En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de noviembre de dos mil trece, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Daniel Luis María PINTOS**, en su carácter de Presidente,

Martín Roberto MONTENOVO y Rafael LUCCHELLI, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 32956**, **carpeta individual n° 4234**, caratulada: "S., M. S. s/ Dcia. Abuso sexual" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Funcionario de Fiscalía, Dr. **Martín Cárcamo**, la Sra.

Defensora Pública Dra. **María Cristina Sadino** y los imputados **J. M. H. y R. T. L.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

---- Que los días 31 de octubre y 5 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Daniel Luis María Pintos, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J. M. H. y R. T. L., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que

fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de H. y L. contra la denegatoria de Suspensión de Juicio a Prueba?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Rafael Lucchelli.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: I.- Ha concitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida "in pauperis" por los coimputados **J. M. H.** y **T. R. J. L.**, y fundamentada técnicamente por la Defensora Pública, María Cristina Sadino, contra la resolución Nº 6138/2013, del 15 de julio de 2013, por la que se rechazara la aplicación de la suspensión de juicio a prueba solicitada por los imputados de referencia.

1) La recurrente, en su libelo impugnativo, invoca en

apoyo de la vía recursiva que deduce los artículos 71, 370, 374 y concordantes del CPP, y 76 bis del Código Penal.

Se agravia por la interpretación indebidamente restrictiva del instituto, en tanto le adjudica carácter dirimente a la oposición fiscal para no otorgarla, denunciando afectación a los principios de legalidad, igualdad, *última ratio* y *pro homine*, a la vez que alega un desplazamiento de la actividad de la judicatura.

Afirma que en la audiencia prevista en el art. 49 del CPP, el *Aquo* a pesar de exponer discrepancias con el criterio desarrollado por el Ministerio Público Fiscal en su dictamen, rechazó la aplicación del instituto a pesar de encontrarse reunidos todos los recaudos para su procedencia.

Entiende que el magistrado efectuó una interpretación indebidamente restrictiva, ya que a pesar de no estar fundada la oposición en la falta de un presupuesto legal, y no obstante no compartir los argumentos de política criminal esgrimidos, igual le da carácter vinculante negando a los imputados el acceso al derecho que peticionan.

Aduce que no puede interpretarse válidamente que el consentimiento fiscal que menciona el art. 76 bis, párrafo 4°, del Código Penal sea un requisito de admisibilidad “extra” para este tipo de supuestos, pues se estaría supeditando el derecho a requisitos que no están en la ley

(violándose así el principio de reserva y de estricta legalidad). Destaca que la negativa del titular de a acción penal pública para ser dirimente o vinculante sólo puede basarse en la comprobada ausencia de alguno de los recaudos legales, dado que ellos surgen del propio texto de la ley. Pone de relieve que al avalar el Juez esta oposición, se produjo en el quiebre del principio de igualdad en la aplicación del instituto, ya que enumeró varios casos análogos en los cuales se concedió la suspensión del trámite del proceso, por lo que la actual negación los coloca en una situación desventajosa.

Hace notar que si la Cámara confirmase la resolución, se generaría una desigualdad en la aplicación del instituto ante la innumerable cantidad de opiniones fiscales posibles, que -en forma más o menos fundada o razonable- pudieran esgrimirse en base a argumentos que no surgen del texto expreso de la ley, al entender que de admitirse dictámenes validos fundados en criterios ajenos a la ley, se abriría un panorama de ambigüedad e incertidumbre, por ello, la única interpretación posible es la restrictiva sobre el alcance de la facultad fiscal en la aplicación del instituto. Así, se ha dicho: "... ni razones de política criminal o de interés público, ni invocaciones del art. 120 de la

Const. Nacional, ni criterios de oportunidad de ningún tipo pueden legítimamente servir de base a la oposición fiscal al acceso del imputado a la suspensión del juicio a prueba".

Sostiene que la opinión fiscal dada en la audiencia del 15 de julio pasado, por más fundada que haya sido, nunca pudo ser vinculante para el juez, ya que no se basó en los propios límites que de modo objetivo fija la ley, por ello no es un dictamen que deba de ser seguido a ojos cerrados por el magistrado, y menos aún al no compartir el criterio de éste.

Denuncia que con la resolución del magistrado se ve afectado el principio de igualdad ante la ley -principio que también tiene rango constitucional (art. 16 de la C.N)-, indicando que durante la audiencia esta defensa, dio cuenta de 12 carpetas en las cuales se otorgaron Suspensión de juicio a prueba en fecha de contemporánea al presente, aún por hechos con penas más gravosas en los que el dictamen fiscal fue favorable.

Critica que -en virtud de tales discrepancias-, ha habido un indebido desplazamiento de la potestad jurisdiccional hacia una de las partes, que no puede ser tolerado en el marco del proceso acusatorio y alterándose su diseño normativo. Si bien el Ministerio Público Fiscal, es quien -como titular de la acción penal- habilita al juez a aplicar el derecho

en el caso concreto, una vez dada esa habilitación la aplicación del derecho es una exclusiva facultad judicial, y la misma no puede quedar reducida o sometida a lo que el fiscal opine.

