En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 11 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. **Martín Roberto MONTENOVO** en su carácter de Presidente**, Daniel Luis María PINTOS y Carina ESTEFANIA**, 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° 48527, carpeta individual n° 5563**, caratulada: "M., G. A. s/ Dcia. Abuso sexual rv. Hija menor" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Lorena Garate**, los Sres. Defensores de Confianza Dres. **F. R. C. y M. B. I.,** y el imputado **P. M. R.**; y

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

---- Que los días 23 y 28 del mes de octubre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de P. M. R., 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 P. M. R. contra la resolución nº 6460/13, que deniega la suspensión del 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 la Dra. Carina Estefanía.-

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

I.- Ha generado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por los Co-Defensores de confianza del imputado **P. M. R.**, contra la resolución documentada en acta registrada digitalmente bajo Nº 6460/12, de fecha 9 de agosto de 2013 por la que se rechazara la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en relación al nombrado, a quien se atribuye el delito de Abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia preexistente con una menor de edad, al menos dos hechos en concurso real (arts. 119 inciso, párrafos primero y

quinto en relación al cuarto inciso f, y 55 del Código Penal), por los hechos perpetrados en esta ciudad y en perjuicio de la menor K. D. M..

1) Los recurrentes, en su libelo impugnativo, destacan que la jueza se limitó a hacer un examen de logicidad y legalidad de la oposición, llegando a la conclusión de que no comparte los argumentos del Ministerio Público Fiscal para oponerse al pedido, pero pese a ello tiene que respetar su posición.

Señalaron que la oposición del órgano acusador al otorgamiento del beneficio es violatoria de las garantías constitucionales que se establecen en los arts. 9 de la CSDH y 11 de la DUDH, por cuanto el criterio represivo operado respecto de la suspensión de juicio a prueba en los delitos contra la integridad de las mujeres, en base a la Convención Belem do Para, no puede aplicarse respecto de hechos ocurridos con anterioridad al cambio decidido en la persecución penal.

Hicieron notar que hasta hace menos de un año el Ministerio Público Fiscal no se oponía a los pedidos de aplicación del instituto en casos como el presente, situación que es de público y notorio conocimiento.

Adujeron que la Convención Belem do Pará -de carácter infraconstitucional- se ratificó en 1996; es decir que durante casi dieciséis años se actuó de una manera -prestando conformidad para la

concesión del beneficio-, y de modificarse el criterio persecutorio debe hacerse para los hechos que se susciten con posterioridad al cambio de criterio punitivo, nunca hacia los hechos que se hubieran producido en el pasado.

Pusieron de relieve que los hechos investigados y receptados en la acusación, se han circunscripto al período comprendido entre mayo de 2008 y marzo de 2009, cuando la Fiscalía solía prestar consentimiento a la aplicación del beneficio en casos de abuso sexual simple sea o no agravado. Entienden que el órgano puede cambiar de criterio si existe una nueva interpretación normativa, pero lo que no se puede hacer es aplicar el criterio en contra de las garantías de jerarquía constitucional.

Sostuvo que el órgano acusador de la Provincia del Chubut, con su oposición a la suspensión de juicio a prueba vinculado a hechos anteriores a su cambio de criterio viola esa prohibición y, por ende, compromete la responsabilidad internacional de nuestro país.

Expresaron que el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos recepta los principios de legalidad y retroactividad, trayendo a colación también lo normado en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Señalaron que la normativa internacional señalada

establece reglas en abstracto. Interpretaron que si para cualquier sujeto que hubiera cometido un hecho como el que se atribuye al imputado entre mayo de 2008 y marzo de 2009, se hubiera prestado consentimiento para la probation y la justicia hubiera fallado en tal sentido, no se puede más tarde imponer una pena mayor a quien esté en la misma situación.

Alegaron que está prohibido para todos los órganos del Estado la realización de actos en violación a dicha garantía que es superior a la Convención Belem do Pará, pues el cambio de criterio del órgano titular de la acción penal pública con efectos retroactivos, y los fallos de la justicia que sean más gravosos para hechos similares ocurridos en el mismo momento histórico violan la garantía.

Puntualizaron que la garantía que esgrimen no es la de irretroactividad de la ley, sino la de la sanción y de cualquier conducta que tienda a agravar el castigo. En dicha senda pidieron al tribunal que se lea atentamente las normas transcriptas que también prevén la irretroactividad de la ley penal en la primera oración de cada cual, pero enseguida dice "Tampoco", lo que quiere significar que lo que exponen es otra garantía diferente de carácter prohibitivo para el Estado; es decir que el mismo no puede condenar a nadie por hechos que no fueron delito al momento de cometerlos; y tampoco puede aplicar penas más graves que las que imponía al momento del hecho. En el subexámine, continuó, se verifica esta última

hipótesis: al momento del hecho atribuido la ley lo había tipificado como delito; sin embargo, por la forma de operar del Ministerio Público Fiscal y del órgano jurisdiccional la sanción/beneficio aplicado era la suspensión del juicio a prueba. Hoy se pretende el juicio y la condena de ser posible.

Denunciaron además la violación por parte de la Fiscalía de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, contenida en los arts. 16 de la Carta Magna; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Puso de relieve que la desigualdad radica en que a individuos que estuvieron en la misma situación jurídica que hoy atraviesa **R.** se les acordó el beneficio por hechos cometidos en la misma época, mientras que al nombrado se lo deniega cuando ha sido concedido a otros en su misma situación y bajo el imperio de las mismas leyes.

Señaló que el cambio de criterio del Ministerio Público Fiscal no basta para justificar la desigualdad y por ende, la directiva que ordena oponerse a la suspensión de juicio a prueba en abusos sexuales contra mujeres, es inconstitucional por violar la garantía y el derecho a ser tratados con igualdad.

Alegaron que el dictamen de oposición carece de

razonabilidad, lo que condujo a cuestionar la sentencia que lo tuvo por razonable y fundado, cuando en verdad es antijurídico y carente de sentido por falta de finalidad práctica concreta.

Denunciaron asimismo la trasgresión al principio *pro homine*, tanto en el dictamen como en el decisorio atacado, puesto que entre un conflicto normativo suscitado entre la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la suspensión de juicio a prueba y las garantías de aplicar sanción más grave que la que se aplicaba al momento del hecho y la de igualdad ante la ley, se opta por una solución que es la que más limita los derechos del imputado, sin que una solución favorable al imputado signifique disminución de ningún derecho ni interés de la niña.

Destacaron que en concreto, en un caso como el que aquí se analiza, donde existe una problemática familiar con denuncias cruzadas sobre abuso sexual entre tres miembros de la misma familia, es imperioso acudir al derecho penal sólo como *ultima ratio*, haciendo lugar a la tutela de todos los derechos y garantías que le asisten a las personas implicadas, para alejar la represión penal del ámbito familiar.

Como colofón solicitaron que se haga lugar al recurso y se conceda la suspensión de juicio a prueba, conforme a los argumentos expresados.

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 indican los recurrentes.

