En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintiún días del mes de enero del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Alejandro Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Adrián Roberto Barrios, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"T., N. S.s/Denuncia – Rw" (Carpeta 5346 OJ Tw – Legajo 8335 OUMPF Rw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública, contra la resolución Nro. 3442/14 OJ Tw dictada en fecha 24/10/14.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 07/01/154 en la sede de este tribunal, intervinieron el imputado C. A. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), EL Dr. A. M., en su carácter de Defensor particular y la Dra. Griselda Encina en representación del Ministerio Público Fiscal de esta Circunscripción Judicial.

La Defensa del imputado C. A. M. interpuso remedio ordinario -escrito que ratificara en audiencia ante este cuerpo (art. 385 del C.P.P)-, contra la resolución N° 3442/14 por la que el Juez Penal, Dr. Sergio Piñeda, resolvió no hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado, por entender que el caso ingresaba en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal, supuesto en el cual el dictamen negativo del representante del Ministerio Público Fiscal resulta vinculante para el Tribunal.

En tal dirección, sostuvo que la decisión que critica resulta ser nula por carencia de fundamentos que den sustento a la no aplicabilidad del instituto que procura.

Adunó que su asistido no cuenta con antecedentes penales y que en el supuesto de arribarse a un juicio oral, la pena a aplicar no sería mayor a los tres años de prisión, condena que determinaría para su asistido,

la pérdida de su empleo en el Sistema Penitenciario Federal y el perjuicio directo para sus hijos, atento la calidad de alimentante de los mismos.

Concluyó afirmando que, concurriendo los requisitos para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, se le conceda la misma a su asistido C. A. M.

A su turno, la representante del Ministerio Público Fiscal, en su responde escrito y que ratificara ante este Cuerpo, sostuvo que la resolución que se cuestiona, en modo alguno resulta ser arbitraria, se encuentra ajustada a derecho y debidamente fundada, lógica y normativamente.

Sostuvo que el quantum punitivo determina que a los fines del instituto de la suspensión del juicio, su análisis debe adecuarse a las pautas que determinan el cuarto párrafo del art. 76 bis del C.P., el cual prescribe como condición, el consentimiento fiscal y que la oposición a su otorgamiento, conforme al fallo "Góngora" de la C.S.J.N., resulta vinculante para el Juez.

Finalizó su intervención, solicitando se rechace la impugnación intentada, confirmando la resolución dictada por el Juez Penal, Dr. Sergio Piñeda.

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Vienen estos folios a consideración de este Cuerpo a raíz de la impugnación ordinaria materializada por el Abogado A. M., patrocinante del imputado M., quien se agravia de la resolución del Juez Sergio Piñeda, a la que tilda de nula por ausencia de motivación.

En efecto, en su escrito recursivo, destaca el letrado que "(a)gravia a esta defensa la resolución

dictada por el Juez Pineda en la cual remite solo a los dichos del MPF, invocando la Convención Belén do Para, relativas a cuestiones de género". Agrega párrafos más adelante que "la sentencia… no reúne los requisitos exigidos para una sentencia, mas cuando textualmente dijo: '…entiende que la oposición es fundada y que corresponde el control de la fundamentación…' esta decisión impacta totalmente en la igualdad de armas, ya que no es el Juez la que fundamento esta resolución sino que remite a los dichos del representante del MPF…" (textual de fojas 35 vta./36).

2.- En su responde, la Sra. Fiscal General manifiesta que la sentencia no resulta arbitraria y es ajustada a derecho, contando con la debida fundamentación lógica y normativa.

3.- Lo cierto es que el magistrado interviniente resuelve oralmente, al finalizar la audiencia, negando la posibilidad de suspender el proceso a prueba, haciendo suyos los fundamentos de la Fiscalía, los que resultaban adecuados a su criterio, luego de realizar el control de legalidad formal.

Si bien podría objetarse la ausencia de mayor desarrollo de la motivación de la resolución en crisis, no es posible verificar la existencia de vicio grosero alguno, mucho menos calificarla de arbitraria y debe considerarse fundada (art. 25, CPP).

En definitiva, el Juez Sergio Piñeda resolvió no hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada, por entender que el caso debía encuadrarse en la previsión normativa del párrafo cuarto del art.76 bis del Código Penal, supuesto en el cual el dictamen negativo de la representante del Ministerio Público Fiscal resulta vinculante para su resolución.

