Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

**Autos: "C. P. F. A. S/DCIA VIOLENCIA DE GENERO R/VICTIMA GAIMAN 2017 (Carpeta 7459 Ofiju Tw – Legajo Mpf Tw 72566)**

En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los once días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Carina Estefanía, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"C. P. F. A. S/DCIA VIOLENCIA DE GENERO R/VICTIMA GAIMAN 2017" (Carpeta 7555 Ofiju Tw – Legajo Mpf Tw 74228)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Oficial Sergio Rey, en representación de T. I. B., contra la sentencia dictada en fecha 26/06/19 por la Juez Penal Mirta DEL VALLE MORENO, registrada bajo el N° 1920/2019.

La sentencia impugnada acogió la oposición fiscal y rechazó la Suspensión del Juicio a Prueba propuesta por la defensa en beneficio del imputado B. respecto a los delitos acusados, estos es, Lesiones leves agravadas por ser perpetradas por un hombre, mediando violencia de género y Privación ilegítima de la libertad (Arts. 92 en relación al 89 y 80inc 11 y Art. 141 del Cód. Penal).

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada en sede de este Tribunal el día 27/11/2019, intervino el imputado T. I. B. -de demás circunstancias personales obrantes en autos- asistido por el Defensor Oficial Sergio Gabriel Rey; compareció por el Ministerio Público Fiscal el Fiscal General Arnaldo Maza.

En uso de la palabra el defensor explicó que conforme su presentación escrita requería se revoque la sentencia de la *a quo* y se disponga la Suspensión del Juicio a Prueba en favor de su asistido. Precisó que el agravio principal del resolutorio fue su arbitrariedad,

por tratar sobre un caso de aquellos regidos por art. 76 *bis* 1er. párrafo del Cód. Penal, en el que solo cabe al juez el control de razonabilidad de la petición, y en donde la juzgadora pese a que tuvo por reunidos los requisitos objetivos y subjetivos para acoger la petición, la rechazó.

La letra de la normativa de fondo aplicada tornaba innecesario el dictamen fiscal para resolver. Por otra parte, recordó que ni en la acusación, ni en la oposición a la concesión de la Probation se hizo mención al encuadre de la conducta cuyo reproche se perseguía en el tipo de violencia de género, habilitando ello a desechar la aplicación de normativa especial como la Convención de Belém do Pará o la Ley de Violencia contra la mujer.

Previo a cerrar su exposición ofreció el audio de la audiencia en la que se debatió la cuestión derivada en la sentencia en crisis, solicitando luego se revoque la decisión impugnada y se remita a un juez competente para establecer las pautas de conducta aplicables, cuya importancia destacó explicando en detalle el ofrecimiento concreto realizado para el caso.

Replicando el fiscal discrepó con la defensa, al calificar a la sentencia de grado como correctamente fundada. Explicó que desde su apreciación, más allá de que el caso encuadraba en el primer párrafo del art. 76bis del Cód. Penal, las razones brindadas por la acusadora para oponerse al otorgamiento de la Probation habilitaron a resolver la denegatoria por razones diversas que la magistrada desarrolló.

En cuando a la arbitrariedad del decisorio alegada por la defensa, debido a la contextualización del caso entre aquellos de violencia de género, la rechazó. En tal sentido recordó que al momento de peticionarse la Probation, no se controvirtió la calificación del hecho, siendo la de Lesiones agravadas en concurso con Privación ilegal de la libertad en contexto de violencia de género.

Recordó que el desarrollo de la imputación por

violencia de género estaba contenido en la acusación, y señaló que la jueza ponderó que aún encuadrado el caso en el primer párrafo del art. 76 bis del Cód. Penal, no correspondía la concesión automática del beneficio al imputado sin previo análisis de los criterios de razonabilidad y logicidad, justo aquellos esgrimidos por ese ministerio para oponerse a la aplicación del mentado instituto.

El Ministerio Público Fiscal en su oposición también citó jurisprudencia –caso Góngora-, como la convención del Belém do Pará y así justificó la necesidad de realizar el juicio en casos como el presente, único modo de ventilar el suceso investigado.

Refiriéndose al hecho imputado no dudó al encuadrarlo entre aquellos de Violencia de género, ora por la violencia inusitada y desproporcionada empleada, ora por la privación ilegal de la libertad desplegada para torcer el ánimo de una joven que deseaba concluir una relación, todo lo cual daba cuenta de un claro comportamiento de cosificación y anulación de la voluntad de una mujer por parte de un hombre para negar o torcer su decisión –detalladamente explicado en la acusación-.

