Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
Cámara en lo Penal
PUERTO MADRYN

En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, al primer día del mes de Octubre del año dos mil diecinueve, se reunieron en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn, Dres. Rafael LUCCHELLI, Leonardo Marcelo PITCOVSKY y Flavia F. TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados: **“P., D. M. s/ p.s.a. abuso sexual s/ Impugnación” Carpeta Nro. 7369 OFIJU - Expte. Nro. 09/2019 CPPM,** seguidos contra: **P., D. M.**, DNI N° X, hijo de J. A. y M. C. S., nacido en la ciudad de Puerto Madryn, Provincia de Chubut, el día 30 de Enero de 1981, soltero, empleado, con domicilio en Fray Luis Beltrán N° X de esta ciudad. Ello, en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Dr. Lucio Hernán BRONDES, Defensor Público Penal, contra la Resolución N° 1330/2019 OFIJU, de fecha 7 de Mayo de 2019, suscripta por la Sra. Jueza Penal Dra. Patricia E. R., por la que no hiciera lugar al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba solicitada por la Defensa a favor del imputado D. M. P.. ----------

---------- Intervino por el Ministerio Público Fiscal, la Sra. Fiscal General, Dra. M. Angélica CÁRCANO, en representación de la Asesoría Civil de Familia, Menores e Incapaces, el Abogado Adjunto Dr. M. Damián SAENZ, por la defensa técnica del imputado, el Defensor Público Penal Dr. Lucio Hernán BRONDES. ----------

---------- Efectuado el sorteo, resultó el siguiente orden de votos: Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Dr. Rafael LUCCHELLI y Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI. ----------

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el

orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV N° 9, antes N° 5478). ----------

---------- En su escrito de impugnación el Dr. Brondes deduce su queja en relación a la resolución cuestionada. ----------

---------- Esgrime que varias son las cuestiones que agravian a esa parte, advirtiendo que no es novedosa la denegación sistemática de la suspensión del juicio a prueba en las imputaciones de naturaleza sexual, reiterándose los argumentos que actualmente se convirtieron en cristalizaciones discursivas, sin el menor análisis del caso o siquiera analizar los argumentos llevados por las partes.- ----------

------ En relación al caso en particular, explica que tres son los puntos en los que la Jueza sostiene la negativa al derecho peticionado, esbozándolos a modo de interrogantes. ----------

---------- El primero, vinculado a la negativa de la madre de la víctima. Explica que la misma se expresó en la audiencia en la que esa parte solicitara la suspensión del proceso. En relación a ello, y conforme lo previsto por el art. 49 del CPP, entiende el quejoso que la opinión del ofendido no es de modo alguno vinculante, resaltando que el derecho convencional a dicha tutela no implica necesariamente el derecho a obtener una respuesta punitiva. Si así se entendiera no habría posibilidad de aplicar salidas alternativas tal como se encuentran establecidas en el Código de Rito, a fin de resolver los conflictos pacíficamente. Concluye que no es, por tanto, un requisito legal para la procedencia del instituto.

---------- Refiere que en segundo término la Jueza se interroga respecto al "dictamen" del Fiscal, es decir su consentimiento. Que luego de sendas citas doctrinarias y una glosa de normas jurídicas, solo atina a expresar que "... *es en este contesto que debo analizar la postura de la Dra. Cárcano, Fiscal del caso, pues ha fundado y motivado suficientemente su "no consentimiento*". ----

---------- Critica que más allá de no consignar en su resolución los motivos de

la oposición Fiscal, la misma se circunscribió en razones de política criminal (instructivo 06/12 del Procurador General), las disposiciones de la Convención de Belem do Pará, la tutela de la víctima y el interés superior del niño, señalando también que peticionará una pena de cumplimiento efectivo en debate oral. ---------

---------- Argumenta que en todos los casos el juez debe valorar el contenido de dicha oposición, puesto que la negativa del fiscalía no puede estar fundada en cualquier causa, siendo el único modo de denegar la aplicación del instituto (en los casos en que procede la condena condicional) sería demostrando fundadamente y en pruebas empíricas que el encarcelamiento efectivo del imputado es conveniente, postura que se extrae a contrario sensu de lo establecido por el Art. 26 del CP. ----------

---------- Esgrime que la cuestión no se agota allí, sino que cada vez que se habla de la suspensión del proceso a prueba deben recordarse los argumentos comunes que ella tiene con la condena condicional para ver la estrechísima relación entre ambas. El primer argumento está dado en el deterioro físico, psicológico y emocional que llevan la privación de la libertad. El segundo en que la “probation” es un equivalente a la condena condicional al tener los mismos supuestos fácticos y normativos, salvo que la última tiene como desventaja la tramitación de todo un proceso, al que califica de inútil. ----------

---------- Señala que el 08 de agosto de 2006, la Corte Suprema de la Nación, en el caso "*Squilaro*" sostuvo que debe fundarse expresamente la prisión efectiva del imputado cunado resulta formalmente admisible la condenación condicional, pues de lo contrario se vería impedido de ejercer adecuadamente la defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que las impongan. ----------

