PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ V. G. E." (Carp. OFIJU Esquel NIC N° 4453- Leg. Fiscal NUF N° 43547 y agregados).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de julio de dos mil diecinueve, la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por el Señor Juez de Cámara Dr. Hernán DAL VERME, en su carácter de Presidente, y las Juezas de Cámara Dras. Carina Paola ESTEFANIA y Flavia Fabiana TRINCHERI, en el carácter de vocales, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P., en el marco de la Causa caratulada: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ V. G. E." (NIC N° 4.453 - NUF N° 43.547 y sus acumuladas, NIC N° 4.541 y 4.484, que corresponden a los Legajos Fiscales N° 43.208 y 43.481 respectivamente), en la que tuvieron debida participación el Dr. Bruno Antonio Deias, en su carácter de Defensor Público y en representación del imputado y la Dra. M. Bottini, en su carácter de Fiscal General.

---------- y RESULTANDO---------

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 24 de junio de 2019 en la que el Dr. Bruno A. Deias, en su calidad de defensor de

G. E. V., sostuvo y ratificó en todas sus partes el escrito de impugnación ordinaria interpuesto oportunamente contra la sentencia dictada por el Tribunal Unipersonal de juicio integrado por el Dr. Martín O' Connor, de fecha 20 de Marzo de 2019, registrada bajo el N° 405/2019, por la que fuera condenado el acusado a la pena de tres años, siete meses y quince días de prisión y costas, al considerárselo autor penalmente responsable de los delitos de Hurto, Abuso sexual, Robo y Daño, todos ellos en concurso real entre sí, respecto de los hechos ocurridos en Esquel los días 24 de febrero, 30 de marzo y 27 de abril de 2018, en perjuicio de N. G., A. V. y del comercio "M. C.".

Los hechos por los fue fuera declarado autor penalmente responsable V. son los siguientes:

El ocurrido el 24 de febrero de 2018, entre las 0:00 y la 01:00 hs. en el domicilio sito en la calle Padre Salvo, Casa X del Barrio 74 Viviendas de Esquel, en circunstancias en que el ciudadano G. E. V. procedió a ingresar al predio de la vivienda, para posteriormente dirigirse a un galpón de precario y de madera y sustraer una bicicleta marza Zenith rodado 16, una bordeadora color verde y un maletín con herramientas de mano varias, propiedad de N. E. G..

El acaecido en la localidad de Esquel, el día 30 de marzo de 2018, a las 1:15 hs. aproximadamente, oportunidad en que el señor G. E. V. ingresó al domicilio sito en la calle Pintor Antúnez, casa N° X del Barrio 100 Viviendas, sin permiso de la moradora, la señora A. N. V., ingresó al interior del patio, luego aprovechó que la puerta lateral del fondo de la vivienda se encontraba sin llave e ingresó a la

cocina. Cuando fue descubierto por la víctima, dijo que ingresó porque era perseguido por personal policial, sin embardo, inmediatamente se abalanzó sobre la Sra. V. y la sujetó por los brazos, mientras le dijo que: "abrázame que si no te voy a degollar y a cagar de un tiro", circunstancia que aprovechó para manosear las partes íntimas, le tocó los pechos e intentó bajarle la bombacha mientras le decía que "me gusta tu culo, déjame cogerte un ratito"; en todo momento la víctima se defendió empujándolo con la cabeza en el pecho, así, en el forcejeo, logró zafarse y huir en ropa interior a la parte exterior del frente de su vivienda, momento en el que a los gritos de auxilio pidió ayuda a sus vecino. En este contexto, V. se apoderó del teléfono celular marca LG, X propiedad de la damnificada, que se encontraba sobre la heladera, y huyó del lugar".

Y, el ocurrido el 27 de abril de 2018, siendo aproximadamente las 1.19 hs., en el local comercial denominado "M. C.", ubicado en la intersección de las calles Rivadavia y 25 de Mayo de Esquel, en circunstancias en que los ciudadanos G. E. V. y C. J. P., quienes previamente solicitaron comida y ante la negativa procedieron en forma conjunta a forzar y dañar uno de los ventanales de 0,60 cmts., por 1,30 metros de la puerta de ingreso del mencionado lugar".

Dichos hechos fueron respectivamente calificados como constitutivos de los delitos de Hurto, en concurso real con Abuso sexual simple que concurre materialmente con Robo, en concurso real con Daño, atribuidos a V. en carácter de autor. También es del caso reseñar que durante el debate la ocurrencia de los hechos, su calificación legal, grado de participación y culpabilidad, no fueron controvertidos entre las partes. La defensa se allanó a la prueba ofrecida por

el MPF al acusar, y el imputado reconoció uno de los hechos enrostrados. La significación jurídica de los ilícitos también fue motivo de acuerdo entre las partes.

El debate se centró en dirimir la pena que correspondía imponer respecto de los ilícitos por los cuales, mediante veredicto, el imputado había sido declarado penalmente responsable.

El señor Defensor cuestiona la sentencia; recaída, centrando sus críticas en los fundamentos en virtud de los cuales el A- quo individualizó el monto de la pena impuesta.

El Dr. Bruno Deias funda la vía recursiva en la hipótesis de que el pronunciamiento es arbitrarlo ya que, según postula, no se dio respuesta a las argumentaciones en que fundó su pretensión tendiente a lograr una pena de ejecución condicional. Puntualmente considera que no se fundó suficientemente la necesidad de imponer a V. una pena de efectivo cumplimiento, sobre todo, al omitir considerar en su favor que durante el proceso el nombrado modifico positivamente su conducta. Hace especial hincapié en el modo en que el sentenciante valoró la intoxicación alcohólica que presentaba el acusado al cometer el hecho que damnifico a V., mostrando su disenso respecto del sentido agravante que se le dio a esta circunstancia, cuando debió operar a favor de su asistido.

Entiende el recurrente que se dio excesiva importancia a la gravedad del hecho, relativizando el efecto que la pena de efectivo cumplimiento impuesta pueda tener en concreto sobre V..

Ocupó varios párrafos a cuestionar el razonamiento del Juez respecto del peso dado a la agravante verificada por haberse cometido el hecho mediando violencia de género. Sobre ello, menciona que el Juez tuvo en cuenta que, dada la edad del imputado, y que

la cuestión de género cuenta con difusión en las nuevas generaciones, esta circunstancia agravante merecía especial consideración. Objeta el Dr. Deias apuntando, que ello no resulta viable porque del informe social aportado surge que el acusado fue escasamente intervenido por el sistema educativo. Que incluso es probable que hubiera sufrido episodios de violencia de género en su entorno familiar que obstan una posibilidad de motivación conforme a la norma.

También realizó consideraciones sobre el modo de proceder del MPF, en cuanto a sus pretensiones punitivas, a pesar de haberse modificado la calificación de los hechos por una de menor severidad, y el monto que el A- quo le asignó a los delitos más leves reconocidos por el encartado.

Finalmente remarcó que se incumplió con la obligación de dar específico fundamento a la particularidad de aplicar una pena de efectivo cumplimiento, relacionándolo con la manda del art. 26 del ordenamiento sustantivo. Vinculó la temática a un precedente de ésta Cámara ("Provincia del Chubut c/C. W. F. s/ Abuso sexual"), que cita y cuya aplicación pretende al caso en análisis.

Cerró la defensa su pretensión relacionando los vicios de fundamentación de la sentencia con la falta de consideración de aquellos aspectos de prevención especial que hacen a la necesidad de imponer una pena efectiva como herramienta resocializadora en el caso concreto.

En definitiva, el impugnante solicitó que se le imponga a V. la pena de cumplimiento condicional que ésta Cámara considere justa, en base a los fundamentos vertidos en el recurso.

A su turno la Fiscal General Dra. M. Bottini, contestó la vista. En su escrito inició su responde remarcando que las críticas dirigidas por su

contraparte a la sentencia, no acreditan la existencia de un pronunciamiento arbitrario. Funda su punto de vista en los precedentes del Superior Tribunal de la Provincia, que ha delineado las caracteristicas que debe presentar un fallo para merecer tal vicio invalidante. A su criterio, estos rasgos no se encuentran presentes en el caso en estudio.

Luego, recorrió las distintas críticas dirigidas por la defensa a las circunstancias agravantes valoradas por el señor Juez Penal a cargo del debate, y formuló razonamientos que dan cuenta, a su juicio, del recto pensar del Magistrado.

Se encargó de enfatizar las razones por las que el precedente "C." citado por la Defensa no puede impactar en el caso, para modificar las consideraciones valorativas efectuadas por el A- qua en el fallo, haciendo referencias concretas a la evolución normativa y jurisprudencial que han mereciera aquellos ilícitos que son atravesados por la violencia de género.

En definitiva, rechazó los argumentos en que el recurrente centra su impugnación, concluyendo que la ponderación de las circunstancias agravantes y atenuantes, individualizadas por el Magistrado a cargo del Juicio, si bien fue menor a la pretendida por el MPF, es ajustado al marco normativo aplicable al caso, requiriendo que sea rechazada la impugnación ordinaria, confirmado en todos sus términos el pronunciamiento recurrido.

En la audiencia la Fiscal ratificó el contenido del escrito y solicitó que se confirme la sentencia puesta en crisis por el Defensor del imputado.

Antes de finalizar se le dio la palabra al señor G. E. V. quién se limitó a pedir disculpas a la señora V. por los hechos respecto de los que resultara víctima.

----------y CONSIDERANDO ----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones, ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), estableciéndose el siguiente orden de votación: Dal Verme-Estefania-Trincheri.

El Juez Hernán Dal Verme dijo:

I) Que el veinte de marzo de 2019 el Tribunal Unipersonal integrado por el señor Juez de Penal de Esquel, Dr. M. O'Connor, condenó a G. E. V., de las demás circunstancias personales obrantes en autos, a la pena de tres años, siete meses y quince días de prisión de

efectivo cumplimiento, al hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de hurto en concurso real con abuso sexual simple, en concurso material con robo y daño, conforme lo prevén los arts. 45, 55, 162, 119 primer párrafo, 164 y 183 del Código Penal, en relación a los hechos ocurridos el 24 de febrero de 2018 en Esquel, en perjuicio de N. G., el 30 de marzo de 2018 en ésta Ciudad, del que resultó víctima A. V., y el 27 de abril del año pasado, también en Esquel., del que resultó damnificada la firma comercial "M. C.", pronunciamiento registrado bajo el N° 405/19.

El Dr. Bruno A. Deías, en su carácter de Defensor Público, en representación de V., dedujo la impugnación ordinaria que habilitó la intervención de esta Cámara en lo Penal de Esquel.

Como único motivo de agravio la defensa ha

planteado su discrepancia con la pena impuesta por el órgano juzgador, en particular, la modalidad de su efectivo cumplimiento. Como eje central de la impugnación, remarcó que el Juez del debate no dio tratamiento a los planteos de la defensa tendientes a aminorar la respuesta punitiva de cuatro años pretendida por el MPF. El impugnante condensa su pensamiento en el último párrafo del capítulo V, al sostener que se trata de "un fallo arbitrario, desvinculado de los argumentos aportados por éste Ministerio, como de la verdadera finalidad resocializadora y no meramente retributiva y especialmente preventiva contenida en el encierro, circunstancias ésta que sabrán reconocer debidamente los Sres. Magistrados de esa Cámara, revocando el fallo impugnado, y aplicando una pena de cumplimiento condicional a mi representado."

En ese tren, considera que el pronunciamiento de cesura no respeta los parámetros de fundamentación establecidos en el art. 25 del C.P.P., que se trata de una sentencia arbitraria y que, por lo tanto, debe ser revocada en esta instancia por no resultar un pronunciamiento jurisdiccional válido. Pretende el recurrente que esta Cámara en lo Penal ejerza su competencia positiva y dicte la pena que considere justa, pero estableciendo que su ejecución quede en suspenso.

II) Para dar respuesta al motivo de impugnación en análisis, he de señalar primeramente que la procedencia de la impugnación no depende necesariamente de la existencia de un pronunciamiento jurisdiccional nulo por resultar arbitrario. Comparto con el Ministerio Público Fiscal que, a la luz de los principios trazados en la materia por el Superior Tribunal de Justicia

provincial -concordantes con los expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, la sentencia de cesura cuestionada no resulta arbitraria (el concepto de arbitrariedad, ha sido desarrollado profusamente en otros precedentes, en los casos "Comisaria Sarmiento s/ investigación s/ impugnación" (Expediente N° 22.385-Letra "C" -Año 2011), "Comisaria Rio Mayo s/Informa muerte en acc. Laboral r/victima M. E. S.... S/Impugnación" (Expediente N° 22.340 - F° 46 - Año 2011), entre otros).

El A- quo individualizó cada uno de los hechos por los que fue hollado penalmente responsable V. y evaluó su gravedad desde una óptica objetiva (art. 41 inc. 1° del C.P.). Incluso expuso el guarismo que consideraba ajustado al hecho considerado desde esta perspectiva, y luego tuvo en cuenta los aspectos subjetivos que, en los tres casos, operaron a favor de V., arribando a nuevos guarismos a partir de los cuales estableció la pena que correspondía a cada uno de los hechos, que posteriormente sumó. Todo ello, partiendo del mínimo de la escala penal prevista en abstracto para los tipos penales involucrados, e individualizando aquellas circunstancias que el Magistrado consideró en sentido agravante o atenuante a la luz de la sistemática normada en los art. 40 y 41 de del Cód. Penal.

