PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, presidida por el Ministro Mario Luis Vivas, e integrada con los Ministros Miguel Ángel Donnet y Natalia Isabel Spoturno, dicta sentencia en la causa caratulada **«E., N. F. s/ denuncia - Trelew»** (expediente n° 100404 - año 2018 - carpeta n° 6890 OJ Trelew).

Concluida la deliberación, y de acuerdo con la providencia de la hoja 134, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos:

Donnet, Vivas y Spoturno.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

1. Llega a conocimiento de la Sala la impugnación extraordinaria deducida por los fiscales generales Arnaldo Ramón Maza y María Tolomei, en contra de la resolución n° 55/2018 de fecha 30/05/2018 dictada por la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew.

Por medio de esta decisión, la Alzada hizo lugar -por mayoría- a la impugnación ordinaria de la defensa, concedió la suspensión del proceso a prueba a favor de J. T. O. M., y reenvió el caso a la instancia para la fijación de las demás condiciones de la aludida salida alternativa.

2. Los representantes del Ministerio Público Fiscal fundan su recurso en tres agravios.

En primer lugar, afirman que la fundamentación del voto del camarista Adrián Barrios es aparente.

Este juez, dicen, acogió dos de los agravios de la impugnación

ordinaria (afectación del derecho de defensa y ausencia de examen de procedencia de la probation en la sentencia de grado), pero no explicó -ni surgen de su razonamiento- sus motivos para otorgar la suspensión del proceso a prueba.

En segundo término, entienden que los votos de la mayoría (jueces Barrios y Minatta) llegaron a una decisión univoca sobre el otorgamiento de la salida alternativa, pero mediante caminos argumentales abiertamente divergentes.

En efecto, sostienen, Barrios consideró que no podía tener en cuenta las normas Convencionales dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, porque el Ministerio Fiscal no planteó su aplicabilidad al caso. Minatta, en cambio, llegó a la misma solución afirmando que dichas normas eran aplicables, pero que de todos modos no representaban un obstáculo para la suspensión solicitada en virtud de la analogía entre la imposición de una pena y las reglas de conducta propias de este instituto (por ejemplo, la obligación de someterse a un tratamiento psicológico).

Por último, los fiscales cuestionan que pese a que el caso encuadraba en el cuarto párrafo del articulo 76 *bis* del Código Penal, la sentencia desconoció la oposición de esa parte a la concesión de este instituto, y con ello, desoyó el mandato legal y la interpretación del Superior Tribunal de Justicia sobre el punto. Citan, en apoyo de sus postura, lo resuelto en los casos "Puertas" y "Soto González" por esta Sala.

3. En oportunidad de celebrarse la audiencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 385 CPP, el Ministerio Público Fiscal ratificó sus argumentos y solicitó la revocación de la sentencia impugnada (hoja 133 y vuelta).

4. En lo que concierne a la admisibilidad del caso, debo recordar que el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba no es una de las decisiones expresamente recurribles (Código Procesal Penal, articulo 370). Sin embargo, ya hemos dicho que este límite objetivo cede cuando lo resuelto ignora la letra de

la ley, pues tal circunstancia constituye una de los supuestos excepcionales de arbitrariedad que abre la instancia extraordinaria. A la vez, esta concesión suspende el ejercicio de la acción penal y, eventualmente, culminará a futuro con un sobreseimiento basado en el cumplimiento de reglas de conducta de tardía o imposible modificación ulterior (ver la causa «I., R. s/ abuso de arma -portación de arma de fuego-», expediente n° 100264/2017, sentencia n° 28/2017 de fecha 27/9/2017, y sus citas).

5. Estimo adecuado repasar lo ocurrido ante la instancia. De acuerdo con los términos del auto de apertura a juicio, se declaró admisible la acusación presentada por el Ministerio Público Fiscal (hoja 42 y vuelta).

Por lo tanto, al señor J. T. O. M. se le endilgan «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, [el acusado] , sabiendo lo que hacia 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. 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 comentó 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» (cfr. hoja 28 y vuelta).

La Fiscalía calificó la plataforma táctica antedicha como abuso sexual simple, dos hechos en concurso real (Código Penal, artículos 119 primer párrafo y 55). Y anunció que, de acuerdo con los delitos achacados, su modalidad, y con la prueba a producirse en el debate, solicitaría una pena no superior a los cuatro años de prisión (hojas 30/vuelta y 31>.

