

EXPEDIENTE: XXX - - F., M. A. - CAUSA CON IMPUTADOS

**SENTENCIA NÚMERO: QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO** En la ciudad de Córdoba, a los diecinueve días del mes de diciembre de dos mil dieciocho, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, con asistencia de las señoras Vocales, doctoras Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos "**F., M. A. p.s.a. abuso sexual agravado reiterado -Recurso de Casación-**" (SAC XXX), con motivo del recurso de casación deducido por el doctor R. O. V., a favor del imputado M. A. F., en contra del Auto n° 213, del 4 de septiembre de 2017, dictado por la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de la ciudad de Río Cuarto.

Abierto el acto por el señor Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- I.** ¿Ha sido erróneamente aplicado el art. 76 bis del CP?
- II.** ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Sebastián Cruz López Peña, Aída Tarditti y María Marta Cáceres de Bollati.

**A LA PRIMERA CUESTION**

**El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:**

**I.** Por Auto n° 213, de fecha 4 de septiembre de 2017, la Cámara en lo Criminal, Correccional y de Acusación de la ciudad de Río Cuarto, sala unipersonal, en lo que aquí interesa, resolvió: “**1)** Rechazar la solicitud de suspensión del juicio a prueba formulada por el imputado M. A. F., con costas. **2)** Oportunamente fijese

día y hora de audiencia de debate” (f. 180).

**II.** El doctor R. O. V., a favor del imputado M. A. F., interpuso recurso de casación bajo el motivo sustancial (art. 468 inc. 1 CPP) de la referida vía impugnativa (ff. 187/194).

**1.** En concreto, recrimina que la resolución en crisis ha tenido por vinculante la opinión negativa del ministerio público fiscal acerca de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, basándose para ello en las disposiciones del art. 360 bis, que no estaba vigente al momento del hecho. Por ello, sostiene que se han quebrantado los principios de irretroactividad de la ley penal (art. 2 CP) e igualdad (art. 16 CN). Esto último en cuanto para ciertas personas será viable apartarse de la opinión del órgano acusador y para otros no.

Transcribe el hecho endilgado al acusado F., el dictamen fiscal y los fundamentos de la decisión del tribunal.

Seguidamente, denuncia que la sentenciante en un supuesto muy similar al de autos otorgó el beneficio.

Pone énfasis en que el acusado es un anciano de ochenta años de edad y que está transitando la última etapa de su vida.

**2.** Por otro lado, bajo el epígrafe “Inconstitucionalidad del art. 360 bis CPP”, cuestiona que el Ministerio Público Fiscal sea quien deba decidir sobre la viabilidad del instituto de la *probation*, toda vez que –reitera– ello lesiona los principios de ley penal más benigna e igualdad ante la ley. Esto último, explica, en cuanto se da un tratamiento desigual al negarse la procedencia de la suspensión del juicio a prueba solicitada por F.

cuando ese mismo tribunal en los autos “Mazzoni” se lo concedió basándose en la edad de la víctima.

En definitiva, solicita se conceda la suspensión del juicio a prueba al imputado M. A. F..

**III.** Corrida la vista pertinente, el Sr. Fiscal General, por dictamen P- N° 367, de fecha 6 de junio de 2018, sostuvo que debía desecharse el planteo de inconstitucionalidad contenido en el recurso de casación en cuanto la discusión acerca de la constitucionalidad en contra de resoluciones definitivas o equiparables a tal solo podrá efectuarse a través del recurso previsto por el art. 483 CPP.

Sin perjuicio de ello, señaló que el art. 360 *bis* CPP entró en vigencia cinco días antes que el imputado formulara el pedido de *probation* y la cuestión no resultó encausada bajo las formas dispuestas por la nueva normativa. Esta última aclaró no introdujo ninguna novedad o alternación en relación la necesidad de consentimiento del Ministerio Público Fiscal (ff. 201/205).

