En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintitrés días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"V., M. R. s/dcia. lesiones violencia familiar" Carpeta 6111, Legajo 51358**, con motivo de la impugnación interpuesta por la defensa pública contra la resolución Nro. 2034/16 OJ Tw dictada en fecha 10 de agosto de 2016 por la Jueza Ivana González, rechazando la petición de suspensión de juicio a prueba formulada por la defensa de Walter Daniel Cabrera.

El Ministerio Público Fiscal imputó a Cabrera la comisión del delito de lesiones leves calificadas por el vínculo en carácter de autor, (art. 89, 92 y 45 del CP) en el marco de la ley provincial de violencia familiar Nro. XV-12, Ley nacional 24685 y Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, por el hecho cometido el 9/02/2014 en perjuicio de M. R. V., en esta ciudad.

Para fundar el rechazo la jueza González consideró que bajo las condiciones expuestas, dentro del ámbito de violencia familiar, no corresponde hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba. Observó que las cuestiones deben ser probadas y debatidas y otorgó vital importancia a la oposición de la víctima que, además, solicitó tutela efectiva. Consideró que la aplicabilidad del instituto debe ser analizada desde los parámetros fijados por los tratados internaciones y analizó la cuestión bajo el encuadre de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer.

Contra esta decisión, la defensa interpuso remedio ordinario, argumentando la violación de los principios *pro homine*, de legalidad y de inocencia de su pupilo.

Invocando el caso "Acosta" sostuvo que el principio *pro homine* impone una interpretación amplia en materia de reconocimiento de derechos, y restrictiva al momento de establecer límites a su ejercicio. Con cita de la doctrina pertinente señaló que la suspensión de juicio a prueba constituye un derecho del acusado –y no un beneficio- y que sólo debe cumplir con los recaudos legales de admisibilidad para su procedencia.

Afirmó que la exégesis de la Convención, en los términos en que lo hizo el tribunal, vulnera el derecho a ser tratado igualitariamente ante la ley –al fundar la negativa en la oposición de la víctima-.

Asimismo, se agravió de la valoración realizada por la jueza, de circunstancias lejanas en el tiempo y de imposible contra examen, para efectuar un análisis conceptual sobre su asistido. Consideró que, erróneamente, la magistrada admitió que el acusador enumerara y trajera a colación en la audiencia las denuncias realizadas por otras mujeres en contra de Cabrera, todas ellas archivadas, para incluir el caso en el concepto de violencia de género conforme la definición dada por la Convención.

Manifestó, asimismo, que tal como dicta la CIDH, no todo ataque a bienes jurídicos de una mujer resulta atrapado por los términos de la Convención y que es necesario demostrar tales extremos en forma concreta. A su entender, no se ha acreditado en autos que la violencia ejercida contra la denunciante se halle motivada por una cuestión de género.

Fundó su petición, también, en doctrina y votos dictados por los miembros de esta Cámara en diversos casos.

Solicitó que se revoque la decisión impugnada y se otorgue la suspensión de juicio a prueba al acusado.

Realizada la audiencia que prevé el art. 385 del CPP, el impugnante amplió sus fundamentos y el representante del Ministerio Público respondió los agravios.

Adujo que, si bien Cabrera no tiene antecedentes de carácter condenatorio y computable para alguna futura sentencia, la Fiscalía registra denuncias realizadas por cinco mujeres contra él por violencia familiar. Esta situación, independientemente de demostrar las falencias en el sistema penal ya que todas han sido archivadas, demuestra –a su criterio- que el acusado ha llevado a cabo actos contra la mujer, valiéndose de la situación vulnerable de personas en inferioridad, física y psicológica para perpetrar violencia.

Expresó que la víctima rechazó cualquier solución alternativa y es su deseo que Cabrera se responsabilice de sus actos y se haga cargo de las consecuencias. Agregó que la oposición de la Fiscalía al otorgamiento de la probation se funda en atender la opinión de la víctima, a su interés de que se debata la cuestión y se logre un verdadero acceso a la justicia. Acudió al fallo "Góngora" en cuanto alude a "sancionar" como potestad exclusiva de los jueces de aplicar una pena para que estos hechos no queden impunes. Resaltó que la vigencia de este tratado en nuestro orden jurídico interno veda la posibilidad de dictar la suspensión de juicio a prueba en aquellos casos en que se investiguen circunstancias protegidas por esta Convención. Para abundar, leyó la opinión de la víctima, Sra. M. R. V.,

quien manifestó su desacuerdo con el otorgamiento de la probation.

