En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Roberto Adrián Barrios, O. Florencio Minatta y Rafael Lucchelli, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"E., N. F. s/denuncia - Trelew" (Carpeta 6.890 Ofiju Tw – Legajo 63.147 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública, contra la resolución Nro. 3223/17 OJ Tw dictada en fecha 15/12/17, por la cual la Juez Penal, Dra. Mirta del Valle Moreno denegara la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba.

Por la citada resolución, la *a quo* no hizo lugar a la solicitud de otorgar la suspensión del juicio a prueba al imputado J. del T. O. M. por entender que los hechos enrostrados al nombrado y calificados provisoriamente por el Ministerio Público Fiscal como abuso sexual simple, dos hechos en concurso real, (arts. 119, 1er. Párrafo, 54 del C.P.), se encuentran alcanzados por la Convención Belem do Pará (Ley 26.485), y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del fallo "Góngora", que sostiene la improcedencia de la vía pretendida para los casos de violencia contra la mujer, aunado a la oposición del titular de la acción penal al que estimó fundado y consecuentemente vinculante para la Magistratura, como así también por la negativa del padre de la menor víctima a la vía intentada y no advertir que la reparación ofrecida se corresponda con los daños provocados.

Se hace constar que la propuesta efectuada por la Defensa consistió en fijar en un (1) año el plazo de prueba, someterse a un tratamiento psicológico por el término de seis (6) meses con las demás condiciones del art. 27 bis y, a modo de reparación, el ofrecimiento de

la suma de PESOS VEINTICINCO MIL ($ 25.000) en un solo pago.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 15/05/18 en la sede de este tribunal, intervino el imputado J. del T. O. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) con la asistencia técnica de la abogada adjunta de la Defensa Pública, Dra. Flora Mollard y en representación del Ministerio Público Fiscal, la Dra. María Tolomei.

En el transcurso de la misma. la Defensa, luego de reseñar los antecedentes del caso conforme a la impugnación deducida y obrante en los presentes, sostuvo que causa agravio a su parte la resolución dictada por la Dra. Mirta del Valle Moreno, por cuanto en su dictado se han violentado los principios de legalidad y defensa en juicio.

En orden al derecho de defensa, sostuvo que en momento alguno se pudo conocer en concreto, cuál era la pena en expectativa desde la acusación a pesar de que se hizo este planteo en la audiencia preliminar. Destacó que dicha carencia determinó estar ante un consentimiento fiscal quien luego de señalar que la petición efectuada por la Defensa era viable, posteriormente con consideraciones sobre la víctima, se opone.

En orden a la resolución de la Dra. Moreno, afirmó que se han violentado los principios del proceso acusatorio, toda vez que la misma se extendió más allá de lo pretendido por el Fiscal del caso. En tal sentido destacó que la Juez deniega el instituto propuesto, al enmarcar el hecho como uno de violencia de género, conforme a la Convención de Belém do Pará y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del fallo “Góngora”, siendo que en modo alguno así fuera postulado por el Ministerio Público Fiscal, pretendiendo -señaló- imponer una pena más gravosa que

la misma fiscalía por enmarcar el hecho en esta ley con la interpretación que ella misma ha hecho.

En igual dirección, sostuvo que la Jueza interviniente se explayó sobre el hecho, dando por cierto los tocamientos, que se trató de tocamientos corporales de clara significación sexual realizados por el acusado como si se estuviera sentenciado después de haberse llevado a cabo el juicio.

Asimismo, observó de la *a quo* el rechazo en orden a lo ofrecido por su parte, interpretando que la misma debía ser integral cuando el requisito que exige la ley es una reparación dentro de las posibilidades. Destacó que la efectuada resulta ser razonable porque su asistido es jubilado y lo ofrecido resultan ser sus ahorros.

Por último, en orden al sometimiento de su asistido a un tratamiento psicológico por el término de seis meses, resulta ser ajustado toda vez que ello surge del propio dictamen de la psicóloga interviniente al señalar que sería una buena vía que su asistido pudiera tener un adecuado tratamiento psicológico.

Afirmó que la resolución que ataca se apartó de los principios de inocencia, debido proceso y de legalidad, toda vez que no fueron considerados los presupuestos que exige el art. 76 bis en su cuarto párrafo, cual importa analizar en concreto si de las circunstancias del caso, se puede arribar a una condena condicional, la ausencia de antecedentes, el ofrecimiento de una reparación dentro de sus posibilidades, sin que signifique necesariamente una reparación íntegra, la que se puede instar por otra vía que es la civil.

Adunó que dichos extremos no han sido merituados en la resolución, como así también adicionar un presupuesto no exigido por la norma, cual es, casos de escasa lesividad. Con ello, señaló, se está efectuando un juicio valorativo, propio de la etapa de juicio.

Asimismo observó que también resulta infundada la resolución que impugnara por cuanto invoca el fallo

“Góngora” para así determinar que se está ante hechos de violencia contra la mujer, cuando dicho extremo no fue invocado por la Fiscalía en momento alguno.

Concluyó peticionando se revoque la resolución de la Juez Penal Dra. Mirta del Valle Moreno y se conceda la suspensión de juicio a prueba en los términos que se propusieran.

A su turno, la Sra. Fiscal, Dra. Tolomei sostuvo, en orden a la pretensión punitiva que en forma provisoria se sostuviera no superior a cuatro años de prisión, que la misma responde ante un eventual juicio, importando ello un tope de imposición de pena en un juicio conforme a las pruebas, las evidencias y las circunstancias definitivamente acreditadas en el debate. Agregó que el presente caso se trata de dos hechos en concurso real, por lo cual, conforme a las reglas del art. 55 del Código Penal, el máximo es de ocho años de prisión y que la estimación punitiva provisoria que hizo la Fiscalía al decir que no superaría los 4 años está determinando de alguna manera un tope para ser impuesto eventualmente en un juicio, al considerarse la cantidad de hechos, sus circunstancias y la edad de la víctima.