**IV.** Del análisis del embate recursivo surge que el impetrante se agravia en cuanto el *a quo* ha tomado como vinculante un dictamen fiscal basándose para ello en una normativa más perjudicial y posterior al hecho acusado (art. 2 CP). Además, sostiene que hubo una lesión al principio de igualdad en cuanto el tribunal en supuestos similares ha concedido el beneficio.

A fin de dar respuesta al planteo, en primer lugar se analizarán las constancias de la causa pertinentes, luego se efectuará el abordaje del marco legal relevante para tratar el caso y finalmente, se dará una respuesta relativa al gravamen denunciado. **1. Constancias de la causa:**

**1.1.** Al imputado M. A. F., se le atribuye el delito de *abuso sexual agravado reiterado* (arts. 45, 119 primer y último párrafos en función del inc. “b” del cuarto párrafo CP). Ello pues, “con fecha no determinada con exactitud pero que es dable ubicar en un período de tiempo que comprende desde el mes de octubre del año 2013

hasta presumiblemente el mes de enero del año 2014, en circunstancias en que L.F. de 19 años concurría los fines de semana al (...) lugar en el que habita su abuelo M. A. F., este contra la voluntad de la misma, le habría efectuado

tocamientos inverecundos y de clara significación sexual en zonas pudendas. Accionar que habría desplegado el mencionado M. A. F. en un número indeterminado de ocasiones en el interior del domicilio citado precedentemente y en inmediaciones del predio” (hecho único de la requisitoria fiscal de citación a juicio obrante a ff. 85/99, confirmado por el Juzgado de Control y Faltas de la ciudad de Río Cuarto mediante auto n° 57 de fecha 18/5/16 obrante a ff. 110/117).

Resulta prudente señalar que la víctima L.F, padece de retraso mental moderado (ver certificado de discapacidad emanado del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba de f. 5).

**1.2.** Elevada la causa a juicio, el acusado F., con patrocinio letrado, solicitó la suspensión del juicio a prueba, ofreciendo pagar a favor de la damnificada la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) en cuatro cuotas mensuales y consecutivas de cinco mil pesos (ff. 165/169).

**1.3.** Al corrersele vista al Ministerio Público Fiscal, dictaminó negativamente sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, brindando argumentos vinculados a criterios de oportunidad y política criminal que tornaban necesario la realización del juicio. Específicamente sostuvo que se trata de un caso de violencia de género y nuestro país ha aprobado la Convención de Belém do Pará que obliga a los estados partes a condenar toda forma de violencia contra la mujer. En igual sentido, recordó que rige la ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Además, resaltó que el supuesto de autos se encuentra inmerso en la ley de Violencia Familiar, específicamente el art. 5 inc. “c” de la ley 9.283.

Seguidamente citó jurisprudencia relativa a que casos vinculados a cuestiones de género y violencia familiar deben ser esclarecidos y por lo tanto sometidos a debate. A continuación, aseveró que el imputado valiéndose de su relación de parentesco con

la víctima –abuelo- y de la imposibilidad de ella para expresar libremente su consentimiento –discapacidad-, adoptó un rol de superioridad, dominación, manipulación, control y poder, “consificándola” -sic-.

Fundó su postura, también en la instrucción general n° 11 emanada por la Fiscalía General de la Provincia de fecha 25/2/11 (f. 173/175).

**1.4.** En lo que aquí concierne, el tribunal de mérito resolvió denegar el beneficio de la *probation* solicitado por el acusado mediante auto n° 213, de fecha 4 de septiembre de 2017 (ff. 176/180). Para arribar a esa solución, luego de reseñar el dictamen del señor fiscal, señaló que, el consentimiento del ministerio público fiscal resulta insoslayable para habilitar la *probation* siempre que se encuentre debidamente fundado y no resulte arbitrario, situación que aseveró se daba en autos. Es así que enfatizó que el dictamen fiscal se encontraba fundado en los compromisos internacionales asumidos por nuestro país que tornan inaplicable la suspensión del juicio a prueba para hechos que constituyen una manifestación de violencia de género o contra la niñez, cualquiera sea la manera en que aquella se exteriorice. Agregando que *“ninguna manera resultan viables soluciones compositivas cuando el delito se instala sobre una relación asimétrica, por lo cual frente a una norma general que habilita un medio alternativo, será a cargo del juez la ineludible tarea de escrutar cada caso sometido a su conocimiento para hacer efectiva la tutela constitucional que dispensan las normas supranacionales, en resguardo de los derechos humanos de la mujer y especialmente de los niños a una vida sin violencia. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém Do Pará", y la Convención de los Derechos del Niño imponen al Estado el castigo de este tipo de conductas para evitar que su impunidad constituya una forma indirecta de tolerancia sobre esta clase de obrar”* (f. 179 vta.).