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Antes de adentrarme en la resolución del caso venido a estudio, realizaré unas breves notas sobre sus antecedentes.

En este legajo fiscal n° 51358, el MPF formuló acusación contra Walter Daniel Cabrera, asistido jurídicamente por la Defensa Pública, por el hecho que habría tenido lugar el 9 de febrero de 2014, aproximadamente a las 14.30 horas, ocasión en que llevó hasta su domicilio a la Sra. M. R. V. (por entonces su pareja), y *"previo cerrar la puerta de rejas del frente con llave, comenzó a insultarla propinándole un golpe de puño sobre el lado derecho del rostro, luego la arrastró de los brazos y del cabello, la tiró al piso y una vez allí le asestó puntapiés en la cabeza, golpeándola repetidamente..."* (todo ello según el relato contenido en la acusación de fojas 11).

Esta conducta fue considerada por parte de la acusadora como constitutiva del delito de Lesiones Leves calificadas por el vínculo en calidad de autor (arts. 89, 92 y 45 del C.P., en el marco de la ley de violencia familiar XV, n° 12, ley nacional 24685 y Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer), todo ello textual, conforme luce a fojas 15 vta.-

2.- Delimitado el marco histórico y la subsunción legal pretendida por el MPF, la defensa, en la audiencia preliminar celebrada el 10 de agosto del corriente año, solicita la suspensión de juicio a prueba, *"en atención de que se dan los requisitos*

objetivos y subjetivos para que Cabrera acceda, a su derecho a suspender el proceso... ofreciendo la suspensión por el plazo de 1 año y medio, con mas la realización de 60 horas comunitarias, estas tareas comunitarias a realizar en un plazo de 6 meses, la prohibición de acercamiento a la víctima de autos, que se mantenga durante todo el plazo de suspensión de juicio a prueba, como lo establecido en el art 27 bis del Código Penal inc. 1ro, 3ro y 7mo… y con la obligación de concurrir a firmar cada 3 meses el libro de asistencia, en la unidad de control de condenados".

Resaltó la abogada M. que su asistido no posee antecedentes penales y que la pretensión punitiva, peticionada por el fiscal en la acusación, enmarca el caso en el art. 76 bis, 1er párrafo, del Código Penal.

3.- A su turno, el Fiscal General Marcos Nápoli se opone al reconocimiento del derecho pedido por entender que *"...hay una férrea oposición, de la víctima que en este caso tenga una salida diferente al debate oral y público"*, pero, fundamentalmente, entiende que el caso se enmarca en una situación de violencia de género, que pretende acreditar a través de cinco denuncias que habrían hecho otras mujeres contra Cabrera, folios que, aunque se encuentran archivados, dan cuenta de *"la cuestión de genero que tiene el señor... que todos sus actos llevados a cabo son contra la mujer con la situación vulnerable..."*.

4.- La Jueza Ivana M. González, resuelve oralmente la cuestión, denegando la aplicación del instituto de la SJP por entender (registro de audio, hora 0:20:24) que *"...en estas condiciones no se puede hacer lugar al pedido de suspensión de juicio a prueba solicitado, sobre todo porque es en el ámbito de violencia familiar, y estas desmentidas, de relaciones y demás deben ser probadas y debatidas en el momento y lugar indicado, este no es el contexto porque no se puede*

producir prueba aquí. La oposición de la víctima es vital para mi opinión respecto para la convención... acá hay una oposición clara de la víctima, fundada en el temor... en este caso no se dan los parámetros para que yo acepte un acuerdo, o acepte un beneficio en favor del imputado (porque) ...aquí efectivamente la víctima se opone y solicita tutela efectiva...".

5.- Se agravia del resolutorio la abogada M., y presenta impugnación ordinaria, por entender "*...que aun reuniéndose todos los requisitos exigidos por la ley de fondo para la concesión del instituto, el mismo le ha sido denegado a mi representado, efectuando una interpretación in malam partem de la Convención de Belem do Pará, y de la intervención de la víctima en el proceso penal. Todo ello, sin atender a la correcta interpretación que debe darse al arto 76 bis del C.P. a la luz del principio "pro homine" en tanto impone considerar la interpretación legal más extensiva cuando se trata de reconocer derechos que limiten el poder estatal...*".

