En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los seis días del mes de julio del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Roberto Adrián B.s, Omar Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"T., L. J. s/Dcia - Trelew" (Carpeta 5.898 Ofiju Tw – Legajo 55.272 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública, contra la resolución Nro. 716/15 OJ Tw dictada en fecha 23/03/16.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 22/06/16 en la sede de este tribunal, intervino el imputado A. M. L. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) y la abogada adjunta de la Defensa Pública, Dra. Romina Rowlands.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián B.s y Omar Florencio Minatta.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Vienen estos folios a consideración de esta Cámara en lo Penal a fuerza de la impugnación ordinaria materializada por la abogada de la Defensa Pública Romina Rowlands, quien se agravia de la resolución de la Juez Mirta Moreno por la que deniega la solicitud de suspensión del proceso a prueba intentada a favor de su cliente A. M. L..

En primer lugar, destaca la letrada en su escrito recursivo, desarrollado en la audiencia celebrada ante estos estrados, que entiende que la oposición fiscal a la concesión de la *probation* no es una simple falta de consentimiento, sino, por el contrario, debe ser un control de legalidad.

En segundo lugar, estima que debe fundarse concretamente que el encierro es conveniente en el caso

concreto, citando doctrina del miembro de esta Cámara, Juez Minatta.

Seguidamente, aduce que el caso se enmarcó como un caso de violencia de genero pero no consta en la acusación la descripción de ese extremo, no fundándose, tampoco, en la condición de mujer de la víctima.

Por último, se agravia la defensa de que la resolución alude a que el fallo "Góngora", de la CSJN, es "un límite infranqueable", desconociéndose con ello otras Convenciones Internacionales.

2.- Puesto a analizar la resolución atacada, debo recordar una vez mas que, tal como he dicho en autos **"C., S. G. s/denuncia – Trelew", carpeta 4119 OJ Tw, Legajo 30592 MPF**, *"…La suspensión del proceso a prueba… constituye el derecho a que se paralice temporalmente a su favor el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, a su pedido…"* y que la *"…consideración del instituto como un derecho del imputado –y no de mera gracia del poder requirente-, surge sin dudar de la previsión legal de las condiciones de admisibilidad las que de presentarse en el caso deben conducir indefectiblemente a la concesión de la suspensión…".*

También dije que *"…de presentarse en el caso la petición del imputado y, para los supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis, la inexistencia de antecedentes y la posibilidad (teniendo en cuanto los montos de pena previstos en la parte especial) que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, de acuerdo a las mandas del art. 26, CP, indefectiblemente debe concederse el instituto, no pudiendo crearse (jurisdiccionalmente y menos de la mano del Ministerio Publico Fiscal) requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad."*

3.- En el caso, más allá de la significación o alcance que debe darse al requisito de "consentimiento fiscal" que la ley prevé, se advierte que la Sra. Juez resuelve en el sentido que no puede otorgarse la SJP por

que el hecho motivo de acusación es uno de los incluidos en la "Convención de Belem do Para", lo que hace improcedente el acceso al derecho de acuerdo al fallo "Góngora" de la CSJN.-

Ya en autos **"T., N. S. s/Denuncia – Rw" (Carpeta 5346 OJ Tw – Legajo 8335 OUMPF Rw) – Sent. 01/15 del 21/01/15"** me explayé sobre aquel precedente de la Alta Corte. Creí entender que el cimero Tribunal se decidió por la inadmisibilidad de la concesión del derecho de la suspensión del proceso a prueba –art. 76 bis, código penal- en los casos de violencia de género por entender que de ese modo se atentaría contra las finalidades generales propuestas en la "Convención de Belem do Pará", esto es, prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. Art. 7, párrafo 1).

Ello así, para poder acatar la doctrina señalada, es necesario verificar, previamente, si el caso bajo análisis ahora puede válidamente subsumirse como un caso de violencia de género.

4.- Para tal fin, tal como dije en el voto que referí en segundo lugar, es útil evocar algunas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (órgano competente para dilucidar los contenciosos en que se denuncia el incumplimiento de la Convención).

En el caso **"Perozo y otros vs. Venezuela"**, de 28 de enero de 2009, el Tribunal asume como probados que en Venezuela entre la época de octubre de 2001 y agosto de 2005, se vivió *"una situación política y un contexto de "amenazas [y agresiones] a comunicadores sociales"* (Corte IDH Párrafo 57), en este escenario se presentaron hechos de *"agresión y amenaza continuada contra periodistas, camarógrafos, fotógrafos y demás trabajadores de los medios de comunicación social."* (Corte IDH Párrafo 58). Los representantes indican que de *"los hechos objeto del presente caso, […] el 80% fueron perpetrados contra mujeres periodistas de Globovisión"*, (Corte IDH Párrafo 288). Añadieron que *"de*

las 12 mujeres, algunas fueron agredidas de manera repetida en dos, tres y hasta cuatro oportunidades", y que por ello el Estado es "*responsable de violar el derecho a la integridad personal de estas personas, en conexión con el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.*" (Corte IDH Párrafo 288).