Concluyó señalando que no advierte que la pretensión de pena que formulara su Ministerio importe agravio alguno para la Defensa, por cuanto cualquier otra estimación que se hubiere efectuado, igualmente resulta de aplicación el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal.

En relación al segundo de los agravios, sostuvo que la oposición del Ministerio Público Fiscal a la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba resulta determinante en estos casos, por cuanto el mismo resulta vinculante para la judicatura cuando se encuentra debidamente fundamentado. Cita en su apoyatura, el Fallo “P.” del 12/09/17 del Superior Tribunal de Justicia.

Así, respecto de la queja de la Defensa en cuanto al análisis que de los hechos efectuara el fiscal del caso y la sentenciante, sostuvo que no hay posibilidad de un análisis acerca de las razones que puede esgrimir el Ministerio Público de por qué en un caso quiere seguir adelante o requiere seguir adelante con la promoción de la acción penal pública, llegar a juicio, determinar los hechos, eventualmente lograr la condena del culpable, sin hacer mención, sin analizar, adentrarse en los hechos por los cuales se lo acusó, por los cuales se lo quiere llevar a juicio, a los hechos que han de ser ventilados en el juicio; lo cual, obliga a analizar con cuidado cuáles son los hechos por los cuales la fiscalía se opone a la concesión.

En tal dirección señaló que resultando hechos de abuso sexual en perjuicio de un niño, que pueden ser realizados por un adulto, por un hombre, por una mujer, importa ingresar necesariamente en los hechos con todas sus circunstancias sin que ello importe considerar la culpabilidad sin juicio del imputado. En ése marco lo efectuó el Fiscal Maza al dictaminar y la Dra. Moreno al momento de resolver. Así observó que se trata de dos hechos en los cuales el Sr. O. es acusado de haber realizado tocamientos a una niña, que en la época en que estos tocamientos habrían ocurrido en la zona vaginal, la niña tenía 7 años de edad, anudado al conocimiento y cercanía con el imputado, por cuanto el Sr. N. F. E. es el hermano de la mujer de O. y les daba a esta y al imputado, la custodia de sus hijos menores para trasladarse a la ciudad de Puerto Madryn a laborar. Que dicha relación directa no determina para calificarlo de una manera distinta que como se calificó pero sí condiciona y tiene significancia o tiene significado en relación al monto del reproche que eventualmente puede recibir y a las características de los hechos.

Por lo que, analizados todos los extremos del caso, la fiscalía invocó en ese sentido un interés jurídico

prevalente sobre la persecución penal, a seguir adelante con la acción penal.

Así, agregó, que conforme a los hechos por los cuales se formuló acusación, la Dra. Moreno entendió que resultaban de aplicación, los tratados y Pactos internacionales a los cuales el Estado Argentino ha adherido y que en tal sentido enmarcó la cuestión en la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención de Belem do Pará, la Ley 26485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer y la Convención sobre los derechos del niño; además de la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Que la sentenciante entendió que la negativa fiscal ha sido fundada, que en este caso hay dos hechos en concreto de abuso sexual o que pueden ser calificados de abuso sexual en perjuicio de una niña, importando ello una grave violación a los derechos humanos más básicos en relación a las mujeres, considerando que que se trata de una mujer niña en el que se aplican los dos marcos normativos. Que bajo dicho marco, aplicó el fallo “Góngora”, en cuanto a la imposibilidad de hacer lugar a una suspensión de juicio a prueba sin afectar los compromisos internacionales que el Estado Argentino ha asumido en la obligación o en la necesidad de prevenir y de erradicar toda forma de violencia contra la mujer en donde el abuso sexual es una de las formas de violencia contra la mujer.

Concluyó invocando la instrucción nro. 06/12 de la Procuración General señalando que existe una razón de interés público para la persecución penal de estos hechos para la realización del juicio, por lo que solicitó se confirme la decisión de la Dra. Moreno,

rechazándose la aplicación de la suspensión de juicio a prueba en el presente caso.

Nuevamente en uso de la palabra, la Dra. Mollard sostuvo, en orden a la determinación de la pena por parte del Ministerio Público Fiscal, que si la misma se determinaba en la pena mínima, difícilmente superaría los 3 años, y en el caso que la fijara en tres años, y luego se opone a la suspensión de juicio a prueba, sería contradictorio. Que ello no es una cuestión menor puesto que si bien va a seguir encuadrado el caso dentro del 4to párrafo del art. 76 bis, la fiscalía podría haber explicado a qué se refería o lo que pretendía y así puesto en conocimiento para poder ejercer el derecho de defensa; como así también respecto del supuesto concurso real, que no se formuló en su oportunidad.

En igual sentido señaló que también genera sorpresa para su parte, pretender incorporar estos hechos dentro de un marco de violencia de género; extremo del que tampoco la Defensa pudo contestar y que en la fecha la Fiscalía invoca cuando no lo realizó en su oportunidad y que haberlo enmarcado del tal modo la Dra. Moreno, se han violado los principios que rigen el proceso acusatorio.

A modo de cierre sobre el punto, destacó en ningún momento la fiscalía enmarcó el hecho como de violencia de género y la Defensa nunca se pudo defender de ése agravante que es el que asumió la Jueza para negar la aplicación del instituto.

Invitado que fue el imputado a dirigirse al Tribunal, el mismo manifestó que no ejercería tal derecho.

Concluida la deliberación, luego de un cuarto intermedio los jueces emitieron sus votos.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

Que viene a esta instancia la Defensa, como se dijera anteriormente, a recurrir el fallo dictado por la Dra. Mirta del Valle Moreno, registrado ante la Oficina

Judicial de Trelew bajo el Nro. 3223, a propósito de la impugnación que presentara ante la Mesa de entradas de la Cámara Penal de Trelew el 24 de diciembre del año 2017.