Señala que al sostener el *Aquo* el "carácter de vinculante" al dictamen fiscal, convirtió al órgano acusador en decisor exclusivo de la paralización o no del proceso, aniquilando la función jurisdiccional y provocando un desequilibrio entre las partes, desnaturalizando el orden normativo vigente, art. 17 y 18 del CPP.

Destaca que además del principio de legalidad estricta, existen otros principios constitucionales limitadores al poder punitivo estatal que facultan a H. y L. a acceder al derecho que pretenden.

Señala que el primer límite lo constituye el principio de legalidad, mirado este de la regla de máxima taxatividad interpretativa como aquel que más límites imponga al poder punitivo o, desde otro ángulo aquella que más derechos reconoce al imputado. Aduce también que otros criterios en materia interpretativa, ha sido traído por la Corte Suprema de Justicia, en un fallo que enseña de modo claro y preciso acerca de como debe interpretarse la ley penal, indicando para ello que no bastan métodos tradicionales, sino que la ley penal exige una complementación específica en principios propios, tales como el de "*última ratio*" y "*pro homine*".

Aduce que in re “Acosta” (Fallos 331:858) dictado en un caso específicamente vinculado al instituto de la probation, se sostiene la inconstitucionalidad de una “interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce” (Consid. 7º). Si bien el caso que trata la Corte no guarda similitud con el aquí ventilado -no es un delito contra la libertad sexual-, entiende que no corresponde hacer ninguna excepción, pues el principio de legalidad en materia penal exige en todos los casos, sin excepción alguna, “priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Consid. 6º).

En dicha senda, señala, la interpretación que se propicia es, justamente, aquella que en mayor medida atiende a las finalidades de la suspensión del juicio a prueba respecto del real funcionamiento del sistema penal. Al respecto, debe decirse que sólo una interpretación restrictiva de los supuestos de exclusión del instituto garantiza el cumplimiento de los objetivos propuestos por el legislador, al sancionar el régimen de la suspensión de juicio a prueba.

Señala también que el instituto si bien tiene un sentido

preventivo y composicional, no deja de tener una clara naturaleza sancionatoria, y es una solución en el marco del Derecho penal y, durante el período en que se suspende a prueba el probado está sujeto a una serie de reglas que limitan sus derechos, y que no cumplirlas le cabe la revocación del instituto.

Finaliza reclamando que la Cámara en lo Penal revoque la resolución impugnada, y resuelva el caso con arreglo a derecho, disponiendo la procedencia de la suspensión de juicio a prueba, devolviéndola a otro juez de grado a fin de que determine el plazo y las reglas de conducta a imponer.

2) El Representante del Ministerio Público Fiscal, en respuesta a la vía impetrada, sostuvo que a su criterio en modo alguno la resolución impugnada adolece de los vicios que indica la recurrente y sólo constituyen una mera discrepancia con los fundamentos expuestos por el Juez *Aquo* y, en tales condiciones, devienen inadmisibles.

Sostiene que asiste razón al juez en cuanto sostiene en el presente caso, que la oposición del titular de la acción penal a la concesión de la suspensión del juicio a prueba en los términos del artículo 76 bis, párrafo 4°, C.P., reviste carácter vinculante, y solo le está permitido al juez de la causa ejercer su inalienable facultad revisora del dictamen, evaluando la razonabilidad de su oposición, agregando que así lo tiene

dicho la jurisprudencia mayoritaria, citando en apoyo de ello lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 21/11/2011 en autos: “C.,V.L. S/ recurso de casación, causa N° 14.287.

Destaca que el Ministerio Público Fiscal a los fines de negar el consentimiento para el otorgamiento del beneficio solicitado por el imputado, principió sus fundamentos citando el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina “Góngora” de fecha 23 de Abril de 2012 (Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092 – Fallo: G. 61. XLVIII), trayendo a colación parte de la argumentación allí desarrollada.

Luego centró el fundamento de su oposición en las particulares circunstancias del caso. En igual sentido, señala, el órgano a su cargo blandió como fundamento de la oposición, razones de política criminal, tendientes a combatir y erradicar la violencia contra la mujer en el plano nacional y provincial, insistiendo en el criterio ya adoptado por nuestro Cimero Tribunal nacional en el precedente jurisprudencial “Góngora”.

En este marco, consideró que no corresponde otorgar el beneficio solicitado por la defensa de los coimputados, y fundó su negativa en el interés del representante de la víctima, en llevar la causa a instancia de juicio a fin de obtener una sentencia.

En efecto, conforme lo señalara el juez *a quo*, el Ministerio Público Fiscal se ha opuesto fundada y motivadamente en oportunidad de expresar su oposición a la concesión del instituto, y para ello ha efectuado correctamente el control de legalidad y logicidad que le permitieron, más allá de la diferencia apuntadas, rechazar la solicitud impetrada. Asimismo, señaló que la suspensión de juicio a prueba implica una suspensión de la acción penal, y una vez cumplidos los requisitos se produce la extinción, y es por eso que el legislador en el 4° párrafo del art. 76 bis del Código Penal, estableció ese consentimiento.