En la sentencia, además de este aspecto vital que habilita a una mirada diferente del supuesto de hecho para la concesión del beneficio, más allá de las previsiones del art. 76 *bis* del Cód. Penal, también fue sopesada la opinión de la víctima, quien expresó su necesidad de atravesar el juicio para que se exponga con claridad la situación que vivió, en sintonía con la doctrina emanada de la jurisprudencia y lo normado en el art. 7 de la Convención de Belém do Pará (al disponer realización del juicio con el fin de combatir y erradicar la violencia contra la mujer).

Reiteró que para esa parte la sentencia atacada contaba con fundamentos suficientes, por lo que requirió su confirmación, no sin antes recordar una vez más que la calificación del hecho investigado nunca fue cuestionada.

Renovado en uso de la palabra el Defensor, dijo que el art. 76 *bis* del Cód. Penal es claro cuando se refiere al primer supuesto, -como lo reconoció la jueza en su

sentencia- al prescribir que el juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento. Esa tarea fue obviada por la Dra. Moreno, quien no valoró la cantidad de horas de tareas comunitarias ofrecidas, el plazo de prueba, etc., todo lo cual conforma otro agravio que se hace constar, la omisión de un recaudo de ley al sentenciar, tanto sustantivo como adjetivo.

La víctima, Srta. F. C. P., manifestó su necesidad de ir a juicio, cual señalara en instancias previas del proceso.

Previo al cierre del acto la Dra. Estefanía Interrogó en primer turno a la Defensa por la reparación económica ofrecida al momento de solicitar la Suspensión de Juicio a Prueba, explicando el defensor que propuso tareas comunitarias (citando a Vitale) y agregando que reparación económica, en concreto, no se ofreció.

Requerido luego el Fiscal para que diga si los testimonios ofrecidos en la acusación apuntaban al hecho central u a otras circunstancias, indicó el magistrado que se dirigían al hecho concreto, a circunstancias previas, concomitantes y posteriores, y en otros casos versaban sobre episodios ocurridos con anterioridad al hecho, pero con vinculación al comportamiento reprochado al imputado.

También el presidente del tribunal interrogó: en primer término al Ministerio Público Fiscal acerca de la existencia de medidas de coerción durante el proceso y en tal caso si fueron observadas, señalando el fiscal que se dictó una prohibición de acercamiento y agregando la víctima que al principio hubo algún incumplimiento pero luego cesó; luego de ello preguntó si comprendía el instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba a la víctima, que asintió.

Sobre el cierre del acto el Presidente del tribunal interrogó al fiscal por presupuestos fácticos que fueron mencionados durante la postulación efectuada en el presente acto, e incluso en la sentencia de condena, pero que no surgían de la acusación, indicando el Fiscal que la calificación fue Portación, porque si bien hubo disparos, no fueron dirigidos a persona determinada.

Concluida la deliberación se estableció por sorteo

el siguiente orden para la emisión de los votos: Carina Paola Estefanía, Roberto Adrián Barrios y Alejandro Gustavo Defranco.

**La Jueza de Cámara Carina Paola Estefanía dijo:**

Viene a este Tribunal una impugnación ordinaria de la Defensa contra la decisión de rechazar la suspensión de juicio a prueba en favor del imputado T. I. B., dictada por la Jueza Penal Mirta del Valle Moreno, mediante resolución registrada digitalmente bajo el nro. 1920/19 de fecha 26/106/19.

En esa oportunidad, la defensa solicitó se le otorgue a su defendido el beneficio de la suspensión de juicio a prueba, por considerar que su pupilo estaba imputado del delito de Lesiones Leves agravadas por ser perpetradas por un hombre y mediare violencia de género y Privación Ilegítima de la libertad, previstos en los arts. 92 en relación al art. 89 y 80 inc. 11, y art. 141 del Código Penal y que el MPF habría adelantado que no solicitaría una pena superior a los tres años de prisión.

Señaló que su defendido no tenía antecedentes condenatorios, que la pena podría ser condicional y que ofrecía realizar cien (100) horas de tareas comunitarias a favor del Estado, someterse a un tratamiento psicológico, capacitarse en la temática de violencia de género y demás pautas establecidas en el art.27 bis del Código Penal.