En resumidas cuentas, obrando en los registros de audio de esta audiencia el sostenimiento de aquella presentación, como así también la ampliación sobre la efectuada, teniendo la oportunidad en esta audiencia ante esta Cámara de hacer su replica el Ministerio Público Fiscal, corresponde resolver.

A modo de ordenar este voto voy a seguir el orden que fue llevada la audiencia, esto es, el primer agravio referido a una decisión que no fuera hecha lugar en la instancia de la audiencia preliminar ante la Dra. González y en segunda instancia, a los que hacen sí al agravio concreto de la resolución denegatoria de la suspensión de juicio a prueba, solicitada en la segunda instancia, esto es antes de iniciarse el debate ante la Juez Moreno.

Se individualizarán como puntos 1 y 2.

Punto 1: Dice la Defensa que en la instancia de la audiencia preliminar ante la juez Ivana González, se instó a que el Ministerio Público Fiscal determinara fehacientemente cuál era la pretensión punitiva que por los hechos acusados a su cliente, y que pretendía ventilar en el debate. Esto hace en resumidas cuentas al derecho de defensa que tiene el derecho de conocer fehacientemente cada uno de los extremos de la acusación del Estado, como así también en referencia concreta al punto referido a la denegación de la *probation*.

En esta instancia, si bien tengo para mí que ésta sería una cuestión ajena a la competencia de esta Cámara toda vez que la pretensión punitiva que se inserta en las acusaciones contra los ciudadanos, corresponde a un juez penal que dictamina en una orden que se llama auto de apertura a juicio, del art. 298, y sabido es que dicha resolución es inapelable.

Sin perjuicio de ello, entiendo que en forma transitiva puede ingresar al conocimiento esta Cámara y puede ser analizada por ésta, toda vez que la pretensión punitiva inserta por el Estado contra una persona puede incidir justamente en el trámite de lo que una suspensión de juicio a prueba importa.

El Art. 76 bis del Código Penal prevé, al menos, dos tramites distintos en consideración al Magistrado en cuanto a que si existe un pedido por parte de la persona imputada de una suspensión de juicio a prueba denominada normalmente como *probation*: el Estado puede, por supuesto, adherir u oponerse a la misma y de acuerdo que sea a los supuestos del art. 76 bis, 1° párrafo o el 4°, el trámite es distinto. En el último párrafo mencionado, esto es en el 4°, en el caso de que la pena inserta en la acusación supere los tres años, igualmente si es posible considerar que en el caso concreto puede aplicarse pena, el trámite es el del párrafo 4to., en cuyo caso la oposición del fiscal resultaría vinculante al magistrado.

Es por ello que en esta instancia entiendo que podría llegar a ser revisada esta cuestión, en la audiencia preliminar y explicar los fundamentos de por qué el Ministerio Público acusa a una persona por un monto punitivo que en principio no permitiría la condenación condicional con las consecuencias que en el trámite del instituto se prevé.

Sin perjuicio de ello entiendo, no causa concretamente ningún agravio al derecho de defensa como manifestó la pretensa, que el Estado adelante que será una pena de hasta cuatro años de prisión, toda vez que fundamentalmente esta pauta mensurativa tiene que ver con la integración del tribunal que ha de intervenir en el juicio.

Si el Ministerio Público Fiscal, como en este caso, pretende una pena de hasta cuatro años de prisión, el trámite que importa darle a la *probation* es el del 4to.

párrafo del Art. 76 bis y por lo tanto siendo ése el trámite que dio la Dra. Moreno, entiendo que el trámite ha sido correcto y que no existe ningún agravio concreto que merezca prosperar por parte de la Defensa.

Por lo tanto mi voto respecto de este primer punto es no hacer lugar a la solicitud de la Defensa.

Punto 2: se puede decir que es un poquito más complejo porque hace a los fundamentos que ha dado la Dra. Moreno, para denegar la Suspensión de Juicio a Prueba del pretenso.

Analizada en detalle cada uno de los agravios efectuados por la Sra. Defensora y teniendo como pauta de interpretación necesaria para una revisión, los fundamentos que ha efectuado el A *Quo* en la sentencia antes referida, debo decir que asiste razón a la Defensa en los supuestos que voy a pasar a exponer.

En primer lugar la Defensa acusa que la Dra. Moreno ha efectuado una exposición de fundamentos para denegar el beneficio de la suspensión de juicio a prueba, en base a argumentos que no han sido motivo de la oposición del Ministerio Público Fiscal. A la lectura de la sentencia de la Juez se advierte que esto efectivamente ha sido así.

Al control de la audiencia previa a esta decisión, se constata que efectivamente el Dr. Maza, en aquel momento fiscal que compareció a la audiencia, no ha esbozado ninguno de los fundamentos relativos a las Convenciones que integran el bloque constitucional que tienen que ver con violencia de género y el Derecho de la mujer, motivo por el cual tampoco en aquella oportunidad (me estoy refiriendo a la audiencia de *probation)*, la Defensa ha podido de alguna manera contrarrestar los argumentos sobre este punto.

Específicamente lo voy a detallar, a partir de la foja 51 vta., específicamente el 2do párrafo, la Juez Moreno habla de "*la aplicabilidad de la probation debe ser analizada a la luz de las obligaciones*

internacionales dirigidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra a mujer como así también a los que protegen al niño de todo abuso físico y mental". Esta circunstancia, como bien dijo la Sra. Defensora, no ha sido invocada en la oposición por el Ministerio Público Fiscal en aquélla audiencia, y por lo tanto no Ha tenido posibilidad de expedirse respecto a este punto concreto.

