Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Cámara en lo Penal
PUERTO MADRYN

---------- En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los treinta y un días del mes de Marzo del año dos mil diecisiete, en la Cámara en lo Penal de esta ciudad de Puerto Madryn tras haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres.

Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Rafael LUCCHELLI y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: **"O., D. S/ DENUNCIA AMENAZAS S/ IMPUGNACIÓN",** Carpeta Nº 4790 y Acum. 5558 OFIJU -

Expte. Nº 01/17 CPPPM**,** seguidos contra G. S., hijo de J.

B. y B. H. H., nacido en la ciudad de Puerto Madryn,

Provincia de Chubut, el día 06/04/1981, soltero, instruido, empleado, DNI Nº XXXXXXXX, domiciliado en calle C. Nro. XXXX de esta ciudad. Ello, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Penal Dr. G. L., contra la Resolución de fecha 06 de diciembre de 2016 registrada bajo el Nº 3442/16 OFIJU, por la que el Sr. Juez Penal Dr. Francisco Marcelo ORLANDO dispusiera no hacer lugar a la aplicación del instituto de Suspensión del Juicio a Prueba formulado por la defensa técnica del imputado y consentido por el Ministerio Público Fiscal (conf. art. 7º inc. b, f y g, Convención Belem Do Pará, art. 76 bis 4º párrafo, contrario sensu CPN), por el hecho ocurrido en esta ciudad de Puerto Madryn, el 22 de diciembre de 2015 y del que resultara víctima la Sra. L. N. O.. ----------

---------- Intervino por la Acusación la Fiscal General Dra. Mabel COVI, y por la Defensa Técnica el Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Penal, Dr.

G. L..----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI, Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Dr. Rafael

LUCCHELLI.----------

--------- Los agravios traídos por la representante del Ministerio Público Fiscal y el Sr. Defensor Técnico fueron los siguientes:---------- En su libelo recursivo el Abogado Adjunto de la Defensa Pública

Dr. L., interpone recurso de impugnación contra la Resolución Nº 3442/2016, en la que el Juez Penal, Dr. Marcelo ORLANDO, rechazó la aplicación de la Suspensión del Proceso a Prueba a favor de su pupilo procesal, entendiendo el quejoso que la misma carece –en su motivación- de fundamentación lógica y legal, conforme lo estipulado en el Art. 25 del CPP y 169 inc. 1 de la Constitución

Provincial.----------

---------- Fundamentó en su escrito que el Magistrado supeditó la concesión del instituto a requisitos no contemplados legalmente, particularmente en el monto indemnizatorio solicitado por la víctima O., consistente en el pago de

doscientos cincuenta mil pesos.----------

---------- Manifestó que esa suma fue discutida en el marco de una Conciliación –art. 47 del CPP-, la que resultó frustrada por el elevado monto peticionado por la Sra. O., y que el imputado no puede afrontar.---------- Explicó que, luego de ello, el Ministerio Público Fiscal formuló la acusación correspondiente, y en forma previa a la audiencia de debate solicitó la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba, dado que su representado reunía todos los requisitos y condiciones establecidas en el Código de Fondo, entendiendo al respecto el *a quo* que no correspondía su aplicación, en base a la intención de la víctima del cobro del monto ya mencionado.----------

----

---------- Asimismo, señaló que el Magistrado en su argumentación encuadra el caso en un supuesto de Violencia de Género, cuando la víctima no es su pareja o ex pareja ni

los une ningún otro tipo de relación.----------

Finalmente indica que se contó con el consentimiento de la Dra. COVI, representante del Ministerio Público Fiscal, y solicitó se revoque la sentencia puesta en crisis y se otorgue la aplicación del Instituto de *Probation*.---------- Efectuada la audiencia prescripta por el Art. 385 del CPP, el Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Penal, Dr. G. L. alegó y amplió siguiendo los lineamientos de los agravios contenidos en su escrito de impugnación, y a su turno la Fiscal Dra. Mabel COVI adhirió lo expresado por el Defensor.----------

-- ---------- El Dr. L. ratificó en todos sus términos, reiterando las críticas realizadas en el escrito recursivo, y ampliándolas.----------