Agregó que la oposición del MPF sólo se apoyaba en que el delito había sido cometido en un marco de violencia de género y que en ese sentido existe normativa nacional e internacional incorporada a nuestra legislación que protege a la mujer víctima de violencia y le otorga el derecho al juzgamiento del hecho.

Luego ataca la decisión de la Jueza de Grado y considera que la fundamentación está viciada por arbitrariedad.

Señala que la magistrada no explica porqué motivo el hecho es un caso de violencia contra la mujer, motivado por alguna razón de género concreta, más allá de haber seleccionado como víctima a su ex pareja.

Entiende que el Fiscal no hizo mención a que las

conductas fueron dirigidas a su ex pareja por su condición de género y luego, en cuanto a la inclusión del caso dentro de los atrapados por la protección de la Convención de Belém do Pará y la Ley contra la Violencia de la Mujer Nro. 26.485, considera que la aplicación del instituto resulta ser una respuesta penal, al imponer privación de derechos.

Agrega que la Instrucción Nro. 1/09 del MPF habilita a los Funcionarios y Fiscales Generales a aplicar soluciones alternativas.

El defensor culminó su exposición solicitando se conceda la suspensión de juicio a prueba.

En la audiencia ante esta Cámara en lo Penal, el Fiscal General mantuvo su oposición y señaló que la misma respondía claramente a que era un caso de violencia contra la mujer agravado por la cuestión de género, que el mismo se inscribía en una situación de violencia crónica, que demostraría con los testimonios que ofreció a tal efecto y que tenía en cuenta la voluntad de la víctima que se oponía a la concesión del instituto y solicitaba que el caso sea resuelto en un Juicio Oral.

La víctima ejerció su derecho de declarar y allí manifestó que no estaba de acuerdo que el caso se resuelva con una suspensión de juicio a prueba, haciendo saber a este Tribunal que conocía qué significaba la aplicación del mismo.

Para dar comienzo al tratamiento de los agravios, debo señalar en primer lugar, que conforme hemos advertido durante la deliberación, la presente causa llega a esta Alzada con dos defectos procesales que no pueden ser subsanados de oficio, motivo por el cual coincido con mis colegas que deberá nulificarse la decisión en crisis y reenviarse a la instancia anterior a fin de que se sustancien, conforme a las pautas procesales, las correcciones que correspondan.

El primero de los defectos que hemos hallado está plasmado en la Acusación Pública y tiene relación con la no fijación de la forma en que concursan los dos delitos que imputa el MPF: Lesiones Leves Agravadas por ser perpetrada por un hombre y mediare violencia de género y

Privación Ilegítima de la libertad (Arts. 92 en relación a los arts. 89 y 80 inc. 11 y 141 del Código Penal)

No surge de la Acusación Pública como concursan estos dos delitos que prevén una pena de seis meses a dos años en el caso de las Lesiones Leves Agravadas y de seis meses a tres años en el caso de la Privación Ilegítima de la Libertad.

Sabido es que la escala penal varía sustancialmente de acuerdo a la forma en que concursan los delitos y aquí el máximo de la pena podría ser de tres años si se aplica art. 54 del C.P. y de cinco años si se aplica el art. 55 del C.P., no habiendo ninguna variación en los mínimos.

Si bien el Fiscal al realizar la pretensión punitiva provisoria refiere que no será superior a los tres años de prisión, esta fijación provisional, en modo alguno suple la deficiencia antes referida.

Es necesario que la escala penal este correctamente establecida, ya sea para tramitar la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba o para, en caso de condena, fijar la pena.

Nótese además que en el caso, la diferencia entre una y otra escala incidiría directamente en cuál de los supuestos previstos por el art. 76 bis del Código Penal quedaría incluido el pedido realizado por el imputado, no siendo igual el tratamiento previsto en el segundo párrafo que el referido en el cuarto del citado artículo.

El segundo párrafo establece que "*En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años*", mientras que el cuarto párrafo dice "*Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio*".

Un paréntesis para señalar que la Jueza al analizar el pedido del imputado decide incluirlo en el primer párrafo del art. 76 bis del Código Penal, lo cual también es erróneo, porque el mismo prevé el otorgamiento de la *probation* cuando se lo ha imputado de "un" delito de acción

pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años.

Se trata de una decisión infundada porque no señala cual es la razón por la cual lo incluye en ese supuesto y además porque la opción del primer párrafo sólo se aplica – como menciono antes de ahora- cuando la acusación imputa un solo delito.