---------- Refiere que esta interpretación se basa no solo en los parámetros establecidos en el fallo "*Acosta*" (de mismo Tribunal), sino que se desprende también de las "*Directrices sobre la función de los Fiscales*", (ONU, Cuba,

1990), que establece la obligación de los acusadores públicos de resolver los conflictos evitando la reacción estatal, apelando al derecho penal como ultima ratio. ----------

---------- Con relación a las razones de política criminal invocadas por la fiscalía y la Magistrada, señala que no puede crearse por decisión de la fiscalía un obstáculo a un derecho que la ley no establece. ----------

---------- Argumenta que entre los fines de política criminal en un estado democrático, se encuentran el objetivo de quitar la violencia social (prisión), lo que impone el deber de los fiscales de intentar abordar todos y cada uno de los casos de una manera flexible y no rígida, tal como cuando se hace alusión a una orden abstracta y genérica para todos los casos, creando así un obstáculo para el ejercicio de un derecho, que la ley no fija. ----------

---------- Explica que en tercer término la sentenciante refiere al "*interés superior del niño*" para rechazar la aplicación del Instituto. Luego de transcribir la cita a "*Solari*" realizada por la *a quo,* el Defensor invoca la opinión de Eva Giberti, quien sostiene que lo mejor para el niño es una expresión tan aparatosa, ineficaz y tramposa como la que afirma "*el interés superior del niño*". ------

---------- Refiere que trae a colación ello puesto que en el presente caso no se explicita, siquiera someramente, por qué se vulnera el interés superior del niño, o si la respuesta punitiva (en este caso la prisión de su representado) atiende al mejor derecho del niño, o si las condiciones o pautas de conducta postuladas por esa parte en el marco del instituto solicitado (tratamiento psicológico, paulatina re vinculación con el niño, entre otras), tienen viabilidad para el caso. ----------

---------- Concluye que los fundamentos de la Jueza Reyes se enmarcan en una postura de tintes retributivos, lo que la aleja de las pretensiones del sistema adjetivo, el que se corresponde con las mandas constitucionales que lo definen.-----

---------- Luego de efectuar la reserva del caso Federal, peticiona se haga lugar a la solicitud impetrada, disponiéndose la celebración de la audiencia de

suspensión de juicio a prueba. ----------

---------- Por su parte, la Sra. Fiscal General, Dra. M. Angélica Cárcano, en su conteste sindica como suficientes los fundamentos dados por la Magistrada, habiendo dado razones por las que rechaza la concesión del instituto. En base a ello concluye la Acusadora Pública que la sentencia cuestionada satisface los requerimientos del art. 25 del CPP, por lo solicita se rechace la impugnación impetrada. ----------

---------- Señala que en la Resolución, luego de realizar un pormenorizado análisis de las posturas de las partes, la Magistrada explica el instituto con apoyatura a doctrina, razonando el por qué debe oír a la víctima, tal como solicitó esa parte en la audiencia efectuada. En tal sentido, advierte que esa parte, de manera constante y durante todo el proceso, da intervención a la víctima por tener un papel preponderante en nuestro actual sistema. Asimismo, enfatiza que no niega caprichosamente la concesión del instituto, puesto que la víctima necesita y quiere atravesar el debate. Es en base a ello que la Jueza oyó los motivos de la víctima y así los tomó. ----------

---------- En segundo término, explica la fiscal, que la Magistrada analiza cómo debe interpretarse su dictamen. Luego de transcribir sendos párrafos de la resolución cuestionada, concluye la Acusadora que, en palabras del doctrinario Bovino, en el sistema acusatorio es el Ministerio Publico Fiscal quien más certeza posee para dar razones de la conveniencia de iniciar, proseguir o extinguir la acción pública. ----------

---------- Afirma que la función del titular de la acción publica es la de realizar un juicio de conveniencia político criminal, papel que no se limita a verificar la existencia de los requisitos legales para su otorgamiento. En ese orden de ideas, la Jueza expresó que solo podrá hacerse luego a la petición del imputado si se verifican el cumplimiento de los presupuestos legales en el caso concreto, siendo que si la fiscalía se opone de manera fundada, no constituye un

mero dictamen sobre la procedencia sino un requisito para ello, siendo vinculante para el juez, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad.