---------- Arguyó que el Magistrado ORLANDO, al denegar la aplicación del Instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba, cuando fue consentida por la representante del Ministerio Público Fiscal, violó el sistema acusatorio, así como la garantía de imparcialidad del Juez, sosteniendo asimismo que la resolución resulta

arbitraria.---------- -----

---------- Explicó que el Juez, al momento de resolver, analizó un hecho respecto del que el acusador público no había acusado, extralimitándose en sus

funciones.----------

---------- Esgrimió que si bien el delito endilgado –lesiones graves- tuvo como víctima a una mujer, en ningún momento fue investigado bajo la perspectiva de violencia de género, tal como lo afirmó el Magistrado.----------

Consideró distintos puntos de vista respecto a lo que se entiende por violencia de género. Así, analizó los presupuestos de la Convención Interamericana sobre la Prevención, Sanción y erradicación de toda violencia contra la mujer –Convención de Belem do Pará-

, en cuanto que manifiesta que la mujer tiene que transitar su vida libre de cualquier tipo de violencia, sea en el ámbito público como privado; y la obligación estatal de erradicar toda forma de violencia contra la mujer, o que la mujer tiene el derecho de transitar toda su vida lejos de cualquier forma de discriminación.---------- ---------- Continuó analizando la Convención Americana de Derechos Humanos -Arts. 1 y 24-, y explicó que de la Opinión Consultiva 4/84 de la Corte Interamericana establece directamente la unidad de naturaleza de género humano y es inseparable de la dignidad esencial de las personas frente a la cual es incompatible toda situación que -por considerar superior a un determinado grupo- conduzca a tratarlo con privilegio o que a la inversa - considerarlo inferior- lo trate con hostilidad, o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen quienes no se consideran incursos en tal situación.---------- ---------- Así, sostuvo que la violencia de género es la que se manifiesta a través de la discriminación y que tiene como consecuencia la inhibición de la capacidad de la mujer para gozar y ejercer sus derechos y libertades, en un pie de igualdad con el hombre. ---------- ---------- Expresó que desde el punto de vista victimológico o de género, la mencionada violencia se manifiesta a través de estadios o ciclos de violencia que pasan por una situación de tensión a la eclosión aguda por parte del agresor, y luego a la denominada “luna de miel”, siendo estos ciclos cada vez más violentos; finalizando el presente análisis refiriendo que otra manera de manifestarse es a través de ideologías que tiene la persona, fuertes y contrarias a la mujer, donde el hombre actúa en relación a ella, utilizando la fuerza, amenazas o cualquier tratamiento coactivo.---------- ---------- Criticó que en el presente caso, más allá de la lectura del hecho contenido en la sentencia, no se entiende el

razonamiento del Magistrado ORLANDO o los datos que tuvo en consideración para concluir que existió

violencia de género.---------- ---------- Explicó que para determinar la existencia de violencia de género es necesario realizar una doble subsunción, una típica –que requiere la existencia de una conducta contra la mujer- y otra convencional. Para ello primero se requiere la existencia de una conducta violenta contra la mujer, lo que se analiza mediante ciertas pruebas que ha de realizar el MPF. Consideró que si de esas pruebas se puede determinar que realmente existe violencia de género a través de la discriminación, habría una doble subsunción y estaría vedad la posibilidad de realizar cualquier solución alternativa; pero que ello no ha sucedido en este caso.--- ---------- Insistió que en el presente caso no hay violencia de género, puesto que si se analiza el hecho se concluye que éste hubiese ocurrido

indistintamente en el caso de ser la víctima un hombre –o mujer-.---------- ---------- Finalmente, solicitó la revocación de la sentencia recurrida y la aplicación, por parte del Tribunal revisor de la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba, en razón de no poseer su pupilo procesal antecedentes, sumado a que la Fiscal prestó su consentimiento y la víctima tiene expedita la acción civil.---------- La Fiscal General, Dra. Mabel COVI, acompañó lo postulado por el Dr. L.. ---------- ---------- Hizo lectura de la acusación que se formulara contra S. por el hecho ocurrido el día 22 de Diciembre de 2013, y que surge de la pieza

acusatoria.---------- ---------- Señaló que la Fiscal a cargo de la investigación oportunamente calificó el hecho

conforme el delito de lesiones graves, sin el agravante de violencia de género, ya que ello no surgió de la investigación. En ese sentido indicó que esa fue la calificación sostenida al momento de realizarse la audiencia

preliminar.---------- ---------- Analizó la conciliación que tuvo lugar durante la etapa de investigación, refiriendo al respecto que la víctima, Sra. O. –aclarando que no es familiar del imputado- solicitó la suma de doscientos cincuenta mil pesos para acceder a la conciliación, monto que resulta excesivo y el que no puede ser afrontado por el imputado; motivos por los que no hubo acuerdo y se realizó