La magistrada no puede seleccionar ninguna de las opciones que prevé el art. 76 bis del C.P., si su decisión no tiene sustento en el trámite procesal. La conducta que debió seguir fue advertir a las partes el defecto de la Acusación Pública y previa sustanciación de la corrección, continuar con el procedimiento.

Pero además, debo señalar que la Jueza no optó por ninguna de las dos opciones que podrían responder al caso conforme las diferentes reglas del concurso, toda vez que como ya lo sostuve si se aplican las reglas del concurso ideal tramita conforme lo prevé el segundo párrafo del art. 76 bis del C.P. y si fuese concurso real tramita conforme lo previsto en el cuarto párrafo del artículo citado.

La deficiencia apuntada con más el error de la magistrada al resolver, resultarían suficientes para nulificar la decisión jurisdiccional y reenviar las actuaciones a fin de que se sustancie la corrección de la Acusación Pública en cuanto no contiene el modo en que concursan los delitos enrostrados, sin embargo, hemos coincidido en que es necesario además, señalar cual es el segundo vicio que también contiene la sentencia denegatoria de la suspensión del juicio a prueba.

II) En este punto, resulta apropiado dejar sentado, que al no encontrar en las constancias de estos actuados cual era el ofrecimiento económico que el imputado por sí o por intermedio de su defensor hubiera realizado ni tampoco la resolución se refería a la razonabilidad del mismo, al momento en que el Presidente del Tribunal me concede la palabra para realizar preguntas a las partes requerí al defensor informe cual había sido el monto ofrecido. El Dr. Sergio Rey respondió que habían ofrecido cien horas de trabajo comunitario pero que no había

ofrecido ninguna reparación económica a la víctima.

Durante la deliberación de esta Cámara en lo Penal, advertimos que efectivamente, como lo había dicho el Defensor, no se había dado cumplimiento a la exigencia establecida en el art. 76 *bis*, párrafo 3ro. del Código Penal, que establece como requisito de admisibilidad para la procedencia del instituto de suspensión de juicio a prueba, el ofrecimiento por parte del imputado de la reparación del daño en la medida de lo posible y la consecuente decisión jurisdiccional sobre la razonabilidad de la misma.

Textualmente la ley establece: "*Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente*".

Concretamente, ni el imputado ofreció ni la Jueza al resolver hizo mención a la falta de oferta reparatoria y su decisión únicamente versó sobre el dictamen negativo del MPF, que a su criterio estaba fundado y era razonable por considerar que se trata de un hecho de violencia de género argumentando en ese sentido.

Haciendo un brevísimo raconto de la jurisprudencia, desde la resolución adoptada en el año 2009 en la Carpeta Judicial Nro. 630, tramitada en la Cámara en lo Penal de Esquel, con distinta integración, se ha considerado que "en el marco del procedimiento adversarial los aspectos que hacen a la regulación legal de procedencia de los diversos institutos, como es el caso de la suspensión del juicio a prueba, resultan indisponibles para las partes y el Juez por cuanto, de otra manera, se desvirtuaría la naturaleza misma del instituto tal como lo ha previsto el legislador. En este sentido, aparte de que uno de los fines del instituto de la suspensión del juicio a prueba es procurar la no estigmatización de la causado primario, lo

es también el de procurar la solución del conflicto. Claramente el legislador apunta esta finalidad cuando en el párrafo 3° del art. 76 *bis* del C.P. dice que al presentar la solicitud el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible y que el juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. O sea que la resolución del Juez acerca de la razonabilidad es condición esencial para luego analizar la procedencia de la suspensión" (Voto del Dr. Jorge Eyo)

En ese sentido, el jurista especializado en la materia, Dr. Gustavo Vitale, en la obra "Suspensión del Proceso penal a prueba" sostuvo que *el ofrecimiento reparatorio es un requisito que se integra en primer lugar con el ofrecimiento que debe hacer el imputado, al solicitar la suspensión del juicio a prueba, de reparar el daño producido por el delito, en la medida de lo posible y en segundo término, con la decisión jurisdiccional que debe decidir sobre la razonabilidad del ofrecimiento. Requisito que a su vez, tiene que ver con una de las finalidades del instituto en tratamiento, cual es la de brindar protección a la víctima, a graves de la reparación de los daños que el delito imputado le causó, lo que se ha considerado como un importante adelanto en la construcción del sistema penal, frente al tradicional desentendimiento de este de las víctimas del delito*" (pág. 54)

La Jueza de Cámara Dra. Cristina Jones, en aquella oportunidad destacó que "*conforme la misma ley sustantiva, la decisión jurisdiccional aludida sobre la razonabilidad de la reparación ofrecida, recae únicamente en el Juez, una vez que haya escuchado a la víctima, quien, conforme lo establece el mismo articulado, podrá aceptar o no dicha reparación*". (NIC 630).

