima a los procedimientos.

Finalmente, ha ignorado las obligaciones de garantía asumidas por el Estado según el art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe que “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. El Tribunal Oral decidió llevar adelante la audiencia de suspensión y resolver sobre el pedido sin

asegurarse de que la niña, o un representante, o un órgano apropiado, pudiesen ser oídos sobre los intereses de la niña. Como se señala en el primer voto, existía por lo demás suficiente base legal en la ley de Ministerio Público para inferir que era imperativo dar intervención a un asesor de menores. Sin embargo, el Tribunal no ha hecho nada efectivo para asegurarse de oír a la niña, o a un representante, ni tampoco al órgano establecido en la estructura jurídica doméstica para exponer sobre los mejores intereses de la niña. En conclusión, afirmó reiteradamente que tenía soberanía para encontrar la mejor “solución al conflicto”, sin oír a la niña afirmó de modo genérico que la continuación del proceso implicaría costes para ella, cuya sustancia no concretó, y en definitiva satisfizo la pretensión del imputado haciendo oídos sordos respecto de quienes por la ley y las Convenciones citadas debían ser oídos.

En vista de esta grave arbitrariedad, en otras condiciones adheriría a la sanción de nulidad propuesta en el primer voto. Sin embargo, mi disenso sobre el alcance de la falta de consentimiento de la fiscalía en el marco del art. 76 bis CP conduce a una solución distinta, esto es a la revocación de la suspensión para que continúe el proceso, y ese resultado torna inoficiosa la sanción de nulidad.

Tal es mi voto.

En razón del mérito del acuerdo que antecede, la **Sala II** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE:**

**HACER LUGAR** al recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, **ANULAR** la resolución recurrida y **REMITIR** las actuaciones a un nuevo tribunal que se asignará por sorteo de estilo, a efectos de que se realice una nueva audiencia en la que la víctima sea oída, contando con representación legal suficiente, y así resolver en consecuencia, sin costas (art. 76 bis, tercer párrafo, segunda parte, CP y arts. 123, 173, 293, 455, 456, 471, 530 y 531, CPPN).

El juez García ha participado de la deliberación y ha emitido su voto, mas no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2  
CCC 9443/2014/TO1/CNC1

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N. y LEX 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal para que asigne por sorteo el nuevo tribunal que habrá de intervenir en las presentes actuaciones. Sirva la presente de atenta nota de envío.

Luis F. Niño

Eugenio Sarrabayrouse

Ante mí:

Paula Gorsd

-Secretaria de Cámara-