Alega que tampoco asiste razón a la Defensa en cuanto construye censura sobre una hipotética violación al principio de legalidad e igualdad, con fundamento en que el consentimiento fiscal constituye un requisito de admisibilidad "extra" del instituto de la suspensión de juicio a prueba, señalando que el consentimiento fiscal o su oposición, en ambos casos, constituyen un requisito de admisibilidad para la concesión del instituto previsto en el en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal. Trajo a colación, en abono de ello, lo resuelto por la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, con voto del Dr. Jorge Pfleger, en autos: "Coloma, J. S. y otro P.S.A. Robo agravado en poblado y en banda", Expte. 20522 - Fº 222 - Año 2006.

Pone de relieve que en nada modifica el criterio que

viene sosteniendo el Ministerio Público Fiscal, en relación a fundar su oposición en razones de política criminal, como intenta sostener la parte defensista en su escrito de impugnación, sino que por el contrario, las razones de política criminal constituyen uno de los mayores fundamentos con los que cuenta el titular de la acción penal para fundar sus oposiciones, pues es materialización de los criterios de carácter general impuesto para la concreción de sus fines, esto es, la persecución penal.

Aduce que en concordancia con la tendencia doctrinal y jurisprudencial de poner en valor los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, el Procurador General de la provincia del Chubut en fecha 5 de diciembre del año 2012, dictó la Instrucción General N° 06/12, por la que instruye a los Fiscales y Funcionarios de Fiscalía de la provincia, se adopte como principio general de actuación en los casos de Abuso Sexual Simple la sanción de los responsables, oponiéndose fundadamente al otorgamiento de la conciliación y de la Suspensión de Juicio a Prueba en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” ley 24.632.

En tal sentido, destaca, resulta imprescindible insistir

en que el Ministerio Público Fiscal, por diseño constitucional, forma parte del Poder Judicial, con autonomía funcional, y tiene entre sus funciones la de preparar y promover la acción judicial en defensa del interés público y de los derechos de las personas y de promover y ejercitar la acción penal pública ante los tribunales competentes. Asimismo, el titular del Ministerio Público Fiscal (Procurador General) es el encargado constitucional de fijar las políticas de persecución penal y expedir instrucciones generales en tal sentido, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 194 y 195 de la Carta Magna Provincial.

Por ello, los criterios de política criminal expedidos por el titular del Ministerio Público Fiscal en instrucciones generales no resultan revisables jurisdiccionalmente en virtud de las facultades constitucionales que le fueran asignadas, con la sola excepción del debido control de constitucionalidad.

Aduce que en nada enerva el temperamento adoptado por el Ministerio Público Fiscal ni concurre afectación al principio de igualdad, toda vez que la casuística denunciada en su memorial por la defensa técnica, no resulta aplicable al caso de marras puesto que el consentimiento dado en todos los casos resulta anterior a la instrucción general N° 06/12 P.G., puntualizando que los casos enumerados por la Defensa son anteriores a la directiva de la Procuración General.

Entiende que no concurre en el caso la censura de desplazamiento de la actividad de la judicatura por cuanto, en virtud que la oposición fiscal a la concesión del instituto se encuentra sujeta a la insoslayable facultad revisora del dictamen (logicidad y legalidad), como requisito *sine qua non*, para considerar válido el temperamento adoptado por el titular de la acción penal, como ha ocurrido en el presente caso. En nada enerva lo dicho, que el juez *a quo*, no compartiera los fundamentos esgrimidos o planteara sus diferencias, cuando ha superado con éxito el examen al que sometiera el juez el dictamen fiscal, en el caso en concreto. Por todo ello, concluye solicitando que se rechace la impugnación ordinaria deducida por la Defensa.

3) En ocasión de celebrarse la audiencia prevista a tenor del art. 385 del CPP, las partes mantuvieron oralmente las posturas reseñadas.

El Representante del Ministerio Público Fiscal amplió los fundamentos de su respuesta, sosteniendo que el carácter vinculante de la oposición deriva de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Góngora”, y que el principio de legalidad no se ve afectado toda vez que no hubo reforma alguna al artículo 76 bis del Código Penal.

Adujo que no existe afectación al derecho de defensa por el cambio o “endurecimiento” en la posición del Ministerio Público

Fiscal, agregando que el instituto de la probation reposa sobre el principio de oportunidad, por lo cual su procedencia debe quedar en manos exclusivas del órgano que representa, salvo excepciones de palmaria falta de fundamentación a la oposición.