Contra la pretensión, la Corte señaló que los representantes se basan principalmente en un criterio cuantitativo para alegar que los hechos de agresión se produjeron "en razón del sexo" de las presuntas víctimas y que no explicaron en qué medida los hechos probados "resultaron agravados por su condición de mujer", o cuáles hechos y en qué forma fueron desproporcionados para las mujeres.

Según la CIDH tampoco fundamentaron sus alegatos bajo la existencia de actos que configuren "violencia contra la mujer" según los artículos 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará y precisó que ***"no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará"***, exigiendo que debe demostrarse que las agresiones fueron ***"especialmente dirigidas contra las mujeres"*** (Corte IDH Párrafo 295).

5.- Luego, en el caso "**González y otras vs. México**" (Campo Algodonero), de 16 de noviembre del mimo año, la Corte tuvo por probado que el día 6 de noviembre de 2001 fueron encontrados en un campo algodonero de la ciudad de Juárez los cuerpos de tres mujeres llamadas Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, de 20, 15 y 17 años respectivamente (Corte IDH, párrafos 165, 166, 167, 209). Los cuerpos de las mujeres presentaban rasgos de haber sido "violadas y abusadas con extrema crueldad" (Corte IDH, párrafo 210). Allí si entendió el Tribunal que la violencia ejercida en contra de las tres mujeres

del caso transgrede dicha Convención, puesto que sobre los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez: *"Se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer"* (Corte IDH, párrafo 228). Se ha probado que las mujeres víctimas *"sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte"* (Corte IDH, párrafo 230).

Por las razones anteriores, la Corte determina que las jóvenes del caso *"fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará" y se "considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez"* (Corte IDH, párrafo 231).

De la comparación de los dos precedentes resulta evidente que para la CIDH no cualquier ataque a bienes jurídicos de una mujer resultan atrapados por la Convención y, en todo caso, es menester acreditar tales extremos en forma concreta.

6.- Bajo esa óptica, resulta entonces una afirmación dogmática la opinión fiscal acerca de la subsunción del caso en la Convención de marras, toda vez que no se acredita –ni se menciona siquiera, sino hasta el alegato en contra del beneficio- que el abuso sexual investigado sea un caso de violencia contra la mujer motivado por alguna razón de género concreta mas allá de haber seleccionado como víctima a un niño de ese sexo.

Recordemos la imputación. A fojas 20 del legajo fiscal se lee textualmente: *"En el periodo comprendido entre los meses de agosto Y el día 12 septiembre de 2014, en un horario aproximado entre la tarde noche, en el domicilio sito en Casa N° X, del B. P., de la localidad de las Plumas, el Sr. A. L. (morador), ingreso a la habitación matrimonial, donde se encontraba la niña T. T., quien contaba con 7 años de edad, la cual se encontraba jugando en una computadora, es en esa*

circunstancia, con pleno conocimiento del significado de sus actos y con el propósito de satisfacer su morbo libidinoso, se sentó en una silla y coloco a la menor sobre sus piernas, la agarró por los extremos de su cintura y le hacía "para arriba y para abajo", no quedando ahí su acción para posterior tomarla por la zona de la nuca intentándole agachar la cabeza con destino a sus genitales, inmediatamente, tomo la manito de la niña y se la llevo a sus genitales" indica la niña: me tomo la manito y me hacía tocar por donde los varones hacen pis", por encima de la ropa.”

Nada se dijo, hasta el inicio de la audiencia, acerca de que el hecho investigado hubiera sido cometido por motivaciones contra el género.

Luego, en la audiencia de debate, instado el pedido de suspensión del juicio, el Sr. Fiscal invoca el precedente “Góngora” y advierte que en los casos de violencia de género hay que garantizar la tutela judicial efectiva y que la SJP no permite determinar la responsabilidad.

La Sra. Jueza, no solo admite la aplicación del precedente sino que, sin dar razones, sentencia que en todo caso de violencia sexual contra una niña nos encontramos en una cuestión contra el género mujer.

7.- Resulta razonable pensar, tal como ha señalado el órgano de aplicación, que no todo hecho contra una mujer pueda ser subsumido en la letra de la Convención y menos, como en el caso, en el que la consecuencia inmediata es cercenar derechos reconocidos por la legislación interna tal como la suspensión del proceso a prueba –art. 76 bis, CP-.

Recuérdese que es el mismo Artículo 1 de la Convención el que define el alcance de su vigencia. Así expresa: “*(p)ara 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 público como en el privado" (la negrita me pertenece).

Además, es sabido que *"el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos (…) así como una forma primaria de relaciones significantes de poder… el género responde a la lógica de un sistema binario que opone la hembra al macho, lo masculino a lo femenino, rara vez sobre bases de igualdad, sino, por lo general, en términos jerárquicos (Conway (et. al), 1998, p. 177)…"* (citado en "La convención Belém Do Pará un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la corte interamericana, a 16 años de su entrada en vigor"; Diana Marcela Bustamante Arango-Paola Andrea Vásquez Henao; Civilizar 11 (20): 15-36, enero-junio de 2011).