acusación.---------- ---------- Expresó que llegados a la audiencia de debate, y previo haber dialogado con el Defensor del imputado, luego de constatar los presupuestos procesales, se solicitó al *a quo* la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba.--- ---------- Insistió la acusadora que en ningún momento ese Ministerio planteó que en el caso existiera violencia de género, por lo que entendía que era procedente dicha aplicación.---------- ---------- Criticó la sentencia del Dr. ORLANDO en cuanto que consideró no encontrarse acreditado su consentimiento para la aplicación del Instituto, recordando que la Sra. O. ya se había manifestado en relación a la reparación y que resultaba innecesario volver a consultarla, refiriendo que no asiste razón al

Magistrado al supeditar la voluntad de la víctima a la aplicación de la *Probation*.---------- ---------- Señaló la Dra. COVI que, si bien no se explicó puntualmente la probabilidad de la ejecución condicional en caso de recaer condena -art. 76 bis inc.

4º del CP-, el MPF cuando se pronunció a favor de la aplicación del instituto de la SJP consideró que para el caso de recaer condena la misma hubiera sido de ejecución condicional, y que si fundamentó en la carencia de antecedentes del imputado.---------- ---------- Criticó al Magistrado en cuanto que, terminada la alocución de ambas partes y habiendo manifestado su arrepentimiento el imputado, no solicitó ampliar argumentos ni preguntó al respecto, pasando a resolver y modificando la calificación legal con el agravante de violencia de género, por el sólo hecho de ser la víctima de autos una mujer. ---------- Consideró que el *a quo* se extralimita y elabora un diseño de Política Criminal reservada a cargo exclusivo de las Fiscales, y citó al respecto la obra *"Suspensión de Juicio a Prueba para delitos de género"* de Cafferata Nores y Daniela Bianciotti.---------- ---------- Arguyó que los extremos de violencia de género no están dados en el presente caso, puesto que para que ello suceda es necesario que el victimario persista en su actitud –siendo éste el único hecho que sucedió con la señora O., que no tiene relación con el imputado-. Por otra parte, además se requiere que el varón ejerza sobre la víctima una violencia cuyo objeto es mantener su subordinación y su hegemonía masculina, cuestión que tampoco se da en el caso.--- ---------- Razonó que si al momento del hecho hubiera sido un varón el que estaba con su ex pareja, ayudándola a ingresar a su domicilio, el hecho se habría producido igual; no es que la lesiona porque fuera mujer. Resaltó que fue un hecho puntual y que por otro lado el propio imputado manifestó su arrepentimiento. ---------- Finalizó coincidiendo con la Defensa en cuanto a que la resolución atacada carece de fundamentación lógica y de congruencia, por lo que

solicitó se haga lugar a la concesión de la Suspensión del Juicio a Prueba respecto del Sr.

S., solución que resulta dentro del marco de las reglas de Tokio, como alternativa a una privación de la libertad.----------

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5.478).----------

---------- **La Juez Flavia F. TRINCHERI dijo:**----------

------- Reseñada al inicio los agravios presentados por las partes respecto a la denegatoria de otorgar el beneficio de suspensión del juicio a prueba para el imputado G. S., me avocaré al mérito que efectúa el Juez de grado, Dr. Francisco Marcelo Orlando. ----------

---------- El Magistrado al transcribir el hecho imputado, que fuera calificado por el Ministerio Público Fiscal como Lesiones Graves, Art. 90 del CP, concluye :

“...de su propia lectura puede observarse claramente las circunstancias "violentas" en que se produjera el mismo, por cuanto la victima ha sido "embestida" dolosamente, con un automóvil conducido por el imputado. Las características del hecho, permiten tal caracterización, aunado al contexto de violencia de género en que se produjera, por cuanto el relato del hecho afirma en su parte pertinente: "... ocasión en que se hallaba acompañada de la Sra. C. B., ex pareja del imputado, luego que esta última hubiera vivenciado una situación de violencia familiar con S.. El encartado ofuscado por la presencia de la damnificada en el conflicto, atropelló violentamente a O. ocasionándole lesiones de carácter graves". Esta caracterización, que he de efectuar del hecho fáctico traído a proceso en nada implica apartarme del principio de congruencia penal, por cuanto tal situación de género, se desprende objetivamente del mismo como

así de las propias constancias de autos y en consecuencia corresponde su valoración, aún dentro de la calificación legal