Sí interpretamos que en realidad esta normativa hace a la aplicación de la ley que todo Magistrado tenemos la obligación de velar, igualmente no debemos olvidar que el derecho de defensa incumbe poder contrarrestar, poder contradecir los argumentos de la acusadora y fundamentalmente si son opuestas de oficio por la judicatura, la posibilidad de poder pedir su revisión.

Constato entonces a través del cotejo que se efectúa respecto de la sentencia analizada, que no ha sido motivo de oposición del fiscal en aquella oportunidad de esta Convención o bloque constitucional que hacen a los derechos que acabo de mencionar.

Se patentiza, quizás, estas circunstancias cuando la juez hizo referencia a que le resulta una valla infranqueable la oposición fiscal, argumentando que fue el fiscal quien invoco esta normativa supranacional cuando esto no fue así.

Específicamente en la foja 53 de la sentencia dice: "*sobre la base de lo expuesto es que el dictamen fiscal contrario a la procedencia de la probation dentro de sus argumentos que ha brindado el Sr. Fiscal General, Dr. Arnaldo Maza, vinculados a la referida normativa supranacional deviene razonable y debidamente fundado y se transforma en una falla infranqueable que impide hacer lugar a lo solicitado".* Vuelvo a reiterar, constatado esta circunstancia, se advierte que asiste razón a la Defensa: nunca la Fiscalía en aquella oportunidad, se había opuesto en base a ésa normativa.

Sin perjuicio de ello y pasando al siguiente agravio, también asiste razón a la Defensa en cuanto a que, tras el análisis sobre la razonalibilidad de la procedencia del instituto para con el solicitante, la jueza ingresó al hecho concreto y expuso como fundamento, circunstancias que tienen que ver con una ponderación que tendría sobre un juicio de conocimiento y no sobre la procedencia de la *probation.* Específicamente cuando la Jueza explicó cuál es el hecho concreto por el que es acusado el Sr. O. M., me estoy refiriendo al anteúltimo párrafo de la foja 52, trascribiendo el hecho hasta fs. 52 vta., en el 3er párrafo de esta foja, afirmó la jueza: *"el rol que cumpliera O. M., la edad de la víctima y lugar donde se encontraba constituyó una evidente relación asimétrica donde la relación de poder era desigual entre las partes...".* Entiendo que esta afirmación tiene que ver con una aprehensión de la base fáctica de la actividad del caso fiscal que escapa, mi parecer, a la razonabilidad que debía haber efectuado para la procedencia del instituto de la *probation*. Por lo tanto, también en este segundo punto relacionado con los agravios de la defensa, le doy razón.

De estos dos agravios que acabo de analizar, hay uno que no quiero dejar de obviar y que tiene que ver con la aplicación concreta de las Convenciones mencionadas y que no pueden escapar al análisis de este revisor. Me estoy refiriendo concretamente a la Ley 26485, a la Convención de Belem do Pará, a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26061 de Protección Legal de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Y en este caso no puedo menos que evocar los antecedente que se han dictado en esta Cámara y que he integrado, en los cuales, en su mayoría, se han revocado decisiones similares, en base a una convicción que vuelvo a sostener.

No puede el género de la víctima en generar una suerte distinta a la concesión o no de la suspensión de

juicio a prueba. Entiendo que en el caso de la Convención de Belem do Pará, es muy claro cuándo se debe hacer la aplicación de sus prescripciones en cuanto a la discutida concesión o no de la *probation*, y de la interpretación que ha tenido nuestra Corte Suprema de Justicia respecto de este punto en el fallo "Góngora" al cual me estoy refiriendo. Considero que efectivamente puede denegarse este tipo de beneficios siempre y cuando el hecho que se la acuse a un ciudadano tenga que ver con la comisión de ese hecho "por el género" o "motivado por el género de la víctima". Esto debe estar por lo menos integrado en la base fáctica de la acusación del Estado.

Como bien dijo la Defensa, en este concreto ninguno de los dos hechos imputados al Sr. O. han sido fundados en esas circunstancias. Tampoco aparecen en el relato de las demás proposiciones fácticas integrantes de la acusación fiscal que esto haya sido así, por lo tanto me lleva a la jurisprudencia que se ha asentado y que he venido participando respecto de la falta de fundamentos de la denegatoria de la suspensión de juicio a prueba, cuando se dan justamente la diferencia en el género de la víctima y no en otras circunstancias. Para evitar una lectura simplista de este voto, he votado sí en sentido contrario, específicamente en el caso "D., O. D." que es una causa que tramitó ante la circunscripción judicial de Esquel y en otras dos ante esta circunscripción judicial de Trelew en donde sí, en esos casos concretos, tanto la imputación del Ministerio Público Fiscal como la interpretación de su oposición por parte del juez que denegó la *probation*, tuvo en consideración que los hechos presuntamente cometidos por el imputado, lo fueron motivados por el género de la víctima. Entonces en ese caso yo creo que la aplicación de la Convención es posible y por lo tanto es posible la jurisprudencia del Fallo "Góngora". No creo que este sea el caso, motivo por el cual adelanto, y voy finalizando mi voto, en

cuanto a que corresponde revocar la decisión venida en crisis, conceder en consecuencia la suspensión de juicio a prueba solicitado y toda vez que, como lo ha hecho esta Cámara en sus precedentes, corresponde una debida sustanciación de las condiciones de las reglas de conducta que se han de aplicar. Adelanto, no puede faltar por todo el termino de suspensión un tratamiento psicológico por parte del probado y que ante el menor incumplimiento de una regla de conducta importa la revocación del beneficio e ir a juicio, es que voy a votar por reenviar estos antecedentes a la Oficina Judicial para que ante el magistrado que corresponda y con la debida la presencia o notificación al menos de la víctima, se sustancien estas reglas de conducta y se conceda entonces el beneficio que fuera denegado oportunamente.