4.- Ello así, y puesto a resolver acerca de la corrección del fallo, más allá de su correcta formulación formal, debo decir 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…".

Además expresé 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."**

Tal como en esa ocasión, repito ahora, que mal puede alzarse como óbice para la concesión del derecho a suspenderse la persecución penal consideraciones de política criminal, de ingeniería procesal o pareceres personales y subjetivos de los intervinientes, tan lejanos a los términos legales como a la posibilidad de confrontación en un debido proceso contradictorio.

5.- Pero 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 el Sr. Juez resuelve –de conformidad con el dictamen fiscal, al que encuentra motivado- en el sentido que no puede otorgarse el derecho aludido por que el caso es uno de los incluidos en la Convención de Belem do Para, lo que hace

improcedente la suspensión de acuerdo al fallo "Góngora" de la CSJN.-

Efectivamente, tal como ha introducido la Sra. Fiscal General, Dra. Griselda Encina, es posible – aunque es dable también colegir otra conclusión- entender que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado, en el caso "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa 14.092" (G.61.XLVIII), un criterio categórico para todos los casos de violencia contra las mujeres.

Concretamente, en el fallo apuntado, ha señalado el cimero Tribunal que es inadmisible 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).

Tomando la doctrina de tal caso, entiendo por aplicación de la manda del 'leal acatamiento', se opone la representante del Ministerio Publico Fiscal a la concesión del instituto prohijado por el Sr. Defensor por entender que el caso traído a la audiencia encuadra en un supuesto de los incluidos en la Convención de marras.

Bueno es recordar que tal como surge de la acusación (obrante a fojas 10 y ss. de la Carpeta 5346 de la Oficina Judicial Trelew) el hecho investigado es el "…que data aproximadamente desde el mes de septiembre del año 2012 y marzo del 2013… cuando sabiendo lo que hacía, conociendo la edad de la niña T.A.M. quien a la fecha cuenta con nueve años de edad, y el vinculo de parentesco con la misma, por resultar ser su hija biológica, abuso sexualmente de la misma, realizándole tocamientos en la vagina, algunas veces con la ropa puesta y otras sin ropa, haciendo lo propio el encartado pidiendo que le

toque sus genitales y en otros casos que le besara los mismos…” (textual).

Ello así, entiendo que la resolución de la controversia debe transitar por verificar si, efectivamente, puede válidamente calificarse el evento reseñado en un caso de violencia de género. Desde ya adelanto que la respuesta ha de ser negativa.

6.- Para tal fin, evocaré algunas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (órgano competente para dilucidar los contenciosos en que se denuncia el incumplimiento de la Convención). Por ejemplo, en el caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, del 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). Adicionalmente los representantes comentaron que “13 de las 44 presuntas víctimas periodistas, que representan el 30% de las personas agredidas, está constituida por mujeres y alegan que las agresiones físicas y morales

que sufrieron los periodistas "atendieron principalmente a la condición del sexo" (Corte IDH Párrafo 289).

Contra la pretensión, la Corte señala 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." Adicionalmente se refirió al hecho de que no obstante "las periodistas mujeres hayan sido agredidas en los hechos de este caso, en todas las situaciones lo fueron junto a sus compañeros hombres." Y que no se demostró que las agresiones fueron "especialmente dirigidas contra las mujeres", tampoco expusieron las razones por las cuales "las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque "[por su] sexo". (Corte IDH Párrafo 295).

Luego, en el caso "Gonzalez y otras vs. Mexico" (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). A pesar de haber sido reportadas como desaparecidas por sus madres y familiares, las autoridades juarenses no realizaron las debidas diligencias para encontrarlas y esclarecer los hechos, debido a que no se le daba la importancia que el caso requería (Corte IDH, párrafos 146, 151).

Circunscripto así el objeto del proceso, La Corte analiza “si la violencia que sufrieron las tres víctimas constituye violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará” (párrafo 224). En consecuencia, se recuerda 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 Belém do Pará” (párrafo 227). Sin embargo, la violencia ejercida en contra de las tres mujeres del caso transgrede dicha Convención, puesto que, como lo indica la Corte, 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, más allá de la existencia de otros, 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.

7.- 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- que el abuso sexual agravado por el vínculo investigado sea un caso de violencia contra la mujer motivado por alguna razón de género concreta mas allá de haber seleccionado como víctima a su hija mujer.