esbozada por el órgano Fiscal..." ---------- ---------- En relación a esta ponderación que efectúa el Juzgador, opino que excede sus facultades, errando y consecuentemente viciando de nulidad insalvable su resolutorio. Doy razones.---------- ---------- Tengo la férrea convicción que el Tribunal debe ser exhaustivo al efectuar el control de logicidad y fundamentación ya que así está facultado por el legislador como órgano jurisdiccional. ---------- ---------- Respecto al control de legalidad que le cabe a los Jueces ante un acuerdo de partes, así lo he dicho en autos "**Comisaría Distrito 2do. s/investigación tentativa de homicidio r/víctima M. A. L.**" Carpeta 4702 -Legajo Fiscal 44995, Sentencia Nro. 16 del 3/12/2014: "... *El acuerdo de partes –por el sólo hecho de serlo- concertado entre Fiscal y Defensor, resulta insuficiente para que sea homologado sin más por el Judicante. Éste debe resolver conforme al Art. 25 del CPP y en esa inteligencia, si los hechos no han sido debidamente enmarcados en el derecho –como en el presente caso-, el tribunal se encuentra legitimado para resolver como lo hizo, toda vez que es el último garante de la legalidad*.---------- ---------- ---------- En el caso que nos ocupa, el Juzgador yerra al efectuar una interpretación tan lineal en la comprensión que, tratándose de una mujer lesionada, ello por sí solo constituía "violencia de género" y no podía hacer lugar al beneficio solicitado. ---------- ---------- Del relato del hecho y de la fallida conciliación intentada con la víctima O. y la Mediadora Dra. N., se advierte que la nombrada sólo tenía una pretensión económica (excesiva o no) sin surgir

de ello ninguna arista que haga pensar que se trata de un caso de violencia de género. ----------

---------- Le asiste razón al Defensor cuando argumenta en la audiencia de impugnación: *"...Haciendo un paralelismo con el caso que nos trae a esta audiencia, nada de esto hasta el momento ha ocurrido, o por lo menos no hemos sabido más allá de la lectura que he hecho de la sentencia del Dr. Orlando, que ha llegado a esa conclusión, y en base a qué datos, o en base a qué análisis. Se puede también analizar esta violencia, violencia de género, desde el punto de vista victimológico o de género, aquella violencia que se manifiesta a través de estadios o ciclos de violencia donde transita una acumulación de tensiones entre la pareja, en la comunicación de la pareja... También podemos analizar el punto de vista donde esta violencia se va a manifestar a través de ideologías que tiene la persona, fuertes y contraria a la mujer, es decir, actúa con relación a la mujer por el sólo hecho de ser hombre, utilizando la fuerza, amenazas o cualquier tratamiento coactivo para infundir miedo o algún tipo de conductas que él desea..".*---------- ---------- Se advierte que ninguno de estos supuestos se manifiesta del relato fiscal, al mismo tiempo que la representante de ese Ministerio explica porque no surgió de la investigación tal situación que el Juzgador en su análisis, tiene por cierta. ----------

---------- Opino que el Juez efectuó un análisis abstracto, ya que arguyó que la Convención de Belém Do Pará no admite la posibilidad de aplicar la suspensión de juicio a prueba en un caso de violencia contra la mujer. ----------

- En el presente caso, la señora O., acompañaba a la ex pareja del nombrado, la señora B. C. con quien previamente sí había vivido una situación de violencia familiar y, S.,

dominado por un estado de ira, arremete con su vehículo contra O., acompañante de su ex mujer. ---------- Si encuentro acertada la crítica del Juez Orlando al señalar que la víctima no fue anoticiada de la celebración de la presente audiencia, falencia ésta que la propia Fiscal Dra. Covi reconoce. Sin perjuicio de ello, concatenando la pretensión económica de la señora O. (que manifestara en una audiencia de conciliación), el actual acuerdo propuesto por las partes y la manifestación de S. al expresar que no puede abonar la alta suma de dinero reqeurida y ofrece la donación de leche a una entidad pública y su presentación ante la Oficina de Supervisión, se concluye aún mas que no estamos ante un caso de violencia de

género propiamente dicho. ---------- ---------- Si así fuera y las partes pretendieran que su propuesta prosperara, habrían ofrecido como condición que el imputado, por ejemplo, no se acercara a la víctima, no se relacionara con ella en forma violenta, no molestara, etcétera; todos supuestos que se dan para paliar la desigualdad intrínseca que existe entre ambos géneros frente a los delitos con este contenido de violencia en razón de ser la