Hizo notar que el Representante legal de la víctima manifestó su voluntad de continuar adelante con la acción. Destacó también que la suspensión de juicio a prueba no tiene naturaleza sancionatoria. Concluyó reiterando su petición de rechazar la impugnación.-

II.- 1) Muy recientemente, en la sentencia n° 32/2013, hemos tenido la oportunidad de plasmar una opinión favorable al dictado, en nuestra Provincia, de la Instrucción n° 006/12 de la Procuración General, teniendo en cuenta que de este modo se tiende a uniformar los criterios de actuación de los integrantes del Ministerio Público Fiscal, a la vez que precisar el concepto de las razones de política criminal que, en determinados casos, pueden legitimar por ejemplo una oposición al otorgamiento de una suspensión del juicio a prueba –de cuya razonabilidad y solidez argumental dependerá que tal dictamen negativo, pueda ser calificado como vinculante para la ulterior decisión jurisdiccional-.-

La doctrina nacional sostiene, sobre este particular,

que: “Es preciso contar con criterios político-criminales para que el MPF no se transforme en un órgano arbitrario en la selección de casos que lleva a juicio y aquellos que deja en el camino a través de una vía alternativa, sin agobiar su actividad con excesivos controles o ‘mejores’ soluciones provenientes de la jurisdicción …” (cfme. Rubén A. Chaia, nota a fallo publicada en suplemento L.L. Penal y Procesal Penal, n° 10, noviembre de 2013, págs. 27 y ss., con citas de Bovino y Maier).-

En nuestro voto en la sentencia nº 6/09, recordamos que el jurista Luis M. García, en un análisis de la jurisprudencia de la CSJ en los casos “Quiroga...” y “Del’ Olio...”, luego de destacar que “hay coincidencia en que los fiscales deben estar sometidos a controles eficaces en el marco del mismo proceso en el que actúan”, como derivación del principio de legalidad y de objetividad en la aplicación de la ley (art. 114 CPP); agrega que las dificultades de este control interno radican en el límite del mismo, “en tanto el control no puede consistir en la sustitución de la actividad del fiscal por la autoridad del juez, porque eso no es control sino reemplazo o subrogación” (cfme. aut. cit., en la obra colectiva: “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, dirigida por Leonardo G. Pitlevnik, tomo 2, año 2007, págs. 171 y ss.).-

Continúa diciendo el comentarista que: “Existen *de*

lege lata algunos medios para que los jueces controlen la actuación de los fiscales dentro del mismo proceso. El art. ... del Cod. Proc. Penal de la Nación es una concreción de la exigencia –derivada del principio republicano- de sujeción a la ley, del deber de actuar con objetividad. Este establece que 'los representantes del Ministerio Fiscal formularán, motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones'. En este sentido, compete a los jueces controlar si los fiscales, en los procesos en los que actúan ante ellos, han dado satisfacción mínima a esta exigencia que consiste en que deben fundar sus dictámenes en los hechos y el derecho. Ese control está concedido por el art. 28 de la ley 24.946 ... " (v. en nuestra Provincia, art. 115 del CPP).-

Y añade: "Se acepta así el control judicial restringido al examen de la motivación de los requerimientos fiscales... Esta visión ha sido compartida por el procurador general, en su dictamen en el caso 'Banco de la Nación Argentina'" -en el que dijo: "La única exigencia que pesa sobre el representante del Ministerio Público Fiscal es que su dictamen se encuentre adecuadamente fundado en las normas vigentes... En consecuencia, el **límite del control jurisdiccional** a su respecto es el de admisibilidad o el rechazo de sus peticiones, definido como la revisión del cumplimiento de las **condiciones procesales** de las cuales depende la

posibilidad de introducirse en el examen del asunto...”-, (el destacado me pertenece).-

2) Ahora bien, en aquel precedente (sentencia nº 32/13), también dejamos a salvo en relación con el criterio sentado por la CSJN en el caso “Góngora”, del 23/4/2013, que es necesario que el “juicio de oportunidad político-criminal” que efectúen los fiscales, en tanto condición para otorgar el consentimiento, o no, al pedido de suspensión, necesariamente debe atender siempre a “las circunstancias especiales de cada caso concreto”, y no consistir en “enunciados genéricos aplicables a cualquier caso”. De allí que los comentaristas de la sentencia de la Corte, vienen subrayando que sería “injusto” afirmar que los fiscales han de oponerse “automáticamente” a la suspensión del procedimiento, en todos los casos que pudieran constituir alguna forma de violencia contra la mujer (en los términos amplios que emplea la Convención internacional) –cfme. Lopardo-Rovatti: “Violencia contra la mujer y suspensión ….”, nota al fallo “Góngora”, publicada en Suplemento L.L. Penal y Procesl Penal, nº 10, julio de 2013, págs. 25 y

ss.-.-

Es por ello que calificamos como de muy acertada, en nuestra sentencia n° 32/2013, aquella Instrucción del P.G., en la medida en que deja a salvo del principio general de actuación fijado, “la facultad de

los Fiscales Generales, de hacer fundadas excepciones cuando las particulares circunstancias del caso, a su exhaustivo juicio así lo ameriten".-

3) Durante la etapa correspondiente a la deliberación, se ha reproducido el audio de la audiencia, en la que se resolvió la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, ahora motivo de impugnación ordinaria. Se advierte en el caso, tanto del dictamen del Funcionario de Fiscalía -vinculante-, como de las expresiones vertidas en nombre del interés de la víctimas, -no vinculantes-, que se hace mucho hincapié en un conflicto entre familias rivales, como presunto desencadenante del hecho por el que se formulara la acusación pública; es decir, que M. S. S. no habría sido objeto de un abuso por su sola condición de mujer, como puede ocurrir con cualquier otra ciudadana que transita por la vía pública, sino por ser integrante de la familia S., enfrentada con la familia H. -peticionarios de la suspensión del juicio a prueba-.-

Aunque pueda parecer una digresión, resulta oportuno recordar sobre el particular que esta Cámara, mediante la sentencia n° 6/2012, hubo de confirmar el fallo condenatorio n° 73/2011, en contra de G. E. S., por el delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego, hecho ocurrido con fecha 4 de enero de 2011, en perjuicio de E. A. H..