Por otro lado, la principal queja defensista radica, como ya se mencionó, en tres circunstancias. Una de corte teórico jurídico, y dos relacionadas con la valoración de la prueba aportada al debate.

Las dos últimas, hacen hincapié en que el A-

qua no tuvo en cuenta el informe social elaborado por la Lic. G. -incorporado por su lectura- ni en el grado de intoxicación alcohólica, y/o por sustancias estupefacientes, que incidieron en la conducta que damnificó a la señora V., ambas en sentido atenuante.

Respecto de estos ítems, lo cierto, es que ambas circunstancias fueron ponderadas por el Juez en sentido atenuante, aunque sin el impacto pretendido por la defensa. De hecho, el informe social fue tenido en cuenta, respecto de los tres ilícitos contra la propiedad imputados, para aminorar la sanción previamente ponderada desde una óptica puramente objetiva. Igual criterio adoptó el Magistrado respecto de la intoxicación alcohólica que presentaba V. al momento de cometer el ilícito. En definitiva, aunque volveré luego sobre estos dos tópicos, no advierto una falta de ponderación de la prueba aportada por el señor defensor, sino una distinta valoración del medio probatorio.

Respecto del argumento que mencioné como de orden teórico párrafos antes, hago referencia a que el recurrente reprocha al razonamiento seguido por el Juez a cargo del debate, la circunstancia de no haber argumentado sobre la necesidad de aplicar una pena de efectivo cumplimiento al señor V., desatendiendo aquellos fines resocializadores que deben guiar la pena, y concediendo excesiva importancia al aspecto retributivo de la sanción.

Este fundamento en modo alguno abastece la posibilidad de considerar infundado, o

viciosamente fundada la sentencia a la luz de la doctrina de la arbitrariedad. De hecho, no pasa de exhibir una discrepancia de corte doctrinario que resulta por demás opinable. Por lo demás, hace referencia a una consideración que es zanjada por el propio legislador, ya que la normativa sustantiva establece con toda claridad que aquellas penas superiores a tres años de prisión, son de cumplimiento efectivo (arts. 26 y 27 "a contrario sensu" del C.P.). De tal modo, si el sentenciante justificó adecuadamente la imposición de una pena de prisión superior a los tres años, no aparece necesaria una consideración "extra" para fundamentar la razón por la que no se impone una pena menor que habilite la posibilidad de que la ejecución de la sanción sea dejada en suspenso.

El Alto Tribunal provincial, en el caso "C.", ha efectuado un análisis del criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a los argumentos jurídicos de deben guiar la revisión de la sentencia de cesura, como así también aquellos que pueden dar sustento válido a la sanción penal. Así el STHCH recordó que "... En efecto, en autos "G." el Tribunal, por mayoría, hizo propio los argumentos del señor Procurador General que había señalado que: "... si bien el ejercicio de la facultad de los jueces de la causa, para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepan decidir en la instancia del artículo 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento

en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa" (Fallos: 320:14 63)...". (véase Garrone, Ángel Bernardo s/causa N° 22.355. G. 1504. XLI; RHE; 0603-2007; T. 330 P. 393). En la misma decisión se consideró inaceptable computar como agravante una cuestión que no hubiera estado contenida en la plana fáctica de la sentencia. En el caso "Miara" (M. 303 y 265. XXXII.; 15-07-1997; T. 320 P. 1463) anterior al mencionado- la Corte dejó afirmado, por mayoría, que la determinación de la pena "...no se trata de un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino de la apreciación de los aspectos objetivos del hecho mismo y de las calidades del autor, que permitirá arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal. No es una limitación a la facultad del juez para analizar y decidir sobre aquellos aspectos que les han sido sometidos a su conocimiento, sino de ajustar la elaboración judicial a pautas ordenadoras a tener en cuenta al momento de fallar...". Por fin en los folios "Maldonado, D. Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa N°1174C" (Fallos 328 T 4343) la Corte Suprema afirmó que ni la reprochabilidad ni la capacidad de autodeterminación de un imputado podían "...ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido...", y sigue, "... Luego de reivindicar

la condición humana desde una ética que desde Aristóteles, aunque con diferencia, se perpetúa en Santo Tomás, Kant y Hegel, la Corte dictó con elocuencia que ":...la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia..." ya que "...nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente?. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y silo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor..."... hemos visto al repasar la jurisprudencia de la Corte que ha de partirse, siempre, de que el hombre es libre para forjarse su propia conciencia moral y que es la conducta en relación con el concreto hecho la que ha de evaluarse," Acepto que el incuso ha tenido una vida difícil, Una niñez plena de dolores físicos y espirituales". Pero convengo también en que ha optado por la encrucijada más perjudicial para su pleno desarrollo, a pesar de la significación que tiene para todo hombre la formación de una familia...• (STJCH, autos caratulados: "C., A. y otro p.s.a. de Homicidio Agravado", 16-12-2013,

Expediente N° 22,918 - F° 142 - Año 2013).

La metodología argumentativa seguida por el Juez del debate podrá gustar o no, pero en modo alguno puede ser considerada infundada o viciada de arbitrariedad. Resultaría contradictorio de mi parte considerarlo de tal modo, ya que he expuesto mi punto de vista en casos anteriores respecto del modo en que debe graduarse la pena, que en lo sustancial concuerda con la tarea llevada a cabo por el A- quo. He considerado que para llevar a cabo "esta tarea, resulta necesario recordar que el ordenamiento positivo argentino ha consagrado un sistema relativo, por oposición a uno de penas fijas, donde a cada tipo legal le corresponde un marco que refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema y en virtud del cual el juez debe fijar cuál es la sanción adecuada al caso que se le presenta. Dicho marco, configura una escala de gravedad continua y de crecimiento paulatino, en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y el sentenciante debe ubicar cada una de las controversias sometidas a su conocimiento, procurando hacerlo en el segmento correcto (Ziffer Patricia, Lincamientos de la determinación de la Pena, Ad- hoc, 1999, p. 37). Si bien esta línea analítica, que impone necesariamente la valoración conjunta del ilícito, -es decir, determinación de la pena teniendo en cuenta cuál es el mínimo y cuál el máximo de la escala prevista para el delito en trato, ya que solo en esa relación es posible reflejar la intensidad con que el hecho ha contrariado al derecho-, el grado de culpabilidad del imputado,

con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 del Código Penal; no crea un sistema de determinación perfecto o matemático, indudablemente estrecha considerablemente el margen de discrecionalidad del juez a la hora de llevar a cabo la intelección selectiva de la sanción corresponde al caso (en igual sentido, Cas. Prov. de Buenos Aires, Sala VI,causa N° 54.907, "A., R. A. s/Recurso de Casación; "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido D. Baigún y Eugenio Zaffaroni, Ed. Hammurabi, T.II, p. 59; "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", Andrés José D' Alessio, Ed. La Ley, p. 635). La fundamentación cierra la metodología de análisis, ya que la exposición de las circunstancias valoradas y el sentido atenuante o agravante que se les asigne, asegura la existencia de una decisión adoptada dentro de los estándares constitucionales requeridos para autorizar el ejercicio del poder punitivo del estado respecto de una persona que infraccionó la ley penal..." ("Provincia del Chubut c/G. D. J. s- Robo agravado", NIC N° 3362, Legajo Fiscal N° 30.768, entre otros).

Debe señalarse además, que una sanción basada en criterios que atiendan exclusivamente a la resocialización del condenado, podría no tener fin. Además, tales teorías tienden a perder de vista la gravedad del hecho cometido para orientarse a un derecho penal de autor. La cuestión excede el marco de esta sentencia, por lo que a modo de referencia he de acudir a las palabras vertidas al respecto por el profesor Esteban Righi

cuando resume que "la doctrina clásica argentina ha interpretado las reglas de nuestro derecho (arts. 40 y 41, CPen), adjudicando a la peligrosidad del autor una función preferente para la individualización judicial de la pena.. Estos puntos de vista fueron severamente censurados desde hace ya medio siglo, por la evidente necesidad de revalorizar el hecho cometido como elemento cuantificador, pues de lo contrario quedaría limitado a una función de presupuesto meramente formal de la pena. Aunque no se pueda negar la fuere influencia preventivo especial que sufrió nuestro Código Penal en esta materia, especialmente por la recepción de las ideas del positivismo criminológico italiano, ello no puede conducir a adjudicarle una incidencia decisiva a la peligrosidad como fundamento de la medición de la pena, cuando entra en contradicción con la culpabilidad por el hecho. Es que siendo evidente que en un derecho penal de acto la culpabilidad por el hecho es fundamento y presupuesto material de la pena, es imposible no tenerla en cuenta en el momento de su medición, punto de vista que progresivamente ha sido adoptado por la doctrina argentina contemporánea" ("Derecho Penal, Parte General", Esteban Righi, segunda Edición "Abeledo Perrot" pag. 692).

En concordancia con ello, y de acuerdo a lo ya expuesto en párrafos previos, estimo que la tarea individualizadora de la pena debe centrarse en la gravedad del ilícito atribuido, de acuerdo a los módulos previstos por el art. 41 del C.P., que proponen un punto de vista eminentemente retributivo, y utilizar aquellos aspectos que hacen

a la prevención especial con un sesgo correctivo. Obviamente, luego, la etapa de la ejecución de la pena impuesta deberá estar orientada a lograr la reinserción social del condenado mediante el régimen de progresividad normado por la ley 24.660.

Para cerrar las cuestiones vinculadas a la individualización de la pena, y las caracteristicas de una tarea jurisdiccional merecedora del mote de arbitraria, estimo sumamente relevantes las circunstancias expuestas sobre la temática por el Superior Tribunal de la Provincia de Salta, al considerar que "... Al respecto, la Corte Federal, en materia de individualización de pena, ha ratificado en los casos "Villroel", "Valló"" y "Viñas" (Fallos, 311:308; 314:1909; 315:1658, respectivimente), SU conocida doctrina en el sentido de que la sentencia es arbitraria si se dicta "sin más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo. Que en esta instancia resulta pertinente recordar que la doctrina de la arbitrariedad invocada es el medio para resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (esta Corte, Tomo 203:655; 212:737, entre muchos otros). Esta doctrina resulta excepcional y sólo reservada para aquellos supuestos en los que se verifique un apartamiento evidente de la solución legal prevista para el caso o una decisiva carencia de fundamentación en el pronunciamiento impugnado (CSJN, Fallos, 276:132; 297:558; 302:175, entre otros) en tanto no basta

para demostrar la existencia de una situación de inconstitucionalidad, sostener la vulneración de derechos constitucionales si no se prueba la afectación puntual de los derechos invocados (esta Corte, Tomo 203:655; 212:729, entre otros)... Que este Tribunal ha dejado establecido que sentencia arbitraria es aquella insostenible, o irregular, o anómala, o carente de fundamentos suficientes para sustentarla, o desprovista de todo apoyo legal y fundada tan sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben (cfr. Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro D., "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema", Abeledo-Perrot, 3ª ed. act., Bs. As., 1983, pág. 25; esta Corte, Tomo 135:861; 210:853; 218:471, entre otros).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación incorpora al catálogo de sentencias arbitrarias aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asumen la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito (cfr. Fallos, 284:115; 306:441, 1095; 308:1882). El Alto Tribunal Federal ha señalado -además- que no promueve cuestión apta para ser tratada en la instancia excepcional la tacha de arbitrariedad que sólo trasunta una opinión diversa a la sostenida por el juzgador, insuficiente por ende para demostrar que ésta conduzca a un apartamiento palmario de la solución jurídica prevista para el caso, o adolezca de una decisiva carencia de fundamentación (Fallos, 326:4123; 327:2168; 328:3878). Por lo demás, esta doctrina es de interpretación restrictiva y

reservada para aquellos supuestos donde el pronunciamiento impugnado contiene vicios de gravedad extrema que lo descalifiquen como acto jurisdiccional válido. De allí que tal doctrina no puede tener por resultado convertir a esta Corte en una tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que el apelante estime tales, sustituyendo a los jueces de la causa en la decisión de cuestiones que les son propias (CSJN, Fallos, 311:2187; esta Corte, Tomo 206:689), entre muchos). Sobre el particular, cabe recordar que esta Corte tiene dicho que la fijación del monto de la sanción, mientras cuente con suficiente fundamentación y el tipo y la escala hayan sido receptados, es una tarea que se encuentra dentro de los poderes; discrecionales del tribunal de juicio y por ello no puede ser atacada por la vía intentada, salvo evidente arbitrariedad (Tomo 141:447; 146:819; 157:231; 219:393, entre otros)." (C.S. de Salta, Autos caratulados: "T. V., F. J. - ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE Y ABUSO SEXUAL SIMPLE TODO ELLO EN CONCURSO REAL - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL", Expte. N° CJS 39.244/17).

Zanjada la cuestión atinente a la validez de la sentencia de cesura, habré de señalar que la impugnación brinda argumentos que posibilitan su procedencia parcial.