---------- En base a ello, refiere que la Dra. Reyes encontró que la fiscalía motivó y fundó suficientemente su "no consentimiento", lo que resulta un obstáculo legal que esa Jueza no puede soslayar. ----------

----------Asimismo, afirma también resultó explicado en el resolutorio la separación de facultades entre el Fiscal y el Juez, quedando claro que el juicio de conveniencia y oportunidad político criminal lo hace el fiscal en cada caso concreto, siendo el Procurador quien diseña la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal, para lo que dicta instrucciones que determinan la actuación de los fiscales.----------

---------- Con nueva cita del autor Bovino, indica que si el Fiscal se opone a la aplicación de las medidas en razones legítimas de política criminal vinculadas al caso, ello no puede ser cuestionado por el Tribunal y por ende se impide la suspensión del proceso. ----------

---------- Enfatiza que la Jueza mencionó y analizó que el delito que se imputa a P. es el de abuso sexual imple agravado por el vínculo, previsto y reprimido por el Art . 119, 1° párr. inc b y 45 del CP, en perjuicio de su hijo menor de edad, ponderando que se trata de la concesión de la *Probation* en un caso que se imputa un delito que afecta a un niño, dato relevante al momento de valorar todas las circunstancias que hacen al interés superior del niño conforme surge del plexo constitucional y convencional, el que resulta ineludible para esa Jueza al momento de resolver. ----------

---------- Finalmente, peticiona se rechace la impugnación incoada por el Defensor Público Penal, y se confirme el resolutorio en todos su términos. ----------

---------- Llevada a cabo la audiencia que prevé el art. 385 del CPP, las partes se ratificaron sus escritos recursivos. ----------

---------- El Sr. Defensor Público Penal, Lucio Brondes, junto al funcionario

del Ministerio de la Defensa Pública, Dr. Lucas LANCIOTTI, en sus alocuciones continuaron con la misma línea argumentativa desarrollada en el escrito recursivo, alegando ampliamente respecto a cada punto. ----------

---------- Por su parte, la representante de la Fiscalía, Dra. Cárcano, sostuvo su posturas con similares argumentos a los vertidos en su escrito de responde, tal como consta en el Acta respectiva y en la pista de audio NIC_7369_11-09-2019.87.mp3.----------

---------- A su turno el representante de la Asesoría de Familia, Dr. M. Damián SÁENZ, refirió que ha quedado clara la postura de esa parte en la audiencia preliminar. Señaló que la víctima indirecta del caso, y representante legal del niño, fue escuchada en esa oportunidad e hizo mención a la medida de protección en la que se trabajó desde el 2017, y que se cerró en el año 2019, luego de constatarse que no había derechos vulnerados. ----------

---------- Esbozó el análisis realizado desde el Servicio de Protección de Derechos, el ETI, la Asesoría y el Juzgado de Familia. ----------

---------- Esgrimió, en relación al interés superior del niño, que al menor se le ha garantizado su derecho a ser oído, transcurriendo por un periodo de psicodiagnóstico y declarando en cámara Gesell. ----------

---------- Indicó que si bien ha variado su centro de vida del niño y el vínculo con el progenitor, ello es propio de este tipo de casos donde hubo una denuncia contra la integridad sexual de un niño. En ese sentido señaló que tanto la Asesoría, como el Juzgado de Familia y el MPF dentro del ámbito penal han considerado necesario cortar ese vínculo, además en este punto la madre ha sido competente en trabajar las cuestiones de salud, educación y tratamiento en el que aún se encuentra el menor. ----------

---------- Finalmente refirió que el interés superior del niño, en el caso particular, está dado a fin que el menor tenga una respuesta jurisdiccional sobre si ocurrió o no el hecho, siendo que la aplicación del Instituto de la suspensión

del juicio a prueba lo veda de tal derecho, siendo por todo ello que solicita no se haga lugar a la impugnación presentada por la Defensa y se confirme la Resolución de la Dra. Patricia R.. ----------

---------- Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV N° 9, antes N° 5.478). ----------

---------- **El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:**----------

---------- Llega la presente Carpeta en análisis de esta instancia, en virtud de la impugnación ordinaria incoada por el Sr. Defensor Público Penal Dr. Lucio Hernán Brondes, contra la Resolución N° 1330 de fecha 07 de Mayo de 2019, suscripta por la Sra. Jueza Penal Dra. Patricia Reyes, por la que no hace lugar al otorgamiento de la Suspensión de Juicio a Prueba solicitada por el nombrado, a favor de D. M. P.. ----------

---------- Los antecedentes del caso, como los agravios de la Defensa y su conteste por parte de la Fiscalía han sido desarrollados en detalle al comienzo de la presente, por lo que, en honor a la brevedad, a ellos me remito. ----------

---------- En breve resumen, la Defensa puntualiza que la Juez basó su rechazo en tres aspectos, a saber: la negativa de la madre del menor para que se conceda el derecho y las propias manifestaciones de la Fiscalía respecto a la "tutela efectiva" que debe tener la víctima, conforme lo prevé el art. 49 del CPP. Ante ello, el Sr. Defensor advierte que la opinión de la víctima no es vinculante, agregando que tampoco dicha tutela implica necesariamente obtener una respuesta punitiva, ni resulta ser un requisito legal de procedencia del Instituto.