Entiendo, conforme lo dicho, que en el caso el imputado ha omitido dar cumplimiento a un requisito esencial y que luego, la resolución judicial en crisis tampoco ha cumplido con los requisitos y presupuestos previstos por la ley sustantiva para el otorgamiento o no de la suspensión de juicio a prueba, los cuales resultan indisponibles tanto para las partes como para el juzgador,

por lo cual faltando uno de ellos no resulta posible discurrir sobre su procedencia o rechazo.

Debe aclararse que no se puede confundir la reparación social que exige el instituto con la reparación a la víctima. La propuesta de realizar trabajos comunitarios tiene relación con reparar el daño que una conducta reprochada penalmente produce a la sociedad directa o indirectamente y responde a la exigencia prevista en el primer párrafo del artículo 76 ter del C.P. que remite al art. 27 bis del C.P. Mientras que la reparación económica del tercer párrafo del art. 76 bis del C.P. es para reparar el daño a la víctima del delito enrostrado, y el trabajo comunitario se inscribe en la reparación social, a la vez que se trata de una obligación mediante la cual se pretende que el imputado incorpore o fortalezca pautas de convivencia ciudadana.

Esta diferencia surge claro de la norma, que además prevé tratamiento y consecuencias diferentes. En el caso de la reparación económica a la víctima refiere que debe ser razonable y corresponde solamente al Juez valorar esa condición del instituto. La víctima debe estar debidamente anoticiada del ofrecimiento y tiene el derecho de aceptar o no la reparación y su negativa no impide la concesión de la probation, caso en el cual tiene expedita la acción civil.

En cuanto a la reparación social el art. 76 *bis*, tercer párrafo, da cuenta que el Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis. Corresponde aclarar, que en nuestro ordenamiento procesal acusatorio y de corte adversarial, el MPF es el órgano que se expide sobre la suficiencia o no de las reglas de conducta que el imputado se compromete a cumplir como también respecto del plazo de suspensión del proceso, no pudiendo el Juez imponer otras reglas diferentes a las que discutieran las partes ni un plazo de suspensión mayor al acordado.

La propuesta de reparar el daño social con cien (100) horas de trabajo comunitario no sustituye la obligación del imputado de ofrecer una reparación económica razonable a la víctima, considerándose que la misma debe ser en la

medida de sus posibilidades.

El imputado siempre debe solicitar la aplicación del instituto en la forma que lo impone la ley, aun cuando el MPF le hubiera adelantado extra procesalmente que se opondría al instituto por razones que involucran cuestiones de fondo, como es el caso.

Por otra parte el Juez, debe exigir al imputado que integre su planteo cuando no ofrece la reparación y luego de escuchar a la víctima sobre su aceptación o no, debe expedirse sobre su razonabilidad y recién entonces avanzar en el análisis de los demás requisitos, atendiendo o no la oposición del MPF.

En definitiva y conforme todo lo expuesto, por los dos vicios procesales antes desarrollados, corresponde nulificar la sentencia registrada con el Nro. 1920/2019 y reenviar las actuaciones para que se sustancien las correcciones que las partes estimen necesarias, debiendo intervenir un/a magistrado/a distinto/a a la que dictara la decisión nulificada.

Con relación a los honorarios del Defensor público Sergio Rey, deberán ser regulados en la oportunidad procesal en el que se resuelva en definitiva la presente causa. Así voto.

**El Juez de Cámara Roberto Adrián Barrios dijo:**

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por la jueza penal Mirta del Valle Moreno, corresponde ahora revisar la decisión por la cual denegara el beneficio de la suspensión del juicio a prueba instado por el imputado T. I. B..

2. Todos los antecedentes del caso han sido reseñados en extenso y con detalles por la doctora Carina Estefanía, por lo que evitaré reiterarlos, y pasaré sin más a los fundamentos de voto.