víctima, una mujer. ---------- ---------- Por lo dicho y encontrando a la presente sentencia viciada de nulidad, propongo al acuerdo así declararlo y devolver los autos a la Oficina Judicial para que otro Juez intervenga , con expreso cumplimiento de los dispuesto en el Art. 49 del CPP en lo que concierne a la citación o anoticiamiento de la víctima de la nueva audiencia a celebrarse. ---------- ---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo**:---------- ---------- Que según surge de los antecedentes obrantes en la Carpeta Judicial y en el audio de la audiencia de impugnación,

las Partes, por sus razones, acordaron al momento de llevarse a cabo la audiencia preliminar se le conceda a Gabriel

S. la suspensión del proceso a prueba. Por su parte, el Juez de la audiencia resolvió rechazar el pedido de gozar del derecho que prevé el artículo 76 bis del Código Penal, por entender, en primer lugar, que el hecho delictual – lesiones graves-, se cometió en un contexto de violencia de género, dado que el imputado en forma dolosa embistió con su camioneta a la víctima, quien acompañaba a su esposa, con quien mantenía un problema conyugal. Citó al efecto la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer –Convención Belem Do Pará-, aprobada y regulada en nuestro país por Ley 24.632. En segundo lugar, el Magistrado expresó que la víctima, además de no estar presente en la audiencia, previamente había solicitado la suma de 250.000 pesos como reparación a las lesiones sufridas, y al no haberse arribado a un acuerdo en el sentido indemnizatorio, aquella no consentía la aplicación del

Instituto, agregó el Juez en su decisorio. Finalmente, y en sentido negativo, el Dr. Orlando observó que la Fiscalía no precisó que ante un pedido de condena, la misma sería de ejecución condicional –art. 26 del CP-, tal como lo exige el 4to. párrafo del artículo 76 bis del CP., ante la posible aplicación de la "*Probation*".----- ---------- He de adelantar, por los motivos que daré a continuación, que procede la impugnación impetrada por la Defensa Oficial, con el acompañamiento

que hace de ella la Fiscalía.---------- ---------- El Sr. Defensor resalta en su escrito que el Juez al rechazar el pedido encuadra el caso en un supuesto de violencia de género respecto de S., empero, en la acusación se trata el asunto como un hecho de lesiones graves sin la agravante de mención, cuestión que comparte, pues ha quedado claro que la agresión no fue dirigida a la víctima por su carácter de mujer, sino que la conducta del imputado estuvo dirigida hacia su esposa y no

hacia la damnificada, quien casualmente recibe el golpe en su cuerpo. Que respecto a la cuestión indemnizatoria, el pedido de la damnificada de un monto de 250.000 pesos lo fue en el contexto de una audiencia de conciliación y no en el pedido de la Probation, por lo que no se puede equiparar la imposibilidad de pago de esa suma por parte del imputado en aquella oportunidad con la nueva solicitud. En lo demás, finalizó, la propia Fiscalía ha dado su consentimiento para el otorgamiento del instituto, por lo que solicita se revoque la sentencia impugnada. ---------- A su turno se expresó la Sra. Fiscal, de lo que entiendo relevante subrayar que ese Ministerio calificó el hecho conforme al delito de lesiones graves sin el agravante de violencia de género. Tal calificación legal fue mantenida en el curso de la investigación y sostenida al momento de realizarse la audiencia

preliminar. ----------

---------- La propia Fiscalía señala que es el *a quo quien* modifica la calificación y agrega a la misma la agravante en el trama de una violencia de género, pero en el conflicto previo no se abrió una investigación en punto a la calificante, porque no había elementos suficientes para ello. ---------- Con cita de Caferatta Nores y Daniela Bianciotti, conforme a la publicación en el libro de Suspensión de Juicio a Prueba para delitos de género, editorial Hammurabi 2015 pag.22, la Dra Covi señala que "*lo que hace el Juez es elaborar un diseño de Política Criminal reservada a cargo exclusivo de las Fiscales, porque para el caso por ej., entiendo que si en ese momento hubiera sido un varón el que estaba con su ex pareja, ayudándola a ingresar a su domicilio, lo hubiera chocado igual; no es que la choca porque era mujer digamos, si era un varón lo chocaba igual porque lo que él trataba era hablar con su ex mujer, si otra persona varón hubiera estado con su mujer en su momento, tratando de ingresar a la finca, en este choque, se hubiera producido igualmente el evento."* ---------- Y para apontocar