El fundamento impugnativo vinculado a la valoración del informe social, debe ser a mi juicio rechazado. En primer término, porque respecto de los delitos contra la propiedad, por los que V. fue declarado responsable, el A- quo, los valoró en sentido atenuante. En lo que refiere al ilícito

contra la integridad sexual atribuido, no encuentro en el informe social circunstancias que posibiliten acreditar, a partir de la historia de vida del joven, que éstas hubieran impactado de modo que el nombrado no pudiera motivarse adecuadamente en la norma. Esta relación debió ser específicamente acreditada, y además, debió determinarse el modo en que tales aristas se traducen en un pronóstico favorable que permita considerar la pena efectiva como contraria al principio resocializador, al punto de desatender la gravedad del hecho. Por el contrario, en las conclusiones del informe ambiental se señala que para que el joven pueda modificar sus actuales prácticas, requiere de un apoyo del que no dispone en su medio. Puntualmente, "en caso de encontrar un punto de apoyo, quizás, se pueda constituir en una referencia sumamente válida para cambiar el rumbo de su historia y, como este punto de apoyo no existe dentro de sus redes vinculares, el mismo ha de ser institucional" (lo resaltado me pertenece).

El grado de intoxicación que presentaba el imputado al momento del hecho, debió merecer a mi juicio una mayor incidencia, ya que, en ausencia de debate respecto de la recreación de los hechos, no fue factible establecer el grado de alcoholización que presentó el encartado cuando el ilícito tuvo lugar. Así, las declaraciones de los vecinos, como del personal policial que previno, podrían haber arrojado luz sobre el punto. Del otro lado, debe otorgarse mayor incidencia a este item, ya que el imputado al declarar injuradamente, hizo referencia a la cuestión, lo que encuentra apoyo en la alcoholemia aportada. Si bien el análisis atinente

a la responsabilidad penal que le cupo a V. fue correctamente abordada por el sentenciante, estimo que el grado de intoxicación alcohólica, dado el cuadro probatorio con que se cuenta, debió ser receptado con mayor alcance, ya que claramente resulta un factor que estrecha la posibilidad de motivarse en la norma.

Conjuntamente con ello, la circunstancia no controvertida de que desde hace más de un año que V. no ha incurrido en nuevas conductas ilícitas, que ha pedidlo disculpas a la víctima (relevante desde el ángulo de la admisión de la responsabilidad por lo ocurrido) y que ha formadlo una familia, constituyen factores que, desde la óptica de la prevención especial posibilitan aminorar la necesidad de la pena impuesta por constituir factores que favorecen la readaptación social del penado. En especial, en virtud de que la ley 27.375, modificatoria del art. 14 del Cód. Penal, vedaría al imputado de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, dato que, objetivamente impacta en el modo en que la pena deberá cumplirse, en especial, en lo atinente al tiempo de encarcelamiento.

Así las cosas, mi propuesta al acuerdo era la de aminorar la pena impuesta a TRES AÑOS Y CUATRO MESES de prisión de efectivo cumplimiento. No abundaré en mayores argumentaciones, en virtud de que, tras la deliberación, mis distinguidas colegas de ésta Cámara, por mayoría, han considerado que la primer etapa del debate debe ser anulada por considerar violentado el debido proceso. Ello, torna abstracto el profundo tratamiento del motivo de

impugnación traído a mi conocimiento. Por otra parte, la situación me invita a exponer a continuación mi punto de vista respecto de la validez del proceso por el que se declaró penalmente responsable a V. en orden a los delitos de Hurto, Abuso sexual simple, Robo y daño, en concurso real entre sí.

III) En virtud de la decisión adoptada por la mayoría de ésta Cámara en lo Penal, me veo en la obligación de señalar las razones por las que no comparto el temperamento nulificante adoptado, inclinándome por la validez del procedimiento propuesto por las partes y aceptado por el Dr. M. O'Connor, como Juez a cargo del juicio oral y público.

Fundamentalmente, considero dos líneas arguméntales.

A) Quienes conformaron la mayoría en el caso, han estimado que, a la luz de los fundamentos jurídicos expuestos por el Magistrado a cargo del juicio oral y público, lo que se celebró fue un juicio abreviado. En esa línea, consideraron que el procedimiento no respetó el debido proceso, porque que no se informó expresamente al imputado sobre las consecuencias de su consentimiento para que se lo declarara penalmente responsable por los delitos que se le atribuyeron. Según el punto de vista del voto mayoritario, al aceptar el acuerdo sometido a su decisión, el A- quo analizó los requisitos propios del instituto del art. 355 del rito, y que, al reflexionar sobre el asesoramiento brindado por el defensor al imputado, puso en evidencia que no se aseguró de que V. estuviera debidamente informado

de lo que estaba ocurriendo, y sus consecuencias ulteriores.

No profundizaré sobre los argumentos seguidos por mis colegas, ya que estos serán expuestos por ellas en sus votos respectivos, pero sí he de plantear aquí mi diverso punto de partida, ya que, humildemente considero que se trató de una convención probatoria, en base a la cual las partes acordaron no controvertir la teoría jurídica aplicable al caso, exponiendo, consecuentemente, la significación legal que correspondía dar a los hechos que consideraron probados, la autoría de G. E. V. y su grado de culpabilidad.

Primero, porque no puede soslayarse que las partes propusieron el acuerdo en esos términos, una convención probatoria.

Pero además, entiendo que si bien es cierto que el sentenciante trajo a colación la normativa del juicio abreviado, lo hizo a los fines de analizar la procedencia del acuerdo puesto a su consideración. Partió desde allí, afirmando que, desde el punto de vista constitucional, una persona puede ser válidamente condenada sin que medie previamente un juicio oral y público contradictorio, porque el juicio abreviado no contraría el debido proceso. Así, concluyo que el "derecho a ser juzgado en un debate contradictorio es, pues, renunciable".

Desde tal premisa, y recordando lo que denominó un viejo adagio jurídico que reza, "quien puede lo más, puede lo menos", sostuvo que las partes pueden renunciar a controvertir ciertos aspectos del contradictorio. Es decir, celebrar acuerdos parciales.

Luego, tuvo en cuenta los requisitos propios del juicio abreviado -la existencia del acuerdo y su seriedad- y los examinó, a mi juicio, desde la perspectiva de una convención probatoria.

Dicho esto, la primera pregunta que corresponde hacerse, es ¿cuál es el límite de los acuerdos que pueden celebrar las partes durante el debate? ¿Puede el acuerdo cerrar todos los aspectos propios de la teoría del delito, para abordar únicamente la discusión propia de la pena que corresponde al delito? Para responder la cuestión debe recordarse que nuestro ordenamiento procesal se ha enrolado en una ideología en la que los hechos son determinados a través de un proceso acusatorio de corte adversativo. Así, se consagran como principios del proceso -art. 3°- los de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad.

La esencia del sistema adversarial radica en la existencia una circunstancia fáctico- jurídica, respecto de la cual las partes no están de acuerdo, por lo que acuden ante un tercero imparcial para que decida quién tiene razón, en base a la prueba que ellas mismas aportan. El especialista en derecho Estadounidense, Dr. Orlando Muñoz Neira, explica que el "término adversativo significa que existe una división de responsabilidades entre quién toma la decisión y las partes; tanto la decisión jurídica como la fáctica corresponden a un tercero imparcial que adopta una posición en virtud del material suministrado por las partes adversarias, que son el fiscal de un lado y la defensa, de otra. Que el sistema sea adversativo significa que la

responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinentes es de las partes adversarias..." ("Sistema penal acusatorio de Estados Unidos", Orlando Muñoz Ncira, Ed. Legis, pag. 128).

Que además el sistema sea acusatorio, implica que quién tiene la carga de probar la acusación, es el Fiscal.

Ahora bien, si no existe controversia, en esta metodología de enjuiciamiento, el tercero imparcial no tiene mucho que decidir. Podrá verificar si los hechos constituyen un delito, si la conducta típica que se le asigna a los sucesos es admitida por alguna teoría jurídica plausible, si la determinación de los hechos es razonable, e incluso, si el delito le es reproblable penalmente al imputado, con la información que se le suministró, pero no tiene herramientas para imaginar, o fomentar una controversia que las partes no le proponen. Esto implicaría abandonar su lugar de tercero imparcial, para tomar partido en algún sentido.

En el caso, cuando el Dr. O'Connor analizó la prueba que le informó la Fiscalía, como así también, su sentido incriminante, lo que hizo, a mi entender, es analizar la razonabilidad de la convención probatoria acordada por las partes. Es decir, si las pruebas ofrecidas, cuya producción fue dejada de lado, es suficiente para dar sustento a los hechos cuya existencia las partes consideraron probados.

Aún doctrinarios que en el plano teórico expresan reparos respecto del procedimiento acusatorio adversarial, admiten la procedencia de

las convenciones probatorias cuando se está ante hechos no controvertidos. Así, el Dr. Julio Maier enseña que "Este, el de los hechos notorios, es un campo fértil para una utilización racional del consenso o para la aplicación del principio de autonomía de la voluntad (dispositivo) -en dosis razonables- durante el procedimiento penal. En múltiples ocasiones acusador y acusado no discuten acerca de todos los elementos que conforman la pretensión punitiva, en particular, no debaten sobre elementos que, sin conformarla, sirven para que el tribunal y las partes aprecien el contexto en el cual se sitúa la discusión y la decisión. Por ejemplo, en la mayoría de los casos de aplicación de causas de justificación, el hecho básico que conforma la prohibición o el mandato amenazado penalmente no resultan discutidos: en la legítima defensa... el hecho que constituye la prohibición (matar o lesionar, p. ej.) resulta regularmente afirmado por ambas partes y lo importante del caso son los demás elementos que conducen a la exposición de la legitimidad de la reacción defensiva... En otro sentido, el consenso de los interviniente también tiene importancia para fijar el contenido informativo de un medio de prueba por el acta de la investigación preliminar, sin citar al órgano de prueba al debate para la producción de su interrogatorio oral y público, suplido, en el caso, por la lectura del acta o dictamen. Como se observa, todas ellas son oportunidades en las que el principio dispositivo (autonomía de la voluntad de los intervinientes en el procedimiento) refleja un valor procesal, en ocasiones extremo, pues requiere el consenso de todos los intervinientes, incluídos allí los jueces integrantes del tribunal de mérito o, al menos, el tribunal por mayoría de votos..." ("Derecho

Procesal Penal, Parte General, Actos procesales", Julio B. J. Mier, Ed. El Puerto, TIII, pág- 93).

En igual sentido, el profesor José I. Cafferata Nores sostenía ya a fines de la década del 90, antes de que se iniciara la corriente de reformas procesales de tercera generación, como el otrora novedoso Código de Procedimientos penales de nuestra Provincia, al comentar los temas conexos al juicio abreviado, sostenía que "Razonablemente se ha pensado, además, en viabilizar acuerdos sobre la no incorporación de la prueba en forma oral y pública, dando por acreditados los hechos, con la producida en la investigación preparatoria, pero reservando el debate a la discusión puramente jurídica sobre la calificación legal, que pueda llevar a la absolución o a un encuadramiento jurídico más benigno. También se ha propuesto como variante la incorporación al debate solo de pruebas destinadas a acreditar circunstancias eximenteso atenuantes de responsabilidad..." ("Cuestiones actuales sobre el proceso penal", José I. Cafferatta Nores, 2° Ed. DEL Puerto, pág. 142).

En la misma línea, Carrió, al explorar el mencionado instituto del Juicio abreviado, apunta que "Justamente, una de las notas del sistema acusatorio por oposición a los modelos inquisitivos, es que en aquél son las partes (fiscal y defensa) las que retienen un considerable poder de decisión acerca de qué pruebas introducirán al juicio, qué defensas o planteos jurídicos desarrollarán, y qué calificación legal regirá. Dentro de este esquema que concibe al sistema de enjuiciamiento como una contienda entre partes más que como una encuesta oficial acerca de lo ocurrido, es natural entonces que sean las partes

las que acuerden si el juicio tendrá lugar o no" ("Garantías constitucionales en el proceso penal", Alejandro Carrió, 6° Ed. , Hammurabi, pag. 132).

Ya más actualmente, el Dr. Corvalán, al comentar el juicio abreviado en el proyecto de reforma procesal de la Justicia Nacional, sostiene que el "... procedimiento abreviado parte del reconocimiento hacia el valor las voluntades de las partes, que se anticipa a la apertura de un juicio, para directamente evitarlo por completo, aunque, como veremos luego, la frustración del debate por unilateral decisión del acusado que termina confesando y allanándose a la pretensión punitiva puede tener lugar en pleno tramite del plenario." Y señala que cuando media una confesión "no estamos en presencia de un acuerdo, sino en la superación de la contradicción porque el acusado termina aceptando la posición de la parte acusadora... Si un acusado al inicio del debate pide la palabra, para confesar su autoría, coincidiendo en todo con la requisitoria del fiscal, su allanamiento brindado siempre con asistencia de su defensor va a permitir que sin producción probatoria... se dicte sentencia. Aquí no hubo acuerdo de partes y sin embargo por una decisión unilateral del imputado no hay juicio al superarse la contradicción que es la esencia del sistema acusatorio."

Yendo concretamente a la posibilidad de acuerdos parciales, el autor citado considera que "Por supuesto que las partes pueden decidir la abreviación de otros trámites más específicos, como sucede cuando disponen que no será necesaria la producción de determinado elemento probatorio, son

acuerdos parciales, porque mantienen la contradicción en algún elemento de las posiciones que sostienen las partes... las partes pueden acordar que el objeto donde hay consenso se refiera exclusivamente a algún aspecto, como lo puede ser la plataforma fáctica, de manera que no se necesite ninguna prueba sobre la existencia del hecho, e incluso su encuadre jurídico. Puede entonces quedar fuera del acuerdo lo que refiere a la autoría o participación, incluso plasmarse en el acuerdo que el fiscal sostiene que es el autor, y por su parte el acusado admitir solamente una participación secundaria. También puede haber un acuerdo donde lo único que no se acepte sea el monto de la pena, pero todos los otros temas sean consensuados... Lo lógico sería que solamente se ofrezca y prueban aquellos extremos no acordados..." ("Revista de Derecho Procesal Penal, El juicio y la Litigación oral", Víctor R. Corvalán, año 2016, I, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 125, Dir. Edgardo A. Donna).