Al primer control de la decisión jurisdiccional de cara a los agravios que fueran sustanciados en audiencia, surgen evidentes dos defectos procesales que si bien no fueran expresamente invocados, tornan imposible la continuidad de la revisión.

2.1 El primero de ellos tiene que ver con la calificación jurídica de la acusación.

La fiscalía omitió aclarar de qué manera concurren los delitos de lesiones leves agravadas por ser perpetrado por un hombre y mediare violencia de género, y el de privación ilegítima de la libertad, previstos en los arts. 92 en relación a los artículos 89 y 80 inc 1) y art 141 del Código Penal.

Esta omisión, en la instancia por la que transitó el proceso y sobre todo en esta instancia de revisión, cobra particular importancia por el trámite que un pedido como el de la suspensión de juicio a prueba debe tener.

Sabido es que el *baremo* que habilita o no la accesibilidad al beneficio, fue determinado por el legislador con la penalidad establecida en cada tipo penal, y los supuestos que el artículo 76 *bis* del código de fondo prevé.

Esa tabla de cálculo, que hace de referencia a la admisibilidad del instituto, se encuentra en la letra de la ley cuando posibilita su goce.

En el caso, el Ministerio Público Fiscal subsumió el hecho en una calificación jurídica de incierta escala penal, ya que de acuerdo a la forma en que puedan concursarse los delitos, la escala penal varía sustancialmente en su extremo máximo, y con ello, el trámite de la suspensión de juicio a prueba requerido.

Si en el presente caso contra B., se concursan los delitos con las reglas del concurso ideal del art. 54 del C.P., el máximo de la escala penal sería de tres años y con ello el trámite pasaría por el establecido en el segundo párrafo del artículo 76 bis del código penal. En cambio, si se concursa con las reglas del concurso real del art. 55 del C.P., el máximo de esa escala impondría el trámite del cuarto párrafo del artículo 76 bis.

A ello se aduna al desconcierto del trámite dado por el A Quo, que, siguiendo el errado dictamen fiscal, lo circunscribió al previsto en el primer párrafo del artículo 76 bis del código penal.

Es muy claro que el caso acusado no incumbe *un delito,* como reza la norma utilizada por la jueza, sino que insólitamente para la resolución del pedido, ha tenido particularmente en cuenta la oposición fiscal.

Y marco el error de la fiscalía y de la jueza en el encuadre del pedido, con la cita de Gustavo Vitale, en su obra "Suspensión del Proceso Penal a Prueba", Ed. Del Puerto, 1996, pagina 167, cuando al referirse a las condiciones propias de admisibilidad del primer grupo de casos, dijo: *"El primer grupo de casos -es decir el previsto en el primer párrafo del art.76 bis- requiere, como condiciones propias de admisibilidad, que se impute un* ***único delito*** *'reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años´."* Es mio el resaltado en negrita.

En síntesis: La jueza Mirta Moreno enmarcó el pedido en el trámite del primer párrafo del artículo 76 *bis* del código penal, no fundó porqué lo hizo, y finalmente resolvió dándole trascendencia a la oposición del fiscal, como si lo hubiera tramitado con las reglas del cuarto, también sin fundamentar.

Ello así, determinaría la nulidad del resolutorio, sin embargo, a fin de evitar si siga dilapidando tiempo y recursos en perjuicio del proceso y sus actores, debemos marcar un segundo defecto.

2.2 Surge también evidente la falta de ofrecimiento del pretenso probado de la reparación del daño a la víctima, la que sin dudas consiste en un requisito para el instituto

No solo la ausencia de antecedentes y a la posible ejecución condicional de la pena puede habilitar la posibilidad de la concesión del beneficio. Es necesario también dar cumplimiento a la exigencia establecida en el tercer párrafo del art. 76 bis, del Código Penal, una de las formas en que el legislador ha pretendido dar mayor tutela a la víctima.

*"Éste es un requisito que, además de pretender internalizar en el imputado la existencia de una posible víctima del hecho que se le atribuye, se exige con el fin de brindarle a la víctima la protección que actualmente el sistema penal no le acuerda. Por ello es que, en un buen número de casos, el instituto servirá para otorgar a la víctima la única vía posible de reparación del daño sufrido, pues actualmente -en nuestra cruda realidad*

*penal- dicha reparación es inexistente o, en todo caso, muy excepcional.”* (Gustavo Vitale, obra citada, pagina 124).