---------- En segundo término, agregó el Dr. Brondes, el dictamen Fiscal negativo, que si bien la Juez lo encuentra fundado y motivado suficientemente, a su juicio no es así, al no consignar en su resolución los motivos de dicha oposición. Subraya que la Dra. Cárcano se circunscribió a invocar razones de Política Criminal (la instrucción del Procurador General N° 06/2012), en las

disposiciones de la Convención de Belém do Pará y en la tutela de la víctima y el interés superior del niño, sin señalar fundadamente porqué peticionaría una pena de cumplimiento efectivo en el debate oral. ----------

---------- En relación a esto último, esgrime el Letrado, el control formal de la Jueza requiere evaluar si tal oposición se encuentran fundada, pues entiende que el único motivo para negar el Instituto en los casos en que procede condenación condicional sería demostrar, en forma acabada y fundada, en qué pruebas empíricas el encarcelamiento efectivo del imputado es conveniente (art. 26 CP *a contrario sensu).* ----------

---------- Por último, indica que la Magistrada invoca el "interés superior del niño", sin explicar siquiera someramente, porqué en el caso concreto ese interés se encuentra vulnerado o porqué las opciones postuladas por esa Parte en realizar un tratamiento psicológico y la paulatina re vinculación del niño con su progenitor en el fuero específico, no tienen viabilidad en el caso concreto. ------

---------- Por otro lado, la Fiscal propone que la resolución no sea conmovida, mientras refuerza con cita de párrafos la importancia de oír a la víctima, su papel preponderante en el proceso, el delito que se trata y sus manifestaciones en relación a la necesidad de atravesar el Debate oral. ----------

---------- Destacó además la Parte acusadora que los fundamentos dados por la Juez en cuanto al significado de su dictamen negativo al otorgamiento del Instituto como titular de la acción pública, no se limita solo a verificar la existencia de requisitos, sino que, al encontrarse correctamente fundado, resulta ser vinculante para la no concesión. ----------

---------- Recalca el análisis que realiza la Dra. Reyes del caso concreto, valorando que se trata de un delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo, siendo la víctima su propio hijo, por lo que debe atenderse el interés superior del niño y procederse al rechazo de la impugnación presentada, dado que, en base a los agravantes -los que menciona- la pena a solicitar, de realizarse

el Debate, sería de cumplimiento efectivo, lo que obtura el cumplimiento del requisito legal -conf. Art.26 del CP- de procedencia del Instituto en cuestión.

---------- El representante de la Asesoría Civil también se opuso a la concesión del beneficio en la audiencia. ----------

---------- Analizada la sentencia y escuchados los audios adelanto, en base a los fundamentos dados por la Magistrada, que el decisorio atacado debe confirmarse en todos sus términos. ----------

---------- En efecto, al tratarse el presente de los casos comprendidos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del CP, como el presente, en los que la falta de consentimiento Fiscal puede urgir a la imposibilidad del acceder a la Suspensión del Juicio a Prueba, mayor debe ser el control y la vigilancia de quien ejerce la jurisdicción. El Juez es quien debe apreciar mediante su juicio reflexivo y critico si dicho dictamen se encuentra fundado y además resulta razonable. ----------

---------- En tal sentido se ha dicho que: "*La opinión del ministerio público, por otra parte, debe ser fundada. Ello pues el hecho de que la ley permita decidir sobre la conveniencia político-criminal de ejercer la acción penal en ciertos supuestos - para el caso-, comprendidos en el art- 76 bis, párrafo IV, del C.P.-, no significa que esa decisión no deba ser justificada y, tampoco, que ella pueda estar motivada en cualquier clase de razones. El reconocimiento legal de cierto grado de discreción para que el ministerio público ejerza la acción penal no permite que su juicio pueda estar fundado de cualquier modo, y tampoco impide que su decisión pueda ser sometida a control judicial sobre su legalidad y razonabilidad". "Si el fiscal se opone a la concesión de la medida por razones legítimas de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada por el tribunal, y, en consecuencia, impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto. Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal: el*

ministerio público." Pag. 162 La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino, Alberto Bovino, Pág. 159 y 162, respectivamente.

---------- En el caso bajo examen, la Juez hace eco del dictamen fiscal contrario al otorgamiento. ----------

---------- En primer término, valorando la opinión dada por la víctima -la Sra. F. madre del menor- dentro de su derecho a ser escuchada. ----------

---------- Que si bien es acertado lo dicho por el Defensor en cuanto a que la oposición de la víctima no resulta ser vinculante, conforme la ley de fondo, para el otorgamiento del Instituto en cuestión, no menos cierto es que su opinión debe ser escuchada y atendida. ----------

---------- Quedó sentado dicho lineamiento en causa: **"S., O. y Otros p.s.a. Estafa S/ IMPUGNACIÓN", Carpeta N° 5372 y acum. 5516 OFIJU, Expte. Nro. 08/2016 CPPM,** opinión que fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia en fecha 13 de abril de 2018. Del voto del Dr. Miguel Ángel Donnet se puede leer: *"No pierdo de vista que, en lo que a la suspensión de la persecución penal respecta, la opinión de las personas perjudicadas no vincula al Tribunal. Pero de ello no se concluye, sin más, que se pueda obviar su punto de vista como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva que las ampara. Más aun en los modernos procedimientos de corte acusatorio, como el chubutense, que reivindican el rol de las víctimas del proceso penal, y favorecen una interpretación amplia de sus derechos y en beneficio de su efectiva intervención..."* ----------

---------- Esto es así, pues el Legislador provincial ha signado su importancia, más allá de los derechos que se le acuerdan en el art. 99, la suspensión de la audiencia en estos casos para que la víctima sea escuchada -art. 49- y hasta la obligación del Juez de explicar los motivos al desestimar su opinión al resolver.