Curiosamente, el suceso por el que se acusa a J. M. H. y R. T. L. –concubino de M. T. H.-, tuvo lugar el día 28 de enero de 2011.-

Si volvemos a analizar detenidamente la Instrucción el P.G., se advertirá que allí se refiere a las obligaciones que ha asumido el Estado Argentino al suscribir la Convención Internacional, en aras de cambiar "ese patrón cultural" de la violencia de género; lo que incluye, entre otras herramientas, la prevención de la violencia contra la mujer, además de la investigación de los hechos y la sanción de los mismos. Entonces, surge un interrogante que no tuvo respuesta adecuada ni en el dictamen fiscal, ni en la resolución motivo de recurso ordinario: es posible prevenir o evitar hechos como el que afectara a S., por medio de políticas de Estado contra la violencia de género?; cuando el trasfondo de la agresión sexual reconoce el antecedente, nada menos, que de un homicidio cometido por un familiar suyo contra un pariente de los atacantes, unas pocas semanas atrás –así se desprende muy claramente de lo manifestado en la audiencia referida, por N. O. S.-.-

En definitiva, se aprecia en base a los criterios fijados por el propio P.G., en la citada Instrucción, que resulta altamente probable que, en el caso, hubiera correspondido contemplar la alternativa, de hacer una excepción al principio de actuación general sentado, en esta clase de delitos -dadas las particulares circunstancias del mismo-; máxime cuando

en la audiencia también se ha reconocido, por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, que la escala penal aplicable permite la condena de ejecución condicional (art. 26 C.P.).-

Por ello, hemos acordado en la deliberación que corresponde receptar favorablemente la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa, y disponer que por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una audiencia a fin que ante el mismo Juez Penal actuante, nuevamente se trate el instituto.-

III.- Propongo mi voto afirmativo a la presente cuestión.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- No he de reiterar el detalle de los antecedentes del caso, posturas de las partes, términos de la resolución impugnada, o agravios y respuestas a estos, remitiendo para ello, en honor a la brevedad y a efecto de evitar reproducciones ociosas, al sufragio precedente.

II.- Debo decir también, que tengo postura respecto de los alcances de la Instrucción general nro. 6/012 de la Procuración General de la Provincia, de fecha 5/12/012, en lo que atañe a los casos que traten de hechos anteriores a su vigencia, como el que nos ocupa, de fecha 28 de Enero del año 2011.

En la Sentencia nro. 32/013, a cuyos términos remito,

he considerado que a tales sucesos no les es aplicable tal Instrucción, en tanto directiva obligatoria, como principio general, para el cuerpo de Fiscales, consistente en un criterio de política criminal válido como objeción a la concesión de la Suspensión del juicio a prueba, en supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis del CP., hipótesis en las que la opinión del Ministerio Público resulta vinculante. Tal es la situación, también, en este trámite.

Hemos propuesto que el control de legalidad y logicidad que la Judicatura debe realizar sobre la opinión del Acusador Público, lo que se desprende del sistema republicano de gobierno adoptado por nuestro país, el que requiere de decisiones razonables de los poderes públicos, consiste en un análisis de los motivos de la negativa confrontadas con el bloque de legalidad, y allí emerge como vallado para su aplicación retroactiva el art. 2 del CP..

También hemos considerado a la directiva como modificatoria del Código Penal, en tanto en Chubut, lo cual deriva de que la "probation" resulta un instituto de derecho procesal, aunque su regulación haya sido introducida en la ley de fondo, luego de la Instrucción referida se ha restringido el alcance de un régimen que somete al acusado a una serie de condiciones, cuyo cumplimiento exitoso evita el

Juicio Oral, y eventualmente, la imposición de una pena, por lo cual hoy es menos benigno que previo a la ordenanza apuntada.

Este caso presenta todas las circunstancias aludidas, por lo que la solución, en mi criterio, debe ser similar a la que mencionamos.

III.- Pero la deliberación transitó por otros andariveles, y entonces a ellos me veo obligado a referir.

Ha sido ya detallado por el colega que me precedió en orden de sufragio que el hecho que nos ocupa no puede atribuirse exclusivamente a la fenomenología de los ultrajes a la libertad sexual, sino que se enmarca en una problemática de larga data entre dos familias, S. y H., pródiga en sucesos de violencia con pérdida incluso de vidas humanas, en alguno de los cuales ha tenido intervención este Cuerpo (Sentencia nro. 6/12).

El art. 1ro de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como de “Belem do Pará”, aprobada por la Ley 24632, establece que debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico.