En primer lugar, adujo, asiste razón a la Juez penal *A quo* en cuanto sostiene que, en el presente caso, 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°, del C.P. reviste carácter vinculante, y solo le está permitido al juez de la causa ejercer la facultad revisora del dictamen, evaluando la razonabilidad de su oposición. La negativa del Fiscal debe ser debidamente fundada, lo cual ocurrió en el caso que nos ocupa.

Entendió que a los fines de negar el consentimiento, comenzó su análisis evaluando el delito endilgado a R. -Abuso Sexual Simple agravado por la situación de convivencia preexistente con una menor de edad, al menos dos hechos en concurso real (Art. 119, 1° y 5° párrafo en relación al 4° párrafo inc. f y art. 55 del C.P.)-, que prevé una pena que en la hipótesis de recaer condena que supere un día el mínimo legal, sería de cumplimiento efectivo.

Luego centro la fundamentación de su oposición en razones de política criminal. En ese sentido, hizo mención a la existencia del instructivo 06/12 dictado por el Procurador General el 5 de diciembre

de 2012, en el que 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-, se instruyó a los Fiscales de la Provincia para que en los casos de Abuso sexual simple procuren la sanción de los responsables, oponiéndose fundadamente al otorgamiento de la suspensión de juicio a prueba.

Hizo mención a que conforme el art. 1° de dicha ley, por "violencia contra la mujer" debe entenderse "…cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer…estableciéndose como obligaciones para los Estados Partes conforme el art. 7 inc. B de la mencionada ley …la de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer….".-

Sostuvo que el deber de investigar y sancionar no se compatibiliza con las soluciones anticipadas, que precisamente truncan la investigación en algunos casos y la posibilidad de sancionar en todos ellos.

Trajo a colación diversos pronunciamientos dictados por diferentes tribunales de nuestro país, que sostienen tal criterio, como la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Casación Penal, sala II de fecha 7/12/2010; la emitida por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de

Formosa, el 17/11/2011 en el Caso “Gallardo José Ramón s/ abuso sexual sin acceso carnal reiterado- Tres hechos en concurso real”; la pronunciada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, el 25/7/2012 *in re* “P.M. de los A. p.s.a. abuso sexual simple- Recurso de Casación” Expte. “P” 38/2011; la de la Cámara en lo Criminal y Correccional de Cruz del Eje, del 27/9/2012 en autos caratulados “C.C.A. p.s.a. abuso sexual simple”.

Destacó que al oponerse a la concesión del beneficio, citó las partes pertinentes de la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N ° 14092”, del 23 de abril del corriente año, que se condicen con el criterio de política criminal que sigue este Ministerio Público Fiscal.

Adujo que en la ocasión se reiteró que interesaba al Ministerio Público Fiscal la realización del juicio de la presente causa, entendiendo que en caso de recaer condena la misma podría ser de cumplimiento efectivo.

Indicó que la Sra. Juez, antes de resolver, consulto al denunciante en autos, respecto de la petición de la defensa técnica, conforme lo establece el art. 49 del C.P.P., quien fundadamente manifestó su oposición.

Resaltó que la jurisprudencia se ha expedido en que la oposición del Ministerio Público Fiscal respecto a la procedencia del instituto, es vinculante para el Juez siempre que sea debidamente fundada.

Ilustró su postura citando una decisión del Superior tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut -de la que transcribió en la parte que consideró pertinente-, más precisamente el contenido del sufragio del Ministro, Dr. Jorge Pfleger en autos: "C., J. S. Y OTRO P.S.A. ROBO AGRAVADO EN POBLADO Y EN BANDA", Expte. 20522 - Fº 222 - Año 2006.

Señaló que en el análisis de la oposición, explicó que si bien no compartía la oposición del Ministerio Público Fiscal, atento que los argumentos expuestos por el mismo eran debidamente fundados por razones de política criminal, señaló que ello constituía un límite infranqueable a la condición del beneficio por ser el Ministerio Público Fiscal el titular de la acción pública.

Sostuvo que la oposición fiscal a la concesión del instituto no es susceptible de tacha de inconstitucionalidad, ni resulta violatoria de las más elementales garantías individuales y procesales consagradas tanto en el derecho interno como foráneo.

Destacó que la instrucción cuestionada resulta anterior

a la resolución de apertura de la investigación penal preparatoria, entendida ésta como el primer acto de persecución penal, y los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al suscribir la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convenión de Belem do Pará" mediante Ley N° 24.632, que sirven de fundamento a la cuestionada instrucción, también resultan anteriores al hecho objeto de investigación penal.

Asimismo puso de relieve que los criterios de política criminal, concretados mediante instrucciones del Procurador General, no participan del principio de irrectroactividad de la ley, toda vez que no constituyen derecho vigente y no se encuentra sometida al proceso de elaboración de leyes dispuesto constitucionalmente. Señaló que la entrada en vigencia de nuevos criterios de persecución penal en nada alteran los principios, garantías y derechos establecidos en el artículo 1° del Código Procesal Penal.

Entendió que no hay afectación a la normativa invocada por la defensa, toda vez que la calificación legal escogida durante la etapa de investigación, y al momento de formular acusación pública, se mantuvo en términos nominales incólume y no han operado modificaciones al artículo 119, párrafos 1° y 5°, del Código Penal.

Hizo notar que la magistrada a quo fundó debidamente

su posición e indicó que no se trataba de la aplicación de una ley más grave al imputado, sino de un cambio de criterio del Ministerio Público Fiscal y que para ello este había dado razones de política criminal.

Indicó que las normas otorgan al imputado de un delito de acción pública el derecho a solicitar la "suspensión del juicio a prueba", sometida al consentimiento del fiscal a cuya discrecionalidad no pone límites expresos (art. 76 bis, CP). Dicha facultad es, recordó, de naturaleza no jurisdiccional, por lo que no incumbe al juez suplir la voluntad del órgano competente.

Dijo no advertir los agravios enunciados por la defensa técnica del imputado en autos en relación a la violación del principio *pro homine*, al optar por la solución más limitativa de los derechos del imputado, toda vez que el rechazo de la solicitud de suspensión de juicio a prueba, por los fundamentos delineados por la juez a quo en la resolución en crisis, no constituye una limitación de derechos del imputado, toda vez que el instituto previsto en el artículo 76 bis del C.P. es una solución no punitiva, de aplicación en las condiciones impuestas por la normativa que lo regula, las que en el caso en concreto, por la fundada oposición fiscal, resulta inaplicable al caso.

Por todo ello, a su entender, ni la sentencia, ni la

oposición fiscal fueron violatorias de ningún derecho ni garantía del imputado. El órgano que representa, en la audiencia celebrada, indicó que no se trata de aplicar una pena más gravosa que la aplicable al momento del hecho, sino que es la misma ley, solo que el cambio de llevar la causa a juicio es por cuestiones de política criminal, lo que ya ha sido debidamente fundado y en modo alguno puede considerarse inconstitucional de acuerdo a las facultades conferidas por la Ley V N° 94, antes ley 5057, que insiste al Procurador General de emitir instrucciones generales de política criminal. Dicha decisión, apunta, es respetuosa de la voluntad del representante legal de la menor victima que ha podido expresar su voluntad de llegar a la instancia de debate para obtener una sentencia.