Funda su queja en la arbitrariedad de la sentencia por errónea aplicación de la ley penal, ítem que secciona en tres acápites: violación al principio pro homine-ultima ratio del derecho penal; violación del principio de legalidad; violación del status jurídico de inocencia de su pupilo procesal, los que desarrolla. Cita jurisprudencia.

6.- En resumen, puede afirmarse que la *a quo* deniega la suspensión del proceso iniciado contra Walter Cabrera por entender que en los casos de "violencia de género" es necesaria la conformidad de la víctima.

Por el contrario, al haber manifestado la damnificada que "*si le aplican una salida alternativa sé que para él no va a ser nada, tampoco quiero plata, si bien antes había dicho que me pague esas cosas, me*

di cuenta que tampoco quiero eso yo no soy así, quiero que se haga responsable y le quede algún antecedente..." (de la nota leída por el Sr. Fiscal en la audiencia preliminar), entiende la Jueza González que está reclamando "tutela judicial efectiva", por lo que la concesión del derecho pedido es imposible, debiéndose debatir todas las cuestiones en debate oral y público.

7.- Varias aristas tiene el caso traído a revisión. Trataré de desbrozar el camino de a un paso por vez.

En primer lugar, la suspensión del proceso a prueba, instituto introducido al repertorio penal en 19 de mayo de 1994, mediante ley 24316, que incorpora al Código Penal el art. 76 bis, no es un "beneficio" que se otorga graciosamente a voluntad del juzgador sino, por el contrario, un "derecho" del que puede hacer uso el imputado, si así lo requiere, asumiendo condiciones que deberá cumplir bajo apercibimiento de llevarse adelante el juicio.

Aunque parece un juego de palabras, por cierto no lo es; la diferente concepción que se tenga sobre la naturaleza jurídica del instituto implica, necesariamente, optar por entender (en el primer caso) que la concesión de la suspensión quedá librada al arbitrio del juzgador, o, en el segundo supuesto, asumir que de darse los parámetros legales debe concederse sin reparo alguno.

Al decir de Juliano, "*...concebir al instituto como derecho implica que, en tanto y en cuanto el imputado encuadre dentro de las previsiones legales respectivas debe reconocérsele el acceso al mismo, mientras que si lo reputamos como un beneficio, el mismo se encuentra sujeto a la discrecionalidad del organismo jurisdiccional*" (Juliano, Mario; "LA INFLUENCIA DE LA CONVENCION DE BELEM DO PARA SOBRE LA LEY Y JURISPRUDENCIA LOCALES", nota 5).

Al respecto, ya he dicho en numerosos precedentes que *"…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…"* (**"C., S. G. s/denuncia – Trelew", carpeta 4119 OJ Tw, Legajo 30592 MPF).**

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."* (**"V., L. O. p.s.a. inf. Art. 189 bis"**, Carpeta 6503-Legajo 62286).

8.- Ello así, se impone decir que reconociendo el carácter de derecho del imputado a acogerse al instituto, verificada la escala penal a la que podría ser sometido el justiciable, de conformidad con la calificación legal escogida por el fiscal (lesiones leves, art. 89, CP), la procedencia o no del derecho invocado debe analizarse dentro de los parámetros del párrafo primero del art. 76 bis, Cód. Penal, el que textualmente dice: *"El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba"*, estableciéndose, en

el párrafo tercero, que *"el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada..."*.

Fácil es notar que los requisitos para el reconocimiento del derecho invocado son exclusivamente que la pena del delito enrostrado no este reprimido con una pena mayor a tres años, que el imputado solicite la suspensión y que ofrezca hacerse cargo del daño ocasionado. Nada más.

9.- Nada dispone el dispositivo legal comentado acerca de la conformidad, consentimiento o aquiescencia de la víctima del delito; no es un requisito para el reconocimiento del derecho de suspender el proceso que el damnificado preste su acuerdo; solo se establece claramente que *"la parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente"* (tercer párrafo, ultima oración), disponiendo, el art. 49, tercer párrafo, del ritual vernáculo la obligación del Juez de fundar debidamente las razones por las cuales desoye la disconformidad de la víctima en caso de concederla.