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 itálica 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, circunscripto 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, carece la opinión fiscal de debida fundamentación –mas allá de la remisión a las instrucciones de su superior jerárquico- 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 del Dr. Piñeda 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.

10.- Entiéndase que mi voto no significa en modo alguno tomar partido acerca de la vinculación obligatoria del consentimiento fiscal para la concesión del derecho en los casos del cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal y, mucho menos, la procedencia o no de la concesión del mismo cuando medien casos de

violencia de género, sino, por el contrario, establecer, tal como ha hecho el organismo interamericano citado, la obligación de acreditar concretamente la subsunción del objeto procesal en las mandas de la Convención de Belem do Pará primero, para después, como paso lógico inmediato, decidir acerca de la conformidad o no del otorgamiento de vías alternativas a la prisión como solución posible del conflicto.

En definitiva, voto por la revocación de la resolución en crisis, por la concesión de la suspensión del proceso a prueba, 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, devolviendo la Carpeta a la Oficina Judicial a fin que mediante la intervención del Juez que resulte competente se fijen las condiciones de la suspensión del proceso.

11.- En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto por diferir la cuestión para que se establezcan en la instancia de mérito.-

El Juez Minatta Omar Florencio 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 la vinculación del dictamen fiscal, corresponde efectuar el control de legalidad de éste y por ello no ahondaremos

acerca de la obligatoriedad o vinculación del dictamen fiscal para el juez, puesto que, repetimos, previo a ello deberá efectuarse un control de legalidad sobre la decisión fiscal. 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, norma, aunque no estemos de acuerdo con ella. Es así que concluiremos, en el caso, en la falta de fundamentos de la oposición del fiscal, por lo que no puede ser ello un obstáculo para la aplicación del instituto, ya que debemos evaluar su irregularidad con los mismos efectos que produce un dictamen favorable y, de esta forma, acoger la propuesta de la defensa, por razones análogas a los casos en que un tribunal de impugnación absuelve.

En esta senda, no olvidemos 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, el cual 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. Nuestro código penal siguió al modelo francés que dejaba

en suspenso la condena, es decir, se tramitaba el juicio y se condenaba -aunque en suspenso-, a diferencia del modelo anglosajón o *probation* que suspende la condena o el mismo juicio, el cual se estima preferible porque así se evitan las prisiones preventivas que tienen igual o peores efectos que las penas cortas, lo que se trata de evitar con la *probation*. Como puede observarse, la finalidad de la suspensión del proceso a prueba es similar a la condenación condicional, solo que aquel instituto tiene la ventaja de no 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 quiere denegar 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- analizado en forma erudita el punto por el Juez Defranco-, 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 "M." (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 reenvíe la cuestión a la sede natural a los efectos de que, previa audiencia con las partes, se disponga sobre la conveniencia o no de imponer las medidas estipuladas en el artículo 27 *bis* del Código Penal y ofrecidas por el imputado. Así lo voto.

4. Costas: Adhiero a lo manifestado por el colega preopinante en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios al letrado interviniente.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por el juez penal Sergio Piñeda el pasado 24 de octubre de 2014, corresponde ahora revisar la decisión por la cual denegara el beneficio de la suspensión del juicio a prueba instado en aquella etapa por el imputado C. M. y su defensor, con oposición de la representante del Ministerio Publico Fiscal.

Las cuestiones a decidir se pueden separar en dos puntos: el primero, determinar, a la luz de los argumentos que se han desarrollado mas arriba y a los que en honor a la brevedad me remito, si la resolución del magistrado ha sido o no debidamente fundada; y el segundo, en su caso, si el instituto ha sido incorrectamente denegado, como afirma el recurrente.

Ese será el orden que llevará este voto.-

2. A lo primero, y tras deliberar con los distinguidos colegas con quienes integro este Cuerpo, he de decir que la primera pretensión involucra la denuncia de una resolución judicial infundada, lo que llevaría a la posible vulneración de garantías de raigambre constitucional.

En efecto, un acto de gobierno como lo es una sentencia judicial, por imperativo supremo debe contener, sí y solo sí, los fundamentos que la sostienen, y con ello asegurar debidamente no solo su conocimiento al justiciable, sino también garantizarle con ello la posibilidad de requerir su revisión ante un órgano superior.