6. En el marco de las cuestiones previas del debate, la defensa solicitó la suspensión del proceso a prueba a favor del imputado. Ofreció una suma de veinticinco mil pesos a modo de reparación, junto con el compromiso de O. M. de someterse a un tratamiento psicológico durante un plazo de seis meses, no abusar de bebidas alcohólicas y no ausentarse de la zona por el término de un año (CP, artículos 76 *bis* y 27 *bis).*

En la misma audiencia el representante del Ministerio Público Fiscal emitió un dictamen negativo sobre la propuesta, sin perjuicio de reconocer que desde el punto de vista objetivo y formal el planteo -en principio- era viable según lo previsto en el artículo 49 CPP. Explicó que la víctima no estaba presente (en referencia- el señor N. F. E., padre de R.), pero que en su calidad de fiscal también representaba sus intereses. Informó que se había entrevistado con el señor E., quien le manifestó su oposición a la salida alternativa propuesta, indicando que no estaba dispuesto a recibir el dinero ofrecido ni a aceptar una solución diferente a

un juicio. El fiscal recordó que el señor E. ya se había pronunciado en igual sentido en ocasión de llevarse a cabo la audiencia preliminar (ver la hoja 42 y vuelta del expediente).

Expresó que la postura del señor E. le había parecido sincera, pues éste le había manifestado que el imputado era una persona a quien quería, respetaba y le tenía absoluta confianza. Al punto tal de dejar los hijos a su cuidado y el de su hermana -casada con O. M.- cuando se iba trabajar a Puerto Madryn. E. detalló que las familias vivían en viviendas enclavadas en el mismo predio. El develamiento de la niña generó un impacto emocional fuertísimo y significó un giro total en sus vidas, pues tuvieron que alquilar otra vivienda y mudarse de la casa donde había vivido toda su vida con sus hijos.

El fiscal hizo suyos estos argumentos, y además recordó que la suspensión del proceso a prueba fue prevista como una manera de descomprimir la tarea judicial vinculada con hechos de escasa lesividad. Por el contrario los delitos contra la integridad sexual son graves, por más que los de esta causa sean los menos graves de todos. Memoró que la acusación versaba sobre dos hechos de abuso sexual, padecidos por una niña de siete años de edad.

En virtud de lo antedicho, invocó un interés público prevalente y coincidió con el padre de la niña en la necesidad de determinar -juicio oral mediante- qué ocurrió, si el acusado es responsable de esos hechos y, en su caso, que se le imponga una pena.

7. En línea con lo que se señala en el recurso, advierto que los camaristas que integraron la decisión mayoritaria discurrieron, en lo que interesa, por caminos argumentales disímiles para fundar la concesión de la salida alternativa cuestionada.

El juez Barrios dijo que la jueza de la instancia fundó el rechazo del planteo en razones que no integraron el dictamen negativo del Ministerio Fiscal {en particular, los argumentos de derecho internacional público vinculados con la violencia de género y los derechos de la mujer). Ello, afirmó, impidió que la defensa

pudiera contrarrestar esta alegación. Sin perjuicio de ello, el juez fundó su parecer sobre la inaplicabilidad de dicha legislación.

En paralelo, Barrios también estimó que la magistrada había empleado fundamentos vinculados con el hecho imputado, propios de un juicio de conocimiento, en lugar de examinar la procedencia de la solicitud.

El camarista Minatta, en cambio, consideró que el hecho atribuido a O. M. constituía un delito grave, pues el abuso sexual infanti1 provoca un daño muchas veces irreparable. Entendió que se trataba de una hipótesis de violencia contra la mujer, a la que le resultaban aplicables la Convención de Belem do Para y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, agregó este juez, si para el legislador estos hechos podían ser sancionados con una pena de ejecución condicional, de nada valdría esperar hasta un juicio para su imposición, si tales efectos se pueden alcanzar antes con la suspensión del proceso. No se puede crear, pretorianamente, un obstáculo al ejercicio de un derecho que no esté previsto en la ley.