Ya ha dicho el ministro del Exmo. Superior Tribunal de Justicia del Chubut, Jorge Pfleger, con mejor pluma que aquí por cierto, en autos **"V., G. O. s/homicidio y lesiones culposas en accidente de transito s/impugnación"**, que *"...En lo que atañe a la víctima (o la querella), el digesto no le adjudica a su opinión la condición de vinculante, sino solamente refiere a la necesidad de la presencia de aquella en la audiencia, permitiéndose la discrepancia..."*.

Y que *"...ratifica el carácter potestativo de la concesión y exige que el judicante manifieste las razones por las que desecha la pretensión del la víctima o del acusador privado; el caso. De ello se infiere, como atinadamente se ha sostenido, que la ley penal articula un sistema que, como dije y en términos de opinión, pone en cabeza del Fiscal el asentimiento fundado para proceder en favor, pero excluye del diálogo vinculante en términos relativo a otros sujetos procesales (la querella o la víctima) para quienes reserva el ejercicio de la acción civil resarcitoria. A ella sigue la norma ritual, pero añadiendo una obligación al Juez: la respuesta fundada al afectado que protesta...".*

10.- Mas la *a quo* en interpretación que se ataca por parte de la Defensa, decide denegar el derecho a suspender el juicio por considerar que la oposición de la víctima debe tenerse en cuenta en situaciones de violencia de género.

Volvamos a tomar de a uno los caminos que se ofrecen al análisis.

En este sentido, ya se ha dicho por parte de este Tribunal que *"...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"* (del voto del Dr. Minatta en **"T., N.**

S. s/Denuncia – Rw" (Carpeta 5346 OJ Tw – Legajo 8335 OUMPF Rw).

11.- Discrepo con la consideración que hiciera la magistrada de la audiencia en este punto. No es necesariamente verdadero que la tutela judicial que invoca sea dable exclusivamente a través de la realización del juicio respecto del imputado y menos, como pidió la damnificada, mediante el establecimiento "de un antecedente" o, lo que es lo mismo, una pena privativa de libertad (en suspenso o no).

Por eso, "*...desde la perspectiva de las víctimas, el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva solo exige una resolución fundada y motivada que apoye y fundamente la decisión final, sea esta de la condena del acusado o la de su absolución. De ahí se deriva que la víctima no tiene derecho a obtener una condena, solo una respuesta razonada y razonable a sus pretensiones, sea esta ya de condena o de absolución. Ambas satisfacen el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva...*" (G. G., J.; "TUTELA JUDICIAL EFECTIVA *vs* DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS"; EGUZKILORE, Número 27.).-

En este punto, si bien se impone reconocer que la normativa convencional en materia de Derechos Humanos (art. 75, inc. 12, C.N.) impone a los Estados asegurar la garantía a la tutela judicial efectiva, considerado como el derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial" para la determinación de sus derechos (art. 8.1, CADH) y que la CIDH ha señalado que los Estados parte están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos a sustanciarlos conforme a las reglas del debido proceso legal (por caso **"Velásquez Rodríguez vs. Honduras"**, 26/6/1987. Serie C N°1, párr. 91), ello no implica,

necesariamente, un "derecho a obtener una pena de encierro", ni desconocer otros derechos –los del imputado- que pueden armonizarse con aquellos.

De la lectura atenta de la Convención citada, surge claramente que el propósito de su dictado fue reafirmar que "*toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos*" (art. 4), quedando obligados los Estados parte a "*actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer*" (art. 7.b)), ello no puede ser entendido como la negación de los derechos del imputado, tan caros al debido proceso legal y a la consideración del derecho penal como *ultima ratio*, reconocidos, a la par, por todo el entramado jurídico internacional y americano fruto del reconocimiento de las garantías del hombre frente a la maquinaria estatal de perseguir.

12.- Pero además, pretender que la *probation* significa alguna clase de beneficio, o que es una respuesta "suave" a las pretensiones de la víctima, implica desconocer el contenido punitivo que en sí mismo tiene el instituto; es cierto que no es una pena de encierro, es verdad que no es propiamente una retribución por el hecho cometido, pero implica para el imputado quedar sometido a una serie de afectaciones a su libertad ambulatoria –art. 27 bis, 1° y 2° párrafo-, obligación de adoptar oficio, empleo, etc. y de trabajar en forma no remunerada – art. 27 bis, 7 y 8 párrafos- o, por caso, someterse a tratamientos médicos o psicológicos –párrafo 6-.