El art. 7 incs. b) y f), los invocados por la postura

mayoritaria de la CSJN en el fallo “Góngora” (23/4/013), para concluir la incompatibilidad de la obligación para el Estado argentino emergente del instrumento internacional referido, con el otorgamiento de “probation” en un caso de Abuso sexual cuya víctima haya sido una mujer, hablan de prevenir y sancionar esa clase de conductas, garantizando el acceso de la víctima a un Juicio oportuno.

Prevenir, sancionar y erradicar dichas acciones mediante el acceso a un Juicio oportuno resultan términos que deben interpretarse como una única alusión a los fines de una eventual pena, sean preventivo generales, como mensaje a la Sociedad toda, o especiales, como medida de intervención destinada al condenado.

Solemos decir que la aplicación de la pena es un instrumento de última ratio, y ello encuentra sustento no solo en posiciones teóricas, sino parece surgir de la más recta de las interpretaciones del bloque de legalidad, en el que debemos incluir al vértice de nuestro orden constitucional, compuesto por la Carta Magna y los Tratados mencionados en su art. 75 inc) 22, instrumentos legales como la Ley 24660, y a nuestro propio orden ritual, el que es pródigo en mecanismos de solución del conflicto alternativos al Juicio oral, y por tanto, a la eventual imposición de una pena.

No pretendemos agotar el detalle de leyes que son

prueba de tal afirmación, basta con mencionar que fue la propia Corte Suprema nacional la que ha definido la implicancia del principio "pro homine" en cuanto al tema como la necesidad de adoptar la interpretación de las normas que más derechos asigne al ser humano frente al poder estatal (Fallos 329: 3265; 331: 858).

Por ende, si la manifestación de mayor potencia de ese poder es la pena, debe asignarse la mayor amplitud posible a los mecanismos que la evitan, sin renunciar al cumplimiento de finalidades preventivo especiales, y uno de ellos es precisamente la Suspensión de juicio a prueba, íntimamente relacionado con el art. 27 bis del CP., manifestación clara de aquellas finalidades.

Lo que se pretende significar es que pareciera que la Convención mencionada, y la conceptualización que de ella hace la mayoría de la Corte en "Góngora" ponen en conflicto obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el contexto internacional con otras de igual categoría, también asumidas internacionalmente, que obligan a llevar a su expresión más limitada la potestad estatal de imponer penas.

IV.- Pero, como hemos admitido, concedemos al Ministerio Público la invocación de los argumentos de Belem do Pará como razones de política criminal válidas para oponerse al otorgamiento de la "probation", y pregonamos lo que la disidencia en el precedente del

más Alto Tribunal ha sentado siguiendo el dictamen de la Procuración General de la Nación, que el consentimiento del Ministerio Público es vinculante en los casos del cuarto párrafo del art. 76 bis del CP, y que, por tanto, la opinión negativa del Acusador Público obliga al Tribunal luego de superado el control de legalidad y logicidad al que hiciéramos referencia al comienzo de esta exposición.

Ahora bien, por imperio del principio pro homine, lo que no podemos admitir, ya que derivaría virtualmente en la desaparición del instituto en cuestión, es que se apliquen los parámetros de la Ley 24632 a casos que exceden, por mucho, la problemática de violencia contra la mujer.

Aquí existe un conflicto familiar, que requirió de la aplicación de penas, medidas de protección, mecanismos que en definitiva no menguaron el enfrentamiento.

Se podrá argumentar, y no sin asidero, que más allá de ello fue una mujer la que presuntamente sufrió este último episodio, si estamos a la Acusación, conforme la cual el 28/1/011 M. S. S. sufrió en la vía pública violencia, amenazas y manoseos en sus partes íntimas.

Pero ello no dejó de ser uno de los emergentes de un proceso de enfrentamiento entre dos grupos, tal lo admitido por el propio

Ministerio Público al dictaminar contra el otorgamiento de la "probation" en la audiencia respectiva.

La problemática, insistimos, aquí es de espectro más amplio, y no se presenta como adecuado para ella la imposición de una eventual nueva sanción, pues ya ha habido otras, que lo único que generaron, sin perjuicio que ante el tenor de los hechos que las motivaron no existiera otra alternativa, fue el aumento de la violencia.

En palabras de Hassemer, ya fue utilizado el último y desesperado recurso que provee el Derecho penal cuando las moderadas intervenciones no sirven (Los Derechos Humanos en el proceso penal, pags. 1/6, Revista de Derecho Penal, Tomo Garantías Constitucionales y nulidades procesales-I, Ed. Rubinzal Culzoni año 2001).

El dato relevante es que tales intervenciones moderadas en el caso parecen no haberse desarrollado.

Luego, el Juez actuante redujo la tipificación al supuesto del primer párrafo del art. 119 del CP, el que supera por poco la hipótesis del primer párrafo del art. 76 bis de dicho cuerpo legal, en beneficio del cuarto párrafo, por la que una prognosis de pena nos depositaría quizás muy probablemente en una condena de ejecución condicional.

Todo ello parece indicar que al sub-judice le queda

como un corset demasiado rígido el enfoque de “Góngora” en su acepción mayoritaria.