## **2. Marco legal.**

### 1.1 Valor del dictamen fiscal.

En reiteradas oportunidades este Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que el consentimiento del Fiscal resulta insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, 4to. párrafo CP (T.S.J., Sala Penal, "Oliva", S. n° 23, 18/4/2002; "Gómez", S. n° 160, 7/11/2006; "Smit", S. n° 35, 14/3/2008; "Heredia", S. n° 343, 16/9/14, "Martínez", S. n° 59, 20/3/15, "Pereyra", S. n° 239, 25/7/14, entre otros). Ello es así, pues el enunciado normativo que proclama el referido requisito, contiene una regla semánticamente autosuficiente, exenta de vaguedades o ambigüedades que lleven a confusión. De consiguiente, la gramaticalidad de la norma *perjudica insanablemente* una interpretación distinta y se erige en vallado insalvable que impide la apelación a todo otro canon de interpretación en procura de arribar a una conclusión diferente. Tal tesitura, es consecuencia de la vinculación de este instituto con el principio procesal de *oportunidad*. Evidentemente, puesto que rigen aquí los criterios de política criminal que hacen a la oportunidad de mantener la persecución penal, "deben quedar en manos exclusivas del órgano promotor de la acción y no de quien ejerce la jurisdicción, y el tribunal no está habilitado para examinar la razonabilidad del pedido o de la oposición" (cfr. García, Luis M., "La suspensión del juicio a prueba según la doctrina y la jurisprudencia", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, nros. 1 y 2, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 365; en igual sentido, De Olazábal, Julio, *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 75). Lo dicho no empece a que, en caso de que el dictamen fiscal, debido a su *palmaria irrazonabilidad* o su *total falta de fundamentación*, consolida el ejercicio arbitrario de una función que le es propia al acusador -la requirente-, el tribunal pueda prescindir, en forma excepcional, de la verificación del requisito legal y conceder la *probation* aun cuando el representante del ministerio público se haya expedido en sentido

contrario.

Es que, la ley procesal penal de la provincia -n° 8123-, en su artículo 154, se ocupa de la forma de actuación de los representantes del ministerio público fiscal, estableciendo, en lo que aquí interesa, que los mismos *formularán motivadamente sus conclusiones, bajo pena de nulidad*.

En ese contexto, se ha dicho que el referido dictamen del Ministerio Público Fiscal puede versar sobre si se trata de un caso excluido del beneficio -v.gr., por el monto y clase de pena, o porque en el delito hubiese participado un funcionario público-, o si por las condiciones del imputado y del hecho acusado, no sería procedente la condena condicional.

Además, la vinculación de la suspensión del juicio a prueba con el principio procesal de oportunidad justifica que el representante del órgano público de la acusación dictamine sobre la procedencia de la *probation* solicitada en casos particulares, haciendo hincapié en razones no estipuladas de conveniencia y oportunidad político criminales (Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Del Puerto, Bs. As., 2001, p. 165) o en la necesidad que el caso se resuelva en juicio. Ahora bien, estos últimos extremos no permiten que el dictamen pueda estar fundado de cualquier modo, y tampoco impide que su decisión pueda ser sometida a control judicial sobre su legalidad y razonabilidad.