---------- Con acierto la Juez afirmó que la opinión desfavorable del Fiscal, cuando es fundada, resulta ser vinculante, pues ello surge de la propia ley al

configurar el consentimiento del titular de la acción pública -cuando resulta fundado- una valla de acceso a la Suspensión del Juicio a Prueba. ----------

---------- Conforme se ha dicho, la Magistrada ha tomado en cuenta el dictamen Fiscal, el que, entre otras, dio razones genuinas de Política Criminal con base en un juicio de conveniencia y oportunidad emanado de las Instrucciones del Procurador General -N° 6del 05/12/12, por cuanto en los casos de abuso sexual, como principio general, se pretende procurar la sanción de los responsables, oponiéndose al otorgamiento de medidas alternativas, agregando que se ha referido en el dictamen, en base a las circunstancias del caso concreto, determinadas secuelas en el niño que dio cuenta la psicóloga al momento de realizarle el psicodiagnóstico, más otros padecimientos que pudo explicar su madre, Sra. F.. ----------

---------- También ponderó la Magistrada lo dicho por la Fiscal en relación al interés superior del niño y el deber de investigar los hechos que lo tienen como víctima, realizando un análisis del caso concreto.----------

---------- Puntualizó que ello también resulta acertado y en ese sentido me expresé en causa: “Provincia del Chubut, S. J. G. (NIC 2650) sentencia de fecha 05 de junio de 2014 ante similares cuestionamientos. Allí dije: "...*vale subrayar que adquiere vital importancia la Declaración de los Derechos del Niño cuando ordena que los Estados parte deben adoptar todas las medidas legislativas, judiciales, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental incluido el abuso sexual (Arts. 19.1 y 34 de la CIDN), razón que atiende a su extrema vulnerabilidad.”* ----------

---------- Por lo dicho considero que la Jueza ha llevado un ajustado control de legalidad y razonabilidad del dictamen Fiscal, atendiendo las particulares circunstancias del caso y dando razones suficientes, puntos que la transforman en una resolución correcta y apegada a la manda legal del art. 25 del CPP.

---------- Conforme lo dicho propongo el rechazo de la impugnación de la Defensa y la confirmación de la Resolución N°1330/19. Así voto. ----------

---------- En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales del Sr. Defensor Público Penal, Dr. Lucio Hernán Brondes, los mismos serán diferidos hasta tanto sean fijados en la instancia de origen.----------

---------- **El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:**----------

---------- Voy a remitirme, en su integridad, a la reseña del caso que hiciera al inicio de la presente sentencia, en atención a la puntillosa descripción que hiciera del mismo. ----------

---------- Llega el asunto a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida contra la resolución dictada en la causa: "**P., D. M. s/ p.s.a. abuso sexual s/ Impugnación"** (Carpeta de la OFIJUPM. N° 7369) en la que se le denegara la suspensión del proceso a prueba al imputado D. M. P.. ----------

---------- Así las cosas, la Suspensión del Proceso a Prueba solicitada se enmarca en el supuesto establecido en el cuarto párrafo del artículo 76 bis de Código Penal, que requiere un dictamen del Fiscal que -cuando es debidamente motivado y fundado - resulta vinculante. ----------

---------- He tenido oportunidad de expedirme en el sentido antes indicado, en numerosos sufragios. En ese sentido, he consignado en los autos: **"T., D. M. y Otro S/Denuncia Estafa" y "S., S. M. s/Denuncia Estafa s/ Impugnación", Carpeta N° 2063 OFIJU PM, Sentencia 20/12/13**que:

Adentrándome a la cuestión planteada, entiendo que el consentimiento del Fiscal en aquellos casos incluidos en el cuarto párrafo del art. 76 bis del C. P. no resulta un mero control de legalidad de pautas ya impuestas por el legislador, sino que muy por el contrario su opinión resulta vinculante al Juez. Esto es así pues el Ministerio Público Fiscal es quien detenta la titularidad de la acción penal pública y la ley le otorga la posibilidad de negarse al otorgamiento del