Además, consiste en "abrir un compás de espera" (Maier, Julio, DPP, Tomo II, pág. 621), plazo durante el cual se suspenderá la aplicación de la ley penal pero "bajo la admonición de cumplir ciertas

instrucciones o indicaciones del Tribunal", los que, ciertamente, tendrán contenido gravoso para el imputado.

Por último, no debe olvidarse que en el instituto aludido cobra gran relevancia la reparación del daño causado por el delito (art. 76 bis, tercer párrafo) lo que no solo tiene contenido sancionador sino que, a la vez, coincide con el derecho reconocido por la Convención de *"establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces"* (art. 7.g-), lo que se aleja, en mucho, del modelo exclusivamente retributivo, mutando hacia el paradigma restaurador.

13.- Por otro camino, recordemos que la *a quo,* tal como propuso el representante del MPF, enancó el caso en un supuesto de "violencia de género" a partir de numeR.s (cinco en concreto) denuncias contra el Sr. Cabrera efectuadas por parte de otras tantas mujeres que habrían convivido con él.

Que si bien como afirma la Jueza en la audiencia, los archivos no causan estado, mal pueden ser tenidos como acreditación de situación alguna, o de *"la cuestión de género que tiene el señor... que todos sus actos llevados a cabo son contra la mujer con la situación vulnerable..."*, sencillamente por ser hipótesis de hechos denunciados jamás ventilados en juicio alguno y mucho menos acreditados en grado de certeza.

No es necesario recordar que el estado de inocencia del que goza todo habitante de la nación impide tener por acreditado –a ningún efecto- ningún extremo de la acusación, sino se logra, en debate oral, publico y contradictorio, la certeza necesaria a la que arribe un Juez Penal y haya alcanzado el estado de firmeza.

Por lo tanto, la pretendida acreditación de que las acciones del imputado obedecen a un patrón de conducta similar en su vida de relación, resulta sostenida por denuncias contenidas en legajos archivados (desconociéndose el motivo de la no investigación) lo que no puede sostenerse a la luz de los principios básicos del proceso penal apuntados.

14.- A todo evento, un último sendero a recorrer.

Asumiendo por hipótesis que la suspensión del proceso a prueba este vedada en los casos que puedan ser subsumidos en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar Y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCION DE BELEM DO PARA", y tal como he sufragado en autos **"T.,N.S. s/denuncia-Rawson"**, Carp. 4119-Leg. 8335), es necesario primero verificar si es dable calificar como "violencia de género" al supuesto de hecho concretamente ventilado en el proceso en cuestión.

Y dije, en esos folios, que para la CIDH no cualquier delito cometido contra una mujer debe enmarcarse en las disposiciones de la Convención.

No reiteraré aquí los casos detallados en aquella ocasión pero, lo que si se repetirá es 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"*; sin embargo, en este caso, no surge del contenido de la acusación las razones por las que se estiman que la acción ilícita del imputado tenga por motivo que la víctima pertenezca al género opuesto.

15.- 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 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 y medio (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 trimestralmente; realizar tareas no remuneradas para la comunidad por el tiempo mínimo de 60 horas y la prohibición de acercamiento a la víctima de autos (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

Propongo diferir la imposición de costas y regulación de honorarios hasta que sean fijados en la instancia anterior.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la defensa y toda vez que los antecedentes del caso han sido reseñados en extenso y con detalles por el doctor Defranco y en los resultas de la presente, evitaré reiterarlos, y pasaré sin más a los fundamentos de mi voto.

2. Dicho esto, corresponde decir que el encuadre del pedido de la defensa, dentro de las previsiones y condiciones del primer párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, ha sido correcta, toda vez que la acusación fiscal importa una calificación jurídica cuya pena tiene previsto un máximo de dos años de prisión.

3. Tras estas aclaraciones previas, debo decir que del marco de procedencia del instituto que da nuestro Código Penal, se coligen los requisitos para el reconocimiento del derecho invocado: la pena prevista del delito acusado, que sea el imputado quien lo solicite y también que ofrezca hacerse cargo del daño ocasionado. No existe, en la letra de la ley, otro requisito necesario para su concesión.