Concluyó solicitando que se rechace la impugnación interpuesta por la Defensa del imputado P. M. R., y se confirme la resolución dictada por la Dra. Raquel Susana Tassello que no hace lugar a la aplicación de la suspensión de juicio a prueba promovida.

3) En ocasión de llevarse a cabo la audiencia prevista en el art. 385 del CPP, las partes mantuvieron oralmente las posturas ya expuestas siendo representado el Ministerio Público Fiscal, en la ocasión, por la Dra. Lorena Gárate quien se remitió a las consideraciones expresadas en el memorial ya reseñado.

Concedida la palabra al denunciante M., respondió que se remite a lo que dijo la Fiscalía; no es su intención lograr la custodia de su hija sino de los dos; su interés es porque ambos están en riesgo debido a una serie de conflictos, pero la niña venía muy lastimada por la situación familiar, denunciando que tanto el imputado como la madre de los niños consumen droga delante de ellos. Refiere que la madre nunca defendió a la niña y llegó a sentir miedo de ambos. Sólo lo mueve el interés de resguardar a sus hijos.

Por su parte el imputado R., a su turno, expresó que el denunciante también tendrá que sentarse en el banquillo de los acusados y demostrar su inocencia como lo está haciendo el dicente; también abusó de la niña y está probado. En su momento, cuando se llevaba a los niños, los dejaba tirados en la casa de su madre y ellos tenían que ir a buscarlos y los encontraban solos.

II.- 1) Resulta evidente que desde siempre, y en todos los sistemas jurídicos del Derecho comparado, ha sido una materia sumamente controvertida, la relativa a las facultades del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal; sobre todo, cuando se trata de aquellas que no pertenecen al ámbito de lo reglado estrictamente en la ley, sino que se vinculan con la esfera de la discrecionalidad, los criterios de oportunidad, etc. Así se aprecia, muy en particular, cuando esta Cámara es

llamada a resolver en impugnaciones sobre denegación de pedidos de suspensión del proceso a prueba, y homologación de acuerdos de juicio abreviado; e inclusive, también en juicios ordinarios o comunes, al interpretar nociones como el principio de congruencia, las acusaciones alternativas, etc..-

Prueba de ello, es decir que estamos ante cuestiones sumamente debatidas, es no solo que existen importantes diferencias de interpretación torno a la vigencia del denominado principio de legalidad procesal, sino que además en pronunciamientos internacionales (como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, "Reglas de Mallorca") se ha puesto de manifiesto la conveniencia de que se establezcan "en la ley o reglamento publicado" –cuando los fiscales estén investidos de facultades discrecionales-, las "directivas" que se habrán de observar, con el fin de "promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento" ("Reglas" citadas, 3ª.).-

En este sentido entonces, no solo resulta ajustado a Derecho el dictado de la Instrucción n° 006/12, por parte del Procurador General de la Provincia del Chubut, con fecha 5 de diciembre de 2012 –y su observancia obligada por todos los miembros del Ministerio Público Fiscal-, sino que además constituye una medida auspiciosa, en aras de

conseguir aquellos objetivos recomendados por los organismos internacionales. En el reglamento citado se lee, entre otras consideraciones, que "… resulta conveniente uniformar los criterios de actuación del MPF en tales circunstancias (se refiere a la aceptación de "respuestas no sancionatorias" frente a las conductas tipificadas como Abuso sexual simple), para que en su intervención se refleje una política de persecución única en todas las Unidades Fiscales de la Provincia del Chubut".-

También merece tenerse en cuenta, en nuestro caso, de aquella Instrucción, que –sigue exponiendo el Procurador General-: "dicha unidad de actuación –art. 2 inc. "c" Ley V N° 94 (antes 5057), reconoce como presupuesto la unidad de dirección, a partir de la facultad y el deber de emitir instrucciones generales de política criminal que la ley pone en cabeza de esta Procuración General –art. 16 incs. "a" y "c" Ley V N° 94 …".-

También ha destacado el Procurador General que a nivel nacional, existe jurisprudencia específica sobre rechazo de la suspensión del juicio a prueba, fundado en las obligaciones de la Convención; citando como ejemplo, el caso "Castillo, Víctor Leonardo s/ recurso de casación", causa n° 14287 – Sentencia del 21-11-2011, Sala IV, Cámara Nacional de Casación Penal.-

Consultado este precedente jurisprudencial, leemos en el mismo que: "…el juicio de oportunidad y conveniencia que efectúa la acusación pública sobre la posibilidad de suspender la persecución penal en un caso concreto debe sustentarse en criterios de política criminal legalmente establecidos; criterios que, en el marco de la estructura funcional del Ministerio Público Fiscal, son definidos por su jefe máximo (Procurador General de la Nación), …Caso contrario, el derecho del imputado de acceder a una solución alternativa al ejercicio de la pretensión punitiva estatal se encontraría supeditado a la mera discrecionalidad del fiscal de intervención, ya que bastaría la invocación de genéricas razones de política criminal para justificar la improcedencia del instituto sometido a examen…cierto es que el acusador público ha sustentado la necesidad de proseguir con el impulso de la acción penal al amparo de lo dispuesto en los arts. 1 y 5, Convención sobre la

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer art. 75, inc. 22, CN y en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) ratificada por la República Argentina mediante ley 24632, BO del 9/4/1996… a mi entender, la oposición fiscal ha encontrado sustento legal en las previsiones establecidas en un instrumento legal que, en principio, se adecuan al caso de autos en función de las características concretas del

hecho ventilado. De este modo, el juicio de oportunidad y conveniencia formulado en la encuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal no reviste un carácter meramente conjetural, sino que ha justificado la necesidad de llevar a cabo el debate oral y público en atención a la obligación asumida por el Estado Argentino al suscribir la Convención Interamericana para prevenir, …. En función de lo expuesto, considero que la oposición fiscal brindada en el caso cumple con la debida motivación exigida …y, de este modo, resulta vinculante para la jurisdicción, …" (del voto del Juez Mariano Borinsky).-

En definitiva, la citada Instrucción establece como "principio general de actuación del MPF en los casos de Abuso Sexual Simple, el ejercicio de la acción penal dirigido a realizar una investigación completa de los mismos y procurar su sanción, oponiéndose fundadamente a la suspensión del juicio a prueba o conciliaciones …".-

2) Por otra parte, con fecha 23 de abril del presente año 2013, la CSJN dictó sentencia *in re*: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092". Allí se estableció sumariamente que "1. Siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos convencionales con la necesidad de establecer el procedimiento legal justo y eficaz para la mujer, que incluya un juicio oportuno, se

impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al instrumento internacional, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso –como la suspensión del juicio a prueba- en la instancia de debate oral es improcedente. 2- El término juicio expresado en la Convención de Belém do Pará resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención. 3- La obligación convencional de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer no puede quedar aislada del resto de los deberes particulares asignados a los Estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas. 4- Un recurso extraordinario es formalmente procedente cuando pone en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional –Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-, y lo resuelto por el superior tribunal de la causa es contrario al derecho que el recurrente sustentó en ellas. 5- De verificarse las condiciones objetivas y subjetivas previstas para la viabilidad de la suspensión de juicio a prueba, la principal consecuencia de su concesión es la de suspender la realización del debate. 6- En Caso de cumplir el

imputado con las exigencias que impone la norma durante el tiempo de suspensión de juicio a prueba fijado por el tribunal correspondiente, la posibilidad de desarrollar el debate se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto. 7- El Congreso no es el único poder ni el único organismo del Estado con facultades en materia de política criminal, pues también las posee el Ministerio Público Fiscal, vinculadas con su función de promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales (del dictamen del procurador fiscal). 8- El tribunal de casación no puede limitarse a sostener que ni el agente fiscal ni el tribunal oral demostraron que las reglas de conducta que pudieran imponerse con fines de resocialización durante la suspensión del juicio a prueba resultaren contrarias o incompatibles con el objetivo de la Convención

Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, pues ello supone incurrir así en el error de referirse al tema de la suspensión del juicio a prueba desde un enfoque centrado exclusivamente en la finalidad de resocialización de la pena (del dictamen del procurador fiscal ante la CSJN) (cfme. “Jurisprudencia Argentina” 5, 2013-III, del

31/7/2013, con nota de Virginia Deymonnaz, Diego Freedman y Malvina Zacari, págs. 45 y ss.).-

El texto del dictamen fiscal, según la versión que se

publica en la página web oficial del MPF de la Nación, nos revela que en su parte final, el Dr. Eduardo Ezequiel Casal estimó que el dictamen del Fiscal de grado acerca de la Suspensión del Juicio a Prueba, había contado con "fundamentos suficientes" a partir de aquellas razones de política criminal; por lo que, "aunque no fueran compartidas por el *a quo*, lo pusieron **a salvo del control** del que pudo haber sido objeto, y lo colocaron así como **un límite infranqueable a la concesión** de aquel beneficio" (el destacado me pertenece).-

Los anotadores del fallo citado, rápidamente, han puesto "al descubierto" la nítida diferencia que se advierte, entre la posición que sostiene la Corte y la que desarrolla el Procurador Fiscal; en la medida en que este insiste en que por razones de oportunidad que el propio art. 76 bis del CP habilita, el fiscal de grado había negado su consentimiento para que el juicio se suspendiera en ese caso, lo cual impedía otorgar el instituto (cfr. art. 76 bis, párr. IV, CP) - ello constituye una legítima decisión fiscal, producto de un análisis de conveniencia estratégica y de oportunidad-. En tanto que la Corte, en cambio, excluye a priori la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en los casos genéricamente definidos como de violencia contra la mujer, sin atender a sus particularidades, a su gravedad y, al parecer, tampoco a la opinión que al respecto pudiera tener la propia damnificada (cfme. Mauro Lopardo y

Pablo Rovatti: “Violencia contra la mujer y suspensión del juicio a prueba”, nota al fallo “Góngora”, publicada en suplemento Penal y Procesal Penal, de La Ley, julio de 2013, págs. 25 y ss).-

Comparto plenamente las observaciones críticas que formulan los comentaristas del precedente de la CSJN, en orden a la trascendencia de la distinción referida: el juicio de oportunidad políticocriminal “debe atender a las circunstancias especiales de cada caso concreto”, y no consistir en “enunciados genéricos aplicables a cualquier caso”; y también cuando destacan 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) –adviértase que la Instrucción vigente en el ámbito provincial, ya citada, deja a salvo muy acertadamente 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”.-

Ya con anterioridad a la sentencia de la CSJN, la doctrina nacional al analizar los fallos: “Calle Aliaga, Marcelo” y “Ortega, René Vicente”, de la Sala II de la C. Nac. Cas. Pen. (año 2010), había puesto en duda que “…los compromisos sobre derechos humanos de las mujeres, asumidos por el Estado argentino, tengan el alcance de un

impedimento supralegal para la suspensión del juicio a prueba…". En efecto, si bien se le reconocía al Ministerio Público Fiscal "…facultades suficientes para adoptar **la decisión de política criminal de oponerse fundadamente a la suspensión de procesos referidos a hechos constitutivos de violencia de género**, en los casos en que su consentimiento es requerido por la ley…"; sin embargo, se hacía notar que lo que aquella jurisprudencia había establecido era otra cosa, esto es que lisa y llanamente la norma que habilita la suspensión del proceso se encuentra parcialmente derogada por la Convención de Belém do Pará (cfme. Cecilia Marcela Hopp: "El cumplimiento de las obligaciones internacionales relacionadas con la violencia de género ¿Derogación tácita de la posibilidad de suspender el juicio a prueba?", en "Jurisprudencia de Casación Penal", t. 5, págs. 223 y ss., edit. hammurabi, Bs. As. año 2012 –el destacado me pertenece-).-

Y ese ha sido el criterio que prevaleció en la instancia extraordinaria, como anticipáramos *ut supra* "… la Corte Suprema ha establecido un estándar: no resulta procedente la *probation* para hechos de violencia contra la mujer, independientemente de la gravedad de la pena … De acuerdo con lo argumentado por el voto mayoritario –a excepción del voto del magistrado Zaffaroni, que hace suyos los argumentos del dictamen del procurador-, esta improcedencia es un imperativo normativo.

Por consiguiente, ello no depende de la oposición del fiscal, ni de la opinión de la víctima (constituida o no en parte querellante), sino del tipo de delito –el ejercicio de violencia contra la mujer-. Es decir, se estableció una excepción más a la procedencia de la *probation*…" (cfme. nota a fallo publicada en "Jurisprudencia
Argentina", ya citada; en una nota la pie de página se recuerda que la ley 26485 "establece en sus primeros artículos definiciones acerca de los hechos de violencia contra la mujer, transcribiéndose los arts. 4, 5 y 6 de la norma refereida).-

3) En el caso que fuera motivo de juzgamiento en la instancia anterior, y ahora venido en recurso ordinario, el dictamen fiscal negativo sobre la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, ha tenido en cuenta tanto el contenido de lo prescripto en la Instrucción del PG acerca de los casos de Abuso Sexual Simple, como la jurisprudencia de la CSJN en la materia ya citada. Con la salvedad que, en mi opinión, la aplicación del precedente "Góngora" debe practicarse en consonancia con el criterio que rige la Instrucción; es decir, teniendo en cuenta las razones de política criminal útiles, de acuerdo a las particulares circunstancias del caso concreto, para fundar la oposición a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, y nunca concibiendo a la Convención internacional como un impedimento normativo, en general. Aprecio, en suma, como

debidamente motivada la ausencia de consentimiento fiscal –adviértase que el delito endilgado a R. prevé una pena que en la hipótesis de recaer condena que supere un día el mínimo legal, sería de cumplimiento efectivo-, y por ende dotada de carácter vinculante para el tribunal, por lo cual la resolución impugnada, en este aspecto, merece ser objeto de confirmación, tal como hemos acordado por unanimidad en la etapa correspondiente a la deliberación. -

III.- Alcances del principio de legalidad en esta materia: en la impugnación ordinaria motivo del presente Acuerdo, se pretende sin embargo que aquella oposición fiscal violaría garantías constitucionales, cuales son los arts. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ("…Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito…"); dado que "…el cambio de criterio represivo efectuado respecto de la suspensión del juicio a prueba en los delitos contra la integridad de las mujeres … no puede aplicarse respecto de hechos ocurridos con anterioridad al cambio decidido en la persecución penal".-