Sobre la construcción cultural del concepto, ha sido clara la profesora María Luisa Maqueda Abreu al explicar que: *"El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género."* ("LA VIOLENCIA DE GÉNERO. Entre el concepto jurídico y la realidad social"; Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; ARTÍCULOS; ISSN 1695-0194; RECPC 08-02 (2006)).

8.- Interesante resulta también recurrir a los antecedentes legislativos internacionales, para verificar cual es el objeto concreto de protección. Así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de

diciembre de 1993 reconoce que ésta *"constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre".*

En sintonía con ello, la Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16 de septiembre de 1997 que la vincula *"al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso o político...".*

Por último, la IV Conferencia Internacional de Beijing de 1995 proclama que la violencia contra las mujeres es *"una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que ha conducido a la dominación masculina, a la discriminación y a impedir el pleno desarrollo de la mujer".*

9.- Por ello, circunscrito el ámbito de aplicación de la Convención –y las consecuencias que podría aparejar en el derecho interno argentino- a situaciones en las que concretamente se hubiera acreditado que el móvil de cualquier forma de violencia contra la mujer (físico o psicológico) sea el hecho de pertenecer al sexo opuesto, y no habiéndose acreditado en el caso tal extremo, carece la opinión fiscal de debida fundamentación por lo que debió el Juez de la audiencia rechazar dicho fundamento y, al encontrarse todos los demás requisitos previsto por la ley para su dictado, conceder el derecho de suspender el juicio.

Entonces, corresponde revocar la resolución de la Juez Moreno por haber sido fundada en un dictamen fiscal que, más allá de su carácter vinculante o no, presenta

a todas luces una fundamentación aparente al subsumir el hecho imputado en una calificación jurídica que invoca no permitir la suspensión del juicio a prueba, pero que no se encuentra acreditada, según las reglas del contradictorio, mediante evidencia que así lo permita presumir.

En definitiva, voto por la revocación de la resolución en crisis, por la concesión de la suspensión del proceso a prueba, y tal como he votado asumiendo competencia positiva en autos: **"S., N. p.s.a. de robo agravado por el uso de arma - Trelew"**, sentencia del 11 de diciembre de 2014, corresponde, por razones de economía procesal, a fin de no recargar la agenda de audiencias de los Jueces Penales y por no causar agravio alguno al haber solicitado las condiciones a que deberá ser sometido el imputado en la audiencia respectiva la defensora, habrán de fijarse en esta instancia las pautas del art. 27 bis.

En concreto, quedar sometido por el plazo de un año (art. 76 ter) a la fijación de domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control; quedar sometido al control de dicha dependencia debiendo presentarse ante sus autoridades semestralmente; realizar tareas no remuneradas para la comunidad, en su localidad de origen, por el tiempo mínimo de 40 horas (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

10.- Conforme al modo de resolver, postulo que las costas deben ser soportadas por el acusado (art. 241 CPP), , regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en TREINTA Y CINCO (35) JUS, por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-15 (antes decreto-ley 2.200) y, art. 59 de la Ley V-90 (antes ley 4920)

El Juez Roberto Adrián B.s dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por la jueza penal

Mirta del Valle Moreno, corresponde ahora revisar la decisión por la cual denegara el beneficio de la suspensión del juicio a prueba instado por el imputado A. M. L., con oposición de la representante del Ministerio Publico Fiscal.

2. La magistrado resolvió no hacer lugar al pedido, diciendo que la aplicabilidad del instituto debe ser analizado a la luz de las obligaciones internacionales dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, como así también las que protegen al niño de todo abuso físico y mental. Dijo también que la naturaleza de la acción imputada y las circunstancias en las que habría sido llevada a cabo, impiden afirmar que el hecho sea uno de los que el Estado pueda calificar como de escasa trascendencia penal.

Teniendo en consideración la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, denominada también como Convención de Belem do Pará, Ley 26.485 y la Convención para la Eliminación de todas la formas de discriminación contra la mujer, como así también la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, estimó la señora Juez que la violencia contra las mujeres importa una grave violación a los derechos humanos más básicos, prescribió que el abuso sexual configura un supuesto de violencia sexual contra la mujer y, por lo tanto un problema de género.

Con ello, siendo que la Convención internacional es directamente operativa en el marco de los ordenamientos internos de los países firmantes, y que el Estado Argentino ha asumido un compromiso que debe cumplir para evitar la condena internacional, consideró la magistrado que el hecho endilgado al pretenso encuadra en la definición de violencia contra la mujer, dada por la Convención de Belem do Pará (artículos 1° y 2°), y en la protección del menor, en aras al interés superior del

niño, contenido en la Convención de los Derechos del Niño. Estimó también que por la pena conminada en abstracto para el delito de trato, la oposición fiscal a la concesión del instituto le resulta vinculante y denegó así el beneficio.

3. Mucho se ha dicho de los supuestos del inciso cuarto del articulo 76 bis del código penal, sobre todo en lo que a la posibilidades de los jueces se refiere, cuando existe oposición de un fiscal al otorgamiento del instituto.