Y también es incorrecto, afirmó, que los fiscales se opusieran a la *probation* cuando la victima no estuviere de acuerdo, porque ello impedirla la pacificación social. Este instituto también tiene naturaleza punitiva, cuando las reglas de conducta que se imponen afectan derechos del imputado de un modo similar a la pena (por ejemplo, el tratamiento psicológico ofrecido por el propio acusado). El fiscal debía probar, y no lo hizo, la conveniencia de la ejecución efectiva de la pena; su oposición carecía de sentido si de todos modos habría de pedir una condena de ejecución condicional.

La suspensión del proceso en este caso, concluyó, suponía un abordaje más razonable y más rápido del conflicto, en lugar de esperar varios años hasta la firmeza de una eventual sentencia condenatoria.

8. Más allá de las dificultades señaladas sobre la fundamentación mayoritaria de la sentencia de revisión, en cualquier caso la subsunción legal y la pretensión punitiva -cuatro años de prisión- en juego, encuadran esta causa dentro de las hipótesis del cuarto párrafo del artículo 76 *bis* del Código Penal, es decir, la suspensión del proceso a prueba de aquellos delitos cuya pena en concreto no exceda los tres años de prisión. Se debe tener presente que, en función del concurso real de ambos hechos, la escala penal en juego oscila entre los seis meses y los ocho años de pena privativa de la libertad.

La norma citada establece: «Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y *hubiese consentimiento del fiscal,* el Tribunal podrá suspender la realización del juicio» (el destacado me pertenece}. En estos casos, la concesión de la suspensión del proceso a prueba requiere la previa opinión favorable del acusador público.

9. En consecuencia, y sin perjuicio de los restantes agravios formulados contra la sentencia. apelada, lo concreto es que el representante de la Fiscalía esgrimió fundamentos atendibles propios para oponerse al otorgamiento de esta salida alternativa al proceso de conocimiento. Su sola presencia en el inicio del debate es una demostración, por demás elocuente, de la seriedad de su postura sobre la necesidad de llevar a cabo el juicio oral.

Y desde este prisma de análisis, deviene aplicable la jurisprudencia de la Sala que, en reiteradas oportunidades, se ha pronunciado a favor del carácter vinculante del dictamen fundado del Ministerio Fiscal (cfr. causa «I., R....», ya mencionada, y sus

citas). En fecha reciente, incluso, en un caso vinculado con hechos que en principio podían ser interpretados como violencia contra la mujer, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa «Góngora», Fallos 336:392; cfr. «S. G., R. s/denuncia averiguación de paradero Trelew», expediente n° 100365/2018, sentencia n° 10/2018 de fecha 29/5/2018).

Una vez más hago mías las palabras de doctrina autorizada en la materia, que a mi criterio disipan toda incertidumbre sobre el punto: «la exigencia legal de obtener el consentimiento del ministerio público para Suspender el procedimiento implica el reconocimiento de que, verificados judicialmente ciertos presupuestos impuestos legislativamente, en ciertos casos también definidos legalmente, se reconoce cierto grado de discreción para que el ministerio público, fundado en razones no estipuladas de conveniencia y oportunidad político- criminales, decida sobre el ejercicio de la acción penal en casos particulares. Una vez que el tribunal ha verificado los presupuestos legales, no puede cuestionar las razones de oportunidad que motivan el consentimiento del fiscal, pues el control judicial del consentimiento requerido no permite que el tribunal reemplace su propio criterio de oportunidad por el del fiscal. Los criterios de oportunidad no definidos legalmente significan, precisamente, el reconocimiento al ministerio público de cierto grado de discreción para decidir acerca de la conveniencia, utilidad o necesidad de iniciar, interrumpir o continuar con la persecución penal» (cfr. BOVINO, A. y otros, *Suspensión del procedimiento a prueba,* Del Puerto, Buenos Aires, 2013, página 322, el énfasis es propio; cfr. mi voto en el caso «P., F. E. en autos: P., F. E. art. 189 bis

OPA s/ impugnación extraordinaria», expediente N° 100217/2016, sentencia n° 17 de fecha 12/9/2017) .

10. Finalizo con una breve reflexión sobre la falta de seguimiento de las decisiones de la Sala por los tribunales inferiores en grado.

No encuentro, en los votos que conformaron la mayoría en la decisión apelada, referencia alguna sobre la jurisprudencia citada en el punto anterior y que fuera invocada por la Fiscalía ante ese tribunal, según surge del recurso y de los antecedentes de la propia sentencia (causa "P.", cfr. hojas 83/vuelta-84 y 103 del expediente).