En la deliberación hemos acordado por mayoría, que este argumento debe rechazarse, ya que en el presente caso no se ha impuesto ninguna "pena más grave", en los términos de los instrumentos

internacionales del Derecho humanitario. El art. 76 bis del C.P. siempre previó la necesidad del consentimiento fiscal, y por ende, que al dictaminar sobre el particular, los miembros del Ministerio Público invoquen razones de política criminal, para oponerse fundadamente a la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba, mal podría interpretarse como un apartamiento de la ley sustantiva, sino todo lo contrario. Ahora bien, en un momento determinado, el Procurador General ha entendido necesario precisar y, a su vez, complementar dicho ámbito de competencia propio de los acusadores, con las pautas ya reseñadas en el apartado II precedente; ello en modo alguno puede asimilarse a la aplicación retroactiva, de una sanción más gravosa, cuando recién nos encontramos en la etapa procesal que preludia el juicio oral.-

Por lo demás, aún en el supuesto hipotético que prescindiéramos por un momento de lo expuesto en el párrafo anterior, para conceder que una mayor rigurosidad en los dictámenes del Ministerio Fiscal, respecto a la procedencia de una suspensión de juicio a prueba, sería equiparable a la imposición de pena más grave; debe recordarse que siempre la aplicación de esta garantía ha excepcionado de la misma a las leyes meramente interpretativas, es decir aquellos casos en que no se percibe que haya existido un cambio de valoración en el legislador, ni menos todavía una innovación o creación, sino que simplemente con la

nueva legislación lo que se procura es integrar aquella que es objeto de interpretación –en este caso, la regla es la retroactividad (cfme. Sebastian Casanello, análisis del fallo "Vaira-Bertolaccini-Roca", de la CSJN, "Cosa juzgada, prescripción y ley mas benigna", publicado en Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 10, edit. Hammurabi, págs. 15 y ss..).-

Tal como sucede con el Poder del Estado que tiene el atributo de legislar, de igual manera podemos razonar respecto al Procurador General, que este funcionario al emitir la Instrucción, no ha modificado desde el presente, su valoración hacia el pasado sobre el delito en cuestión, ni acerca del instituto del art. 76 bis del C.P., y el carácter vinculante de la oposición fiscal; sino que entiende que con estas directivas se alcanzarán mejor los intereses que es necesario tutelar en el caso concreto, desde la perspectiva del órgano titular de la acción –brindándoles a los Fiscales, para el momento de dictaminar, mayores elementos de juicio para sostener su negativa-.-

Por último, y en línea con el dictamen del Funcionario del Ministerio Público Fiscal, en la instancia anterior, en el sentido de dejar a salvo de la aplicación de la garantía, los cambios de

jurisprudencia, tengo presente que la doctrina enseña sobre este particular que: "…no cabe inferir, … que el principio de legalidad exige extender las

reglas de la validez temporal de la ley penal a la jurisprudencia… la limitación de las reglas del art. 2 del Cod. Penal a las leyes penales no conculca de ningún modo los principios de seguridad jurídica ni de igualdad ante la ley. Entre tanto, existen buenas razones que aconsejan distinguir el *enunciado normativo* puesto por el legislador y su interpretación o la *norma*. De este modo, siendo la *norma* una derivación del *enunciado normativo*, será exigible aplicar lar reglas derivadas del mandato de *lex praevia* únicamente a este último… el mandato … no es extensible a los cambios de jurisprudencia" (cfme. Juan Pablo Montiel, análisis del Fallo "Bravo David Adrián" de la CSJN, "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", tomo 7, edit. Hammurabi, págs. 237 y ss.).-

IV.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo mi voto negativo a la presente cuestión.-

En otro orden, dejo constancia que así como lo advirtiera la Juez penal actuante en el decisorio impugnado, resulta evidente que el caso se vincula con cuestiones litigiosas que tienen su trámite por ante el fuero de Familia. Y en este sentido, resulta conveniente remarcar que cualquier resolución que en el futuro se adopte en el ámbito penal, no debería interpretarse como que necesariamente debe impactar en un sentido determinado, en la solución de aquella problemática específica

–todo esto, a partir de las manifestaciones en la audiencia del art. 385 del CPP, tanto del denunciante como del acusado, de las cuales parecería desprenderse que ambas partes comparten la impresión, de que la sentencia que se dicte en la presente causa, automáticamente produciría efectos puntuales, en temas tales como: tenencia de hijos, prohibición de acercamiento, etc.-.

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

I.- Remito, a efecto de evitar reproducciones estériles, a los antecedentes del caso incluidos en el sufragio precedente.

II.- He de reiterar una serie de conceptos vertidos en una Sentencia inherente a un caso de la Circunscripción judicial de Esquel (Provincia del Chubut c/ S., A. P. s/ Administración Fraudulenta" NIC nro. 630, NUF nro. 5565), los que a su vez reflejan el contenido de los precedentes de este Tribunal en cuanto a la cuestión traída a decisión: "Si bien para determinada Doctrina la mera disconformidad Fiscal obsta a la concesión del beneficio de la llamada "probation" (conf. Gustavo Bruzzone "Fiscales y Política Criminal" pag. 159), los actos del Ministerio Fiscal deben ser fundados (arts. 194 C.Ch. y 114 CPPCh.), remedo del sistema republicano de gobierno consagrado constitucionalmente, que impone que las decisiones estatales sean razonables."

"En ello coincide la totalidad de la Doctrina respecto del instituto en cuestión (Gustavo Vitale "Suspensión del Proceso penal a Prueba", Editores del Puerto pags. 183/184; Bovino, Alberto "La Suspensión del Procedimiento Penal a Prueba en el Código Penal Argentino" Ed. Del Puerto, pag. 155)."

"Entonces, y en tanto la decisión de la Jueza penal se ha basado en el dictamen Fiscal, resulta imprescindible analizar las razones de la negativa del Funcionario del Ministerio Público, cuyo control de legalidad fue efectuado, y avalado en tal sentido, por la Magistrada indicada."

"Nuestra tarea consiste entonces en determinar si tal control fue correcto o no, de allí que el dictamen deba necesariamente ser materia de estudio".

"Entonces, tal como se precisó al momento de adelantar los fundamentos de la deliberación que precedió a este acto, para resolver la impugnación efectuada debemos, de manera hipotética, correr barreras tales como la obligatoriedad del dictamen Fiscal para los Magistrados cuando este tiene sentido denegatorio de la concesión de la llamada "probation", aserto altamente discutible, o si el contenido de tal dictamen denegatorio, puede consistir en "razones de política criminal", otro aserto generador de debate doctrinario".

"Me detendré en esta última cuestión. Considero que vale la pena distinguir entre presupuestos y conveniencia en el caso concreto del instituto. Los primeros han sido determinados por el Legislador, y pasan por la posibilidad de una condena de ejecución condicional en el caso, el ofrecimiento de una reparación "razonable", que el imputado no revista el carácter de funcionario público al momento del hecho, y la no aplicación de la pena de inhabilitación."