3.1 En varios precedentes he coincidido con mis colegas, que el género de la víctima no puede justificar *per se* la denegatoria de una *probation*.

El artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer claramente habla del objetivo tenido en cuenta por los Estados partes que convinieron en adoptar, sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Así, su artículo uno define lo que debe entenderse por tal 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…".*

La fiscalía ha acusado a Cabrera un hecho supuestamente acaecido hace más de dos años, el 9 de febrero de 2014, de cuyo contenido me remito a la transcripción efectuada por el colega pre opinante.

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…".*

En consideración a estos conceptos, los hechos insertos por la fiscalía en la acusación no se advierten que se hayan *basado* en el género de la víctima.

Para la aplicación de la Convención 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 víctima. La fiscalía no lo hizo en la teoría de su caso.

Soy de la idea que absurdo e inadmisible sería considerar que con la misma plataforma fáctica, variando solo el género de la víctima, la suerte del instituto sea diametralmente opuesta. Por ejemplo cito autos "T., N. S. s/Denuncia – Rw" (Carpeta 5346 OJ Tw – Legajo 8335 OUMPF Rw) – Sent. 01/15 del 21/01/15" en donde 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."*

Con ello, el principio de igualdad podría verse seriamente comprometido.

3.2 Por otra parte, si analizamos la sentencia venida en revisión, podemos advertir que el tribunal A Quo ha dado transitivamente importancia al dictamen del fiscal, al rescatar de él la negativa de la presunta víctima a su concesión.

En la audiencia respectiva, el fiscal leyó el contenido de la negativa de la víctima, tras lo cual la señora Juez dijo que el hecho se encontraba dentro del ámbito de violencia familiar, que las cuestiones deberán ser probadas y debatidas en juicio, por lo que otorgó importancia a la oposición, al punto que por este motivo no hizo lugar al pedido.

Como decía más arriba, la ley nacional prescribe cuáles son los requisitos para la concesión de la SJP, y dice que la parte damnificada puede aceptar o no la

reparación ofrecida. Nuestro código de procedimiento, ordena como debe proceder el magistrado en caso que la víctima se oponga, no aclarando si es al instituto o a la reparación.

Sea como fuere que se interprete, en el marco de estas normas, se colige que la oposición de la víctima no resulta vinculante para el juez.

Pero si se ingresa al contenido de la oposición en este caso, tengo para mí que no puede lógicamente proyectar una decisión por la negativa, el hecho que hayan existidos cinco denuncias que habrían hecho otras mujeres contra el mismo imputado. Acaso podría válidamente invocarse si los mismos estuvieren con condenas, o al menos en trámite, mas no cuando el Estado los ha archivado, como dijo el mismo fiscal en su vista.

Con este detalle, no es razonable tener por acreditado que el imputado comete actos *"contra la mujer con la situación vulnerable..."*.

Hubiera sido pasible de confirmación la sentencia si esos casos citados se encontraran acumulados en éste, o al menos en trámite, no pudiendo de manera alguna ser fundamento de oposición cuando están archivados.

Aclaro que en los precedentes "VF- N. N. del C., s/dcia lesiones - Trelew", carpeta judicial: 6201, legajo fiscal: 56880, de esta circunscripción judicial de Trelew, y en "PCIA. DEL CHUBUT c/ D., O. D." NUF N° 31250 de Esquel, he votado por confirmar decisiones denegatorias del instituto, pero como podrá el lector advertir al cotejar sus fundamentos, distintas han sido las circunstancias.

En ambas, los casos fueron mas gravosos, y por ello su encuadre al trámite del cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, y cuyo consentimiento del fiscal puede ser vinculante, encuadraban a priori en violencia de género. Tuvieron en cada una de ellas a

la misma víctima de varios hechos, contra la salud, e incluso a desobediencias que se vincularían siempre a la misma conflictiva.

Ello así responde a la idea en cuanto *"…, 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 válidamente denegarse en función del Convenio, tal cual lo decidió la Corte Suprema de Justicia de Nación."*

"(…)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." (jurisprudencia citada).

En este caso, escuchados los fundamentos de la oposición fiscal, creo que la fiscalía no ha dado plausibles razones para estimar que este sí es un caso que se puede válidamente encuadrar en los términos de la "Convención de Belem do Pará", aprobada por la ley 24.632.