Así coincide también Alberto Bovino en “*La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino”*, Ed Del puerto, año 2001, cuando dijo que “*la norma contiene, como requisito de admisibilidad de la solicitud para que se suspenda el procedimiento penal, la obligación del imputado de realizar un ofrecimiento a la persona damnificada en el cual acepta hacerse cargo de reparar el daño causado, en la medida de sus posibilidades.”* Los subrayados fueron efectuados por mi a efectos de destacar la idea, que se encuentran en la página 125 del libro citado.

Por supuesto que la reparación ofrecida siempre es en la medida de las posibilidades de cumplimiento del pretenso, y no escapa a la vista concreta de la víctima que puede o no aceptarlo. Aun en este último supuesto, el juez puede igualmente otorgarlo.

Las condiciones para admitir el pedido son claras. Hay que cumplirlas para que puedan valorarse, si no se cumplen, no es posible hacerlo.

En el presente, devino ausente el ofrecimiento de reparación a la victima por parte del imputado, también devino ausente el temperamento de la víctima sobre su perjuicio y la mensuración de los daños padecidos si es que los tuvo. Devino ausente por parte de la juez, la exigencia y ponderación de dicha oferta concreta de reparación.

3. Por todo lo analizado, constituyendo los defectos marcados vicios en el procedimiento que no pueden ser subsanados, voto por declarar la nulidad de la sentencia venida en impugnación, y consecuentemente el reenvío de la carpeta a la oficina judicial de Trelew a efectos que, teniendo en cuenta lo resuelto en el presente fallo, se prosiga con el proceso según su estado.

4. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, adhiero a lo propuesto por la vocal que me precede en el orden de votos.

Así voto.

**El Juez de la Cámara Alejandro Gustavo Defranco dijo:**

**1.-** Ya han sido exhaustivamente detallados los antecedentes del caso por la Jueza Estefanía, por lo que huelga reiterarlas. Solo recordar que, en estos folios, no se ha hecho lugar al pedido de suspensión del juicio a prueba solicitado a favor de T. I. B., a quien se le imputa la presunta comisión de los delitos de Lesiones leves agravadas por ser perpetrado por un hombre y mediare violencia de género y Privación Ilegítima de la libertad, de los arts. 92, en relación al art. 89 y 80 inc. 11 y art. 141 del Código Penal, todo ello conforme la acusación fiscal obrante a fojas 16 del Legajo Nro. 72566.

**2.-** La Jueza del caso, Mirta del Valle Moreno, funda la negativa al reconocimiento del derecho a suspender el proceso en diversas consideraciones las que pueden sintetizarse en las siguientes:

En primer lugar, comienza el tratamiento de la cuestión estimando que "…*la escala penal punitiva y la pretensión punitiva estimada por el acusador público en el caso particular la pena en tres años de prisión, fija el límite de su pretensión, por lo que, prima facie, la suspensión del juicio a prueba debe ser analizada dentro del primer párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, y por lo tanto la oposición fiscal a la concesión del instituto no resulta vinculante para este Juez…*".

Prosigue: "…*la aplicación de salidas alternativas en el proceso penal, previstas en nuestra legislación, lo son para aquellos casos de escasa o mediana gravedad, cuando el imputado no posee antecedentes anteriores y cuando el fiscal, con el acuerdo del imputado, solicita al juez de garantía que suspenda temporalmente el proceso y éste acepta. Y como sostengo, si bien la probation o suspensión de juicio a prueba es un derecho del imputado, su procedencia no opera de manera automática…*".

**3.-** En primer lugar, parte la jueza de un desatino. No debe solicitar el fiscal la suspensión del proceso. Es claro el dispositivo legal en cuanto a que procede la misma a solicitud *del imputado* y tampoco es cierto que el acusado presta su conformidad, sino que, a la inversa, en algunos

casos es requerido el consentimiento del MPF al pedido de la defensa.

Hecha esta aclaración, ha dicho la jueza que atento la escala penal de los delitos imputados el caso debe ventilarse conforme la norma que emerge de la disposición del primer párrafo del art. 76 bis, CP, atento la pena requerida en la acusación (que no superaría los tres años, conforme escrito de fojas 16 vta.).

También yerra aquí la decisora.

**4.-** Resulta una obviedad, definitivamente resuelta por la C.S.J.N., (in re *"Acosta, Alejandro"*, del 23/04/2008, considerando 7), que el art. 76 bis distingue tres supuestos diferentes de aplicación de la suspensión del procedimiento penal a prueba.