"Concurrentes los presupuestos, queda la conveniencia en el caso concreto. Soy de la opinión que el Ministerio Fiscal, o la víctima, pueden ampararse en las aludidas razones de política criminal para desaconsejar su concesión. Pero, en tal supuesto y claramente, esa opinión del Fiscal para resultar vinculante como se pretende aquí, requeriría al menos de un análisis estricto, pues no cualquier motivo constituye un vallado político criminal a la concesión de instituto, y menos aún es posible admitir que la construcción de obstáculos quede supeditada a la opinión de cada Funcionario en concreto, en una agencia que debe actuar bajo los parámetros de unidad de actuación (art. 194

Constit. del Chubut), , y con el riesgo de vulneración del mentado principio constitucional de igualdad ante la ley si ello ocurriera."

"Se trata, concretamente, de identificar motivos que

aconsejen la necesidad de “aplicación final de una pena efectiva” en palabras de Julio Maier (Doctrina penal, 1986, “El proyecto de Código Procesal penal de la Nación”)”.

“Más allá de resultar opinable, una pauta en tal sentido ha sido incluida en la Instrucción General nro. 1/09 de la Procuración General de la Provincia, en tanto allí el titular del Ministerio Público se expidió por una postura consistente en limitar a una sola oportunidad el consentimiento de los Fiscales a la aplicación de las llamadas “soluciones alternativas del conflicto”, conciliación, reparación o suspensión de juicio a prueba, en referencia particular a los imputados llamados repitentes o reiterantes.”

Es decir, respecto del dictamen Fiscal negativo concerniente a un pedido de Suspensión del juicio a prueba, caben tres alternativas para la Judicatura, o al menos es lo que se desprende de las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales, algunas ya enunciadas: que se lo tome como un obstáculo insalvable, cualquiera sea su contenido, lo que hemos visto, no compatibiliza con la forma republicana de gobierno, entre otros valores a resguardar; que se lo considere una mera opinión que solo puede alcanzar al cumplimiento de los recaudos legales, que es posible descartar en todos los casos, lo cual colisiona contra los propios términos del Código Penal en su art. 76 bis cuarto párrafo, y también desentona con

una de las funciones específicas del Ministerio Público, la promoción de la acción penal pública (art. 112 CPPCh, art. 195 Constit. Pcial.).

Por lo tanto, por imperativo del derecho de fondo, pues allí esta regulado el instituto, en los supuestos de condenas que, a modo de prognosis al caso concreto, puedan ser dejadas en suspenso /cuarto párrafo del art. 76 bis del CP), se requiere que la postura del Acusador Público acompañe el pedido del pretenso probado.

No se trata de un derecho a "obtener" la suspensión, sino de un derecho a solicitarla, bajo determinadas reglas, una de las cuales resulta ser la que venimos refiriendo.

III.- Como surge del precedente invocado, también tenemos postura en cuanto a que las razones de la negativa del Ministerio Fiscal pueden abarcar motivos de política criminal, aunque, sometidos al control de razonabilidad y legalidad que debe efectuar la Magistratura.

Tal como un Juez podría rechazar una "probation" con dictamen Fiscal favorable, cuando el delito en expectativa fuere, por ejemplo, un Homicidio simple (art. 79 del CP), por que su escala nunca permitiría dejar la condena en suspenso, lo cual sería un obvio control de legalidad, también podría conceder el instituto cuando aquellas razones de política criminal no tengan la entidad suficiente, o violenten alguno de los principios rectores del bloque de legalidad.

Aquí, la Ley 24632, que ha aprobado la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (conocida como de Belem do Pará), la Instrucción general de la Procuración General de la Provincia nro. 6/012, de fecha 5/12/012, y los términos del precedente "Góngora" de la CSJN (23/4/013), evidentemente valen como argumentos de política criminal para no consentir un pedido de "probation".

El Estado argentino se ha comprometido a erradicar toda manifestación de violencia contra la mujer, y para ello, conforme la interpretación de los instrumentos enunciados y sin ingresar a su análisis concreto, pretende utilizar la realización del Juicio oral en tales casos, y eventualmente la imposición de una pena, con fines de prevención general y especial del fenómeno aludido.

Se podrá coincidir o no, pero resulta indudable que ello califica como motivo de política criminal, a los fines de obstaculizar la concesión de la Suspensión de juicio a prueba.

IV.- No obstante, venimos expresando que el control de razonabilidad y, fundamentalmente, de legalidad, es un deber para la Judicatura en orden al análisis de la postura del Fiscal.

De toda la argumentación de la Defensa, rescato para

este evaluación, pues lo creo determinante y previo al resto de los planteos efectuados, la afirmación de que todo el complejo normativo y jurisprudencial invocado para rechazar el instituto, violenta el principio que consagra la ultra actividad de la ley penal más benigna (art. 2 CP.), ello desde el mencionado control de legalidad al que nos vemos obligados.

Surge de la Acusación que los hechos endilgados a P. R. datan de los meses de mayo del año 2008 y febrero del año 2009. Y que el delito atribuido allí fue el de Abuso sexual simple agravado por convivencia, en concurso real (dos hechos), con una expectativa de pena de entre tres y cuatro años, tal lo pronosticó el
Acusador Público. Es decir, un caso del cuarto párrafo del art. 76 bis del CP.

Si bien la Ley 24632 ya existía, fue en Diciembre del año próximo pasado, con posterioridad a la denuncia en el sub-júdice, y mucho más a los hechos, que el Ministerio Público tomó su contenido y estableció, lo cual obliga a los Fiscales sobre la base del cumplimiento de dos de los principios, unidad de actuación y dependencia jerárquica, que regulan el funcionamiento del Órgano, a no consentir la aplicación de la suspensión de juicio a prueba en supuestos de Abuso sexual, cuando la victima fuere mujer.

Si a ello le agregamos que las razones contenidas en la mentada Instrucción general deben ser elevadas a la categoría de argumentos válidos de política criminal, sin perjuicio de cada opinión particular, podemos afirmar que previo a su existencia. la de la Instrucción, en Chubut era posible que un Fiscal asintiera la concesión de una "probation" en esta clase de casos, y hoy, no lo es.

La expresión vale pues, si bien el instituto se encuentra regulado en el Código de fondo, prevé un requisito, el consentimiento Fiscal, regido por normas de forma, por tanto estaduales, tantas como Estados provinciales existen, además de la Nación.

Entonces, al momento de los hechos, el acusado poseía la chance de solicitar el instituto en el que hoy pretende ampararse, hoy no la tiene. No significa que tenía la seguridad de obtenerlo, a priori podía solicitarlo, y hoy, también a priori, no puede pues sabe que no tendrá el consentimiento Fiscal, el que en los supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis del CP, resulta vinculante para los Jueces, si se formula en las condiciones que venimos señalando.

No constituye ninguna exageración decir entonces que la indicada Instrucción general, indirectamente, reformó el Código Penal, restringiendo el campo de aplicación de un instituto, de un medio para evitar la realización del Juicio y eventualmente, la imposición de una pena,

por lo cual disminuyó un derecho para el imputado, que antes era de mayor alcance. Tornó menos benigna una Ley penal.