Quiero cerrar mi voto celebrando que se ha hecho presente en este tipo de audiencias un representante del M.P.F, en cada uno de los votos yo lo he destacado, por lo tanto destaco que en esta audiencia ha comparecido, es necesaria su presencia en este tipo de audiencias, sin perjuicio del resultado por supuesto al que se arribe, puesto que en los presentes donde yo destaco la ausencia justamente, parece ser que se escucha solo la voz de una sola de las partes y siendo que es voluntaria la presencia de las partes, de cualquiera de las partes, destaco que el Estado debe estar en estas audiencias y celebro que una integrante del Ministerio Público Fiscal haya comparecido a la audiencia del art. 385. Así voto.-

En punto a las costas y honorarios de la Defensa, adhiero a lo propuesto por el primer votante de esta sentencia.

Así voto.

El Juez Rafael Lucchelli dijo:

Por supuesto voy a omitir hacer la relación de los recursos, del recurso, mejor dicho y la contestación que hiciera el MPF en atención a la adecuada exposición que

hiciera el prestigioso colega que me precede y que hoy preside esta audiencia.

En primer, lugar me voy a referir a esta cuestión que ha planteado la señora Defensora, con relación a la sorpresa que señala que le ha causado la calificación jurídica, la pena, la falta de precisión de la pena, que señala con respecto a la acusación. Julio Maier, en Fundamentos al Derecho Procesal Penal, explica que siempre que la Defensa se siente sorprendida en un hecho en el cual le toca ejercer su ministerio se está vulnerando el derecho de defensa, por eso corresponde adentrarnos a esta cuestión, porque según lo que de alguna manera o larvadamente está planteando la Sra. Defensora se está conculcando un derecho constitucional. Concretamente el derecho de defensa.

Con relación a eso, desde ya que no existe ninguna sorpresa, ni nada le pudo haber generado sorpresa a la Sra. Defensora, toda vez que el hecho es claro, los hechos son claros mejor dicho, porque hay un concurso real, y la calificación jurídica también es clara. Concretamente los hechos que se describen en la acusación son: se le imputan los siguientes hechos "*…ocurridos durante el año 2015 y hasta fines del mes de noviembre de ese año, en fechas y horarios que no es posible precisar, pero en al menos dos oportunidades, J. DEL T. O. M., sabiendo lo que hacía y con el propósito de satisfacer sus deseos libidinosos tocó con sus manos los genitales de la niña R. A. E., de siete años de edad, hija del denunciante. Uno de estos episodios habría ocurrido dentro de la vivienda sita en calle Costa Rica N° X de Trelew, vivienda que, al momento de ocurrir los hechos investigados, se encontraba habitada por el denunciante y sus hijos. J. del T. O. se domiciliaba en la vivienda lindera a la que habitaba el denunciante y sus hijos, ubicada en el mismo predio. Una mañana, aprovechando que el padre de la niña no se encontraba, previo destrabar el pestillo de una puerta ventana*

ingresó a la vivienda, se acercó a la cama donde yacía dormida R., corrió las sábanas que la cubrían y comenzó a tocar con sus manos la vagina de la niña, haciéndolo por debajo de su ropa interior. El otro acontecimiento habría ocurrido en un galpón, construido con chapas, con una puerta tipo madera que se cierra con cadena y candado, puerta que no llega al piso, quedando una abertura de unos 25 centímetros aproximadamente. Este galpón correspondería a la propiedad referida en párrafo segundo del presente, ubicado dentro del predio en el que se emplaza el inmueble descripto, predio en el que también existen otras dos viviendas, una ubicada en el frente del terreno, ocupada por uno de los hermanos del denunciante, J. C. E. y la restante, ocupada por el imputado, J. DEL T. O. M., que se distingue por estar constituida por dos plantas. En esta ocasión, el imputado llevó a la niña al galpón, se encerró con la niña y comenzó a tocarla con sus manos en la vagina, haciéndolo por debajo de la ropa interior, hasta que R. dijo "…no Tío..." y logró escapar por el espacio existente entre la puerta y el piso…". Estos son los hechos que fueron descriptos adecuadamente en la acusación y la calificación jurídica que escogió el MPF *"…5°-Preceptos jurídicos aplicables. En virtud de lo expuesto y a tenor del conjunto de elementos de prueba reunidos, a juicio de esta parte la conducta desplegada por el imputado reúne los elementos típicos exigidos en la figura de Abuso Sexual Simple, dos hechos en concurso real, previsto y reprimido por los arts. 45, 55 y 119 1° párrafo del CP…".* Vale decir, el MPF estableció una plataforma fáctica y una plataforma jurídica. La plataforma fáctica fueron dos hechos de Abuso sexual simple y sabemos que, por imperio del art. 55 del CP, los máximos de las penas se suman, o sea que hay un máximo de ocho años, por lo cual no se puede ver sorprendida, ni se puede sentir menoscabada, cuando el MPF precisó que la pena a imponer no sería nunca superior

a cuatro años, por eso no entiendo ni comparto los dichos de la Defensora con relación a la supuesta sorpresa que le hubiera infringido este accionar del MPF. Por eso obviamente rechazo este primer planteo porque no se ha conculcado garantía constitucional alguna.

Por otro lado, ha señalado, la esforzada Defensa, que la jueza se adentra a cuestiones de hecho y de derecho, y acá quisiera explicar por lo menos cómo yo interpreto este instituto y cómo y cuál es el rol que le toca al Juez para considerar la viabilidad o no de este instituto, concretamente refiriéndonos ya al cuarto párrafo del art. 76 bis del CP.