Repárese que, para un ejercicio adecuado de la mentada función, las razones político criminales que el ministerio público puede alegar deben versar sobre la conveniencia de la persecución respecto al caso particular que se analiza y deben ser razones que, según el ordenamiento jurídico, puedan ser tomadas en cuenta para una decisión de ese carácter (Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, cit., p. 161).

No resulta ocioso recordar aquí que, las razones que puede alegar el fiscal al

pronunciarse sobre la procedencia de la *probation* no deben apartarse de la doctrina sentada por el tribunal de casación, sin desarrollar argumentos que, por su carácter novedoso, no hayan sido considerados aún por este último Cuerpo y revistan potencial idoneidad para modificar la concepción sostenida por tal Tribunal Superior (TSJ, Sala Penal, "Etienne", S. n° 103, 17/10/2003; "Rodríguez", S. n° 46, 31/5/2004; "Brunelli", S. n° 143, 16/12/2005; "Melchior", S. n° 2, 10/2/2006, "Pérez" *supra* cit., entre otros).

### **1.2 Marco convencional.**

a) En primer lugar, resulta prudente recordar los lineamientos expuestos por esta Sala en el precedente "Trucco" (S. n° 140, 15/4/2016) y luego seguida en "Ferreyra" (S. n° 267, 22/6/16), "Medina" (S. n° 273, 23/6/16) y "Dotto" (S. n° 391, 6/9/16) entre otros, en relación a los siguientes puntos:

\* Del conjunto de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones de los organismos supranacionales competentes), emerge el nexo entre discriminación y violencia contra la mujer. La violencia a la que refieren estos instrumentos jurídicos internacionales, tiene como rasgo identitario central el de configurar una manifestación de la discriminación por la desigualdad real entre varón y mujer, pues es ejercida contra la mujer "*porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada*" (Comité CEDAW, Recomendación General n° 19), "*basada en su género*" (Convención Belém do Pará, art. 1). Es irrelevante que el agresor integre o no una relación interpersonal con la víctima o sea un agente del estado, que ocurra la violencia en el ámbito privado o público, en tanto se posicione respecto de la mujer en un binomio superior/inferior, tratándola con violencia física, psicológica o sexual por su género. Es decir, como alguien que no es igual, y por eso, no se le reconoce fácticamente que cuenta con un ámbito de determinación para su personal proyecto de vida, de allí la demostración de poder, dominación o control por la violencia.



\* La circunstancia que autor y víctima se encuentren vinculados por una relación interpersonal (pareja, ex pareja, noviazgos), presenta la violencia familiar como un caso sospechoso de violencia de género, ésta demanda de la subsunción convencional. La subsunción típica del hecho, es el presupuesto necesario para abordar la subsunción convencional.

Las características de la violencia de género emergen del contexto, que no se puede apreciar aislando solo el suceso que se subsume en el tipo penal, porque requiere la exploración de la relación autor/víctima, sin caer en estereotipos, a través de informes o pruebas técnicas que incluyan también las personalidades de ambos, y el análisis de las características cualitativas de la violencia, en vista al rasgo identitario central de la violencia de género.

\* Todo caso sospechoso, debe ser investigado en lo atinente al contexto para descartar o confirmar si se trata de violencia de género, porque los estados que han suscripto la Convención CEDAW y Belém do Pará están obligados a proceder con la diligencia debida para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar actos de violencia por motivos de género.

Ante un “caso sospechoso” de violencia de género, como lo son los de violencia doméstica, la debida diligencia no se agota en la investigación acerca de si el hecho se subsume en un tipo penal, sino que se debe indagar el contexto relevante convencionalmente acerca de la vinculación superior/inferior de autor y víctima, a través de pruebas adecuadas y sin incurrir en una valoración y utilización estereotipada y sesgada de la misma. Esta es una carga del acusador público, “*ex officio*”.