Hemos discutido largamente en el Acuerdo, y como se ve no hemos coincidido, si el cambio en la determinación de la política criminal de un Estado puede ser alcanzado o no por el principio de la ultra actividad de la ley penal más benigna. Si, en caso afirmativo, no significaría "fosilizar" un instrumento que forma parte de las atribuciones generales del Estado, en una materia que debe ser dinámica, pues en definitiva debe ser usada para proveer al bien común.

Sin embargo, ya bastante se le reconoce al Estado, por vía del Ministerio Público Fiscal, si se le permite oponerse a la chance de evitar una pena (lo que es en definitiva la "probation"), invocando razones no detalladas legalmente, y potencialmente de contenido múltiple, como las de política criminal.

Entonces, un límite a tal cuantiosa posibilidad es que ellas sean de entidad, fundadas y se mantengan en el tiempo, rigiendo hacia el futuro, como muestra de que constituyen políticas serias, en la medida que los fenómenos sociales que las justificaron también se mantengan. En otras palabras, se trata de evitar la arbitrariedad.

Para ello existe el bloque de legalidad, y, como vimos,

es rol irrenunciable de los Jueces velar por su cumplimiento, realizando el control aludido.

Dentro de dicho bloque, se encuentra el art. 2 del Código Penal, que no habla de "ley penal más benigna" sino de ley más benigna" , por lo que en Doctrina hace tiempo que se admite que el principio de la ultra actividad de la ley más benigna puede tener origen en la modificación de una norma de derecho extra penal (Núñez, Ricardo Derecho Penal Argentino, Tomo I pag. 140; Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, parte general Tomo I pag. 193; Jorge de la R., Código Penal argentino, parte general, pag. 58; Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, parte general Tomo I pag 464), en la medida que el cambio tenga una particular gravitación, signifique una modificación de naturaleza axiológica, en tanto efectiva alteración de una figura abstracta de Derecho penal, o de la estructura de la norma en sí.

Es el caso que nos ocupa, donde una norma extra penal (instrucción general del Ministerio Fiscal de Chubut), alteró el alcance de un instituto de Derecho penal de fondo, como la Suspensión de juicio a prueba, restringiendo su alcance, en tanto luego de su vigencia, no es posible aplicar la "probation" a casos de Abuso sexual con víctimas mujeres, por ausencia de consentimiento Fiscal, cuando antes tal posibilidad, a priori, existía.

Un último argumento a favor del criterio que venimos exponiendo proviene del recurso de revisión (art. 389 inc. 5to de CPPCh.).

Si una Sentencia firme, de condena, puede ser modificada por un cambio en la jurisprudencia que favorezca al condenado, y no quedan dudas que para nuestro orden ritual la denegatoria de concesión de la suspensión del juicio a prueba se halla equiparada a la condena (arts. 71 A inc 1; 374 CPPCh.), y el fundamento de ello reposa indudablemente en la benignidad de un enfoque jurídico penal posterior a la conclusión del proceso por el que se impusiera una pena, con más razón, y con idéntico basamento, un cambio de enfoque posterior al hecho que restrinja derechos del imputado, no le es oponible.

V.- En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta que los hechos que han sido señalados en la Acusación resultan anteriores a la Instrucción general indicada (art. 2 CP), me expido por revocar la resolución venida en Impugnación, remitiendo el caso a la Juez penal actuante para que analice el pedido de suspensión de juicio a prueba nuevamente, por fuera de los términos de tal Instrucción general, `por no ser aplicable al sub-judice. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión la Dra. **ESTEFANIA** dijo:

Llega a estos estrados un recurso ordinario contra un

rechazo de la aplicación de la suspensión de juicio a prueba al imputado R., acusado de haber cometido el delito calificado como abuso sexual agravado por el vínculo preexistente, cuya víctima es una niña menor de edad, -dos hechos- (art. 119, 1 y 5° párrafo en relación al 4° párrafo inc. f y art. 55 del Código Penal).-

En una apretada síntesis, señalo que la Juez a–quo, ha rechazado el instituto por considerar que el marco jurídico en discusión parte del art. 76 bis párrafo 4° del Código Penal y que, en tanto la oposición fiscal, cumple con los parámetros de logicidad y

fundamentación, se convierte en un límite infranqueable para el Juez al momento de conceder el beneficio.

Refirió que el dictamen de la Fiscalía, se apoya en los tratados internacionales que protegen a la mujer y al niño; en jurisprudencia nacional y provincial -fundamentalmente en un reciente fallo de la Corte Suprema de la Nación- que considera que aplicar la suspensión de juicio a prueba en casos de violencia de género no cumple con lo prometido por el Estado Argentino al suscribir la Convención contra la violencia de la mujer; en un instructivo general de la procuración general de la provincia (06/12) y, por último, en la negativa del representante legal de la menor víctima, en el caso su padre biológico.

Agregó además, que todo ello, fue enunciado como parte del contenido de la política criminal que el Ministerio Público Fiscal adujo para oponerse a la concesión de *la probation.*

Respecto a la cuestión relacionada con el carácter vinculante del dictamen fiscal, se enroló en la postura doctrinaria y jurisprudencial, que considera que ello es así, en la medida que la opinión del MPF se encuentre fundada, la cual comparto.

He sostenido al respecto que la suspensión del juicio a prueba, del modo en que ha sido legislada en el Código Penal, constituye un modo de extinción de la acción penal y presume la conformidad de su titular, que resigna su ejercicio con el objeto de resolver el conflicto que la generó.

Ninguna duda cabe, que la situación ideal que inspira la probation, es que exista un real acuerdo entre la víctima y el victimario y la aquiescencia del titular de la acción. Ese es el objetivo natural, es decir que acabe el conflicto que el transgresor generara. Sin perjuicio de eso, sabemos, que no es necesaria la opinión favorable de la víctima. Por el contrario, la opinión favorable del Fiscal, siempre interesa, pues como dice el Dr. Sal Llargues, " si el efecto definitivo del instituto es la extinción de la acción, entonces el Estado titular de las acciones que pueden ser

involucradas en el instituto, a la luz de la actividad de su representante, es elemente indisputable de la cuestión" (Plenario B.L.E. y otro s/ queja).

Ahora bien, más allá de las facultades del MPF, existe una obligación jurisdiccional insoslayable de controlar la legalidad y logicidad de esa opinión, pues los actos de la Fiscalía, son actos de autoridad emanados de quien detenta el monopolio de la persecución pública, que requieren de la necesaria razón jurídica que lo justifique y no torne la actuación en arbitraria.

En esa faena, cabe resaltar que la Juez realizó un análisis minucioso de los fundamentos esgrimidos por la Fiscalía al formular su oposición y concluyó, que con las razones expuestas, enmarcadas en el concepto de cuestiones de política criminal, se encontraba satisfecho el extremo mencionado, esto es que se trataba de una oposición razonada y fundada y que cumplía con los recaudos de fundamentación suficiente para desechar la solicitud del imputado de ser beneficiado con una solución alternativa al ejercicio de la pretensión punitiva.

La defensa se agravia de la resolución, señalando por un lado que la Juez no motivó correctamente su decisión de considerar fundamentado el dictamen fiscal, que a su criterio no solo no lo estaba,

sino que además, esta nueva posición de la Fiscalía, afectaba el derecho de igualdad de los hombres, toda vez que evidenciaba un cambio de postura, que impedía en la actualidad que personas acusadas por hechos similares accedan al instituto cuando antes, si podían hacerlo.