Hoy día no se discute que para que esa oposición inhabilite la concesión, la misma ha de ser debidamente fundada. No cualquier oposición puede provocar *per se* la denegatoria del otorgamiento.

Entiendo errado interpretar que la suerte de la decisión judicial correrá a la par de un dictamen fiscal, del que en caso de ser una oposición, solo será sometido a un control formal de existencia de fundamentos. El juez debe valorar severamente el contenido de dicha oposición, puesto que la negativa de la fiscalía no puede estar fundada por cualquier causa.

3.1 Yendo al caso que nos ocupa, corresponde adentrarnos al contenido de la resolución de la juez, e incluso de los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal, a efectos de verificar si resultan atendibles para poder fundar la negativa a la concesión de la suspensión del proceso a prueba.

El fiscal general invocó como impedimento legal, los términos de la Convención de Belem Do Para, puesto que la victima presuntamente abusada es una niña. ¿Encuadra dicho hecho en *violencia contra la mujer*, presupuesto basal del Convenio?. Adelanto que entiendo que no.

El articulo 7 de dicho Convenio claramente habla del objetivo tenido en cuenta por los Estados partes contra todas las formas de violencia contra la mujer, por lo que convinieron en adoptar, sin dilaciones, políticas

orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

¿Qué es *"violencia contra la mujer"?.*

El hecho concretamente acusado por la fiscalía al enrostrado, es el ocurrido en *"el periodo comprendido entre los meses de agosto y el día 12 septiembre de 2014, en un horario aproximado entre la tarde noche, en el domicilio sito en Casa N°X, del B. P., de la localidad de las Plumas, el Sr. A. L. (morador), ingreso a la habitación matrimonial, donde se encontraba la niña T. T., quien contaba con 7 años de edad, la cual se encontraba jugando en una computadora, es en esa circunstancia, con pleno conocimiento del significado de sus actos y con el propósito de satisfacer su morbo libidinoso, se sentó en una silla y coloco a la menor sobre sus piernas, la agarró por los extremos de su cintura y le hacía "para arriba y para abajo", no quedando ahí su acción para posterior tomarla por la zona de la nuca, intentándole agachar la cabeza con destino a sus genitales, inmediatamente, tomo la manito de la niña y se la llevo a sus genitales indica la niña "me tomo la manito y me hacía tocar por donde los varones hacen pis", por encima de la ropa."*

El artículo primero del instrumento ya citado define *violencia contra las mujeres* de la siguiente manera: *"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 público como en el privado…".*

Con estos conceptos, no advierto que el acto sexual abusivo presuntamente cometido por L. se haya *basado* en el género de la niña.

Con ello, doy razón a quien impugna cuando dice que yerra el fiscal y la juez al sostener que el caso bajo análisis es un caso de violencia de género, puesto que para dar ese adjetivo, es necesario que al menos se

anuncie que los presupuestos fácticos de la teoría fiscal, son agravados justamente por la condición de mujer de la victima. La fiscalía no lo hizo en la teoría de su caso, solo la incluyó al momento de oponerse a la concesión del beneficio.

Contrario sensu, absurdo e inadmisible sería considerar que con la misma plataforma fáctica, variando solo el genero de la victima abusada, la suerte del instituto denegado habría sido diametralmente opuesta. Con ello, el principio de igualdad podría verse seriamente comprometido.

En un planteo similar ocurrido en autos "T., N. S. s/Denuncia – Rw" (Carpeta 5346 OJ Tw – Legajo 8335 OUMPF Rw) – Sent. 01/15 del 21/01/15" dije lo que en este voto sostengo: *"….: se debe de poner el ojo en el hecho, y cotejarlo con el concepto que el cuerpo que integra el bloque constitucional prevé."*

"Así es, si existe elementos para considerar que en un caso, la violencia contra la mujer existe, es debidamente fundado por la parte acusadora en su oposición, el beneficio puede validamente denegarse en función del Convenio, tal cual lo decidió la Corte Suprema de Justicia de Nación. "

"En el acápite 5 del voto mayoritario del precedente ´Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092´ – CSJN del 23/04/2013, se extrae que el Alto
Tribunal no ingresó al análisis de la subsunción del hecho al texto convencional, por no haberse cuestionado ello en el recurso, y partió directamente desde el fondo de la cuestión, con la jurisprudencia conocida. Ello así, concluyo que antes de dar trascendencia al Convenio y su posible consecuencia en la concesión o denegación de beneficios como el aquí revisado, se debe de verificar que el mismo sea aplicable. Y ese paso es el procedimiento que faltó realizar en los presentes actuados. La sola circunstancia del género de la victima

no puede ser suficiente motivo para estimar aplicable las previsiones del Convenio y sus consecuencias.”

Por todo lo dicho, soy de la idea que la subsunción del caso acusado al encartado por parte del Ministerio Publico Fiscal a los términos de la "Convención de Belem do Pará", aprobada por la ley 24.632, no puede ser opuesta para el otorgamiento del beneficio.