Concretamente, la suspensión del proceso a prueba, en la Argentina, se le otorga a inocentes, no culpables, a diferencia del derecho anglosajón. Esto tiene mucha importancia, trascendental importancia, ¿por qué tiene trascendental importancia? Porque el derecho anglosajón se le aplica a culpables, se hace un interlocutorio de culpabilidad y luego sí el probado solicita este instituto y se somete a reglas de conducta, en el cual el *probation oficer* va a tener que de alguna manera evaluar que se cumplen, incluso hasta puede renunciar a su derecho a intimidad y este oficial de *probation* puede llegar a su casa sin orden de allanamiento y fijarse si efectivamente cumple las reglas de conducta o no. Pero acá es un inocente el que solicita las reglas de conducta y todos sabemos esta famosa discusión que en definitiva se entabló o de alguna manera, no la planteó, pero sí la impulsó Manzini cuando él señalaba, con relación a esto de la presunción de inocencia, él decía que no se presumía la inocencia de las personas sino que se presumía la culpabilidad. Manzini ha sido destacado por Luigi Ferrajoli como el mayor penalista de la primera mitad del Siglo XX por su inteligencia, y sin duda lo era, y él con mucha inteligencia decía: ¿de qué presunción de inocencia estamos hablando si en

definitiva nosotros buscamos pruebas para condenar una persona?, incluso llegamos a encarcelarlo preventivamente ¿cómo podemos hablar de presunción de inocencia? Y realmente el derecho penal liberal tuvo que readecuar esta definición y hablar de estado de inocencia. Toda persona es inocente hasta una sentencia firme, fundada en ley, emanada de juez competente, que declare lo contrario. Entonces, como la persona es inocente el juez no puede establecer en qué supuestos caería dentro del cuarto párrafo o no. Es el Fiscal el que, sin prejuzgar, puede decir cuándo le correspondería una condena de ejecución condicional y cuándo no. Porque el Fiscal no prejuzga, con subjetividad va a decir si le corresponde o no una pena de cumplimiento efectivo. Por eso es completamente diferente la función del Fiscal que del Juez. El Fiscal en el cuarto párrafo debe fundar y motivar de acuerdo al art. 25 de la Constitución su dictamen que es vinculante. ¿Y por qué es vinculante? porque el fiscal lo puede hacer, sin prejuzgar, porque está frente a un inocente no frente a un culpable. Entonces es correcto que el juez, en su obligación de ser el último garante de la legalidad, controle si efectivamente la motivación y la fundamentación dada por el fiscal es legal y adecuada o no.

Acá voy a hacer una pequeña distinción que vale la pena recordar.

Motivación, motivamos en hechos y fundamentamos en derecho. Y por qué digo esto, porque de alguna manera la Sra. Defensora se ha sentido agraviada porque la juez se adentró a cuestiones de hecho. Necesariamente lo tiene que hacer, porque tiene que analizar la legalidad del dictamen del fiscal y el dictamen del fiscal debe ser motivado, y se motiva en hechos. Lo funda en derecho pero se motiva en hechos. Así que con relación a eso evidentemente considero que ha sido motivada y fundada la decisión del MPF de no acceder a este beneficio, como lo ha definido Eugenio Raúl Zaffaroni, porque decimos

que tiene derecho a solicitarlo pero esto es un beneficio. Y por qué considero que es adecuada la motivación y fundamentación que diera el titular de la acción pública, que recogiera la Sra. Magistrada. Por la magnitud del injusto. El titular de la acción pública habló de la magnitud del injusto, pero no quiero obviar algo que también la Sra. Defensora se sintió, fue objeto de crítica por parte de ella en esta audiencia a tenor del art. 385 del CPP, con relación al dictamen fiscal cuando dijo que objetiva y formalmente la suspensión del proceso a prueba es viable. Es correcto lo que dijo la Sra. Fiscal, digo que es correcto porque Karl Savigny en el Siglo XIX en el mundo jurídico hay un objeto que es formal y necesario, que es la Ley, y otro objeto que es material y contingente, que es la costumbre jurídica y en el Siglo XX se explicó, la doctrina explicó, que además hay un objeto material y necesario, que es la valoración jurídica. Entonces cuando el fiscal dice que es objetivo y formal, que es viable, sí por supuesto porque está dentro de las posibilidades lógicas, que pudiera entrar dentro del cuarto párrafo, porque el mínimo es seis meses y este señor no tiene antecedentes penales, entonces objetivamente y formalmente, podría caberle una condena de ejecución condicional. Ahora, después de hacer la valoración jurídica que hizo, obviamente no, concretamente no, por la magnitud del injusto. Y acá voy a registrar algo que dijo la titular de la acción pública que es correcto y también fue materia de crítica por parte de la defensa, cuando comparó con el inciso "d" del cuarto párrafo del art. 119. Por supuesto que no desconozco que el art. 40 y 41 establecen la manera en que nosotros los jueces tenemos que establecer las penas divisibles y tampoco desconozco que esta fundamentación y motivación que da el MPF está enmarcada en el art. 26. Pero, como dice destacada doctrina, Magariños concretamente, cuando los jueces sin caer en arbitrariedad tenemos que ver la magnitud de un

injusto, tenemos que ver si se acerca ese hecho concreto a un caso que está calificado o un caso que está atenuado y de esa manera, sin arbitrariedad alguna, claramente vamos a saber qué es lo que quiso hacer el legislador y en qué etapa está ese hecho, si está más cerca de ser agravado, evidentemente debe ser mucho más grave que si está cerca de ser atenuado. Y eso, lo que dijo la Dra. no es una cuestión que pueda sorprender a la defensa, porque los hechos están claramente descriptos en la acusación y está, por supuesto, la calificación está también descripta en la acusación así que no puede haber ningún tipo de sorpresa.

Ahora bien, coincido con el Sr. Presidente de este Tribunal en que no ha sido intimada debidamente la Defensa, y por supuesto el imputado, sobre que existiría violencia de género en este caso. Es cierto, objetivamente no existió esto.