Como he dicho, la Juez a quo, analizó todos los argumentos vertidos por el MPF, a la hora de fundar su rechazo y en ese contexto, dejando a salvo su opinión en contrario, respecto de la aplicación al caso de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia de la Mujer (Ley 24.632) concluyó que había dado razones para oponerse al instituto en un caso de abuso sexual a una victima menor de edad.

La "política criminal" de un Estado, contiene, no sólo la descripción de la reacción social contra la delincuencia, sino también determinar los lineamientos que deberían seguirse a fin de lograr una mayor eficacia. Para ello, es necesario que contenga un método de observación de la reacción anticriminal y una estrategia de lucha contra la delincuencia; elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva. En definitiva, es una parcela de la política jurídica del Estado, la que a su vez es parte de su política general.

Evidentemente, las razones de política criminal,

necesariamente conllevan o contienen cuestiones relacionadas con el fin preventivo especial y general de la pena, que en el caso han sido expuestas por la Fiscalía y se dirigen a erradicar los hechos de abusos sexuales de menores y la violencia de género, que en los presentes actuados, coexisten, por tratarse la víctima de una niña de cinco o seis años de edad al momento de los hechos.

La simple lectura de la instrucción general Nro. 6/12, con fecha 5 de diciembre de 2012, permite establecer que han observado que durante el tiempo de vigencia del nuevo procedimiento de enjuiciamiento penal se otorgaron conciliaciones y probation en casos similares y que en el 99 por ciento de los casos los imputados son hombres y el 90 por ciento de los casos las victimas son mujeres, adultas y niñas, con mayoría de estas ultimas.

Agrega que es necesario modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respaldan la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer y en ese sentido se ha considerado que el deber de investigar y sancionar previsto en la Convención, no se compatibiliza en general con las soluciones anticipadas, que precisamente truncan la investigación en algunos casos y la posibilidad de sancionar a todos ellos.

En esa oportunidad, al igual que lo hizo la Funcionaria

en la audiencia ante la a quo y ante este Tribunal, el MPF, ha utilizado como fundamento de su dictamen y de su instructivo, una nueva interpretación de la Convención para prevenir la violencia contra la mujer, tal es así que se citaron fallos jurisprudenciales específicos, tales como “CASTILLO, Víctor Leonardo S s/ recurso de casación” Causa Nro. 14287, sentencia 21/11/11 sala IV Cámara Nacional de Casación Penal y “Gongora, Gabriel s/ casa 14092 de la S.C.J.N. (23-4-13).

La Corte ha entendido “que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr. el inciso "f, del articulo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro pais, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente. Este impedimento surge, en primer lugar, de considerar que el sentido del término juicio expresado en la cláusula en examen resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal (asi, cí. Libro Tercero, Titulo 1 del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitiva sobre la culpabilidad o inocencia del imputado,

es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención. …En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (cfr. también el inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. …De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos corno los aquí considerados" (Fallo Góngora, voto de la mayoría).

Dicho esto, considero estar en condiciones de concluir que tanto el dictamen Fiscal en oposición a la concesión del instituto, el responde al recurso ordinario, como el instructivo general dan cuenta que el cambio de postura del MPF, es el producto de un análisis del contexto social y de la nueva posición jurisprudencial, frente a un Tratado cuya vigencia, data del año 1996.

No se trata de una oposición que pueda ser tachada de irrazonable o arbitraria, por el contrario, encuentra apoyo fáctico y jurídico, que fortalecen la decisión del MPF, la cual se presenta como

adecuada al fin pretendido, cuál es revertir una cuestión enraizada culturalmente en nuestra sociedad, que se inscribe en una situación que es común a muchos países americanos. La propia Convención menciona, que se pretende terminar con una situación generalizada, cual es la violencia en que viven muchas mujeres de América, sin distinción de raza, clase, religión, edad o cualquier otra condición.

Respecto a la afectación del derecho a la igualdad y de aplicación de la posición más benigna que tuviera el MPF como lo ha reclamado la Defensa- y que para entonces, a pesar de estar vigente la Convención el MPF consentía la aplicación del instituto en hechos como los que se le imputan a R., teniendo en cuenta la fecha en que fueron cometidos los hechos -aspecto que mereció un importante debate durante la deliberación y que es el punto en que se ha trabado la disidencia,– voy a señalar que entiendo que no son principios ni garantías que se trasladen directamente a la decisión del Fiscal, como tampoco a la resolución del Juez. Los cambios de jurisprudencia o de decisiones del MPF, siempre se producen en un caso concreto y ello no apareja los agravios esgrimidos por la defensa, pues de ser así, no cabría la posibilidad de resolver para el caso sino que debiera fijarse un criterio en abstracto para casos futuros.

En cuanto al instructivo general del MPF, si bien no es

vinculante para los Tribunales, toda vez que no es una ley, en el caso, en tanto es parte del fundamento que esgrime la Funcionaria de Fiscalía para oponerse, debe ser analizado en ese contexto, y como dije es el producto de una situación fáctica y jurídica, que dan muestra que no se trata de una instrucción que bajo la denominación de general, pueda ser interpretada que ha sido creada para un caso particular, lo cual la convertiría en arbitraria y su aplicación sería inadmisible.

Por todo lo expuesto, concluyo que debe rechazarse la impugnación ordinaria y confirmarse la decisión de la Dra. Raquel Tassello en cuanto no hace lugar a la suspensión del juicio a prueba, solicitada por el imputado R.. Así Voto.

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

Atento el resultado de la votación, al que se ha arribado en la primera cuestión, por mayoría, corresponde dictarse el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado P. M. R., contra la resolución Nº 6460/13 dictada en fecha 9 de agosto del corriente año; confirmar en todas sus partes la resolución mencionada, y tener presente la reserva del caso federal.-

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

De acuerdo al estado al que se ha llegado en la primera

cuestión coincido con el Juez que vota en primer término en que corresponde dictarse el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado P. M. R., contra la resolución Nº 6460/13 dictada en fecha 9 de agosto del corriente año; confirmar en todas sus partes la resolución mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

A la **SEGUNDA** cuestión la Dra. **ESTEFANIA** dijo:

En orden al estado al que hemos arribado en la cuestión precedente adhiero a lo propuesto por mis colegas es decir: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado P. M. R., contra la resolución Nº 6460/13 dictada en fecha 9 de agosto del corriente año; confirmar en todas sus partes la resolución mencionada y tener presente la reserva del caso federal.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal, por mayoría con la disidencia del Dr. Martín Roberto Montenovo;

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

1º) NO HACER lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado P. M. R., contra la resolución Nº 6460/13 dictada en fecha 9 de agosto del corriente año (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).----------

2º) CONFIRMAR en todas sus partes la resolución mencionada.----------

---

3º) TENER presente la reserva del caso federal.----------

--

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados, habiendo remitido su voto la Dra. Estefanía por correo electrónico.-

Protocolo nº 32/13

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Daniel Luis María Pintos