Nuestra ley ordena que todas las decisiones judiciales deben ser motivadas, *"…con adecuada fundamentación lógica y legal…"*, formula que contiene nuestra Carta Magna Provincial (art.169), como así también, en idénticos términos, el código de rito (artículo 25).

A tal punto el constituyente deseó que ésta específica actividad de los jueces sea llevada a cabo con estricto cumplimiento de dicha condición, que expresamente prescribió considerar como falta grave a los efectos pertinentes, la ausencia de motivación suficiente e individual de dichas piezas judiciales.

Siendo entonces la aplicación de la sanción de nulidad lo que se ha de analizar, previo a ello no viene mal evocar lo que el maestro Clariá Olmedo enseña en su obra DERECHO PROCESAL PENAL, TOMO II, pagina 229, Editorial Rubinzal, por cuanto *"...la nulidad (....) consiste en la invalidación de los actos cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización..."*, y que *"...para poder aplicarla, es indispensable que el vicio del acto sea capaz de producirla..."*.-

La agraviante acusa al juez penal de haberse remitido a los fundamentos de la titular de la acción penal publica en su oposición a la concesión de la *probation*, por estar de acuerdo con ellas, sin dar razones propias en la resolución denegatoria del beneficio instado.-

Tras la escucha necesaria de dicha resolución atacada, contenida en el soporte reservado en la oficina judicial de la carpeta 5346, del dia 24 de octubre de 2014, individualizada como *"5346-2014-M. - 05 – SS"*, he de advertir que en los diez minutos, veinticuatro segundos que lo componen, la decisión del magistrado cumple con los recaudos legales exigidos por la ley, por lo que sobre este punto, mi voto será por el rechazo del planteo de la defensa.

Cierto es que su largo introito, el juez reprodujo a modo de *resultas* las circunstancias sustanciadas en la incidencia, más tengo para mi que entre esa alocución ha incluido las consideraciones que lo determinaron a concluir en la decisión que a posteriori, fuera atacada por el recurrente.

En la resolución que nos ocupa, el juez para decidir, comenzó diciendo que primero iba a tener en cuenta la calificación jurídica del hecho, y aquí reprodujo el tipo penal de trato, la referencia a la ley sustantiva y la escala penal en ella prevista.

En consideración a esa labor, continuó su análisis avocado a los requisitos de la ley para el instituto, de lo que dedujo que en el caso de la Suspensión del Juicio a Prueba del art.76 bis del código penal, su primer párrafo habla de una pena de un máximo no superior a tres años, pero que en este caso, la pena parte de un mínimo de tres hasta un máximo de diez años de reclusión o prisión. Por ello, razonó que se estaría en el supuesto del cuarto parrafo de la norma referida del codigo penal,

ya que la pretensión punitiva de la acusadora superaba el mínimo de la ley.-

Aclaró el A-Quo que en esta circunstancia su labor consistía en controlar la legalidad de la fundamentación en la oposición del Ministerio Publico Fiscal, y citando jurisprudencia ateniente al caso, estimó que dicha oposición estaba fundada.

En este punto de la resolución, merece destacarse que al registro del minuto 4.30, el doctor Piñeda dijo que la fundamentación de la oposición de la fiscal *es adecuada,* más allá de la instrucción que sobre los integrantes del Ministerio Publico Fiscal pesa con la resolución de la Procuración de la provincia, numero 6/12.

Es mas, agregó el sentenciante que dicha resolución no obliga a los jueces, mas allá del control de la fundamentación en la oposición.

Si bien es dable destacar que no ha sido del todo claro el significado enviado con esta afirmación, por la ambigüedad de las palabras, o una inadecuada elección y ubicación de las mismas, tengo para mí que ello no constituye una ausencia de fundamentos como se denuncia. Esta circunstancia, junto a los demas elementos que fueran invocados por la fiscalía en su oposición a la concesión del beneficio, fueron compartidos por el juez en su resolución, y constituyen asi los fundamentos que resultan suficientes para fundar su decisión.

Habiéndose cumplido entonces con el recaudo legal previsto para este tipo de decisiones, no advierto que sea pasible de aplicar la sanción legal instada por la defensa, motivo por el cual de este primer punto, mi voto es por su denegatoria.