Y aún subsiste el imperativo de limitar dicho enfoque a los sucesos que realmente tengan un componente nítido y determinante de violencia contra la mujer, y no generalizarlo hacia toda fenomenología con algún componente de esa clase, pero que la exceda respecto de su naturaleza última.

En definitiva, que las conductas no merecedoras de “probation” hayan sido constitutivas de delitos basados, en cuanto al móvil, en el género de la víctima, conforme lo estipula la propia Convención.-

V.- En suma, es la interpretación de las normas conforme el principio pro homine la que impide emitir un virtual certificado de defunción de la suspensión de juicio a prueba, pues es este un mecanismo que amplia el derecho de todo ser humano frente al poder estatal en su expresión más brutal, y ese riesgo se correría si asignáramos a la Convención referida un alcance superlativo.

No es más que un razonamiento propio del control de legalidad lo que aquí se propone, y desde un aspecto que en nada desmerece los sólidos y correctamente expuestos, fundamentos que el Ministerio Fiscal expresara al contestar el recurso de la Defensa, y en la

Audiencia del art. 385 del CPPCh., tanto como las tazones brindadas por el Magistrado para rechazar el pedido.

En tales condiciones, sigo lo propuesto por el Juez que lidera el Acuerdo en el criterio de revocar la decisión en crisis, y remitir nuevamente el caso a la instancia anterior para un nuevo tratamiento del instituto peticionado. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **LUCCHELLI** dijo:

Voy a remitirme, en su integridad, a la reseña del caso que hiciera el Magistrado que lidera el acuerdo, en atención a la puntillosa descripción que hiciera del mismo.

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por la Defensora de los imputados, J. M. H. y R. T. L., contra la resolución dictada en su contra, por el Magistrado Mariano Nicosia, el día 15 de Julio de 2013, quien les denegó la suspensión del proceso a prueba solicitada por la defensa.

A los imputados se los acusa por el hecho ocurrido el día 28 de enero de 2011, aproximadamente a las 23:30 hs., en circunstancias en que la joven M. S. S. de 24 años de edad, caminaba sola por la calle X entre calle X y X de esta ciudad, casi llegando a calle X, el imputado J.

M. H. junto a su yerno R. J. L., bajaron de un vehículo Marca F. Modelo F. cinco puertas de color X con vidrios comunes, dominio colocado XXX-XXX, interceptaron a la joven y abusaron sexualmente de ella.

Este hecho, fue subsumido – luego de ser readecuada la calificación presentada en la acusación por el Magistrado Nicosia, bajo la figura de Abuso Sexual Simple (Art. 119 – 1° párrafo C.P.) en carácter de autor en relación al coimputado J. M. H., y en relación al coimputado R. T. J. L. en carácter de participe necesario.

Adentrándome a la cuestión planteada, entiendo que – tal como lo dijera en reiteradas oportunidades - el consentimiento del Fiscal -que en este caso resulta insoslayable- no es un mero control de legalidad. Siguiendo a Bovino creo que, sólo si tiene una adecuada motivación y fundamentación, resulta vinculante para concesión de la suspensión del proceso a prueba.-

Entiendo que es un deber inexcusable examinar si los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal, y recogidos por el Magistrado que denegó lo requerido por la defensa, resultan atendibles para poder fundar la negativa a la concesión de la suspensión del proceso a prueba solicitada.-

En ese sentido, el Titular de la Acción Pública aduce

que el precedente Góngora, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha expedido en un hecho atinente a lo que serían cualquier tipo de hechos ejercidos con violencia, cualquier forma que esta tome respecto de mujeres, fundando de ese modo su negativa a la suspensión del juicio a prueba solicitada.-

A fin de establecer los verdaderos alcances que se le debe otorgar a la Convención de Belen do Pará con relación a este instituto, voy a citar a la prestigiosa colega Mónica Rodríguez quien refuta de una manera acabada, los fundamentos que esgrime –en esta ocasión- el Fiscal para denegar el instituto y a los que haré míos, en honor a la claridad conceptual que trasuntan: "El aporte de la perspectiva de género ha demostrado – y sigue haciéndolo – el carácter sexista (machista) del Derecho, en tanto sus instituciones han pivoteado, sin decirlo, sobre el sujeto masculino. La igualdad ante la ley, sabes, es encubridora de muchas diferencias (el escritor francés Anatole France (1844 – 1924), con aguda ironía dijo: "La ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe al rico tanto como al pobre dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan"). Aquella mirada ha bregado, no sin

contradicciones, por la construcción de un sujeto igualitario ("todos los derechos para todos"). Quiero dejar en claro mi posición contrario a cualquier tipo de discriminación, como lo es, sin duda alguna, aquella que