Ello así, corresponde en consecuencia votar por la revocación de la decisión impugnada.

3.2 A mas abundar, debo decir que en el versado desarrollo de fundamentos de la fiscalía, no ha incluido en su oposición circunstancia que tenga que ver la posibilidad (o mejor dicho, imposibilidad) de una condena de ejecución condicional para con el acusado en caso de ser hallado culpable tras un eventual debate; circunstancia que podría llevar el análisis de la decisión judicial a otra perspectiva.

4. Con todo lo dicho la aplicación del instituto en la especie procede, y toda vez que ha existido una sustanciación previa de las reglas de conductas y del plazo de duración de la suspensión, y por no causar agravio alguno, razones de estricta celeridad, en procura de evitar preenvíos que demoran y burocratizan innecesariamente la solución concreta del caso, se impone tomar competencia positiva, e imponer que en el plazo de un año (art. 76 ter) a A. M. L., con domicilio sito en casa *X* de la localidad de Paso de Indios, la obligación de fijar domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control, someterse al control de dicha dependencia a la que deberá presentarse cada seis meses. Así también, en ese plazo máximo, deberá cumplir con tareas no remuneradas para la comunidad, en su localidad de origen o bien donde se designe, por el tiempo mínimo de 40 horas (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

5. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, adhiero a lo propuesto por el primer votante de esta sentencia.

Así voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Se queja la defensa de la decisión jurisdiccional que le deniega a su defendido el ejercicio efectivo a suspender el proceso a prueba, argumentando que los fundamentos son incorrectos, toda vez que se limita a repetir lo que dictamina el fiscal, discutiendo, además, la afirmación del juez en cuanto a la vinculación de lo dictaminado por el titular de la acción penal.

Lleva la razón la defensa, toda vez que los argumentos que el juez hace suyos y toma del fiscal, son fruto de una interpretación amplia de la normativa que rige el caso, tanto la del código penal como la de la Convención internacional, tal como veremos seguidamente.

2. En primer lugar, antes de analizarse el tema de la obligatoriedad del dictamen fiscal, corresponde efectuar primero el control de legalidad del mismo. Recordemos que el control de legalidad por parte de los jueces no implica sustituirse en las valoraciones e interpretaciones del Ministerio Público, so pena de invasión de facultades constitucionales propias de los fiscales, sino que tal control implica sólo verificar si la posición del acusador está sustentada dentro de una interpretación posible de la ley, aunque no estemos de acuerdo con ella. En este caso, estimamos que la opinión fiscal carece de fundamentos que puedan apoyarse en normas legales, por lo que no puede ser ello un obstáculo para la aplicación del instituto.

En tren de dar razones, recordemos que el único modo de denegar la suspensión del juicio a prueba -en los casos que corresponde condena de ejecución condicional o sea mínimo de tres años de prisión o inferior y primera condena- es demostrar, en forma acabada y fundada en pruebas empíricas, que el

encarcelamiento efectivo del imputado es conveniente, postura que se extrae, a contrario sensu, de los parámetros establecidos por el artículo 26 de nuestro código penal. En efecto, éste establece que procederá tal condena, cuando se demuestre la inconveniencia de aplicar efectivamente la prisión.

Esto es así, por la estrechísima relación en cuanto a los fines de la condenación condicional y la probation. La primera, se funda en el carácter deteriorante que necesariamente conlleva la privación de libertad, por lo que se la trata de evitar dejando en suspenso su ejecución concreta, en tanto con la probation lo que se busca es adelantar los efectos de la condenación condicional. Como puede observarse, ambos institutos coinciden en esta finalidad principal con la ventaja de la probation en cuanto acorta la estigmatización que acarrea el desarrollo de todo un proceso y una eventual condena, a la par que se pueden destinar esos recursos a las causas más graves, además de considerarse un instrumento de simplificación procesal y de alternativa al encierro tradicional, todo lo cual nos autoriza a sostener que la probation es el equivalente de la condenación condicional para la etapa del juicio. (Cfr. ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, Ediar, Bs As, 2000, págs. 921/930).

En suma, todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente, tiene derecho a la suspensión del juicio, por lo que si se quiere denegarlo, deberá fundarse expresamente la conveniencia concreta del cumplimiento efectivo, en caso de eventual sentencia condenatoria. Este talante de fundar expresamente la prisión efectiva, cuando resulta formalmente admisible la condenación condicional, fue recibido en un fallo reciente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos términos: “si bien los jueces argumentaron que sólo la aplicación de la

condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del C.P.), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los Magistrados que la disponen" (del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti CSJN 8/8/2006, caso "Squilario").

Si esto es así, si los objetivos pueden alcanzarse con alguno de los dos institutos, no tiene sentido llegar al juicio y obtener una sentencia, cuando el mismo imputado no quiere y está demostrado, mínimamente, que él es responsable en grado de probabilidad de su accionar.