**b)** Por otra parte, en relación a la violencia sexual en contra de la mujer, recientemente esta Sala ha precisado que “el marco convencional en el que debe situarse a la violencia sexual en contra de la mujer, se encuentra conformado por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

(CEDAW), la Recomendación General n° 19 del Comité CEDAW y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém Do Pará) (TSJ, S. n° 412, 12/10/18, “Romero”-, S. n° 416, 12/10/18, “González”) La Recomendación n°. 19 del Comité CEDAW especifica el nexo entre discriminación y violencia contra la mujer, en tanto explicita que el art. 1 de la Convención CEDAW que define la discriminación incluye "la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada" y, a su vez, ésta incluye “actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual...” (Num. 6).

La Convención Belém do Pará contiene una regla muy clara que incluye la violencia sexual en la violencia contra la mujer y refiere que entiende por tal a la violencia 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” (art. 2, a).

Este plexo convencional de la máxima jerarquía normativa -ya que la Convención CEDAW tiene rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN) y la Convención Belém do Pará es un Tratado (art. 31CN)-, ha orientado las reformas de la legislación interna. A nivel nacional, la ley 26.485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), a la que adhirió la ley provincial 10.352, establece entre los tipos de violencia sexual “cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia,

así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”.

Asimismo, el art. 2 de la ley 10.400, que modifica el art. 3 la ley 9283, incluye dentro de la violencia familiar “toda acción, omisión o abuso dirigido a dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psicológica, moral, psicoemocional, sexual y/o la libertad de una persona en el ámbito familiar, aunque esa actitud no configure delito”.

**c) Consecuencias del marco convencional y legal.**

\* En cuanto a la procedencia o no de la suspensión del juicio a prueba si concluida la investigación se acredita con probabilidad el contexto que permite la doble subsunción (típica y convencional), no hay posibilidad de otra alternativa distinta al debate oral en el juicio, conforme a la interpretación efectuada por la Corte, en tanto las referencias de la Convención de Belem do Pará relativas al “*procedimiento legal justo y eficaz para la mujer*”, incluye “un juicio oportuno” (art. 7, inc. f), (CSJN, G. 61. XLVIII., Recurso de Hecho, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa nº 14.092”, 23/4/2013, Consid. 7°).

En caso contrario, esto es, si al concluir la investigación o en oportunidad posterior existe duda acerca de la subsunción convencional, porque en la indagación del contexto no emerge con probabilidad aquello que configura el rasgo identitario de la violencia de género para las reglas convencionales, por tratarse de un caso aislado que no presenta gravedad, porque no se presenta el pasaje por el ciclo de victimización, ni menos el uso sistemático de la violencia en cualquiera de sus modalidades aunque no sean relevantes penalmente, utilizadas por el agresor varón en relación a la víctima mujer como manifestación de poder, dominio o control, no están clausuradas (TSJ, “Trucco”, cit., “Ferreyra”, cit., “Dotto”, cit).

**3. Análisis de los fundamentos del dictamen y la resolución denegatoria.**

**3.1.** La simple lectura de los argumentos vertidos por el Ministerio Público Fiscal (reseñados en el apartado IV, punto 1.3) permite advertir que su conclusión contraria a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba por razones de política criminal de modo alguno carece de fundamentación.

Téngase presente que uno de los puntos neurálgicos del dictamen fiscal negativo recae sobre que el caso que nos ocupa está comprendido en la problemática denominada violencia de género, donde resultó víctima una joven en condición de vulnerabilidad por su discapacidad (conforme el concepto dispuesto por “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” en su Capítulo I, Sección 2°, punto 3.7). Subsunción convencional, que no ha sido discutida por el recurrente.

El representante del ministerio público examinó el caso particular realizando un juicio de conveniencia y oportunidad político criminal a los fines de evaluar la pertinencia del otorgamiento del mentado beneficio. Consecuentemente, luego de realizar un análisis del contexto en que sucedió el hecho (ámbito familiar), la naturaleza del mismo (discriminación por género y diversidad funcional), como así también la normativa vigente, resolvió denegar el beneficio solicitado, por cuanto entendió que esta clase de hechos requiere la realización del juicio a fin de lograr la conclusión del problema.