En definitiva, no encuentro conflicto constitucional alguno en el trámite impuesto por las partes. Se trató sin dudas de una convención probatoria nacida de la inexistencia de posturas contrarias, entre las partes, respecto de todos aquellos aspectos que hacen a la declaración de responsabilidad del imputado en relación a los hechos. El juez, convocado a homologar dicho acuerdo, efectuó una elaboración jurídico legal para arribar a la conclusión de que la convención posibilitaba la declaración de responsabilidad de V.. Sus razonamientos podrán compartirse o no en su totalidad, pero en mi entendimiento resultan sólidos para dar respaldo a la sentencia de responsabilidad que luego permitió acceder al tema que las partes querían

debatir, la pena.

Por otro lado, es claro que no se trató de un juicio abreviado, ya que si bien se acordó una porción sustancial de lo que normalmente se debate en un juicio oral y público, la nota característica del instituto es, justamente, el acuerdo sobre la pena. Aspecto que aquí no se había consensuado.

B) En una segunda línea argumental, no puedo dejar de mencionar que la impugnación ordinaria que motivó la intervención de ésta Cámara no tuvo su fundamento en puntos de la sentencia vinculados a la ocurrencia de los hechos, su calificación legal, la autoría de V. en aquellos o su culpabilidad.

El motivo de impugnación se refiere únicamente al monto de la pena impuesta. Esta circunstancia indica que, como principio general, ésta Alzada, conforme lo establece el art. 369 del C.P.P., carece de competencia material para revisar el fallo por el que el sentencian te consideró autor penalmente responsable a G. E. V. en orden a los delitos que las partes consideraron probados, a saber, Hurto en concurso real con Abuso sexual simple y Robo, que concursan materialmente entre sí, y Daño, también en concurso real. Principio por demás relevante, si se tiene en cuenta lo ya dicho respecto de los procedimientos acusatorios de corte adversativo. Es más, dicha etapa ha adquirido firmeza a mi criterio, al no haber sido recurrida en tiempo y forma.

Obviamente, advierto que mis colegas se han valido de la excepción establecida en la norma citada, "salvo el control de constitucionalidad". Pero ello debe entroncarse también con la excepcionalidad del

régimen de nulidades establecídos tanto por la normativa vigente, como por la jurisprudencia.

Al respecto, y manteniendo mi tesis respecto de que no se trató de un juicio abreviado, corresponde remarcar, por un lado, que no hay una norma conminativa que habilite, expresa o tácitamente, la nulidad de la sentencia, que no se probó un concreto perjuicio al imputado, ni se han agotado los mecanismos tendientes a subsanar el presunto vicio nulificante.

El Superior Tribunal de Justicia provincial ha sostenido consistentemente en consonancia con lo normado por el art. 44, V, cláusula I, de la CCh y los arts. 31 párrafo 1°, 161 y 164 del C.P.P.; que las normas que establecen sanciones procesales deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente. En tal línea ha entendido que "he sostenido en causas anteriores, la relevancia que para la solución del asunto posee el tema de las nulidades, conduce a reiterar un concepto general acerca de ellas que ha sido persistente en mis sufragios. En efecto, por sus consecuencias graves para el desarrollo del proceso, ha de andarse con suma precaución en el punto. Al respecto, se ha expuesto reiteradamente que esta manera de sanción procesal es último recurso y que debe atenderse tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica. En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quien se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma. El principio de

trascendencia, que de eso se trata, implica considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene consecuencias nocivas sobre garantías esenciales protegidas por el orden constitucional, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-12-2001, Expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna-Director, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 569). En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta. Toda nulidad se vincula con la idea de defensa, ello es exacto; pero si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse (STJ Santa Cruz, 14-03-2001 "Haro, Víctor Manuel *si* robo calificado por el uso de armas en la obra citada precedentemente tomo 11. pág. 498). Puesto en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "...La procedencia de la nulidad por vicios de forma exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho, ya que de otro modo la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público..." (A 63 XXXIV; "Acosta, Leonardo y *otros.0*4/05/2000T. 323, P. 929) .. . En suma, la nulidad de un acto procesal y su proyección negativa en un caso

determinado, ocurre cuando hay infracción concreta a un derecho constitucional, situación que debe ser racionalmente explicada por el órgano que toma la decisión, o por quien la postula." (Superior Tribunal de Justicia del Chubut, 6-7-2012, autos caratulados "N., V. V. *s/* Dcia. Abuso Sexual representación hija menor *si* Impugnación", Expediente N° 22130 - F°11 –Año 2010). En igual sentido, "Las nulidades no existen en beneficio exclusivo de la ley; están y operan cuando concretos derechos resultan vulnerados por la actividad de los actores del proceso encargados de la persecución o decisión. Las hipótesis son taxativas y su consideración restringida, y, en palabras de Clariá Olmedo, ha de estarse siempre al contenido efectuad del acto para dirimir cualquier escrúpulo. El defecto ha de ser señalado de partida al igual que el agravio, la conducta u omisión tiene que ser obligatoria (enumerada como condición de validez del acto), el daño relevante, trascendente y sus consecuencias dañinas, y, por cierto que insubsanables..." (STJCH, 11-12-2013, "F. R. M. p.s.a. de Abuso Sexual- Pto. Madryn s/Impugnación" - Expte. 22.756- F° 114 T° II-Año 2012).

En la misma línea, que "... la nulidad de un acto se decreta en el sólo interés de la parte perjudicada y es concurrente con la carga de impugnación que a ella le incumba. Es preciso, además, que el acto estimado viciado sea susceptible de causar un agravio o perjuicio concreto al impugnante... Uno de los presupuestos de la nulidad es el denominado de trascendencia, plasmado en la antigua máxima pas de nullité sans grief, que significa que las nulidades no existen en el mero interés de la ley, que no hay nulidad sin perjuicio... El principio de trascendencia, insito

en las nulidades procesales, requiere que quién invoca la nulidad alegue y demuestre que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción. No es suficiente, por lo tanto, la invocación genérica de haberse quebrantado las formas del juicio, debe existir y demostrarse el perjuicio concreto y su real entidad... Lo expuesto, consideramos, resulta congruente con un sistema procesal adversarial que contemple y brinde adecuado desarrollo a las posibilidades partivas..." (''Nulidades del Proceso Penal", Gerardo Ramón Di Masi, D. Horacio Obligado, Ed. Nova Tesis, pág. 82 y 165).

Sentado ello, creo que el vicio que oficiosamente se ha identificado, no ha sido acreditado suficientemente como para posibilitar la declaración de la nulidad de un debate cimentado en un acuerdo entre las partes, ingresando, de tal modo, en una cuestión que no fue impugnada por el recurrente.

En esa inteligencia, teniendo en cuenta que el imputado había sido informado en la audiencia preliminar de los hechos que se le atribuyeron, su calificación legal y la prueba que pesaba en su contra, oportunidad en la que también se le informaron sus derechos, al tiempo que era asistido por su defensor; no puede afirmarse que, en este caso, debía existir un plus de información para establecer si el imputado estaba de acuerdo con la convención probatoria aceptada por el juez. Tampoco se advierten indicios de que V. no hubiera sido suficientemente asesorado sobre la conveniencia de dicho acuerdo y sus consecuencia".

Primero, porque al iniciarse el debate, el Juez a cargo del juicio le informó nuevamente al imputado sus

derechos.

Allí, el MPF, en su alegación de apertura, le volvió a informar los hechos, su significación jurídica, la prueba ofrecida y su valoración, como así también los términos del acuerdo probatorio. Tras ello, se le dio nuevamente la palabra al defensor para que expusiera su punto de vista. Así el Dr. Deias refirió que se allanaba a la prueba ofrecida por la Fiscal actuante, y a la valoración que ofreció de aquella para tener por probados los hechos, la participación de V. en aquellos, su calificación legal -más leve que la presentada en la hipótesis principal de la acusación- y la responsabilidad del acusado en el plano de la antijuridicidad. También expuso que se controvertirla -e incluso se producirla prueba- a los fines de que se decida sobre la pena que correspondía a los ilícitos.

Luego de ello el Juez da por concluida la etapa probatoria, y nuevamente le da la palabra al MPF, que vuelve a sustentar el modo en que consideró acreditados los hechos que fueron objeto del acuerdo probatorio. Ello, una vez más, con la conformidad del defensor. Se le dio la palabra a la víctima y al imputado. Este último optó por declarar únicamente respecto del hecho que perjudicó a A. V., aceptándolo.

Un paréntesis respecto de los hechos por los que el imputado se negó a declarar, ya que discrepo con mis colegas de la Sala en el sentido de que el A- quo valoró dicha negativa violando la prohibición Constitucional que veda considerar dicha pasividad en sentido incriminante.

Sostuvo el Juez en la sentencia que "En relación a los dos restantes sucesos guardó silencio el inculpado, silencio que debe interpretarse como una

aceptación tácita de lo expresado segundos antes por su Defensor, quién se allanó a la valoración probatoria realizada por la Fiscalía, aceptando la responsabilidad penal de su defendido" (el resaltado me pertenece). Y sigue diciendo "A diferencia del juicio abreviado, una convención probatoria desnuda ribetes técnicos sobre los que resulta más idóneo el Defensor para expresarse. La confesión del inculpado en uno de los tres hechos sirve para reafirmar con mayor contundencia su libre voluntad de aceptar su responsabilidad en este suceso, más la no confesión sobre los restantes no puede privar de valor al acuerdo celebrado. Tampoco, entendí, que fuera función del juez en el debate indagar al imputad sobre su aceptación de los restantes hechos, pues el principio de imparcialidad encierra que el juez desempeña un rol netamente pasivo durante el debate. Es clara que el artículo 298 del orden formal, por su parte, no exige una aceptación explícita del imputado a un convenio probatorio. Esa faena se encomienda a los letrados interviníentes". Es decir, lo que dedujo el A-quo del silencio guardado por V. respecto de dos de los hechos, no fue su aceptación de los delitos, sino del acuerdo celebrado.

Volviendo al eje que se traía, el proceso continuó con el dictado del veredicto de responsabilidad, y posteriormente concluyó con el debate sobre la pena. Todo ello, en presencia del imputado, siempre asistido por su defensor. Tras ello, se opta por impugnar únicamente el monto de la pena impuesta, un nuevo proceder compatible con la aceptación del acuerdo por parte del encartado.

De tal modo, si no hay una conminación normativa expresa -no estamos ante un juicio abreviado- y no

ocurrió nada que permita presumir que el imputado no fue asesorado sobre el acuerdo, estimo que una duda al respecto, derivada de la idea de que el juez debió indagar al acusado sobre cómo fue asesorado, no puede motivar la nulidad del debate. El art. 9°, párrafos segundo y tercero, del C.P.P. establece expresamente que "el imputado tendrá derecho a defenderse por si, a elegir un abogado de su confianza y a que el tribunal le designe un defensor público. La garantía de la defensa es irrenunciable. Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por él o por su defensor, indistintamente..." Por otra parte, me pregunto ¿cuál es el límite para interrogar sobre el asesoramiento del acusado? Si el defensor presenta un caso de inimputabilidad por ebriedad, ¿es obligación del juez preguntar al imputado durante el debate si está de acuerdo? ¿Podría estimar el sentenciante que la prueba atinente a la autoría es débil, y entender que el acusado está mal asesorado? En un proceso adversarial, considero que no. Comparto con el Juez de grado que en un procedimiento de esta naturaleza subyace la idea de que las partes son quienes mejor conocen sus intereses, y que el órgano decisor, además de tener que mantenerse en un lugar neutral, debe abandonar la cultura paternalista que ejerció durante el largo reinado de los sistemas inquisitivos y mixtos.

En definitiva, recreados los hechos a partir de la convención probatoria, y establecida la razonabi1idad del acuerdo en base al panorama probatorio presentado por las partes, la sentencia resulta respetuosa del debido proceso, ya que en ausencia de posturas controvertidas, el juez se limitó a aceptar las teorías jurídicas propuestas por las partes, sin apartarse de lo convenceos.

Tampoco pueden soslayarse los efectos que la nulidad puede implicar al proceso. En ese terreno, la circunstancia de que la víctima deba afrontar un nuevo debate puede implicar una revictimización secundaria, que indudablemente tensiona con los mandatos normativos establecidos por la Ley 111 N° 36, que regula en nuestro ámbito provincial la Convención de Belén do Pará. Huelga recordar que los hechos de los que resultó víctima la señora V. resultan alcanzados por la norma citada, ya que claramente medió violencia de género de tipo sexual (art. 5° inc. 3° de la Ley 111 N° 36).

Finalmente, si la nulidad del juicio de responsabilidad se basa en que se trató de un juicio abreviado realizado sin respetar sus formalidades (fundamentalmente el reconocimiento de todos los hechos y una información detallada sobre los posibles efectos del acuerdo al imputado por parte del juez a cargo de su homologación) , las consecuencias de tal decisión no pueden asimilarse a las previstas por el art. 387 del rito, porque la imposibilidad de imponerle al imputado una pena no superior a la del juicio anulado deviene, justamente, de la circunstancia de haberse invalidado un "juicio oral y público", no un procedimiento especial como el del art. 355 del C.P.P.