Con este marco teórico, solo resta exigir para la operatividad del derecho a la suspensión del juicio, el cumplimiento en el caso concreto de los supuestos legales exigidos en el artículo 26 del código penal. Es decir, primera condena, montos mínimos que no superen los tres años de prisión e inconveniencia de cumplimiento efectivo para el imputado, extremo éste último que está debatido, pues ello podría implicar un juicio subjetivo basado en cuestiones aún no probadas y que podría así lesionar el principio de inocencia. De todas formas, en este caso es muy claro la concurrencia de "primera condena" y posibilidad de que el monto punitivo sea inferior a tres años, tal como lo permiten los tipos penales en juego.

Esta lectura de la normativa es posible, si traemos a colación aquello de que se debe tener siempre en cuenta para interpretar la ley penal las pautas que surgen de

los caracteres de *"ultima ratio"* y *"pro homine"*, receptados en "Acosta" por nuestra CSJN, caso paradigmático de interpretación de la ley penal. Pero también son importantes para ello, una serie de instrumentos internacionales que tienen vinculación con el caso. Nos referimos específicamente a las "Directrices sobre la Función de los Fiscales", aprobadas por la Asamblea Gral. de la ONU del año 1990 en Cuba. En este sentido las citadas directivas establecen que los estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan por la vía judicial, no solamente para aliviar la carga de los tribunales, sino también evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y condena, disponiendo que los fiscales consideraran debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente, o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. Todo ello implica que las Naciones Unidas insisten en el carácter de última ratio del sistema penal en la resolución de los conflictos y de que en todo momento se deben privilegiar las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de prisión.

3. En segundo lugar, no es de recibo el argumento de que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer Convención de Belem do Pará, aprobada por ley 24.632- impide a los imputados el ejercicio de tal derecho en esos casos. En esta senda, independientemente de que éste sea o no un caso de violencia de género, si lo fuera hipotéticamente, tampoco tal calificación obstaría a la procedencia del instituto.

Esto es así, porque, tal como lo dijimos en otras causas- ver "Martínez" (sentencia de fecha 07/08/2012),- entre otros argumentos, el deber de sancionar con normas

penales la violencia física o psíquica contra las mujeres, que impone la citada Convención en su artículo 7, se encuentra suficientemente satisfecho con la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, pues éste instituto es también una respuesta penal al imponer privación de derechos. Dijimos en la citada causa, tratando de refutar la posición que estima que el deber de estipular normas penales sólo se cumpliría realizando el juicio oral y público, que esta novedosa jurisprudencia no consulta el verdadero contenido y alcance del citado deber.

En efecto, la Argentina al suscribir y ratificar la citada Convención, se obligó -entre otras cosas- a reaccionar penalmente frente a esos hechos, pero ello no implica que necesariamente esa reacción obligue a llegar hasta la etapa de juicio, puesto que también la aplicación de la suspensión del juicio a prueba implica una reacción penal en estos casos de solución diferente a una condena, pero solución al fin. Es decir, estimar que la aplicación de la suspensión de juicio a prueba no es una reacción penal establecida por una ley penal -como parece sugerir la citada jurisprudencia-, debería llevar necesariamente a afirmar que estamos ante un instituto de naturaleza no penal, es un absurdo. Con o sin el instituto, se ejerce poder punitivo sobre el imputado, si por tal entendemos no sólo la aplicación concreta de una pena, sino también la privación de derechos específica.

En otras palabras, para determinar la naturaleza punitiva del instituto basta con observar su funcionamiento fáctico y normativo, el que nos muestra que el mismo presupone y acarrea situaciones que implican ejercicio claro de poder punitivo, tanto por la existencia misma del proceso penal, como por las obligaciones que se le imponen al probado y que entrañan verdaderas limitaciones y sacrificios de derechos, amén de que no podrá gozar, durante un tiempo prolongado, de

una segunda suspensión. Si esto es así, son enteramente aplicables a tal ejercicio del poder punitivo, todas las limitaciones constitucionales y legales que tratan de reducirlo y contenerlo mediante la consiguiente interpretación del mismo signo.

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

En primer término, cabe traer a colación el principio de legalidad, mirado éste desde la regla de máxima taxatividad, considerado hoy el último y más refinado fruto de la evolución de aquel principio. Esta regla obliga a los legisladores a esforzarse para establecer con la mayor precisión posible la conducta prohibida y toda limitación de derechos en materia penal, mediante el agotamiento de los recursos técnicos lingüísticos, descartando la utilización de términos vagos o demasiados ambiguos o valorativos sin referencias empíricas respecto de los cuales no se puede saber qué es lo prohibido, aspecto del principio que se denomina máxima taxatividad legal.