Como ya he dicho en otras oportunidades, el desconocimiento de los criterios de la Sala, sin dar explicación sobre ello ni desarrollar nuevos argumentos que permitan revisarlos, conduce a un dispendio jurisdiccional innecesario, que además se traduce en una elongación evitable de los procesos.

11. Para concluir, propongo al Acuerdo que se declare procedente la impugnación extraordinaria obrante entre las hojas 98 a 107, se revoque la sentencia n° 55/2018 de la Cámara en lo Penal de Trelew, y se reenvíe el caso a la Oficina Judicial de Trelew para la sustanciación del juicio.

Así voto.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

I. En el primer voto, el Ministro Miguel Angel Donnet brindó una detallada descripción de los antecedentes del caso y de los motivos que informan la impugnación extraordinaria de la Fiscalía, razón por la cual evitaré incurrir en repeticiones innecesarias.

II. Al examinar el asunto, advierto que se cuestiona la resolución dictada por la Cámara Penal de

Trelew que otorgó la suspensión de juicio a prueba a J. T. O. M., denegada previamente, como cuestión previa al juicio, por la jueza penal Mirta del Valle Moreno.

El delito atribuido es el de abuso sexual simple, dos hechos en concurso real (artículos 45, 55 y 119 primer párrafo del C.P.).

III. Que el recurso fiscal impetrado es admisible en esta instancia ya que, si bien no se halla a simple vista enumerada la concesión de suspensión de juicio a prueba en el artículo 370 del Código Penal, la decisión de la Cámara Penal resulta equiparable a sentencia definitiva en tanto impedirá la continuación del trámite de la causa y conllevará el sobreseimiento por extinción de la acción Penal.

A más de ello, se avizora arbitrariedad en el fallo cuestionado debido a que resulta incompatible a la normativa aplicable, por lo que a los fines de evitar soluciones disvaliosas y de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Sala, corresponde declarar su admisibilidad.

IV. Al examinar la sentencia de la Cámara Penal, en los votos de los magistrados que conforman la mayoría (articulo 329 tercer párrafo del C.P.P.) -tal como analizó el colega que me precede-, observo que el juez Barrios dijo que la doctora Moreno dio fundamentos para denegar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba que no fueron mencionados en la oposición del Ministerio Publico Fiscal; en tanto que el Dr. Minatta, si bien reconoció la gravedad del delito investigado en estos autos, sostuvo que el legislador decidió que estos hechos pueden ser sancionados con una pena de ejecución condicional, motivo por el cual, piensa, de nada valdría esperar hasta un juicio para su imposición si tales efectos se pueden alcanzar con la probation.

Se impone recordar los extremos invocados por la fiscala en la audiencia. En primer lugar, sostuvo que, desde el punto de vista objetivo y formal, es viable lo que se plantea, pero en este caso no se encontraba presente el representante legal de la víctima - que expresamente se habla opuesto a la aplicación de este instituto-, y que los hechos aquí investigados son graves y no pueden resolverse a través de la suspensión del juicio a prueba; a su entender es necesario hacer el debate, y describió circunstancias del hecho investigado para fundar su decisión.

IV. Que el caso bajo examen se enmarca en los parámetros establecidos en el cuarto párrafo del artículo 7 6 bis del código penal, tal como lo apreciaron las partes y los jueces en la resolución atacada. Y dicho supuesto expresamente prevé para la procedencia del instituto, la exigencia de contar con el consentimiento fiscal.

De acuerdo a lo que se expresó en precedentes anteriores, la suspensión de juicio a prueba es un instituto de carácter excepcional porque implica interrumpir la continuación del proceso evitando la imposición de una pena.

Es que se trata de una alteración a los principios de oficialidad y legalidad procesal, y así, resulta razonable que se exija forzosamente el consentimiento fiscal.

Además, también se dijo, deriva normativamente del artículo 120 de la Constitución Nacional y el artículo 195 de la Constitución Provincial.

Lo expuesto se sostuvo en reiterados fallos de la Sala, entre otros, "P., F. E. art. 189 bis CPA s/ impugnación extraordinaria", Expediente N° 100217 - Folio 1 - Año 2016 - Letra «P», sentencia N° 17 del 12/9/2017, y "W., M. A. s/ p.s.a. homicidio culposo

víctima G., L. N." (Expediente N° 100268 -Folio 1 - Letra «W» - Año 2017 - Carpeta Judicial N° 1593 OJ Sarmiento).