En éste último caso, de ser nulo el procedimiento abreviado (o rechazado por falta de seriedad), subyace la posibilidad de que no se logre un acuerdo posterior, en cuyo caso, la norma establece que el procedimiento debe continuar con eliminación de todo "vestigio sobre el acuerdo previo" (art. 355 párrafo 4° del C.P.P.).

Lo que quiero significar con esto, es que, si se considera nula la actuación porque se trató de un juicio abreviado viciosamente celebrado, su nulidad parecería

que no implicar una limitación a la pretensión punitiva del MPF en el debate oral y público que eventualmente pudiera realizarse. Evidentemente el imputado, en un ulterior debate, podría resultar condenado por un ilícito de mayor gravedad, como pretendía en su hipótesis principal la Fiscalía respecto del hecho que damnificara a la señora V. .

Nuevamente, esto demuestra los riesgos de incursionar en el ámbito de las estrategias que las partes consideran más convenientes al proceder, e implica recorrer un terreno fangoso en el que, si se me permite la expresión, el "remedio puede resultar peor que la enfermedad".

En particular, el rol que debemos adoptar los jueces frente al proceso (tercero imparcial), y los mecanismos que establece el ordenamiento adjetivo para garantizar la neutralidad del juzgador (no conocer los hechos antes de iniciarse el debate,decidir únicamente en base a la información suministrada por las partes en el contradictorio, excusarse en determinados casos, etc); nos invita a ser sumamente prudentes a la hora de evaluar el acierto o desacierto de las estrategias adoptadas por las partes en el litigio, o el modo en que se materializó el asesoramiento jurídico ,basicamente, porque desconocemos los pormenores del asunto. Haber ejercidó como parte en este sistema procesal me persuade de que las circunstancias y pormenores que evalúan las partes "tras bambalinas", que nunca llegan a conocimiento de quienes ejercemos la judicatura, son de sustancial importancia para adoptar decisiones sobre la vida del proceso, las que, normalmente, son las más convenientes para los involucrados. En el caso, quién estuvo a cargo de

asesorar al imputado, es un Defensor Oficial, un funcionario público de aquilatada experiencia, por lo que nada autoriza a suponer que no le informo a su pupilo sobre la estrategia adoptada en el debate, sus pro y sus contras, en particular, porque, ademas, toda la actividad se cumplió frente al imputado, merced a la oralidad.

Es por lo expuesto que considero válido el procedimiento propuesto por las partes en el debate sub examine, y acertada su convalidación por parte del Dr. Martín O'Connor como Juez a cargo de la tarea jurisdiccional.

IV) Respecto de las costas y la regulación de los honorarios profesionales que corresponden determinar en relación a la labor de la Defensa Pública, teniendo presente la decisión adoptada por mayoría, considero que debe ser diferida para ser efectuada en la etapa procesal oportuna.

Así lo voto.

La Jueza Carina P. Estefanía dijo:

I) Conforme surge del escrito de impugnación ordinaria, que fuera resumido en las resultas de la presente, el defensor se agravia de la pena que se le impusiera a su defendido G. E. V. de tres años, siete meses y quince días de cumplimiento efectivo.

Sin perjuicio de ello, entiendo necesario hacer una leve referencia a sus quejas para luego comenzar su tratamiento. A su criterio el magistrado no argumentó lógicamente por qué es necesario aplicar una pena de cumplimiento efectivo cuando era posible imponer una pena de cumplimiento condicional. En este aspecto menciona que la sentencia es contradictoria,

pues por cada hecho, inclusive el más grave, considera que le corresponde una pena condicional pero no explica porque elige como método la suma aritmética y sólo por el resultado arrojado resuelve que la pena sea de cumplimiento efectivo.

Denuncia que el magistrado utilizó un método aritmético por el hurto y el daño que significó que le aplicara más pena (un mes y medio más) que la que había solicitado el MPF al formular la acusación pública por esos hechos.

También se agravia de la decisión en virtud de que no se consideró ninguno de los argumentos que brindó la defensa para explicar por qué en este caso no correspondía aplicar una pena condicional ni la jurisprudencia aplicable por su analogía.

Luego manifiesta que el Juez no valoró en su medida los atenuantes, a saber, su juventud, la falta de antecedentes penales, no hizo ninguna mención del informe social realizado por la Lic. Jessica G. del Servicio Social de la Defensa Pública que da cuenta de la historia de vida del imputado, la confesión del imputado, ni su pedido de disculpas y tuvo como agravantes cicunstancias que no se encuentran acreditadas, como que el imputado por su juventud formaba parte de una generación a la que se le enseñó desde la cuna lo objetable de su conducta en cuanto a la violencia de género.

II) Dicho esto, debo señalar que al comenzar el análisis de la sentencia en crisis advertí, tal como lo explíca el Juez en su sentencía, que el proceso que se siguió en estos actuados desde el inicio de la audiencia que comenzó el 13 de marzo de 20I9 por la ausencia del imputado al primer día de juicio, adquirió

características especiales toda vez que las partes le presentaron un acuerdo que incluía la materialidad delíctiva, autoría y calificación legal, no así la pena que le correspondería por todos los hechos, que quedaba sujeta a la decisión judicial.

III) En virtud de ello el magistrado consideró que su rol sería distinto al que tiene el juez "en un juicio contradictorio, cuya función es la dirimir la controversia y darle la razón a uno o al otro". "La primera tarea que deberá encararse, por el contrario, será la determinación sobre la validez o invalidez del convenio celebrado". "Desde un punto de vista general, el convenio celebrado encuentra recepción legal en dos normas: i) en el art. 355 del Código Procesal Penal; ii) en el art. 298, inc. 3) - in fine- del CPP. Va de suyo que ninguna de las dos normas se refiere puntalmente a la situación planteada en este debate; empero de las normas referenciadas se desprenden principios aplicables a esta coyuntura".

Agregó que el derecho a un debate contradictorio es renunciable y que las partes pueden renunciar a controvertir ciertos aspectos del caso según su conveniencia y afirmó que quien puede lo más puede lo menos según viejo adagio jurídico.

Acto seguido -el magistrado- citó el art. 355 del CPP en punto a cuál es la actuación del juez y allí refiere que "éste debe corroborar la existencia y seriedad del acuerdo. La existencia implica examinar si la voluntad del inculpado es libre y si ha estado bien asesorado jurídicamente por su abogado defensor. Por su parte la seriedad se emparenta con la razonabilidad y legalidad. La razonabilidad requiere indicios y evidencias contundentes en dirección a la culpabilidad del autor. También que la pena acordada no sea

evidentemente desproporcionada. La legalidad exige que el acuerdo encuentre recepción en la normativa vigente, que las calificaciones legales sean ajustadas y que la pena se enmarque dentro de la escala penal"

Párrafo aparte aseveró "Esto es lo que deberá constatar el suscripto en la singular coyuntura encontrada".

IV) Coincido con el magistrado, por varias razones, que efectivamente conforme el acuerdo que se le presentó se debían aplicar las reglas del juicio abreviado y que su actuación debía ajustarse a las misma.

V) La primera razón es que sí bien el acuerdo no incluía la pena, abarcaba todos los aspectos de la teoría del delito, de tal forma que del mismo se derivaba -indefectiblemente- la declaración de responsabilidad penal del imputado por todos los hechos.

VI) Esta modalidad ha sido utilizada en esta jurisdicción en casos de menores de edad, en los que al igual que en el presente se acuerda la autoría penalmente responsable por determinados hechos y la calificación legal aplicable. Sin embargo, dicha modalidad encuentra serios reparos en la propia norma del 410 del CPP, que establece que en los casos de menores podrá aplicarse el procedimiento previsto en el art. 355 se hubiere acordado la realización del juicio abreviado con aceptación de responsabilidad del adolescente y la imposición de una medida socio-educativa; o se diera por compurgada la pena con el tiempo de detención sufrido.

Se infiere de la norma citada que no se puede efectuar un acuerdo parcial que no incluya las consecuencias juridícas posibles que se deriven de esa

responsabilidad penal -sólo medidas socio educativas- y no se le podría aplicar una pena de prisión, salvo que se diera por compurgada con el tiempo de detención sufrido (en los supuestos en el que el menor estuvo con prisión preventiva).

VII) Volviendo al caso, como segunda razón, he de señalar que surge de las constancias de audio de la audiencia de juicio que los dos ministerios públicos ajustaron su proceder a las normas del juicio abreviado, en el momento en que presentaron sus respectivas teorías del caso como en los alegatos finales.

Así fue que la Fiscal General describió los hechos, los calificó legalmente y luego mencionó y valoró separadamente cada una de las evidencias recolectadas durante la EPP que daban sustento al acuerdo presentado, incluyendo en dicho análisis los distintos estamentos de la teoría del delito.

El Defensor Público hizo lo propio, limitando su alocución a expresar su adhesión total a la descripción de los hechos, la calificación legal y la valoración de las evidencias efectuada por el MPF.

VIII) También da cuenta -tercera razón- de que todos los funcionarios públicos intervinientes en este proceso actuaban como si estuvieran resolviendo un juicio abreviado parcial, la decisión del Juez de no apartarse de la causa, luego de haber recordado - al escuchar a la Fiscal General- que había intervenido en el Legajo Fiscal Nro. 43208 y que había sido el magistrado que previno el día que ocurrió el hecho y que dispuso el allanamiento del domicilio del imputado para buscar los bienes que le habrían sustraído a la señora N. E. G..

El propio Juez reconoce que, si se hubiera tratado

de un juicio oral y público clásico o contradictorio, conforme lo establece el art. 77 inc. 2 del CPP no podría intervenir en virtud de que objetivamente le estaba vedado, por haber dictado una resolución en el que habla realizado una valoración sobre la materialidad delictiva y la probabilidad de autoría de V.. El pedido de allanamiento que resolviera favorablemente se fundaba y estaba acompañado de la denuncia de la víctima que informaba de los motivos de su sospecha hacia V., del acta en el que constaba la entrega voluntaria por parte de la señora Andrea Castro de la bicicleta y la bordeadora haciendo saber que V. se la había pretendido vender y del acta en el que se dejaba constancia del reconocimiento de los bienes de su propietaria.

El magistrado refiere, en su resolución dictada oralmente en la que decide no inhibirse, que aquí no está en la misma situación que en un juicio oral y público por considerar que las partes han acordado la responsabilidad penal del imputado y ello - a su criterio- reduce el estándar de imparcialidad que debe acreditar el Juez de Juicio, fijado en el art. 300 del CPP. A su criterio, la valoración que deberá realizar tiene como punto de partida la forma propuesta por ambas partes, es decir no controvertida.

Una aclaración. No es dirimente el resultado de la solicitud jurisdiccional dispuesta por el Juez para definir su inhibición para actuar o no como Juez del Juicio. La limitación al ejercicio de la jurisdicción acontece como consecuencia de la valoración previa al debate que realiza el a-quo al momento de disponer el anticipo jurisdiccional, pues para concederla efectúa una ponderación de las evidencias que menciona el MPF y que fueran ofrecidas para acreditar, con la

probabilidad requerida para esa etapa inicial de la investigación, tanto la materialidad del hecho delictivo como la autoría del imputado y -en el caso- que los bienes sustraídos se encontraban en su domicilio.

"...El elemento definitorio para considerar que se ha respetado el principio de imparcialidad es que quien deba realizar el juicio de culpabilidad definitivo no haya anteriormente tomado decisiones que impliquen un juicio preparatorio sobre esa declaración de culpabilidad... existen sospechas de parcialidad, en tanto éste hubiera tomado determinadas decisiones durante el procedimiento previo que hubieran podido significar una aproximación a la comprobación de culpabilidad..." (CSJN Fallos 327:5863).

IX) En cuarto orden, tal como lo adelantó, el juez efectivamente analizó la existencia y la seriedad y razonabilidad del acuerdo en forma separada, como establece el art. 355 del CPP.

X) En este aspecto invertiré adrede el orden de análisis que utilizó el magistrado, en virtud de la decisión que he de proponer. Por lo expuesto comenzaré con la seriedad y razonabilidad del acuerdo. En ese sentido señaló que las evidencias colectadas por el órgano acusador son, en efecto, abrumadoras. Acto seguido analizó cada uno de los hechos y las evidencias colectadas en cada caso.

XI) En el hecho del hurto a la señora N. G. se refirió a la denuncia, a los dichos de la señora Castro plasmados en el acta de entrega de los bienes, la devolución del maletín de herramientas por parte de un vecino a quien V. se lo había vendido. Luego descartó el encubrimiento, se refirió al delito de violación de domicilio presumiendo que como la Fiscalía no lo

mencionó quedaba subsumido en el de hurto, tratándose de un mero concurso aparente y no un concurso ideal. Concluyó que el hecho estaba debidamente "comprobado" (el entrecomillado es propio).

XII)En el segundo hecho -al momento de fundar la responsabilidad- valoró el testimonio que prestó la victima V. en la audiencia de cesura bajo su dirección. Sobre este aspecto, es importante tener presente que no era un testimonio que el Juez consideró al adelantar el veredicto porque hasta ese momento no se había producido y en segundo lugar, no se puede soslayar que la testigo solamente fue ofrecida para que sus dichos fueran valorados al momento de mensurar la pena.