En tanto la cuestión se presente de esta forma en las formulas legales implicadas, no necesariamente debe declararse su inconstitucionalidad -salvo groserías como la falta de verbo típico o términos de extrema imprecisión- sino que se puede salvar este último extremo, efectuando una interpretación conforme al segundo aspecto de la regla de taxatividad contenida en el principio de legalidad y que se conoce como principio de máxima taxatividad interpretativa o interpretación restrictiva que exige acoger, entre dos interpretaciones, aquella que más límites imponga al poder punitivo o, desde otro ángulo, aquella que más derechos reconoce al imputado en derecho penal. Todas estas afirmaciones derivan directamente de la función

política del derecho penal, que no es otra que contener y reducir al máximo la irracionalidad estructural del poder punitivo, determinados por la selectividad y falta de solución de los conflictos que lleva anejo como una de sus características. Este es el fundamento que sostiene, en realidad, el carácter de *ultima ratio* de la ley penal y el puntal mismo del principio *pro homine* en la interpretación, traídos a colación con agudeza por la defensa técnica. Este talante en materia interpretativa, ha sido consagrado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo señero que enseña clara y sencillamente cómo debe interpretarse la ley penal: no basta con utilizar los métodos tradicionales, sino que la ley penal exige una complementación específica de principios propios, tales como los citados de *ultima ratio* y *pro homine* (cfr. CSJN, in re "Acosta", Fallos 333:358, 23/04/2008).

Entrando al caso de autos, la sentencia afirma que la normativa internacional establecida en la Convención de Belém do Pará es la que impide el ejercicio de tal derecho en todos aquellos procesos penales en que una mujer haya sido víctima de violencia, en este caso de abusos sexuales, sosteniendo que el instituto de la suspensión a prueba no funcionaría aquí, al existir un obstáculo legal, formal, que hace a la legalidad, y que tanto los fiscales como los jueces deben acatar en los dictámenes y en las sentencias. Así, se afirma que la aplicación del instituto a este caso sería contraria a la ley aplicable al caso, entendiendo en el concepto de ley los tratados internacionales enunciados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución. Sin embargo, a poco de ahondar en la lectura de tal posición, se advierte que no se determina con precisión cuál sería el deber concreto y efectivo que supuestamente se violaría por parte del Estado Argentino, citándose en todos los casos normas genéricas que suelen estipular los instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, se cita

el artículo 7 de la Convención que, tras plasmar en forma genérica que los Estados deben condenar todas las formas de violencia contra la mujer y adoptar todos los medios apropiados y sin dilaciones las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, establece que, además, deberán establecer los Estados procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y su acceso efectivo a tales procedimientos.

Es decir, de tal artículo, en verdad, no puede inferirse un deber de garantizar a la mujer víctima de un delito penal, una resolución jurisdiccional que sea producto de un juicio oral y público, sino el deber de garantizar una respuesta acorde con la naturaleza punitiva del caso y, repetimos, esto último se logra también con la suspensión del proceso a prueba.

En este orden, cabe merituar en particular el mencionado deber internacional asumido por Argentina de garantizar a la mujer medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, todo lo cual puede tomarse como aristas del derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas, derecho fundamental también reconocido en los instrumentos internacionales. Conviene detenerse en el análisis de esta cuestión, no sólo porque ha sido traído como argumento por los acusadores, sino porque es una oportunidad para exponer y aclarar, una vez más, el entendimiento que debe darse a términos tales como acusatorio, adversarial, igualdad de armas, garantías de las víctimas, etc., al menos en el marco procesal penal chubutense. En este camino, puede observarse una confusión en cuanto al status de los derechos del imputado respecto de las víctimas dentro del proceso penal. Esta supuesta equiparación es un eco de distintos escritos de prestigiosos procesalistas argentinos, que inclusive se han quejado de la interpretación que otros

autores y operadores judiciales les dieron a sus palabras. Ejemplo paradigmático de lo que decimos es el lamento del profesor Maier, quien expresamente afirma su arrepentimiento de haber contribuido a introducir la cuestión de la víctima en el ámbito académico, dentro del derecho procesal penal, sobre todo a partir del libro "De los delitos y de las víctimas" -amén de su proyecto del año 1986-, puesto que de allí comienza la variopinta jurisprudencia y doctrina que se esfuerza en equiparar los derechos de las víctimas con los del imputado. Ello fue un grave error político de su parte, y según él contribuyó al creciente neopunitivismo. Es por ello que Maier critica el derecho de las personas a las penas, a perseguir penalmente hasta lograr el castigo, cuando ello no es función de las víctimas sino del Estado para reemplazar la venganza privada, pues nuestro sistema penal -interpretado estrictamente- no permite otorgar en exclusividad la persecución penal a las víctimas. Por ello en su proyecto aceptaba la intervención de las víctimas pero con límites, como acusador adhesivo, semejante a la intervención de terceros en el proceso civil, de forma tal que queden en claro los límites de su actuación. Dejando de lado la concepción de Maier,-en cuanto a que no acepta una acusación autónoma de las víctimas en los delitos de acción pública desligada de la imputación fiscal parecer que nuestro Código no adopta, pues expresamente ellas pueden acusar en forma independiente del parecer del fiscal-, hay que suscribir que aún así los derechos de ellas no son iguales a los del imputado, pues sería incomprensible si advertimos que éstos últimos gozan del principio de inocencia o del *in dubio por reo*, etc. -entre muchos otros- que lo distinguen netamente de aquéllas. Es por esto que ni la tutela judicial efectiva ni una supuesta igualdad de armas deben entenderse como paridad material de las partes acusadoras con la defensa dentro del proceso penal, sino

que tales derechos, cuando colisionan con los del imputado, necesariamente deben ceder, de forma tal que no puede legitimarse su derecho a buscar la condena a ultranza, sobre todo cuando existe un mecanismo como la suspensión del juicio a prueba que brinda una mejor respuesta al conflicto.