deriva de una arraigada cultura machista que vulnera sistemáticamente, en forma más o menos burda o más o menos sutil, los derechos de todas las mujeres. No obstante, es conocida la tensión que existe entre ciertos discursos feministas y la noción de un derecho cuestionado la posición eufóricamente punitivista que proponen algunos sectores, por resultar contraria a los postulados de *última ratio* que impregnan la noción clásica y, básicamente, humanista de un derecho penal liberal. Asimismo, existen sectores que se han pronunciado enfáticamente en contra de las pretendidas "soluciones penales", a partir del fuerte componente machista y autoritario del sistema punitivo estatal. Así, la catedrática catalana Ercarna Bodelón sostiene que "el feminismo ha tratado el tema de la violencia de género como una vulneración de los derechos de las mujeres, pero una vulneración que no sería solucionada gracias al supuesto papel de prevención del derecho penal. Nada más lejos de cualquier análisis feminista que pensar que el derecho penal cambiará la estructura sexista de nuestras sociedades" (BODELON, Encarna, "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: perdidas en la traducción jurídica
del feminismo", publicado en LAURENZO-MAQUEDA-RUBIO (coords.), *Género, violencia y derecho,* Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2008). Se ha dicho, también, que "la libertad de las mujeres no se va a construir sobre los muros de las cárceles. Mucho menos sobre estos muros

tan mal construidos, que ni siquiera representan una solidez suficiente como para proteger a las víctimas de sus agresores ya condenados. No es magnanimidad con el delincuente. Es simple conocimiento de la realidad del sistema penal y penitenciario que no conceden ninguna garantía para nadie, menos para las víctimas"

(ZABALA, Begoña, "El feminismo frente al derecho", publicado en Revista "Viento Sur", número 104, julio de 2009, p. 79). Por ello entiende que convalidar la ampliación de respuestas estatales punitivas – en el caso, a través del mecanismo de restringir el derecho del imputado a obtener la suspensión del juicio a prueba en delitos vinculados a la violencia de género – no sólo vendría a operar a contramano de las ideas iushumanistas del proceso penal, sino que parecería ir en contra del postulado *antidiscriminatorio* básico de todo feminismo. Es que, si entendiéramos adecuado que la reivindicación de grupos específicos afectados por cualquier tipo de discriminación para por soluciones represivas estaríamos avalando una punición infinita, porque "la soledad jerarquizada no es sólo machista, no es sólo racista, no es sólo xenófoba, no es sólo homofóbica, etc., sino que es todo eso junto" (BIRGIN,

Haydeé, *Las trampas del poder punitivo*, ed. Biblos, Buenos Aires, p. 27).

Del voto de la Señora Juez de Cámara Dra. Mónica Rodríguez en autos

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, entiendo que en el presente caso no nos encontramos ante una situación de violencia de género, tal como se llegara en el presente acuerdo.

Ello, así toda vez que existen sobradas constancias judiciales que acreditan diversas ofensas recíprocas, de las que han sido participes las familias S. y H.. Esto ha quedado palmariamente establecido en la audiencia que hemos celebrado para resolver el presente asunto.

Por todo lo expuesto, siguiendo los lineamientos del Magistrado que lidera el acuerdo, se deberá revocar la resolución impugnada, para que el Juez A-quo reedite la audiencia celebrada y resuelva lo peticionado conforme la doctrina legal aplicable. Así lo voto.-

Por ello, considero que se deberá declarar la nulidad del dictamen del Titular de la Acción Pública (Arts. 25, segundo párrafo, 161 y cc. del C.P.P.), junto con los demás actos consecutivos que de él dependen, es decir la resolución que rechaza la suspensión del proceso a prueba solicitada, debiéndose reproducir el acto nulificado conforme doctrina legal aplicable. Así lo voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

Atento al resultado al que se ha arribado en la primera

cuestión, propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados J. M. H. y R. T. L., contra la decisión interlocutoria nº 6138/13, de fecha 15 de julio del corriente año y revocar la decisión interlocutoria nº 6138/13, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una audiencia a fin que ante el mismo Juez Penal actuante, nuevamente se trate el instituto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, coincido con el colega que vota en primer término es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados J. M. H. y R. T. L., contra la decisión interlocutoria nº 6138/13, de fecha 15 de julio del corriente año y revocar la decisión interlocutoria nº 6138/13, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una audiencia a fin que ante el mismo Juez Penal actuante, nuevamente se trate el instituto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **LUCCHELLI** dijo:

En orden al tratamiento de la cuestión que antecede adhiero a los dichos de los colegas, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa

de los acusados J. M. H. y R. T. L., contra la decisión interlocutoria nº 6138/13, de fecha 15 de julio del corriente año y revocar la decisión interlocutoria nº 6138/13, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una audiencia a fin que ante el mismo Juez Penal actuante, nuevamente se trate el instituto.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados J. M. H. y R. T. L., contra la decisión interlocutoria nº 6138/13, de fecha 15 de julio del corriente año

(arts. 49, 71 inc. A 1, 329 y ss., 370, 374, 382 y ss. y ccs. del CPP).--------

---

2º) REVOCAR la decisión interlocutoria nº 6138/13, debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial la realización de una audiencia a fin que ante el mismo Juez Penal actuante, nuevamente se trate el instituto.---

--------- **3º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.---------

---

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrado, habiendo remitido con firma digital el voto el Dr. Rafael Lucchelli.-

Protocolo nº 33/13

Fdo. Dr. Daniel L.M. Pintos. Martín R. Montenovo.