Es decir, el ministerio público fiscal, en definitiva, construyó su opinión negativa sobre la procedencia de la *probation* en razones de conveniencia y oportunidad que tornaban necesario la realización del debate para este tipo de casos, argumentos que hacen a su función específica como titular de la acción penal (LOMP, art. 9 inc. 3°). Es así que el fiscal de cámara puso especial énfasis en la posición dominante que se hallaba el imputado y del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la damnificada para efectuarle tocamientos con clara significación sexual.

En dicho análisis, cobra especial relevancia que el informe realizado por la psicóloga tratante de L.F. que da cuenta que ella padece dificultades para comunicarse por causa de su retraso mental (f. 28). Circunstancia que, permite inferir que esta tenía mayores obstáculos para expresar la agresión que habría padecido.

De lo dicho, es dable concluir que nos encontramos en un supuesto donde la víctima ha sufrido una discriminación múltiple -por ser una mujer con diversidad funcional-. Ahora bien, no puede pasar por inadvertido que la cámara hace alusión a la Convención sobre los Derechos del Niño (f. 179), cuando en realidad, L.F, es una mujer adulta con un retraso mental moderado. Ello pone en relieve la necesidad de remarcar que las sentencias judiciales que no tienen en cuenta el enfoque de la discapacidad constituyen una *barrera actitudinal* a las necesidades específicas de las personas con diversidad funcional que evita su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás (inc. “e” del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y aprobado por nuestro país mediante la ley 26.378, sancionada el 21 de mayo de 2008).

Recuérdese que la Corte IDH ha afirmado que en esa convención “se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas. En este sentido, (...) toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es

necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos...” (Corte IDH, sentencia de 31 de agosto de 2012, caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, considerandos nº 133 y 134).

En esa oportunidad la Corte IDH aclaró que: “no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y **adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras**” (Corte IDH, “Furlan y familiares vs. Argentina”, cit., considerando 134) -el resaltado me pertenece-.

Es por ello que el caso bajo análisis debe ser examinado de manera interseccional, no solo desde el enfoque de género sino también el de discapacidad. Es decir, teniendo en cuenta la realidad diferencial de la mujer no estándar.

En ese sentido, es dable destacar que la perspectiva de la discapacidad es considerada un derecho humano y brinda mecanismos para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con diversidad funcional, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas.

Cabe aclarar que si bien, históricamente género y discapacidad han sido contemplados aisladamente, es necesario reconocer la transversalidad de ambos enfoques. Ello pues, “las situaciones de exclusión y discriminación son complejas y las estrategias de

solución difieren de las ensayadas por las mujeres sin discapacidad” (GÓMEZ BERNAL, Vanessa. *Dis-capacidad y género: Una mirada feminista sobre la construcción social de categorías invalidantes*. Ed. Diputación Provincial de Jaén, 2013, España, P. 46).

Entonces, debe tenerse en consideración la discapacidad de L.F. en la medida que nos permite advertir que la violencia que padeció por su condición de mujer se le añadió una barrera que dificulta aun más el ejercicio de sus derechos (el aprovechamiento del acusado de la dificultad de aquella de poder comunicar los abusos a los que era sometida).

No puede dejar de mencionarse esa interacción de enfoques ha sido reconocida expresamente por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto subraya “la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad” (apartado “s” del preámbulo).

Además, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el documento “Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones (17 a 28 de septiembre de 2012)”, de fecha 19 de octubre de 2012, señaló como uno de sus principales ámbitos de preocupación “la precariedad de medidas que han sido adoptadas por el Estado parte para hacer frente a las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad, y lamenta la falta de una protección adecuada de sus derechos (véase CEDAW/C/ARG/CO/6, párrs. 43 y 44). Le preocupa, en particular, la ausencia de una estrategia de transversalización del enfoque de género y discapacidad, en la legislación y en los programas específicos para las mujeres; entre otros, en lo que respecta a violencia, acceso a la justicia, derechos sexuales y reproductivos y acceso al mercado

laboral” (apartado 13).