Siendo ello así, y más allá de los otros fundamentos que esbozó la impugnante, lo cierto es que el dictamen fiscal fundado es vinculante para el tribunal, y el juicio oral debe llevar a cabo como lo pretende el acusador público.

VI. Adhiero a la observación efectuada por el colega preopinante, y habré de exhortar otra vez a los jueces a que, a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario, acaten la doctrina legal de la Sala, salvo que traigan nuevos fundamentos.

VIII. Como consecuencia de todo lo expuesto, se impone declarar procedente la impugnación fiscal, revocar la sentencia de la Cámara Penal número 55/2018 y remitir los actuados a la Oficina Judicial para realización del juicio.

Asi voto.

La jueza **Natalia Isabel Spoturno** dijo:

I . El doctor Donnet resumió los agravios expuestos en la impugnación extraordinaria promovida por los representantes del Ministerio Público Fiscal de Trelew, en desmedro de la sentencia N° 55/2018 de la Cámara en lo Penal de aquella misma ciudad, que concedió la suspensión del juicio a prueba con respecto a J. T. O. M.. No los repetiré para no extenuar al lector.

II. De partida, anotaré que el recurso de la fiscalía será examinado a pesar de que la resolución que concede el instituto no se encuentra comprendida en los supuestos de decisiones impugnables del articulo 370 del ceremonial. Es que, el fallo de los camaristas resulta equiparable a sentencia definitiva, pues

el eventual cumplimiento de las reglas de conducta, conllevará el dictado del sobreseimiento y la extinción de la acción penal.

Por lo demás, la resolución de los magistrados soslaya el texto de la normativa aplicable, lo cual implica un supuesto de arbitrariedad, que permite apartarse de los límites establecidos en el rito.

III. Como señalaron mis colegas, la línea argumental de los doctores Barrios y Minatta -que conformaron la mayoría- transitó por andariveles diferentes. Asi, el camarista Barrios advirtió que la a quo habla rechazado la concesión del beneficio sobre la base de argumentos propios, no esgrimidos por el titular de la acción penal. Explicó que esa circunstancia no le había permitido a la defensa rebatir los argumentos. No obstante, decidió que no resultaba aplicable la legislación internacional vinculada con la violencia de género y los derechos de las mujeres.

En tanto que el juez Minatta, si bien reconoció la existencia de un delito grave y la configuración de una hipótesis de violencia contra la mujer, acordó el beneficio, pues entendió que así lo había previsto el legislador y los jueces no podían crear un obstáculo a su procedencia.

IV. Más allá de este señalamiento en cuanto a la composición del acuerdo, la solución adoptada por los magistrados se enfrenta a la normativa legal que rige la materia (concretamente, el artículo 76 bis del Código Penal, en su cuarto párrafo, que refiere al consentimiento del fiscal).

Es que, el análisis de la admisibilidad del instituto se halla supeditado a la conformidad de la fiscalía. Y, en el caso, la acusadora pública brindó argumentos para oponerse a la salida alternativa.

Los camaristas privaron, arbitrariamente, al Ministerio Público. Fiscal de la posibilidad de llevar su pretensión hasta la instancia de debate, contrariando con su decisión la letra de la ley y los precedentes jurisprudenciales de este Superior Tribunal de Justicia y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No atenderé los restantes motivos de agravio esgrimidos, pues la negativa fiscal fundada resulta vinculante para el tribunal y obliga a rechazar la aplicación del instituto y a disponer la realización juicio de conocimiento.

Por lo tanto, siguiendo el criterio de mis colegas, admitiré la impugnación articulada por los acusadores públicos, revocare la decisión adoptada y reenviaré los actuados a la Oficina Judicial de Trelew, para que continúen según su estado.

Asi voto.

De conformidad con los votos emitidos oportunamente, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente

---------- SENTENCIA ----------

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria deducida por la Fiscalía, entre las hojas 98 a 107;

2°) Revocar la sentencia N° 55/2018 de la Cámara en lo Penal de Trelew;

3°) Reenviar el caso a la Oficina Judicial de Trelew para la sustanciación del juicio y,

4°) Protocolícese y notifiquese.