instituto de suspensión del Juicio a prueba en aquellos casos en que ha entendido, que por la gravedad de los delitos en pugna, o dicho de otro modo, por una mayor escala penal fijada, sí o sí se requiere de su conformidad. Esta aceptación a suspender la acción penal ya iniciada no puede estar fundada de cualquier modo, sino muy por el contrario será vinculante al Tribunal cuando la misma se cimiente en cuestiones legítimas de política criminal que hagan imposible el otorgamiento del Instituto de suspensión del Juicio a Prueba. Es el Fiscal quien en base a la conveniencia y a las políticas criminales fijadas evalúa y decide en el caso concreto, y su dictamen resulta vinculante. El Tribunal deberá controlar si se han dado los requisitos legales de procedencia y la debida fundamentación de la acusadora, que en el caso de ser negativa obstara para su otorgamiento. En consonancia con lo antes expuesto, entiendo que es un deber ineludible examinar si los fundamentos expuestos en el dictamen fiscal, y recogidos por el Magistrado que denegó lo requerido por la defensa, resultan atendibles para poder fundar la negativa a la concesión de la suspensión del proceso a prueba solicitada... ----------

---------- Luego de escuchar los audios de la audiencia dónde fuera solicitada la S.J.P. y el M.P.F. formulara su oposición, considero que tanto la negativa expresada por la Titular de la Acción Pública como la resolución que recoge dicho temperamento, franquea con soltura las exigencias establecidas por el artículo 25 del C.P.P. y el artículo169, I, de la Constitución Provincial.----------

---------- El impugnante ha indicado que el dictamen se encuentra sometido a un control formal de existencia de fundamentos, ya que la negativa por parte de la Fiscalía, lejos de poder estar fundado en cualquier causa, debe ser en los casos en que la condena condicional no resulta procedente. Luego de explicar las similitudes de la suspensión del proceso a prueba con la condena condicional, indica jurisprudencia de la C.S.J.N. donde se señala que debe fundarse expresamente la prisión efectiva del imputado cuando resulta formalmente

admisible la condenación condicional a fin de no menoscabar el derecho de defensa en juicio. ----------

---------- Con relación a este tópico, la titular de la acción pública en su dictamen ha señalado que: "...en caso de arribar a un debate el MPF no habrá de solicitar el mínimo de la pena, no será una petición de ejecución condicional, sería de cumplimiento efectivo, y esto sobre la base de determinadas secuelas o circunstancias que acompañaron y de dio cuenta el psicodiagnóstico del niño, entre otras cosas la angustia, la vergüenza, la dificultad para conciliar el sueño, la conducta retraída y evitativa.". ----------

---------- Como se puede advertir, la Dra. Carcano ha explicado acabadamente en que fundará una eventual pena de cumplimiento efectivo, lo que le permite al Dr. Brondes articular una adecuada defensa. No se debe olvidar, que para este delito, la escala penal comienza en tres años y culmina en diez. Basta que se le aplique un día más al mínimo legal, para que la pena sea de efectivo cumplimiento. ----------

---------- También la esforzada Defensa se agravia que la Fiscal haya hecho mención a la Instrucción General N° 6/12 PG, aduciendo cuestiones de política criminal. ----------

---------- En ese sentido, considero que la sola invocación de un Instructivo de la Procuración General, nunca puede servir para fundar - de manera autosuficiente- ninguna oposición. Me explico. ----------

---------- El instructivo en cuestión sólo vincula a los integrantes del MPF. Resulta, por lo tanto inoponible a terceros. Por otro lado, en modo alguno puede modificar la ley penal. Por ello, considero una mala práctica -bastante extendida, por cierto- invocar una resolución que no puede tener ninguna consecuencia jurídica para las demás partes, juzgando desacertado cualquier pretensión de considerar fundado un dictamen fiscal por la sola invocación de un instructivo del Procurador General. ----------

---------- Sin embargo, la Dra. Cárcano, se ha apropiado de dicho instructivo, al fundamentar de manera autónoma su dictamen. Es decir, ha expresado motivos y fundamentos suficientes - en consonancia con el instructivo antes indicado- para fundar su negativa, lo que me permite, aun realizando una supresión de la mención a dicho instructivo, a considerar su dictamen como válido. ----------

---------- En la misma senda, la Magistrada Reyes lo ha tenido como un dato más para tener en cuenta luego de tener -el dictamen en cuestión- debidamente fundado en los hechos y en el derecho. Así lo expresó en su resolución al afirmar que: "...La oposición de la Fiscal en el caso encuentra sustento suficiente y razonable que resulta para esta Magistrada un obstáculo legal que no puede soslayarse por las particulares circunstancias del caso traído a la audiencia, y que además fue debidamente fundada en los hechos, en derecho y en las instrucciones generales del Procurador General para este tipo de caso. ".