esta postura ante la decisión del Juez, en la audiencia de impugnación la Fiscal destacó que "*los extremos de violencia de género no están dados porque para que se den, en principio se debe dar: 1) que el victimario persista en su actitud. Es el único hecho que sucedió con esta señora que no tiene relación con él, es amiga de la esposa. 2) Es el varón quien ejerce sobre la víctima mayoritaria por el hecho de serlo, pero para qué? con el objeto de mantener su subordinación y su hegemonía masculina; acá tampoco se da eso. El choque a la señora no se produce para subordinarla, para mantener su hegemonía con la Sra., y por otro lado, en conclusión, no hay para el caso un vínculo familiar, si hubiera sido un hombre lo choca igual."* ---------- Por otra parte, agregó la Fiscal, "*si bien en una parte de la sentencia, de la resolución, dice que no se fundó adecuadamente la aplicación del instituto porque lesiones graves prevé un pena de 1 año a 6, se fundamentó en la carencia de antecedentes del imputado. Si bien no se marcó puntualmente el art. 76 bis inc. 4º, respecto de que para el caso de recaer condena, esto de la probabilidad de la ejecución condicional, conforme el fallo "Acosta", pero si el MPF se está pronunciando a favor de la aplicación del instituto de la SJP, es porque considera que para el caso de recaer condena la misma hubiera sido de ejecución condicional…. Es un hecho puntual y por otro lado tomo en cuenta que él ya manifestó su arrepentimiento, voy a pedir que se le conceda después la palabra también; y respecto de la solución planteada, esto es la aplicación de la SJP en los presentes, entiendo que también se encuentra en el marco de las reglas de Tokio, como alternativa a lo que es una privación de la libertad para el caso de llegar a juicio con una condena, que no es la pretensión del MPF, que entiende que para el caso de recaer condena la misma sería de ejecución condicional, eso en el marco del 76 bis, en su 4to. párrafo."* ---------- En coincidencia con esta tesitura, he de expresar que sobre la materia en examen en sentencia

dictada en Carpeta Nro. 2190 OJ Tw. "Pulgar, Patricia E. S/ denuncia abuso sexual en rep. hija menor"- ", dije que *"(...) De los criterios ejemplares sentados en el fallo "Acosta" de la CSJN, cabe destacar, dentro de los principios allí consagrados en relación a la aplicación del instituto, la aplicación de la ley penal como ultima ratio y el de pro homine cuando se trata de privilegiar la interpretación legal que más derechos otorga al ser humano frente al poder estatal. Cualquier derecho que se le pretenda vedar a una persona, máxime cuando colofón el derecho penal entra en acción, el análisis concienzudo del Juez deviene imperativo, conforme la letra constitucional y legal (Art. 169 de la C. Pcial. y art. 25 del C.P.P.)"* ---------- ---------- En el estudio del caso, aprecio que el Juez no ha dado razones suficientes para apartarse del acuerdo al que habían arribado las Partes, puesto que no basta con no concordar con esa posición, sino que, en base al principio constitucionalidad de legalidad, debió asentar o subrayar cuál requisito legal fue violentado. La referencia que destaca respecto a que a su juicio existía en el caso violencia de género, debió haberlo puesto a consideración en la propia audiencia preliminar donde ya se apreciaba la concordancia para aplicarse el instituto de la Probation y no sorprender a las Partes con su resolutorio decidiendo sobre una cuestión no ventilada antes ni mucho menos atendida por el acusador. ---------- En esa línea de pensamiento ya se ha expresado esta Cámara en

Carpeta **"INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS S/ DENUNCIA S/ IMPUGNACIÓN", Nº 4536 OFIJU; Expte. Nº 14/13 C.P.P.M:** *"La exigencia de razonabilidad, racionabilidad y coherencia en la sentencia, significa ausencia de arbitrariedad en el proceso de formación de la misma en relación con los motivos y el espíritu de creación del instituto de mención. Conforme etapas*

superadas del proceso penal en nuestra Provincia, y en consecuencia con nuestra realidad cimentada en los principios cardinales previstos en los artículos 18 y 112 del C.P.P., el juez no debe inmiscuirse donde despliega su competencia el fiscal, quien constitucionalmente debe dar garantías de certidumbre y previsibilidad en sus decisiones, con preeminencia en la