3. Pasemos ahora al segundo agravio, el que en definitiva, se refiere a que el Juez Penal Sergio Piñeda, resolvió no hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada, por entender que el caso debía

encuadrarse en la previsión normativa del párrafo cuarto del art.76 bis del Código Penal, supuesto en el cual el dictamen negativo de la representante del Ministerio Público Fiscal al que consideró adecuado y que compartió, resulta vinculante para su decisión, y así resolvió.

3.1. Tenemos una decisión motivada en los fundamentos de la titular de la vindicta pública, que compartida por el juez, concluyó en la decisión que se revisa. Dicho juez evocó el precedente M.O.E. PSA HOMICIDIO CULPOSO S/ RECURSO DE QUEJA, expte 21186, F: 88, año 2000 de nuestro Superior Tribunal que, a palabras del decisor, habla que el consentimiento del fiscal debe ser fundado, y que debe haber un control de legalidad de dichos fundamentos.

Si se consulta dicho precedente, cuya correcta cita es "M., O. E. p.s.a. Homicidio Culposo s/Recurso de Queja" (Expte. N° 21.986-Folio 188-Letra "M"–Año 2010), se puede extraer sin inconvenientes, que la queja que originara dicha resolución, tenía su tallo troncal en la consideración de la negativa de la victima y, en este caso concreto, del querellante, al otorgamiento del beneficio, y a su carácter vinculante para el juez.

Del punto que ahora nos ocupa, del voto del Dr. Jorge Pfleger, acápite c) puede leerse lo que textualmente se transcribe: ***"c.-*** *Como deriva claramente de ambos a dos textos, el instituto en cuestión se encuentra regulado en el artículo 76 bis del ordenamiento sustantivo y es recogido en el orden local por el número 49 del articulado.*

El Código Penal lo contempla como una solución alternativa al ejercicio de la pretensión punitiva estatal, es decir, una respuesta no punitiva instrumentada a través del sistema penal.

La norma en cuestión establece claramente los ***requisitos*** *entre los que se cuenta el monto punitivo del*

delito de que se trata, la reparación del daño causado ***y el consentimiento del Ministerio Público Fiscal, que -para mí- siempre ha de ser fundado y sometido al control de razonabilidad por los Jueces,*** *que lo otorgarán estableciendo reglas de cuyo cumplimiento dependerá la suerte del proceso"* (destacado en negrita me pertenece).-

Por lo tanto, esta jurisprudencia incluida como fundamento de la decisión que se revisa, habla de una oposición fiscal fundada y que debe ser controlada en su razonabilidad por el juez para que sea vinculante. Entiendo es 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.

Decididamente soy de la opinión que la vinculación al juez del dictamen del Fiscal en aquellos casos incluidos en el cuarto párrafo del art. 76 bis de la norma de fondo, no debe estar sometida a un mero control de legalidad formal, sino que el juez debe valorar severamente el contenido de dicha oposición, puesto que la negativa de la fiscalía no puede estar fundada por cualquier causa, y es a este extremo a lo que se refiere el precedente del STJ evocado.

3.2 Continuando con la tarea de esta revision, corresponde entonces examinar si los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal y compartido por el Magistrado, resultan atendibles para poder fundar la negativa a la concesión de la suspensión del proceso a prueba.

Recordemos que el Ministerio Publico ha acusado al encartado por el siguiente hecho: *"…ocurrido en fecha que no puede ser precisada con exactitud, pero que data aproximadamente desde el mes de septiembre del año 2012 y marzo del año 2013, en el domicilio que el encartado habitaba con la denunciante y sus cuatro hijos menores,*

*sito en Barrio UPCN, calle Borges ** del a Ciudad de Rawson, cuando sabiendo lo que hacía, conociendo la edad de la niña T.A.M. quien a la fecha cuenta con nueve años de edad, y el vínculo de parentesco con la misma, por resultar ser su hija biológica, abusó sexualmente de la misma, realizándole tocamientos en la vagina, algunas veces con la ropa puesta y otras sin ropa, haciendo lo propio el encartado pidiendo que le toque sus genitales y en otros casos que le besara los mismos. Los hechos se reiteraron en varias oportunidades, conforme relato de la niña, apelando a la modalidad de delito continuado."*