El magistrado continuó su examen ponderando los dichos del testigo R. que habría prestado declaración durante la EPP y relatado que vio a V. trepar al techo y saltar a la calle y describió las prendas de vestir que usaba el joven al momento del hecho. Agregó que luego la policía observó un joven con esas ropas -las que mencionara R.- dentro de la casa de F. R., madre de V.. Valoró el hallazgo de la boina de V. en la casa de V.. Finalmente analizó el tipo penal de abuso sexual en sus aspectos objetivo y subjetivo y descartó las amenazas porque estas fueron negadas por el imputado y afirmó que aquello que fue enfáticamente negado por el acusado no puede ser tenido por probado en base a ese acuerdo. Con relación al robo dijo que se demostró que había ejercido violencia con anterioridad y que el concurso real era aceptable, "más allá del criterio que pudiera tener el suscripto en un juicio contradictorio". y en el otro párrafo insistió "Distinta seria la situación ante una controversia a ser dirimida por el Juez: allí sí deberá el magistrado imponer su propio criterio". Analizó la culpabilidad y

descarto que la ebriedad o consumo de drogáis lo haya colocado en el estado de inconsciencia que exige el art. 34 del Código Penal para considerar a un sujeto que cometió un acto antijurídico como inimputable.

XIII) Finalmente, con respecto al tercer hecho, examinó en punto a la materialidad la denuncia del empleado de M. C. y su correspondencia con la pericia criminalística y con relación a la autoría de V. se basó en la descripción que realizó Z. y en la aprehensión del imputado en las inmediaciones del lugar.

XIV) Claramente el Juez aplicó las reglas del juicio abreviado y ello surge, por un lado, del análisis directo de las evidencias colectadas mencionando algunas circunstancias que no fueron apuntadas por la Fiscal General en ninguna de las dos alocuciones que realizó al comienzo y al final de la audiencia.

Por el otro, el propio Juez en varios pasajes de su voto se encargó de señalar que este no era un juicio oral y público contradictorio clásico, confirmando todo ello en su conclusión al señalar que habiéndose corroborado que las evidencias colectadas sustentan el cuadro fáctico por el que se acusó debe tenerse a G. V. como autor penalmente responsable de los delitos de hurto, en concurso real con abuso sexual simple en concurso real con robo, en concurso real con daño (arts. 45, 55, 162,119, primer párrafo, 164 y 183 del Código Penal).

XV) También se encargó de cotejar la existencia del acuerdo y es en este tópico en el que se advierte, prima facie, un grave defecto en el trámite procesal que impone su tratamiento de oficio por contener una evidente violación de la garantía del debido proceso y defensa en juicio.

Me refiero a la ausencia de constancias en estos actuados de que el imputado haya sido consultado por el Juez sobre su conformidad o no con el acuerdo que presentara su defensor mediante el cual sería -inexorablemente- declarado penalmente responsable por cuatro hechos; en su caso si su conformidad la prestaba en forma libre o si había sido presionado para ello; y por último, si había sido informado de todas las consecuencias jurídicas penales que se derivarían de dicha decisión, entre las cuales era posible que fuese condenado con pena de prisión efectiva y que de ocurrir -en virtud de la Ley Nro. 27.375, publicada en el Boletín Oficial el 28 de julio de 2017, que dispone que no se concederá la libertad condicional, las salidas transitorias, ni el régimen de semilibertad a los condenados por delitos contra la integridad sexual previstos en los arts. 119, 120, 124, 125 bis, 126. 127, 128 primer y segundo párrafos y 130 del Código Penal.

XVI) Cabe señalar la trascendencia que tiene el consentimiento implicado en la conformidad que se presta para que se resuelva el asunto por la vía del acurdo abreviado porque se trata de una renuncia de derechos en el marco del proceso penal.

Los autores Gustavo Bruzzone y Nicolás D'Albora sostienen que superada la discusión en torno a la constitucionalidad del juicio abreviado, "se impone que desde la academia y la jurisprudencia se trabaje con el objetivo de establecer mecanismos que permitan controlar el aspecto más sensible del instituto: la conformidad del imputado". Agregan "esa conformidad debe abarcar las siguientes condiciones: 1. El imputado tiene que saber que cuenta con el derecho a que su caso se resuelva en una audiencia oral y pública; 2.

Reconocimiento de los aspectos relacionados al hecho; 3. Su calificación legal; 4. La pena; todas las consecuencias fatales que trae aparejadas por imperativo legal".

Continúan sosteniendo que "El control de esa conformidad debe ser llevado a cabo por todos los sujetos procesales que, desde su lugar, intervienen en el procedimiento abreviado. El Fiscal y Defensor al momento de acordar, el tribunal al entrevistar a los protagonistas del acuerdo..." (Juicio abreviado y derecho al recurso, Pág. 79. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Leonardo Pitlevnik dirección, Hammurabi Editorial José Luis Depalma, octubre 2014).

XVII) Se desprende del texto mismo de la sentencia que el Juez no desconocía dichas exigencias normativas, pero dedica varios párrafos para sostener porqué, a pesar de no haber corroborado personalmente tales circunstancia como le impone la ley, daba por cierto que V. estaba de acuerdo y que conocía todas las consecuencias jurídicas del mismo.

En ese sentido el a quo sostuvo que el acusado declaró en el juicio, aceptó haber cometido el hecho que damnificara a la señora V. y adjudicó esa conducta a la influencia del alcohol y de las drogas y "en relación a los dos restantes sucesos guardó silencio el inculpado, silencio que debe interpretarse como una aceptación tácita de lo expresado segundos antes por su Defensor, quien se allanó a la valoración probatoria realizada por la Fiscalía, responsabilidad penal de su defendido".

XVIII) Es en este punto de su razonamiento en donde el Juez comienza a dar respuestas jurídicas equivocadas a sus propios interrogantes, que resultan claramente

atentatorias a las guardas constitucionales elementales del proceso penal.

XIX) El análisis impone tener en claro qué ocurrió en la audiencia del 13 de marzo de 2019.

En primer lugar,el juez le hizo saber al imputado su derecho a declarar en las instancias que el Código lo prevé e incluso que le dio a conocer que también podía hacerlo cuando lo considerara conveniente. También le informó que no estaba obligado a declarar y que de optar por no hacerlo ello no significarla una prueba en su contra.

En segundo término, el Juez nunca le preguntó al imputado si comprendía el acuerdo que presentaba su defensor, si estaba conforme con el mismo, en su caso si no había sido presionado y, por último, si conocía sus consecuencias.

XX) El imputado eligió declarar al comienzo del debate, luego de que la Fiscal diera a conocer el "acuerdo" alcanzado con la Defensa y lo hizo sólo con relación al hecho que damnificara a la señora V.. V. negó parte de los hechos contraviniendo a su defensor - que sí formaban parte del acuerdo probatorio presentado por su letrado- y afirmó insistentemente que no amenazó a la víctima de ninguna manera y que no tenía armas y luego agregó que su conducta respondió a un estado de intoxicación alcohólica y por drogas, que había adquirido previamente en una juntada con amigos, admitiendo que se metió en la casa de la vecina porque venía siendo perseguido por la policía.

Con relación a los otros hechos -el hurto de bienes a la señora G. y el daño al local comercial "M. C."- decidió guardar silencio, a pesar de que su propio defensor, luego de que lo hiciera el Juez, lo interrogó sobre los mismos, reiterando que no declararía.

XXI) La idea de autonomía de la voluntad tradicional de la teoría general del derecho no es extraña al proceso penal, esta se encuentra expresada concretamente, verbigracia, el derecho a declarar o no hacerlo cuando lo considere necesario -no pudiendo obligarlo a hacerlo tal como lo establece el art. 18 de la Constitución Nacional- y en su caso responder o no preguntas.

El principio convencional-constitucional de la prohibición de la no autoincriminación protege al imputado de tener que pronunciarse sobre la imputación que pesa sobre él: el imputado no puede ser obligado a declarar o dar testimonio contra sí mismo, sí depende de su voluntad, él es libre de declarar. (Art. 18 CN, Art. 14.3 g PIDCP y 8 2 g CADH)

Por su precisión semántica, traigo a colación el art. 8 del Código Procesal Penal titulado "Derecho de no Autoincriminación" que establece "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad". (Art. 45 Const. Prov. Ch.)

Es lógico que el legislador chubutense advierta en la propia norma que el medio para garantizar la vigencia de ese derecho sea el de impedir extraer conclusiones perjudiciales del silencio del imputado: lo contrario implica obligarlo, para evitar ese efecto no querido, a declarar.

XXII) El silencio del imputado nunca puede ser interpretado como una aceptación tácita de su responsabilidad penal aun cuando el defensor si lo haya hecho.

No se puede soslayar que su silencio fue en respuesta a la pregunta si quería declarar sobre los

hechos que se le imputaban, no sobre el acuerdo que había alcanzado el Defensor Público con la Fiscal General.

En consecuencia, dicho silencio tampoco puede ser considerado una aceptación tácita de un acuerdo presentado por su defensor, mediante el cual admitió íntegramente la responsabilidsd penal de su defendido.

Ello significa que si no confiesa igual se infiere su conformidad con el acuerdo mediante el que si se acepta su responsabilidad contraviniendo expresamente la protección constitucional contra la autoincriminación.

Debe tenerse en cuenta que quien guarda silencio en un proceso penal tiene una expectativa, sostenida por la normativa vigente, de que de su silencio no se podrán extraer consecuencias negativas.

En definitiva, el juez no puede ni debe inferir consideración alguna sobre el silencio del inculpado, porque el derecho de guardar silencio le pertenece a la estrategia de defensa y por tanto, no debe dársele valor alguno, y menos aún tomarlo como una aceptación de su culpabilidad.

El reconocido penalista Dr. Julio Maier destaca el valor absoluto de la regla e indica que más allá de tratarse de una facultad negativa del imputado es una prohibición para el juez, al que se le veda extraer conclusiones de ese silencio. (Maier, Julio Derecho procesal Penal Tomo II, P. 255)

XXIII) También cabe señalar que el art. 355 del CPP dispone que "el fiscal deberá contar con el acuerdo del imputado y de su defensor, y, en su caso, del querellante, acuerdo que se extenderá a la admisión del hecho descripto en la acusación, a la participación del imputado en él y a la vía propuesta".

La norma es clara, el fiscal debe contar con el acuerdo de ambos y debe ser prestado individualmente. El acuerdo del defensor no alcanza al imputado ni sustituye su voluntad.

El Procurador General de la Nación E. E. Casal afirmó en el precedente de la C.S.J.N. "Arduino" (Fallos, 328:470-2005) que "la voluntad del encausado es la que debe prevalecer para que una sentencia condenatoria no quede firme por la sola conformidad del defensor, también es jurídicamente relevante para decidir su acogimiento al régimen del juicio abreviado que requiere la conformidad del imputado".

El prestigioso doctrinario Cafferata Nores indica: "el juicio abreviado, en tanto supone el consentimiento del acusado y su defensor no vulnera el derecho de defensa ni pretende un apartamiento del criterio de verdad real sustituyéndolo por una verdad consensuada y en lo que aquí interesa señala: "El quid de la cuestión radica en que la conformidad del imputado con el juicio abreviado sea una cabal expresión de la autonomía de su voluntad, libre de toda presión, consciente de la naturaleza y alcances de su consentimiento, y jamás una decisión fruto de su ignorancia o deficiente asesoramiento jurídico, generado en la amenaza de algún plus punitivo si optara por el juicio común, tal como es su derecho de nivel constitucional" (CAFFERATA NORES, José Ignacio; "Juicio penal abreviado" en "Cuestiones actuales sobre el proceso penal"; Buenos Aires, Ed. Del Puerto, Año 1997)

El Defensor Público, por aplicación de los principios generales, no puede aceptar la responsabilidad penal en nombre de su defendido. El artículo 94 del CPP de nuestra provincia prevé una excepción y dispone que en el procedimiento por delito

que no tenga pena prevista pena privativa de la libertad o se solicite una pena inferior a seis meses el imputado podrá ser representado por un defensor con poder especial, quien lo podrá reemplazar en todos los actos.

Evidentemente no era este el caso.

XXIV) Dicho esto, he de señalar que en mi criterio no le asiste la razón al Juez cuando afirma que el imputado y su defensor aceptaron libremente el acuerdo probatorio por el que se reconocía su autoría penalmente responsable, toda vez que el imputado nunca fue interrogado sobre ello y cuando habló fue para negar parte de los hechos que integraban el acuerdo suscripto por su defensor.

XXV) Pero, además, es el Juez quien se encarga de poner en crisis su propia conclusión preguntándose si el imputado habrá contado con un asesoramiento jurídico debido, circunstancia que de no haber existido sería suficiente para demostrar que la conclusión antes señalada, al menos, era prematura.

Si bien el a-quo se responde afirmativamente, para ello hace saber que acude a su "intuición" y señala que conforme al conocimiento que tiene del Defensor Público - respecto de quien aclaro tampoco pongo en crisis su idoneidad- seguramente fue bien asesorado.

En este aspecto he de sostener que la intuición no es un método aceptado científicamente para la averiguación de la verdad por su carácter netamente subjetivo y por ello no se aconseja su uso en el ámbito forense.

No es la idoneidad del Defensor lo que debe verificar el Juez sino si en el caso el imputado ha sido debidamente asesorado e informado de los alcances del acuerdo y en función de ello preguntarle si presta su conformidad y si ésta es absolutamente libre.