protección de los derechos y libertades individuales". ----------

---------- En lo demás, si bien es cierto que la persona damnificada no compareció a la audiencia para discurrir respecto de la aplicación del instituto en examen, cierto es que debo dar crédito a los dichos de la Fiscalía cuando expresara que intentaron comunicarse con la misma sin resultado favorable. ---------- Sin perjuicio de ello, entiendo que sería razonable a los fines dispuestos que al tiempo de llevarse a cabo la nueva audiencia se cite a la víctima para hacerle conocer la nueva propuesta económica de S. –si la hubiere, tal como lo dijera en esta audiencia- y la recepción de las disculpas ofrecidas.------- ---------- Conforme vengo de expresar, entiendo y así lo voto, debe nulificarse la sentencia venida en revisión y volver la presente a la Oficina Judicial para que un nuevo Juez Penal lleve adelante la audiencia en atención a los pedidos de las Partes. ---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:**----------

---------- ---------- En honor a la brevedad, no señalaré los antecedentes del recurso interpuesto, en atención a la detallada enunciación del mismo realizada al inicio de la presente sentencia.----------

------ ---------- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública Penal, Dr.

G. L., en representación de su defendido, contra la resolución dictada por el Sr. Juez Penal, Dr. Marcelo ORLANDO, en fecha 06 de Diciembre del 2.016, en la que denegó a G. S. la aplicación de la suspensión del proceso a prueba solicitada por su Defensa.----------

---------- ---------- Del relato realizado en el escrito acusador se desprende que el hecho endilgado fue el ocurrido el día 22 de Diciembre de 2013, aproximadamente a las 20.00 horas, momento en el que la víctima, L. N. O., en compañía de una amiga –B. C., ex pareja del imputado- estaba por ingresar a su domicilio sito en la calle P. O. M. XX Lote X del Barrio Agrario de ésta ciudad, cuando el imputado atropella a O., ofuscado por la presencia de la misma en una situación de violencia familiar entre S. y su ex

pareja.---------- ---------- Asimismo, surge de la acusación que la víctima resultó con lesiones de carácter graves, subsumiendo éste hecho en el delito previsto y reprimido por el Art. 90 del CP –lesiones graves-.---------- En fecha 29 de Noviembre de 2.016 se efectuó una audiencia en el marco de la presente carpeta –y su acumulada, la cual finaliza con el sobreseimiento del S.- en la que la Defensa y su representado solicitaron la aplicación de la Suspensión del Proceso a prueba por el lapso de un año, ofreciendo la donación de 6 cajas de leche en polvo –las que serían entregadas a una entidad pública- y demás condiciones estipuladas por el Art. 27 bis.----------

---------- Al respecto, la representante del órgano acusador, Fiscal Mabel

COVI, presta su consentimiento para la aplicación, y finalmente el Magistrado

ORLANDO resuelve no hacer lugar al mismo por advertir que no se encuentran ponderados todos los estándares de verificación, en el marco del dictamen fiscal, para concederlo.----------

----- Estos son, en resumidas cuentas, los antecedentes del presente caso**,** pasando ahora si, a resolver la controversia traída a estos estrados.---------- Tal

como fuera planteada la teoría del caso, el mismo debe ser encuadrado en los estipulados en el cuarto párrafo del art. 76 bis del CP, respecto del cual -y tal como ya he sostenido en numerosas resoluciones - el consentimiento del Fiscal resulta vinculante para el Juez, siempre que su dictamen se encuentre debidamente fundado y motivado, puesto que es él quien detenta la titularidad de la acción pública.---------- ---------- ---------- Así, tal dictamen fiscal debe tener como norte si la hipótesis fáctica que llevó delante el órgano acusador se encontraría debidamente satisfecha con una pena de ejecución condicional –art. 26 del CP-, o debería contar con de

cumplimiento efectivo .---------- ---------- Es en razón de ello que inexorablemente el titular de la acción pública debe desgranar la conducta del acusado para motivar –o no- la aplicación de una posible condena condicional, a la luz del art. 26 del CP, para verificar si se dan los extremos que dicho art. establece para la concesión de la pena en ejecución condicional, resolviendo conforme a ello la disposición de la acción. Ello debe ser asi dado que no podemos olvidar que el solicitante goza de un estado de inocencia, y que el Juez, si realizara esta ponderación, estaría prejuzgando; por ello le cabe la obligación al MPF de realizar este dictamen, el cual fundado y motivado en lo ya dicho, resultará así vinculante para el Magistrado.---------- ---------- Ahora bien, en el presente caso, ello no se desprende del dictamen fiscal realizado en la audiencia celebrada el 26 de noviembre pasado, equivocándose la Sra. Fiscal COVI, cuando en su alocución ante este Tribunal refirió que si el acusador público prestó su consentimiento para la aplicación del instituto de suspensión del proceso a prueba, va de suyo que le recaería una condena en suspenso. Literalmente la Sra. Fiscal expresó: "*Si bien no se marcó*