Tras analizar el contenido de la negativa fiscal, he de advertir que la funcionaria invocó que se dan los extremos legales y un análisis político criminal del hecho que provocaban su oposición. Agregó que en la presentación de la acusación, incluyó la pretensión punitiva superior a tres años, pese a que ese es el mínimo legal previsto en el tipo. Dijo también que no se puede soslayar la instrucción 6/12 de quien es cabeza del Ministerio Publico Fiscal de la provincia, mediante la cual se procura la sanción de los responsables de este tipo de delitos, se ordena a los integrantes del cuerpo que se opongan al otorgamiento de cualquier suspensión de juicio a prueba. Invocó también al fallo "Góngora" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que lleva a la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como Belem Do Para, en donde se resalta la obligación del Estado a sancionar cualquier tipo de delito que dicha norma prevé. Dijo la fiscal general que la única posibilidad para estos casos, es la de llegar a un juicio, puesto que es la forma de encontrar el contradictorio, y reparar el daño de manera justa y eficaz, como lo establece la Convención.-

De la enumeración de los puntos que hacen a los fundamentos de la oposición reseñados en el párrafo que antecede, se infiere que en el caso del Ministerio Publico Fiscal, se aplica los términos de la Convención. La niña *T.A.M.* habría sido abusada por su padre, y es este el hecho que la fiscalía pretende llevar a juicio. ¿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 artículo primero del citado instrumento lo define: *"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…".-*

Cotejando estos conceptos de jerarquía suprema en nuestro país, con el hecho acusado a M., no advierto que el acto sexual abusivo presuntamente cometido se haya *basado* en el género de la niña.

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.

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 se encuentra

debidamente fundamentada en su dictamen para el otorgamiento del beneficio. Ello así, siendo que magistrado interviniente compartió este dictamen fiscal negativo, y basó en ello su resolución de denegar la suspensión del proceso, corresponde en consecuencia a votar por la revocación de su decisión.

3.3. Sin perjuicio de la postura que pude haber tenido en precedentes similares, las posteriores revisiones que sobre aquellas decisiones fueron efectuadas, y un replanteo de mis consideraciones a la luz de todos esos basamentos, me han determinado a reanalizar el tema, y direccionar mi postura en función a los fundamentos que he desarrollado en este voto: 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.

4. Ahora bien, con esta revocación, debiera este Tribunal asumir competencia positiva en la controversia, y resolver sobre el fondo del asunto.

Comparto con los colegas, que la aplicación del instituto en la especie procede, por los fundamentos detallados mas arriba; mas su resolución completa no podrá ser dictada, sino previa sustanciación del plazo de duración de la suspensión y de las reglas de conducta a imponer.

Si bien pudo haberse revocado la sentencia como se ha de hacer, y reenviar para la nueva sustanciación de la pretensión, cánones de celeridad y economía procesal, me determinan a proceder como lo hiciera esta Cámara Penal en el precedente "S., N. p.s.a. de robo agravado por el uso de arma - Trelew" (Carpeta 4566 OJ Tw – Legajo 43.732 OUMPF Tw); es decir, resolver afirmativamente al pedido que nos fuera traído por los recurrentes, y devolver mediante la oficina judicial al juez penal que corresponda, para que, asegurando el contradictorio sobre cada uno de los extremos que se invoquen, se establezcan el plazo de duración del instituto y las condiciones a las que quedará sometido el imputado.-

Por lo tanto, juzgo que se deberá revocar la resolución registrada bajo el número 3442/14 a través de la cual se rechazó el pedido de suspensión del proceso a prueba respecto de C. M., argentino, DNI***, argentino, hijo de M. A. y de C. del C.V., nacido en Posadas, Misiones, el 13 de diciembre de **, argentino, penitenciario, con domicilio en Vuelta de Obligado ** de la Ciudad de Trelew, concediendo el derecho a gozar de la misma, en los términos del cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal, mediante la oficina judicial al juez penal que corresponda, para que, asegurando el contradictorio sobre cada uno de los extremos que se

invoquen, se establezcan el plazo de duración del instituto y las condiciones a las que quedará sometido el imputado.

5.- En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto por diferir la cuestión para que se establezcan en la instancia de mérito.-

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 C. A. M., 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) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, ante juez competente, se dicte resolución con arreglo a la presente, bajo las condiciones que deberán debatirse y decidirse en los términos del art.50 del C.P.P.;

4) En cuanto a las costas y honorarios profesionales, corresponde diferir su regulación hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y 5)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco **Omar Florencio Minatta**

El Dr. Adrián Roberto Barrios, no suscribe la presente por impedimento ulterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada con el Nro. 01/2015 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-