A mas abundar, la postura de la víctima que se opuso a la concesión del beneficio, no hizo mención a un conflicto que continúe que, aún cuando así fuera y su deseo solo sea que le quede un antecedente a su ex pareja, ello no vulnera a la tutela judicial de sus derechos; puesto que existen otras herramientas legales más idóneas que un juicio, al cual de acuerdo a los dichos de la defensa, dijo que no desearía concurrir.

4. Por todo ello voto por dar razón a quien impugna, por lo que corresponde en consecuencia votar por la revocación de la decisión impugnada que siguió el dictamen fiscal.

Ello así, y como ya se viene decidiendo desde este Cuerpo, atendiendo a razones de economía procesal y por no causar agravio, voto por adoptar competencia positiva y conceder el beneficio instado, para el cual

el probado quedará sometido por el plazo de un año y medio (art. 76 ter) a la fijación de domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control y demás pautas de conductas que detallara el primer votante, con expresa prohibición de acercamiento a la víctima de autos (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

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. La defensa se queja de la sentencia denegatoria del derecho a suspender el proceso a prueba, toda vez que la jueza argumentó en base a la negativa de la víctima, punto que, conforme su criterio, es erróneo, ya que la ley no exige su asentimiento.

2. Lleva razón la defensa, puesto que es cierto que se dan en el caso todos los presupuestos de fondo y forma para la operatividad del derecho, por lo que la negativa en base a la oposición de la víctima no corresponde en el caso. Seguidamente pasamos a tratar este último punto, ligado en el caso al alcance del deber del Estado Argentino que surge la llamada Convención de Belem Do Pará.

3. En cuanto a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, puede interpretarse, correctamente para nosotros, que ella no establece ningún obstáculo para la suspensión del juicio a prueba, no solo en forma expresa, sino también implícita, punto que desarrollamos seguidamente.

4. Ya dimos opinión al respecto en la causa “Martínez” (sentencia de fecha 07/08/2012), sosteniendo, entre otros argumentos, que el deber de

sancionar con normas penales la violencia física o psíquica contra las mujeres, que impone en su artículo séptimo la citada Convención, queda 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.

5. Es decir, como creemos haber demostrado en el punto anterior, el deber internacional del Estado Argentino no reside en 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. Aquí deben agregarse ahora, una serie de consideraciones relacionadas no solo con las mujeres víctimas, sino con las víctimas en general dentro del proceso penal, pues en tal rubro se basa la denegatoria jurisdiccional.

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, punto en el que nos detendremos porque es el argumento central de la sentencia condenatoria.

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 pro 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.

6. 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).

Con esta perspectiva cobra importancia el verdadero deber del Estado Argentino, el cual surge sí 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.

7. Por todo lo anterior entendemos que la sentencia carece de fundamento legal, por lo que propiciamos que se revoque la resolución en crisis y, adoptando competencia positiva, conceder el beneficio instado por el término y en las condiciones propuestas por mis colegas.

Adhiero a lo planteado por el Dr. Defranco, respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios.

Por las consideraciones expuestas la Cámara en lo Penal de Trelew 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 Walter Daniel Cabrera, cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a su favor, en orden al delito lesiones leves calificadas por el vínculo en carácter de autor, (art. 89, 92 y 45 del CP), por el término de un año y medio;

3) Imponer al probado, mientras dure el tiempo de la suspensión, las siguientes condiciones: **a)** la realización de tareas no remuneradas para la comunidad por el tiempo mínimo de 60 horas en lugar a determinar y verificar por la Oficina de Control de Ejecución, **b**) la prohibición de acercamiento a la víctima de autos, **c)** fijar y mantener su domicilio actualizado **d)** abstenerse de usar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas, **e)** no cometer nuevos delitos y **f)** presentarse ante la Oficina de Control Ejecución Penal semestralmente; todo ello bajo apercibimiento de revocar la presente decisión (arts. 76 bis y ter y 27 bis, incs.1, 3 y 8 del CP).

4) Diferir la imposición de costas y regulación de honorarios hasta que sean fijados en la instancia anterior.

5) Regístrese, protocolícese, notifíquese y remítase a la Oficina Judicial para el cumplimiento de la presente.

ROBERTO ADRIAN BARRIOS

OMAR FLORENCIO MINATTA **ALEJANDRO G.DEFRANCO**

Registrada con el Nro.**33/2016** de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.