Por todo lo expuesto, puedo concluir que tratándose de un caso de discriminación por género y diversidad funcional no deviene irrazonable la denegatoria del dictamen fiscal a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en cuanto es necesario que sea esclarecido.

**3.2.** Por otra parte, corresponde señalar que si bien el art. 360 bis CPP no resulta aplicable retroactivamente al caso, la queja carece de interés, pues no se avizora como se beneficiaría el imputado. Es que, aun de excluirse la norma en cuestión no se modificaría en absoluto la solución dada en cuanto -conforme hemos expuesto precedentemente dicha regulación concuerda con doctrina inveterada de esta sala que establece que la *“oposición del Ministerio Público, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el tribunal”* (ver apartado IV, punto 2).

**3.3.** Por todo lo expuesto, al no observarse arbitrariedad, ni una palmaria irrazonabilidad en el dictamen emitido por el ministerio público fiscal, la pretensión de la defensa no puede ser acogida, habida cuenta que el tribunal de mérito, al resolver como lo hizo, actuó conforme a Derecho.

**4.** Finalmente, la discusión que trae el recurrente sobre la constitucionalidad o no del art. 360 bis CPP resulta inadmisibile por cuanto, más allá que no resulta aplicable al caso -conforme ya se ha expuesto en el párrafo anterior-, solo puede articularse a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 483 CPP y no a través de un planteo de inconstitucionalidad inmerso en el recurso de casación.

Es que, el recurso de inconstitucionalidad es la vía que sirve para impugnar *“la ley misma; el vicio consiste -en ese recurso- no ya en aplicar erróneamente la ley, sino simplemente en aplicarla”* (de la Rúa , ob. cit., p. 285). Por lo tanto, el quejoso habría escogido una vía impugnativa inadecuada – art. 483 CPP-.



Cabe señalar -una vez más, que según doctrina consolidada de la Sala- que el principio *iura novit curia*, permite superar errores de encuadre legal entre las distintas causales de un mismo recurso, no así cuando el error versa sobre la elección del recurso extraordinario local (inconstitucionalidad o casación), atendiendo a las diferencias cualitativas de ambas vías y a la distinta competencia (TSJ, Sala Civil, "Imaz de Maubecin, Ana María c/Municipalidad de Córdoba - Daños y perjuicios -Recurso directo-", S. n° 75, 2/10/96; TSJ, Sala Penal, "Guzmán Prósperi", S. n° 165, 24/6/2013, entre muchos otros).

Ello es así, por cuanto si bien el principio de la formalidad *-particularmente acentuado en los recursos extraordinarios-* ha sido atenuado, no ha llegado a receptor legal ni jurisprudencialmente, el llamado recurso indiferente, conforme al cual el tribunal puede adecuar la instancia recursiva a los parámetros legales supliendo vicios o deficiencias, máxime cuando *no se trata de un simple error material en su designación*, ya que la fundamentación del recurso exterioriza la consciente elección de una vía equivocada (TSJ, Sala Civil, "Imaz de Maubecin...", cit.).

Por lo expuesto, voto negativamente.

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

El señor Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

**La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati dijo:** Estimo correcta la solución que da el señor Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma. Votando, como consecuencia, de igual forma.

**A LA SEGUNDA CUESTION**

**El señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña dijo:**

En virtud del resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de

casación interpuesto por el doctor R. O. V., en su carácter de defensor del imputado M. A. F.. Con costas (arts. 550 y 551 CPP).

Así voto.

**La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:**

El señor Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

**La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati dijo:** Estimo correcta la solución que da el señor Vocal doctor Sebastián Cruz López Peña, por lo que adhiero a la misma. En consecuencia, voto de igual forma. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; **RESUELVE:**

Rechazar el recurso de casación interpuesto por el doctor R. O. V., en su carácter de defensor del imputado M. A. F.. Con costas (arts. 550 y 551 CPP). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

TARDITTI, Aida Lucia Teresa  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta VOCAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SOSA LANZA CASTELLI, Luis María  
SECRETARIO/A GENERAL DEL T.S.J