puntualmente el art. 76 bis inc. 4º, respecto de que para el caso de recaer condena, esto de la probabilidad de la ejecución condicional, conforme el fallo "Acosta", pero si el MPF se está pronunciando a favor de la aplicación del instituto de la SJP, es porque considera que para el caso de recaer condena la misma hubiera sido de ejecución condicional".---------- ----------

----- Yerra la acusadora en tal postulado, puesto que el consentimiento que presta el Fiscal en su dictamen va a resultar vinculante para el Magistrado, sólo si tiene una adecuada motivación y fundamentación, conforme expresamente lo determina el Art. 25 del CPP, caso que no se da en el presente.----------

---------- Eso es así dado que el último contralor de legalidad es el Juez, y si el Fiscal no exterioriza los motivos de hecho y los fundamentos legales por los cuales decide disponer de la acción, está privando al Magistrado de la posibilidad de ejercer el deber antes indicado.----------

-------- Ahora bien, tal situación fue advertida por el Juez Orlando, quien expresó en su Resolución que "*Tampoco se observa, en función de la calificación legal sostenida, que la representante Fiscal hubiere efectuado un análisis detallado y circunstanciado que permita afirmar que la conducta desplegada por el imputado en función del delito atribuido, lesiones graves, que prevé una pena máxima de seis (06) de prisión, permita la aplicación de una eventual condena de ejecución condicional, acorde las pautas valorativas del art. 26 C.P.N. y con ello tener por acreditada la aplicación del cuarto párrafo del art. 76 bis del C.P. a los fines de aplicar el Instituto de Suspensión de Juicio a prueba"*. Sin embargo, el Magistrado no declaró la nulidad del dictamen fiscal, a pesar de haber detectado la irregularidad mencionada.---------- -----

---------- Así, el Dr. ORLANDO equivocó, a mi entender, el camino en su resolución, puesto que advirtió una irregularidad procesal –como la ya señalada- y por ello debió

indefectiblemente declarar la nulidad del dictamen del representante del Ministerio Publico Fiscal, para que posteriormente otro Fiscal realice el dictamen de forma motivada y fundada, es decir, conforme a derecho.----------

---------- Tampoco se entiende cómo el mencionado Juez continúo con el trámite, a pesar que de haber detectado la no participación de la víctima –art. 49 del CPP- tal como lo exige el Código de Rito. ---------- ---------- Por ello, juzgo que se debe declarar la nulidad del dictamen del Titular de la Acción Pública (Arts. 25, segundo párrafo, 161 y cc. del C.P.P.), junto con los demás actos consecutivos que de él dependen, es decir la Resolución de fecha 06 de Diciembre de 2.016 en la que se rechaza la suspensión del proceso a prueba solicitada, debiéndose reproducir el acto nulificado conforme doctrina legal aplicable. Así lo voto.----------

---------- ---------- Así las cosas, entiendo que no es necesario avanzar sobre las demás cuestiones que fueran materia de agravio por parte de la Defensa. Así lo

voto.----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por unanimidad el siguiente:---------- ----------

FALLO:----------

---------- **I) DECLARAR LA NULIDAD** de la Resolución Nro. 3442/16 OFIJU de la ciudad de Puerto Madryn –conf. arts. 161 y ss. del CPP-, revocando el resolutorio de fecha 06 de Diciembre de 2016 obrante a fs. 27/28vta., reenviándose la presente Carpeta a la OFIJU de esta ciudad a fin que se le otorgue intervención a otro Juez y se renueve el acto nulificado.---------- **II)** **REGISTRESE**, protocolícese y notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.).----------

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Cámara en lo Penal
PUERTO MADRYN

Leonardo Marcelo PITCOVSKY

Presidente

Flavia Fabiana TRINCHERI — Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI — Juez de Cámara

Ante mí:

Corina FRANCO

Secretaría de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 02 CPPM DEL AÑO 2017. CONSTE.-

Corina FRANCO

Secretaría de Cámara