Ahora bien, opera de pleno derecho. La exigencia que tiene jerarquía constitucional establecida en la Convención de los Derechos del Niño que establece que todos los órganos de poder, y por supuesto nosotros somos órganos de poder, debemos siempre velar, en todas nuestras decisiones, por el interés superior del niño y esto opera de pleno derecho. Y acá, de acuerdo a los hechos que se encuentran correctamente relatados en la acusación estamos frente a una niña de siete años de edad. Y esto de siete años de edad, que es un hecho objetivo, no es un dato menor y por qué no es un dato menor, porque toda la literatura sobre abuso sexual infantil, cuando hablan de pre púberes, explica la particular gravedad que significa esto, y por qué particularmente grave? Es particularmente grave porque como dice Intebi, por ejemplo, no tiene capacidad de orgasmo la criatura, entonces no puede, de alguna manera diferenciar ese organismo que ha sido sobreexitado indebidamente para su evolución natural. Sebastián Soler, sin ir más lejos, explica que la salud es un

equilibrio psicofísico, el cual nos permite a nosotros desarrollarnos en la vida. Ahora, cuando ese desarrollo, ese equilibrio psicofísico se ve alterado en un menor impúber por un abuso sexual, el cual no puede canalizar, es infinitamente más grave que en un menor púber, aunque sea un menor, el hecho de que sea púber o impúber es trascendente en esta cuestión. Y acá estamos frente a una menor impúber. Por eso es correcto hablar de hechos y hablar de derecho, para entender si esto ha sido debidamente motivado y fundado y sí, el fiscal tiene razón cuando habla de la gravedad de los hechos, como lo hizo.

El Juez O. Florencio Minatta dijo:

En cuanto al primer agravio de la defensa, corresponde rechazarlo, toda vez que la intervención del fiscal deviene correcta de todos modos, puesto que estamos ante un caso que supera los tres años de prisión en su máximo, por lo que el punto va directo al cuarto párrafo y en esto la ley es clara en cuanto al previo dictamen del fiscal.

Eso independientemente que lleva razón la defensa- y lo hemos visto en la jurisprudencia y doctrina- sobre la enorme arbitrariedad, no solamente del Ministerio Público, sino también de los jueces en fijar el monto punitivo de la prisión, como en este caso lo hizo el fiscal, al sostener con enorme ligereza y sin fundamento alguno que pediría una pena que no superaría los cuatro años, sin siquiera agregar o fundar sobre el mínimo, el medio o la modalidad de cumplimiento, que es esencial para la operatividad de la negativa fiscal motivada. A esto agréguese que el monto punitivo es tan importante a los efectos de la motivación que ni siquiera en el sistema de juicio con o por jurados pueden los legos establecer el monto, pues solo lo hacen los jueces y, sin embargo y no obstante ser lo más técnico de todo el proceso es la parte más arbitraria de los dictámenes y de las sentencias, a lo que habría que agregar que a

ello contribuye también la doctrina al no tener un desarrollo tan acabado como sí lo tiene la teoría del delito. En definitiva, por todo esto anunciar como lo hace el fiscal que va a peticionar una pena de hasta cuatro años sin fundamento alguno es totalmente arbitrario, a lo que cabe agregar que también afecta el derecho de defensa en juicio, ya que el imputado puede no enterarse tarde o nunca en qué hechos le van a fundar los cuatro años o menos, así como la modalidad de ejecución efectiva o condicional y perderse así la oportunidad de ofrecer pruebas decisivas para refutar los mismos.

En cuanto al segundo agravio, y en trance de efectuar el debido control de legalidad del dictamen fiscal, advirtamos en primer lugar que lo haremos sobre lo dictaminado en la audiencia respectiva por el Dr. Maza, y mejorado por la Dra. Tolomei ante este tribunal, pero no valoraremos lo agregado por ésta última respecto de otros puntos que el primer fiscal no tuvo en cuenta. Inclusive la Dra. Moreno, en perjuicio del imputado y con clara afectación del principio acusatorio de separación estricta entre acción y jurisdicción, trae a colación argumentos no sostenidos por la fiscalía para denegar el derecho, por lo que tampoco lo tendremos en cuenta, va un poco más allá de la sostenido por la fiscalía en la primer audiencia, por lo que tampoco trataremos tales puntos en detalle, tales como la cuestión de la violencia de género.

En suma, por lo tanto nos queda por analizar el argumento de Maza al oponerse, no obstante reconocer que se dan todos los requisitos de fondo y forma para el ejercicio del derecho, consistente en que estamos ante un delito grave. En este camino no cabe dada alguno, tal como lo dijo también mi colega Luchelli, que estamos ante un injusto grave, bastando para esto con leer a especialistas como Intevi o Rozanski, quienes consideran que en los casos de abuso sexual infantil el daño causado

es, en su inmensa mayoría, irreparable. Es decir por más que lo fusilemos al imputado el daño sigue ahí, sea cual fuere la respuesta penal, la más extrema o la mínima. Quizás con la cárcel se alcance para los allegados o inclusive en los años futuros para el hoy niño, algún grado de compensación, pero esto es pura venganza y, por lo tanto, estamos hablando de irracionalidad, lo que teóricamente no podemos sostener que quiere el derecho que deber ser, por excelencia una herramienta de coexistencia social.

Dicho esto, no olvidemos que la gravedad de una conducta la establece el legislador, por lo que si para éste los abusos sexuales simples pueden ser sancionados con una pena de ejecución condicional, de nada valdría que esperemos hasta un juicio o debate su imposición, si tales efectos lo podemos alcanzar con ventaja mucho antes con la suspensión del proceso.