---------- Comparto plenamente lo señalado por la Magistrada cuando entiende que: ". el consentimiento fiscal para la suspensión del proceso a prueba exigido por el Art. 76 bis, cuarto párrafo del Código Penal, no constituye un mero dictamen sobre la procedencia del instituto, sino antes bien un requisito de procedencia.". Pero en el caso, no sólo el dictamen constituye un valladar que impide la suspensión del proceso a prueba. Así la Juez Patricia Encarnación Reyes ha dicho que: ".juega aquí al momento de ponderar todas las circunstancias el interés superior del niño, el deber de debida diligencia en la investigación y en los Juzgadores como enseña la CIDH, las reglas de Brasilia sobre tratamiento de víctimas, ergo existe un plexo constitucional y convencional que es ineludible al momento de resolver para esta Jueza. A fin de dar mayor andamiaje a la postura que sostengo, he de remitirme a los fallos de nuestra CSJ a fin de conceptualizar el "interés superior del niño", así la Corte ha

dicho que la ley 26.061 cuando refiere al interés superior del niño, señala que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley (CS, 26/03/2008, "A, M.S.", DJ, 2008-2-772). En efecto, la ley 26.061, en su art. 1ª, establece los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio de del interés superior del niño..." ----------

---------- En ese sentido, debo rescatar el dictamen el Asesor de Familia, Dr.Sáenz, quien explica - en la audiencia del artículo 385 del C.P.P.- la imperiosa necesidad que el niño tengo una respuesta concreta de la justicia de lo que ocurrió o no. ----------

---------- Debemos recordar que como se tratara en la audiencia, el niño - a partir de la denuncia- ha cortado todo contacto con su presunto victimario. Es muy fácil colegir, la imperiosa necesidad para el niño que se establezca la verdad de lo ocurrido - a través de una sentencia de absolución o condena- a fin de poder superar el episodio denunciado y poder lograr la revinculación con su padre. --------

---------- Así las cosas, entiendo que la presente resolución debe ser confirmada en todas su partes. Así lo voto. ----------

---------- Con relación a los honorarios profesionales, considero adecuado diferirlos hasta el dictado de la sentencia. Así lo voto. ----------

---------- **La Jueza Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:** ----------

---------- Conforme consta en autos, en fecha siete de Mayo de dos mil diecinueve la Señora Juez Penal Patricia Reyes rechazó el beneficio de la suspensión del juicio a prueba solicitado por el Dr. Lucio Hernán Brondes, respecto de su defendido D. M. P.. ----------

---------- Los argumentos vertidos por la partes en la audiencia celebrada en los términos del Art. 385 del CPP se encuentran reseñados en su totalidad al inicio, por lo que no me extenderé y seré breve en relación a los mismos. --

---------- En la presente carpeta se le imputa a D. M. P. un hecho

calificado como *Abuso sexual simple agravado* en perjuicio de su hijo menor de edad -J.M.P.-, delito previsto y reprimido por el Artículo 119 primer y último párrafo -supuesto f) - del Código Penal. Como se sabe, la escala penal prevista por tal normativa parte de la pena mínima de tres años y asciende a un máximo de diez años. ----------

---------- El Defensor, conforme las previsiones del art. 76 bis, 4° párrafo del CPP, entendió que se dan los presupuestos a fin de aplicar el Instituto en cuestión. Luego de señalar la carencia de antecedentes de su defendido, argumentó ampliamente respecto a la posibilidad de la aplicación de una pena de ejecución condicional, en caso de arribarse a una condena luego de un juicio, todo lo cual surge del audio de la audiencia celebrada el día dos de mayo pasado.

---------- Por su parte, en la misma audiencia, la señora Fiscal no prestó su conformidad para concesión del instituto. En apretada síntesis, fundó su postura en cuestiones de política criminal (señalando particularmente el Instructivo Nro. 6/2012 del Procurador General), así como en la oposición de la víctima (madre del menor) quien no consiente la aplicación del Instituto, lo que a su vez encuentra amparo en la tutela judicial efectiva y su derecho a arribar a la verdad a través de un juicio, así como el interés superior del niño. Finalmente, la Acusadora echó mano a la pretensión punitiva, puesto que en caso de arribar a una condena, luego de celebrado el debate, la pena que solicitaría no sería de ejecución condicional, fundamentándolo "*sobre la base de determinadas secuelas o circunstancias que acompañaron y de que dio cuenta la psicóloga al momento de realizarle el psicodiagnóstico al niño, entre otras cosas, la angustia, la vergüenza, la dificultad para conciliar el sueño, la conducta retraída y evitativa...* ----------

---------- Igual postura tomó el representante de la Asesoría de Menores e Incapaces, quien se opuso a la concesión de la "Probation". ----------

---------- Ahora bien, repasada la sentencia recurrida, y los antecedentes del caso, encuentro que la resolución de la Magistrada se ajusta a derecho, al igual que el dictamen fiscal, los que cumplen con la manda de los artículos 25 del CPP, 169 de la Constitución Provincial y concordantes, debiendo el resolutorio ser confirmado. ----------

---------- En primer lugar, se advierte que la sentenciante funda su negativa en la oposición fiscal, realizando un control de legalidad sobre su dictamen. Como ya tengo expresado en el precedente *"R. S/ DENUNCIA ABUSO SEXUAL ART. 119 S/ IMPUGNACIÓN"* "*El pronunciamiento fiscal está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas judiciales. La revisión del Juez comprende la evaluación de tal opinión, si la misma fue motivada y congruente con los parámetros fundamentales que regulan la materia, destacando que, la suspensión del juicio a prueba comprende la limitación a la persecución penal que se halla en el Ministerio Público Fiscal"* ----------