XXVI) El magistrado continúa con su argumentación y afirma que el imputado ha sido favorecido con este acuerdo porque: a) el MPF cambió la calificación legal de tentativa de abuso sexual con acceso carnal por la de abuso sexual simple, con una escala penal sensiblemente más benigna que reduce el mínimo de tres años a seis meses de prisión y b) porque la víctima y la perito psicóloga no declararan en el juicio y adelanta que si ello ocurriera repercutirla negativamente en la mensuración de la pena.

De lo expuesto surge que el Juez ha omitido considerar si efectivamente, en los hechos, existió o no un beneficio real para el imputado.

Por un lado hago notar que la Fiscal General, a pesar de haber modificado la calificación legal que contenía una escala penal sensiblemente menor, solicitó se le aplique cuatro años de prisión efectiva reduciendo sólo en seis meses la pretensión punitiva provisoria total que surge de la suma aritmética de las dos penas requeridas: cuatro años de cumplimiento efectivo para el hecho de abuso sexual en concurso real con robo y de seis meses de cumplimiento condicional para los hechos de hurto en concurso real con daño. (Obran en las actas que contienen los dos autos de apertura de juicio oral que obran en las actas agregadas a fs. 23/4 y 46/7 de la NIC 4453).

Por otro lado, el magistrado se contradice asimismo porque la víctima, su hija y la Lic. R. efectivamente declararon en la audiencia de cesura a su cargo y sus manifestaciones fueron utilizadas por el a quo en contra de V. para mensurar la extensión del daño.

En este aspecto he de traer a colación que no surge de los audios que alguna de las partes haya mencionado

que en este caso se aplica la Ley Nro. 27.375 que entrara en vigencia el 28 de julio de 2017 y que ha merecido serios cuestionamientos doctrinarios sobre su constitucionalidad y convencionalidad por agravar significativamente la situación de los condenados a pena efectiva por delitos sexuales, incluido el delito de abuso sexual simple, impidiéndole el goce de las salidas transitorias, la libertad condicional y el régimen de semilibertad.

Tampoco es mencionada por el Juez en su sentencia.

Entiendo que es una circunstancia que debió formar parte del análisis de la razonabilidad del pseudo-acuerdo y luego al momento de fundamentar la proporcionalidad de la pena. Es evidente que no es lo mismo tener que cumplir la totalidad de la pena con o sin la posibilidad de salir progresivamente en libertad transitoria o condicional.

Ante la falta total de mención de la Ley referida, me he preguntado si la aplicación de la norma recientemente sancionada fue prevista por la defensa a la hora de alcanzar el acuerdo y si formó parte del asesoramiento que debió realizar el defensor al imputado, que debió constatar el Magistrado.

Dicha situación se asimila a lo ocurrido en el precedente "Romano" (CSJN, Fallos 331-2343 - 2008) en el que no se advirtió al imputado sobre la unificación de pena que se derivaría de la condena acordada. Cómo explica Eugenio Martínez al comentar dicho fallo el "no interrogar al imputado sobre el particular sería viciar su consentimiento claramente". (Procedimiento abreviado e integración de sentencias condenatorias. Problemas actuales del derecho procesal penal, D. Pastor?, Nicolás Guzmán, pág. 291, Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2012)

XXVII) El Juez avanzó con otro argumento que a su modo de ver también era justificante de su decisión de apartarse de la obligación que le impone la ley cuando se le somete a consideración un juicio abreviado de corroborar la decisión libre del imputado y el conocimiento real de sus consecuencias señalando que este híbrido procesal -cómo no incluye la pena- es en parte un juicio abreviado y en parte una "convención probatoria" y que por sus ribetes técnicos el más idóneo para expresarse es el defensor y que la no confesión no puede privar de valor el acuerdo alcanzado. Afirma que las convenciones probatorias no exigen una aceptación explicita del imputado y que "esa faena se encomienda a los letrados interviniente".

Es cierto que nuestro Código Procesal Penal recepta las convenciones probatorias (art. 298 inc. 3 y 299) y que estas se derivan de acuerdos tomados entre las partes que pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera,si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, éstos serán tenidos por ciertos en el juicio oral y, por ende, se dispensará de la carga de probarlos. En cambio, si se dispone que sólo determinada prueba sea idónea para acreditar algún hecho su efecto será que no habrá otro medio que lo pueda probar.

En ese sentido, se ha señalado que las estipulaciones probatorias en la medida que constituyen un mecanismo que permite prescindir de la necesidad de probar en la fase de juicios, ciertos hechos aceptados por las partes.

Entonces como consecuencia del pacto que sobre convenciones probatorias accedieren las partes, su

efecto inmediato no sería otro que tener por demostrado los hechos sin necesidad de incorporar al debate oral las pruebas que lo acreditan, alterándose de ese modo el principio que rige la carga de la prueba en el sistema acusatorio, constituyendo una excepción al principio de necesidad de la prueba.

El primer límite procesal que rige para este tipo de acuerdos está establecido por nuestro Código Procesal Penal y tiene relación con la oportunidad para pactar estipulaciones, el que surge de lo establecido en los arts. 298 inc. 3 y 299 del CPP, es decir hasta la audiencia preliminar inclusive. Sin embargo, entiendo que si las partes proponen convenciones al inicio o durante el juicio, es porqué ambas se encuentran de acuerdo en que la evacuación de las mismas se hace innecesaria ya que lo que probarían estos medios de prueba no será discutido y no integra el "thema decidendum". Al encontrarse de acuerdo no se violenta el principio de preclusividad en matería probatoria ya que éste rige como garantía en el sentido de que cada una se atenga a las oportunidades dadas para actuar a fin de que las otras puedan conocer y controlar oportunamente las pruebas que se ofrecen e incorporar, en el caso planteado las que se omiten, con lo que se persigue impedir que se sorprenda al adversario con prueba o actuaciones de último momento y que no alcance a controvertir o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa, que no sería el caso.

El segundo límite procesal es que la convención probatoria no puede llegar al extremo de establecer el núcleo central del hecho punible y conducir a la inequívoca sentencia condenatoria, ya que una convención de ese tipo constituiría lisa y llana una

delegación jurisdiccional al Ministerio Público Fiscal prohibida constitucionalmente.

Debe tenerse presente que las convenciones probatorias "eximen" a las partes a producir la prueba y a explicar por qué tienen por probado ciertos hechos mientras que ello no ocurre en los juicios abreviados, en los que sí deben dar cuenta de cuáles son las evidencias que lo sustentan, para que el Juez pueda analizar la seriedad, razonabilidad y legalidad del mismo.

Sí por vía de hipótesis trasladamos el acuerdo traído por las partes a un Juicio por Jurado tornaría abstracta la existencia misma del juicio contradictorio, del Juez y del jurado, pues ninguno de ellos podrían cumplir con sus respectivas funciones, sea dirigir, dictar las instrucciones o valorar la prueba y dictar veredicto.

Ante la duda de la normativa aplicable, en virtud del principio *pro homine* que contiene un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, el Juez debió indagar sobre la conformidad del imputado y no actuar inversamente, dando por cierto mediante inferencias jurídicas no permitidas.

En realidad, si bien las partes calificaron el acuerdo como una convención probatoria que abarca la totalidad de los estratos de la teoría del delito, todo lo hasta aquí expuesto da cuenta que no podía serlo porque incluía el núcleo central del caso y de allí se derivaba inexorablemente una condena.

En realidad, se utilizó dicho instituto procesal

como una especie de salvo conducto de un acuerdo que no era tal porque no incluía la pena.

XXIX) El problema, que han pretendido sortear las partes y el magistrado, es que el juicio abreviado requiere un acuerdo total y aquí las partes no lo alcanzaron con relación a la pena, aspecto sustancial para que el mismo sea válido.

En los autos "Pcía, del Chubut c/ S., D. E. s/robo calificado s/ Impugnación" (Expte. 21.593-F^{0} 182-Año 2010) nuestro máximo Superior Tribunal de Justicia, resolvió el juicio abreviado no puede dejar cuestiones irresueltas, menos aún la pena.

El Juez D. A. Rebagliati Russell sostuvo "...se pretende calificar como "acuerdo" lo que estrictu sensu no lo es. En efecto, la cuestión relativa a la declaración o no de la reincidencia no podía ser soslayada del acuerdo, tampoco podía ser, como se hizo, dejada en manos de la juez pues su competencia se encuentra limitada a aquellas decisiones que le permite la ley de rito y no a resolver asuntos controvertidos como lo era la reincidencia".

A su turno el Juez Jorge Pfleger señaló: "Entiendo que nuestro ordenamiento procesal consagra un modelo que: a. deja en manos del Ministerio Público la proposición de la abreviación del juicio, empero la necesidad de acuerdo "con el imputado" (el entrecomillado es propio), la defensa y, en su caso, la querella, b. el acuerdo es único, absoluto o total, estando vedado los acuerdos parciales c. el acuerdo se somete a la decisión del Juez que, luego de controlar la virtualidad de los presupuestos y su "seriedad" de él, dicta sentencia absolviendo o condenando, pero siempre sobre la base del contenido factual de cuanto se le presenta: la imputación

admitida por el imputado y demás circunstancias incorporadas por aquél o su defensor (art. 355 del C.P.P.) Es entonces cómo la ley veda cualquier debate, cual fuere su naturaleza, precisamente porque está ocluida toda posibilidad de parcializar las cuestiones que se someten".

Por último el Ministro Dr. Alejandro Panizzi señaló que "III. El Código Procesal Penal Doméstico regula en el artículo 355 el juicio abreviado. Allí se determina que el fiscal podrá solicitar que se proceda abreviadamente, debiendo contar para ello, "con el acuerdo del imputado y de su defensor". Es decir, el pilar de este procedimiento es la negociación que se entabla entre el fiscal y "el imputado" (el entrecomillado me pertenece) y, el consecuente acuerdo al que puedan arribar. Al examinar estos actuados, advierto que el convenio alcanzado existió únicamente con respecto a la comisión del hecho atribuido, la participación de S. en él y la pena a imponer. En tanto que la cuestión de la reincidencia, no fue incluida en los puntos de la conciliación. De esta manera, cuando la defensa del imputado opuso la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia -cuestión que fue resuelta en causa R., para dictar sentencia en la causa caratulada "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real", expediente N° 20387-B-2006, entre otras-, contrariando la pretensión fiscal y echando por tierra la negociación previa, el acusador, debió desistir del procedimiento e impedir el dictado de la sentencia, que ataca.

El acuerdo debe fijar una pena en un punto entre el mínimo y el máximo de la escala penal conminada para el delito de que se trata que a criterio del acusado

le resulte favorable, como contrapartida de su consentimiento al procedimiento más rápido y económico o de su reconocimiento o aceptación de los hechos que se le atribuyen.

No hay juicio abreviado si no se pacta la pena porque es parte de su propia esencia.

Por último, el procedimiento del juicio abreviado, al expropiar determinadas garantías constitucionales, debe fortalecer aquellas que sobreviven. La voluntad -insustituible- del imputado al prestar la conformidad con el procedimiento debe ser verificada personalmente por el Juez, mediante un interrogatorio claro dirigido a conocer si su renuncia al juicio oral y público -contradictorio- es libre y si con el asesoramiento recibido ha comprendido el alcance de su decisión, en especial las consecuencias jurídicas penales que deberá soportar.

XXIX. Consecuente con todo lo expuesto propicio declarar ex officio la nulidad del veredicto y de la sentencia condenatoria, en pos de las garantías del debido proceso y defensa en juicio.(art. 18, Const. Nac.)

La declaración de oficio de la nulidad, evidentemente significa ir más allá de los agravios expuestos por el Defensor Público, sin embargo hemos acordado - por mayoría- que es la única respuesta que permite excluir una condena penal de prisión efectiva que ha sido producto de un proceder incompatible con el debido proceso y de ese modo remover aquellas falencias que, por su naturaleza y entidad, hubieron de gravitar negativamente en la prestación del servicio de justicia.

Asimismo, la anulación oficiosa responde en el presente caso, dadas sus particularidades, a la

necesidad de asegurar al imputado de sus derechos y garantías afectados en la instancia inferior, sustrayéndolo de las consecuencias procesales de defectos que no le eran imputables.

Por otro lado, entiendo oportuno señalar que la decisión considera el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, más allá que la reiteración del debate pueda significar una afectación a la misma, que vista desde el principio de proporcionalidad y razonabilidad no conlleva un agravio constitucional y contiene la obligación estatal de no frustrar la adecuada y eficaz administración del servicio de justicia.

En consecuencia corresponde hacer lugar a la impugnación ordinaria de la Defensa y proceder a la declaración de la nulidad absoluta del veredicto de responsabilidad penal de fecha 13 de marzo de 2019 registrado con el Nro. 345-2019 y la sentencia del 20 de marzo de 2019 registrada con el Nro. 405-2019 (Art. 161 del CPP Y 164 del CPP) y ordenar el reenvió -con los limites previstos en el art. 387 del CPP- a fin de que la Oficina Judicial Penal le de intervención a un Juez Penal que no haya actuado y fije audiencia del art. 300, oportunidad en el que las partes informaran el trámite procesal que le asignaran al caso, para que la Oficina Judicial Penal fije la fecha de debate, salvo que las partes presenten un nuevo acuerdo.

Por último, con relación a los agravios sobre la pena, he de señalar que en virtud de la decisión adoptada no es necesario que me expida sobre los mismos.