Sabemos que para el ejercicio de un derecho, cualquier obstáculo en su operatividad debe estar expreso en la ley, por lo que el mismo no puede ser creado pretorianamente, no se puede inventar un obstáculo legal al ejercicio de un derecho, tal como lo hace la jurisprudencia, inclusive en el caso "Góngora".

Asimismo, que se trata de violencia contra la mujer a mi no cabe la menor duda tampoco, es decir, es un delito grave que se trata de violencia contra las mujeres y que resulta directamente aplicable la Convención de Belem do Pará, como tampoco está fuera de toda duda de que resulta aplicable la Convención Internacional de los Derechos del niño.

Ahora, de ahí a que no se pueda aplicar la *probation* hay un abismo, y esto es lo que no se entiende. En primer lugar porque uno de los grandes errores que se comete en la opinión de los fiscales es considerar que cuando la víctima no está de acuerdo debe negarse el derecho, ya que la *probation* no funcionaría allí como medio de pacificación social. Esto es un error, pues sabemos que

uno de los fines últimos es la pacificación del conflicto, lo dice expresamente como principio general nuestro código procesal, dentro de lo posible, dentro de lo que las partes o protagonistas originales del conflicto se puedan acercar; pero si no lo logran, ello no lleva directamente al litigio o al debate, sino que igualmente se puede echar mano a la institución de la *probation*, pues ésta no es en propiedad un instrumento exclusivamente pacificador, como lo son la conciliación o mediación, sino que también tiene naturaleza claramente punitiva en muchos casos en que claramente las reglas de conductas impuestas afectan derechos del imputado en forma análoga a la pena, lo que ocurre, repetimos, con este caso en que la mejor salida del abuso sexual es el tratamiento voluntario psicológico al que ofrece como regla de conducta el mismo imputado, inclusive avalado por un informe científico como es el que se atribuye a la Lic. Patricia Fernández.

Es decir que tenemos todos los elementos para abordar el conflicto ya de una forma más razonable que dentro de dos años o más en caso de condena, sin contar las eventualidades de las impugnaciones, tiempo durante el cual el imputado no será tratado de ninguna forma, al menos no puede ello imponerse sin sentencia.

Entonces, para nosotros en estos casos de abusos sexuales es mucho más útil y conveniente para todo el referido tratamiento, abordaje del conflicto que aconsejan, por otra parte, los que saben sobre el tema de los abusadores. En definitiva, la respuesta tiene que ser lo más rápido posible en el sistema penal y ésta en el caso es la *probation* ahora y no dentro de dos años y medio o tres años cuando quede firme una eventual sentencia condenatoria.

Por ello me parece que, sin desconocer la gravedad, vuelvo a repetir, sin desconocer la gravedad de los abusos sexuales simples sobre todo infantiles, ello al menos para el legislador penal no es ningún óbice para

otorgar la suspensión de juicio a prueba. Precisamente ése es el fundamento del porqué se exige la autorización cuando el caso se sale del primer párrafo del 76 bis del código penal, porque estamos ante un delito grave y lo es porque se trata de casos que podrían no ser dejados en suspenso, y esto ocurre cuando el fiscal prueba la conveniencia de la ejecución efectiva de la pena, lo que se extrae sin mayor esfuerzo de la interpretación *contrario sensu* del artículo 26 del código penal. Es decir, para qué se va a oponer el Ministerio Público Fiscal si va a terminar pidiendo la condena de ejecución condicional?, es una contradicción, es decir si el fiscal se opone a la *probation*, entonces en el juicio tendría que pedir la condena de efectivo cumplimiento para ser coherente, salvo que lo único que se busque es la estigmatización del imputado.

Por eso, no habiendo probado el Ministerio Público Fiscal nada de lo anterior y dándose los requisitos de fondo y de forma, al no tener el imputado antecedente condenatorio y permitir la ley la imposición de una pena en suspenso, amén de no probarse, insisto, la conveniencia del cumplimiento efectivo de la pena, deberá revocarse la denegatoria, conceder la suspensión del proceso a prueba, enviando el caso al tribunal competente para que, previa audiencia, fije las cuestiones operativas en orden a plazos, reglas de conducta y ofrecimiento, todo en base a lo dispuesto en estos considerandos. Así lo voto.**Presidente:**

De conformidad con los votos precedentemente notificados en esta audiencia por pública proclamación, por mayoría esta Cámara dicta la siguiente

S E N T E N C I A

I) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. del T. O. M., nacido en Chile el 15 de octubre de 1952, casado, instruído, albañil, domiciliado en el Bo. Oeste, calle Costa Rica nro.x de Trelew, DNI xx.xxx.xxx-.

II) Remitir estos folios a la Oficina Judicial para que el magistrado competente se avoque en forma urgente a la tramitación de este caso, conceda la probation en los términos establecidos en esta resolución, debiendo ser notificada la víctima a efectos de poder sustanciar debidamente las reglas de conducta en todo lo que sean compatibles con el instituto que se concede.

III)Regístrese, protocolícese y notifíquese.-

Fiscal: quiero plantear una aclaratoria al voto de la mayoría. Lo que se está resolviendo es en relación a la reparación. Se está entendiendo que la reparación ofrecida es suficiente?, digamos, es razonable y suficiente, es decir, se está aceptando esa reparación.

Presidente: Con las reglas de conducta ofrecidas, el tratamiento psiquiátrico.

Fiscal: Si, si, más el resto de las reglas de conducta, pero me refiero al monto de la reparación como no me quedó claro si se entendía que ese monto era razonable, si eso está dentro de la resolución de los jueces.

Presidente: Valga como aclaratoria de acuerdo a la ley, sí, el monto ofrecido se considera razonable, por lo tanto junto con las demás reglas de conducta que sí merecen ser sustanciadas de acuerdo al plazo y los demás puntos que hemos detallado y dado en cada uno de los votos.

Registrada con el Nro. /2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-