En definitiva, la tutela judicial efectiva de la mujer en este caso queda absolutamente garantizada, no sólo con el acceso efectivo al proceso penal -con todo el contenido penoso que reseñáramos-, sino también porque le quedan otras vías no penales que puede ejercitar a libertad. Con esto queda demostrado, entendemos, que los derechos reconocidos por la Convención de Belem do Pará a la mujer, no comprenden en forma necesaria la reacción penal hasta lograr la condena, sino que tal derecho debe ser pospuesto cuando existe otro que debe prevalecer sobre él, tal como el derecho del imputado a evitar los efectos deletéreos no sólo de la estigmatización, sino también de la prisionización que, cabe recordar, sufre en su inmensa mayoría los vulnerables del otro género, como lo demuestra la selectividad estructural del funcionamiento del poder punitivo, que recae en varones jóvenes y sin ningún tipo de cobertura política, económica y/o comunicacional, y que también implica una palmaria discriminación de la que no se hace cargo la citada jurisprudencia. Y dicho ello sin entrar a considerar la inutilidad de la pena como proveedora de soluciones, creencia falsa en la inmensa mayoría de los casos que lleva a postular, casi ciegamente, a la ley penal como panacea para resolver un problema social -el de los golpeadores o abusadores sobre mujeres-, punto que excede con creces las posibilidades del ámbito punitivo, y cuyo abordaje deberá efectuarse seriamente desde políticas públicas efectivas y concretas, que sean diseñadas tomando en cuenta los ejes centrales que hoy se discuten con mayor racionalidad desde el punto de

vista antropológico, punto sobre el que no nos corresponde opinar, pero sí advertir. Como lo afirma una especialista en el tema, los efectos de la dominación masculina, como única voz posible y legítima, sólo se neutralizará con la disolución de las jerarquías, lo cual es un problema básicamente cultural y, definitivamente, fuera del alcance puramente represivo (cfr. HERITIER, Francoise, Masculino / Femenino II - Disolver la Jerarquía, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2007).

En fin, con esta perspectiva cobra importancia el verdadero deber del Estado Argentino, el cual surge con claridad de la Convención de Belem do Pará, y cuyo contenido es la adopción de políticas públicas efectivas -y no simbólicas- para prevenir, investigar y sancionar toda violencia de género. Asimismo, y a fuer de ser abundantes, cabe recordar que la interpretación de una Convención debe ser conjugada en forma armónica con otras normas del sistema internacional de protección de derechos humanos que, precisamente, ponen entre paréntesis la afirmación de que todos los delitos deben ser llevados a juicio o que la pena sea la reacción estatal más aconsejable. Sabemos que una de las características del derecho internacional reside en la multiplicidad de fuentes, siendo las más importantes las Convenciones y las Declaraciones Universal de Derechos Humanos y Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Junto a ellas existe un numeroso conjunto de instrumentos no convencionales que comprenden reglas, principios y directrices sobre derechos humanos, conocidas como "reglas de soft law", y de las que surgen criterios detallados para interpretar los instrumentos internacionales, en tanto sean pertinentes a la materia. Para el caso que tenemos a decidir, son importantes tanto las Directrices sobre la Función de los Fiscales (aprobadas por la Asamblea General de la ONU en 1990 en Cuba), como las Reglas

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

Por todo lo anterior entendemos que la sentencia carece en el punto de fundamento legal, al presentar como un obstáculo un supuesto deber internacional de nuestro Estado, el que se sostiene en normas genéricas e indefinidas de la Convención -tal como vimos-, por lo que propiciamos que se revoque la resolución en crisis, se conceda la suspensión del proceso a prueba y se impongan las condiciones del artículo 27 bis propuestas por el colega que lidera el acuerdo, conforme a las que ofreciera el imputado.

4. Costas: Adhiero a lo manifestado por el colega que lidera el acuerdo en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios a la letrada interviniente.

Así lo voto.-

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

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado A. M. L., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a favor del nombrado respecto del delito por el cual fuera sometido al presente proceso penal;

3) Imponer a A. M. L. por el término de UN AÑO (art. 76 ter), las siguientes condiciones: 1) Fijar domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control; 2) Someterse al control de dicha dependencia, debiendo presentarse ante la misma en forma semestral; 3) realizar tareas no remuneradas para la comunidad, en su localidad de origen, en la cantidad de cuarenta (40) horas (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód.
Penal);

4) Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en TREINTA Y CINCO (35) JUS, por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo

establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-15 (antes decreto-ley 2.200) y, art. 59 de la Ley V-90 (antes ley 4920); y

5)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián B.s

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada con el Nro. 17/2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-