Respecto a los honorarios profesionales del Defensor Público adhiero a la propuesta realizada por el Juez Hernán Dal Verme.

Así voto.

La Jueza Flavia F. Trincheri dijo:

Viene la presente carpeta a esta instancia de revisión ante la Impugnación Ordinaria realizada por el Defensor Público Penal Dr. Bruno Antonio DEIAS, en representación de E. G. V., contra la Resolución de fecha veinte de Marzo del año dos mil diecinueve, donde el Magistrado Martín O'CONNOR impusiera al nombrado, la pena de tres años, siete meses y quince días de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de Hurto en concurso real con Abuso sexual simple, en concurso real con Robo, en concurso real con Daño, Arts. 45, 55, 162, 119 primer párrafo, 164 y 183 del CP por los hechos ocurridos en la Ciudad de Esquel el día 24 de Febrero de 2018 en perjuicio de N. G., el 30 de Marzo de 2018 cometido en perjuicio de A. V. y el 27 de abril de 2018 en perjuicio del local comercial "M. C., respectivamente.

Durante el desarrollo de la audiencia celebrada en los términos del Art. 385 del CPP, el Ministerio Público Fiscal estuvo representado por la Fiscal General Dra. M. Bontini y por la Defensa pública penal, el Dr. Bruno Deias, asistiendo a su pupilo E. G. V..

Al inicio de la presente sentencia se encuentran detallados los agravios presentados por las partes, por lo que en honor a la brevedad no he de reiterarlos y me referiré sucintamente a los hechos enrostrados y como se desarrolló el juicio.

Al joven E. G. V. se le imputan los siguientes hechos: el cometido el día veinticuatro de febrero de dos mil dieciocho en oportunidad que ingresara a la vivienda sita en el Barrio 74 Viviendas de Esquel, propiedad de la señora N. G. y se apoderara de una bicicleta, una máquina de cortar el pasto tipo "bordeadora" y un maletín con herramientas, este

ilícito N°1, se calificó como Hurto, Art. 162 del CP.

El día treinta de marzo de dos mil dieciocho E. V. ingresó a la vivienda del Barrio 100 Viviendas de Esquel, propiedad de A. N. V. y encontrándose ésta en el lugar, se avalanzó sobre ella, la manoseó en sus partes íntimas, le manifestó "me *gusta tu culo, déjame cogerte un ratito"* y se produjo un forcejeo entre ambos donde ella logró zafar, salir hacia la calle y pedir auxilio; V. huyó sustrayéndole su teléfono celular. Este ilícito N° 2 se calificó como Abuso sexual simple en concurso real con robo. Arts. 119 primer párrafo, 55 y 164 del CP.

El día veintisiete de abril de dos mil dieciocho, E. V. y un coimputado ingresaron al restaurante "M. C." ubicado en el centro comercial de Esquel, solicitaron se les entregue comida, les fue negada y allí rompieron uno de los ventanales de vidrio, de 0,60 cm por 1,30 mts. Este ilícito N°3, fue calificado como Daño, y los tres hechos ilícitos entre sí, concursan de forma real, Art. 55 del CP.

Conforme surge de la lectura de la sentencia, el Magistrado declaró abierto el debate, corroboró los datos personales del imputado, advirtió la importancia de lo que sucedería y le explicó a V. los derechos que le asisten.

Seguidamente, la representante del Ministerio Público Fiscal adelantó que las partes habían llegado a un acuerdo probatorio por el que no se discutiría la responsabilidad del acusado, la que era aceptada por éste y su Defensor. También habían acordado las calificaciones legales ya reseñadas.

En relación a los tres hechos, la Fiscal General dio lectura a las circunstancias fácticas volcadas en la acusación y repasó las evidencias más relevantes de

los legajos fiscales.

Otorgada la palabra al señor Defensor refirió que se allanaba a la forma en cómo la representante del MPF había descripto los tres hechos y se allanaba también a la valoración probatoria realizada. Argumentó que esa Defensa no cuestionaría la autoría responsable de su pupilo porque las evidencias, eran contundentes. Sí existía controversia sobre la sanción a aplicar.

En relación a esto, el Juzgador relata "... *Declaró el inculpado -a quien se había hecho saber su derecho a guardar silencio- y declaró sobre el hecho que perjudicó a la señora V., reconociendo haber cometido la conducta endilgada por efectos del alcohol y la droga que había ingerido.... Se incorporó por lectura el informe del Registro Nacional de Reincidencia en donde consta la falta de antecedentes del inculpado. Dicho esto, di por clausurada la etapa probatoria...*" Vid. fojas 5/6 de la sentencia.

Al momento de alegar sobre la pena, el Fiscalía solicita la pena de cuatro años de prisión y a su turno, el señor Defensor peticionó dos años de prisión en suspenso con la imposición de reglas de conducta para su defendid*o.* Ambas partes fundaron sus pretensiones, las que se encuentran reseñadas al inicio y no reitero a fin de no sobreabundar.

Ahora bien y previo a avocarme al agravio sobre el que la Defensa funda su impugnación - la ponderación e imposición de pena-; advierto luego de la lectura integral de la sentencia, que lo reseñado recientemente y el razonamiento que el Juzgador practica en los *"Considerandos"* no sortean el primer tamiz que determina si tal decisorio cuenta con la motivación lógica y legal, reflexiva y suficiente que toda sentencia judicial debe contener, según las pautas que exige bajo pena de nulidad el artículo 25 del C.P.P. - Doy razones.

El Juez, al comenzar su mérito se pregunta si es válido el convenio probatorio celebrado por las partes. Reconoce que tiene ribetes de singularidad y que lo realizado encuentra recepción legal en dos normas: I) el artículo 355 del CPP y II) el artículo 298 inciso 3 in fine del mismo cuerpo legal y continúa diciendo *"va de suyo que ninguna de las dos formas se refiere puntualmente a la situación planteada en este debate"*. Luego, realiza unas consideraciones en cuanto al juicio abreviado y determina *"El derecho a ser juzgado en un debate contradictorio, es pues, renunciable."* Vid. pág. 11 de la sentencia.

Hace alusión a la conveniencia de las convenciones probatorias las que si- bien deben determinarse en la audiencia preliminar, el Judicante no encuentra obstáculos para aplicarlas en el juicio de debate (recordemos que, pese a su alusión normativa al juicio abreviado, declaró abierto el debate al inicio de la audiencia). Seguidamente, luego de tener por valido el convenio probatorio y examinanda la existencia y seriedad del pacto, afirma que el acusado ha estado debidamente asesorado por su abogado, que declaró en el juicio aceptando haber cometido el hecho N°2 del que resultara damnificada la señora V., pero en relación a los otros dos delitos -contra la propiedad- guardó silencio. Este silencio *"debe interpretarse como una aceptación tácita de lo expresado segundos antes por tu Defensor, quien se allanó a la imputación de la Fiscalía aceptando la responsabilidad penal* de *tu defendido"*. *Vid.* fojas 13.

A esta conclusión arriba el Magistrado en la comprensión que V. fue bien asesorado por su abogado quien tiene sobrados conocimientos jurídicos. No pongo en duda tal aseveración, pero lo cierto es que el Juez no escuchó al imputado reconocer la autoría de los

Hechos N°1 y N°3 y consecuentemente se desconoce si V. sabía el alcance del acuerdo del cual, él es una parte fundamental.

Aquí encuentro un yerro que torna insalvable la sentencia, además de advertir desde el inicio que este proceso transitó un camino sinuoso entre dos formas de celebrar un juicio - con debate oral y juicio abreviado, echando mano indistintamente a la normativa de uno y otro, coronando el presente con la violación de las garantías constitucionales de debido proceso y defensa en juicio al considerar el silencio del imputado como el expreso reconocimiento de la responsabilidad penal respecto de dos ilícitos.

Tal como reseñara, al inicio de la audiencia el Juez declara abierto el debate y le hace saber al imputado los derechos que le asisten. Acto seguido, la Fiscalía manifiesta que con la Defensa y el imputado han arribado a un acuerdo probatorio por lo que no se discutirá la responsabilidad penal de V..

Las convenciones probatorias son acuerdos a los que arriban las partes para dar por acreditadas cuestiones de hecho y de prueba de los que no existe controversia, las partes se valen de las mismas para llegar a cumplir el objetivo más próximo a su teoría del caso y el tribunal debe ejercer el control de legalidad con la expresa conformidad del imputado acerca de lo acordado.

Ahora bien, si ello se practica en el marco de un juicio oral dentro de un proceso acusatorio de corte adversarial, encuentro con esto desnaturalizado el debate al que hablan dado inicio. Recordemos sus características: *Bajo los parámetros acusatorios, el juicio oral debe producir toda la información necesaria para resolver el caso; por ello las partes*

deben esmerarse para hacer creíbles sus relatos y presentar información de buena calidad. Cada testigo, perito, rastro o huella será sometida a control, deberá valer por sí; no hay verdades preconstituidas. Es en ese ámbito en donde se fabrica la materia prima para elaborar la sentencia y su calidad depende de los insumos que la compongan.- Detrás de cada decisión debe haber una pretensión y una réplica, en otras palabras, nada que tenga que ver con el objeto del proceso o las personas vinculadas a él se decide 'in audita parte'; todo se somete a consideración de los involucrados operando en plenitud el derecho a ser oído como garantía de la defensa en juicio. Así, bajo las premisas del aforismo «audíatur ex altera pars» podemos afirmar que "primero se escucha y luego se decife. - Rubén A. Chaia "La Prueba en el proceso pena"", l[a] ed, [f] Buenos Aires, Hammurabi, 2010 (pág. 496).- _El subrayado me pertenece.

Conforme lo dicho, encuentro admisible el acuerdo de partes, aun cuando se tratara de una prueba de las no consideradas en las excepciones regladas en el Art. 314 del CPP, siempre y cuando se valieran de ella en pos de la eficiencia del proceso penal. Pero de ningún modo puede ser válido que la totalidad de la prueba de un juicio sea convenida *y* condujera necesariamente a la condena del imputado como en el presente caso.

Sentado esto, el Juzgador se nutre del Art. 355 del CPP otorgándole validez al acuerdo para sostener que el hecho contenido en la acusación fue admitido por el imputado y le otorgó a su silencio una entidad que no es tal y que en ningún caso puede presumirse, como ser que acepta lisa y llanamente una imputación en su contra. Advierto aquí una flagrante violación al principio de no autoincriminarse, derecho que le asiste a toda persona sometida a proceso y que tiene raigambre constitucional al mismo tiempo de estar contemplada en tratados internacionales y el derecho interno. Art. 8 del CPP, Art. 45 de la Constitución Provincial, Art. 18 de la Constitución Nacional y Art. 8.2. g) de la

Convención Americana de Derechos Humanos.

Si efectivamente se hubiera tratado de un juicio abreviado propiamente dicho, el imputado debió reconocer la responsabilidad penal de cada uno de los hechos que se le enrostran y debió ser anoticiado del alcance de tal reconocimiento; explicación que en el presente caso no se produjo.

Tal como sostuviera en autos *"Uribe" Carpeta 6927 OFIJU TW "comparto el criterio de aquellos doctrinarios que entienden que implícita o explícitamente lo establezca la legislación, la pena debe ser parte del acuerdo, toda vez que el monto punitivo es una de las cuestiones trascendentales - por no afirmar que la de mayor importancia- que incumben al justiciable por lo que también debe abarcar el acuerdo para poder imprimir el procedimiento abreviado"*, siguiendo el criterio sentado por nuestro Alto Tribunal en autos "S." Expte 21.593, F° 182 Año 2010.

Por lo expuesto, y encontrando viciado de nulidad absoluta el veredicto de responsabilidad penal y la consecuente imposición de pena dictada en la presente, es que propongo declarar la nulidad de la sentencia, Art. 161 y concordantes del CPP y reenviar la Carpeta a la OFIJU Esquel a fin que intervenga un nuevo Juez.

Conforme lo dicho, deviene abstracto el tratamiento del agravio acerca de la pena, por lo que no me expido en relación a ello.

Respecto a los honorarios profesionales del Defensor, adhiero a la propuesta del Juez que vota en primer término. Así lo voto.

Por todo lo expuesto, por mayoría, la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, con asiento en la Ciudad de Esquel,

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso ordinario de la Defensa Pública.

2) Declarar la nulidad del veredicto de responsabilidad penal de fecha 13 de marzo de 2019 registrado con el Nro. 345-2019 y la sentencia del 20 de marzo de 2019 registrada con el Nro. 405-2019.

3) Ordenar el reenvío a fin de que la Oficina Judicial Penal de intervención a un Juez Penal que no haya intervenido y fije la audiencia de debate y cumpláse con la manda del cuarto párrafo del art.355 del rito, debiéndose eliminar de los registros los vestigios del acuerdo previo. (Arts. 75 y 387 CPP)

4) La presente sentencia es suscripta materialmente por el Presidente de la Cámara en lo Penal Dr. Hernán Dal Verme y la Jueza de Cámara en lo Penal Dra. Carina P. Estefanía, mientras que la Juez de Cámara en lo Penal Dra. Flavia Trincheri remitió su voto por correo electrónico con firma digital.

5) Regístrese y notifíquese.

Carina Paola Estefanía
Juez Cámara en lo Penal

HERNAN DAL VERME
Juez de Camara

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el N°.....
del AÑO 20.19
Conste.-

Maria Cecilia Bagnato
Jefe de Departamento
Unidad de Atencion y Tramite
Oficina Judicial Esquel