---------- En el presente caso la Fiscal dio razones suficientes del porqué se opone a la aplicación de la "*Probation*". En tal sentido, hizo hincapié en las cuestiones de política criminal, fundamentando no sólo en base a las directrices delineadas por el Procurador General en cuanto al límite de la disponibilidad de la acción en delitos contra la integridad sexual, sino también a la necesidad de dilucidar la verdad de los hechos a través de un debate oral. Ésta última cuestión, la concatena con el derecho a la tutela judicial efectiva que posee la víctima, que en este caso es representada por la madre del menor víctima. ----------

---------- Advierto que en esa misma audiencia, y en cumplimiento con la manda del Código de Rito, la Juez escuchó a la madre del niño, quien enfáticamente expresó su negativa a la aplicación del instituto. Debo destacar que no es sólo sobre ésta postura que la Magistrada fundamenta su decisión, sino que, luego de realizar un extenso análisis sobre el alcance de los derechos que

les asisten a las víctimas, continúa examinando el dictamen fiscal y el resto de sus argumentos llevados por las partes. ---------- ---------- En definitiva, la Acusadora pública se opone a la suspensión del proceso por considerar que, en caso de transitar un debate y recaer condena, la misma superaría los tres años y no sería de ejecución condicional, ello en base a las circunstancias del caso y las secuelas presentes en el niño víctima (las que grafica), cuestiones de prueba que serán propias del juicio, en caso de realizarse. ---------- De las argumentaciones dadas por la fiscalía, y en consonancia ponderadas en la resolución de la Magistrada, surge que el rechazo de la suspensión del proceso a prueba en favor de P. obedece a genuinas circunstancias que son propias del caso y no a una "denegación sistemática" por tratarse de un delito de contenido sexual, tal como arguye el recurrente. Si bien la esforzada defensa intentó rebatir cada uno de los fundamentos esgrimidos por la Fiscalía, resulta ser resorte de ésta determinar fundadamente en qué casos desea continuar con el proceso. ---------- ---------- Finalmente debo destacar que en el marco de la audiencia de impugnación fue materia de controversia si la resolución dada por la Magistrada se armoniza con "*el interés superior del niño*", cuestionando el Defensor que el menor no fue escuchado en el proceso, tal como lo manda la Convención de Derechos del Niño. Al respecto, si bien mucho hay para decir, me limitaré a señalar que el espíritu del mencionado instrumento internacional se da de bruces con la pretensión del Defensor respecto a consultarle al niño si desea que continúe o no el proceso. En tal sentido asiste razón al Asesor de Familia cuando resaltó que el interés de su representado radica en obtener, por parte de un órgano jurisdiccional, la verdad del suceso objeto del proceso, derecho que se vedaría en caso de concederse la aplicación del Instituto reglado por el Art. 76 bis del CP. ---------- ---------- Así las cosas, entiendo que se deberá rechazar la presente

impugnación debiéndose volver la presente a la Oficina Judicial a fin que imprima el trámite pertinente. Así lo voto. ----------

---------- Con relación a los honorarios profesionales, concuerdo con resuelto por mis distinguidos colegas, debiendo diferirse la cuestión a la instancia oportuna. ----------

Así lo voto. ----------

---------- Con lo que se dio por culminado el Acuerdo, pronunciándose por unanimidad el siguiente:----------

---------- **FALLO**: ----------

---------- **I) RECHAZAR** la impugnación ordinaria deducida por la defensa de D. M. P., a cargo del Dr. Lucio Hernán BRONDES (Arts. 385 y cc. del C.P.P.). ----------

---------- **II**) **CONFIRMAR** la Resolución de fecha siete de mayo de 2019 dictada por la Jueza Penal de esta Circunscripción Judicial, Dra. Patricia Encarnación R., registrada digitalmente bajo el N° 1330/2019. ----------

---------- **III) DIFERIR** la fijación de honorarios profesionales del Sr. Defensor Público Penal, Dr. Lucio Hernán Brondes, para la oportunidad en que sean impuestos en la instancia de origen. ----------

---------- **IV) REGISTRESE**, protocolícese, notifíquese por su pública proclamación (Art. 331 del C.P.P.) y remítase a la Oficina Judicial para la continuidad de la causa según su estado. ----------

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal, por impedimento ulterior de la Sra. Jueza, Dra. Flavia Fabiana TRINCHERI (Art. 331, *in fine* del CPP).

Rafael LUCCHELLI	**Leonardo Marcelo PITCOVSKY**
Presidente	Juez de Cámara

Ante mí:

Corina Franco

Secretaria de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº 10 DEL AÑO 2019. CONSTE.-

Corina Franco

Secretaria de Cámara