En primer lugar, el instituto se aplica en los casos en los cuales la pena máxima de prisión dispuesta para el delito (o el concurso de ellos) *"no exceda de tres años"*.

*"La tarea del juez, cuando se trate de estos dos primeros supuestos, consiste, exclusivamente, en verificar el cumplimiento de los requisitos objetivos exigidos legalmente -primero, la imputación de un delito, o concurso de delitos de acción pública, cuyo máximo no exceda de tres años; segundo, la solicitud del imputado que contenga la reparación del daño- e informar a la parte damnificada sobre la oferta de reparación. Cumplidos estos requisitos, el juez debe analizar la razonabilidad de la oferta y decidir si suspende el procedimiento en resolución fundada…"* (Bovino, A.-Lopardo, M.-Rovatti, P.; *"Suspensión del procedimiento a prueba"*, del puerto, 2013, pág. 62).

En estos casos, casi huelga decirlo, no es necesario el consentimiento fiscal, porque los delitos a los que están destinados son de escasa gravedad acerca de los cuales el juicio de oportunidad contra la persecución penal lo ha hecho el legislador, a través de una disposición legal y abstracta.

**5.-** Además de estos dos supuestos, la ley prevé un último grupo que consiste en aquellos en que, a pesar de que la escala penal para el delito imputado supere los tres años de prisión, *las circunstancias del caso*

*permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable* (art. 76 bis, IV párrafo).

En estos casos, se requiere consentimiento fiscal; al contrario de los de exigua gravedad, en los previstos en el cuarto apartado, es necesario un juicio concreto de oportunidad político-criminal acerca de la conveniencia o no de la continuación la persecución penal, juicio encomendado por el legislador al representante del M.P.F.

**6.-** Este es, además, el criterio que se desprende del fallo **"Puertas"**, del cimero tribunal provincial, citado por la juez, aunque erróneamente, por referirse la doctrina del fallo a un supuesto enancado en las previsiones del cuarto párrafo, mientas que la magistrado estimó que era subsumible en el primero del art. 76 bis.

En aquel precedente, se dijo que *"…de manera pues que, si como se alega, el Ministerio Publico invoca una instrucción general emitida por el SR. Procurador General de la Provincia en delitos de la naturaleza del que se trata, para oponerse a la operatividad del art. 76 bis del C. Penal, el rol de la magistratura limitará a observar si en el caso concreto el perseguidor revela argumentos plausibles que relacionen medios y fines… si el perseguidor vierte un discurso que demuestra que el caso que se plantea es de aquellos cuyo enjuiciamiento resulta conveniente a los criterios de persecución adoptados, según las circunstancias en un momento determinado; que, en ese litigio, no resulta arbitraria la apertura del juicio oral frente a una proposición suspensiva..."*.

**7.-** Y estimo que erró la Juez interviniente ya que, como se acaba de explicar, el hecho que el representante MPF estime que la pena a solicitar en caso de declaración de autoría habrá de ser no superior a los tres años (no especificándose en la acusación si lo sería de cumplimiento efectivo o no), no implica que el caso se traslade a los supuestos del primer párrafo (o segundo, en caso de concurso de delitos), porque es la escala penal prevista en abstracto la que establece a qué grupo de supuestos pertenece el hecho imputado, independientemente de que se estime una menor al monto que permita la condicionalidad de la sanción.

**8.-** Ahora bien. De acuerdo a lo dicho, habrá de estarse a la escala penal prevista en abstracto por el Código Penal en las figuras seleccionadas por la acusadora, para determinar bajo que hipótesis se analizará la procedencia de la *probation.*

Puesto a verificar tales extremos, nos encontramos en la deliberación con un valladar a esa tarea, lo que, a la sazón, lleva indefectiblemente a la declaración de la nulidad de la resolución por no ser una derivación razonada del derecho vigente.

En efecto, los hechos imputados por la Fiscalía en el escrito de acusación fueron subsumidos en las mandas de los arts. 92 (en relación con el art. 80, inc. 11 y 89, CP) y art. 141, estos es, los delitos de Lesiones Leves agravadas por ser perpetrado por un hombre y mediare violencia de género y privación ilegítima de la libertad.

Obsérvese que, en caso de entender el acusador que se trataba de un concurso material de delitos, la escala penal aplicable, según los respectivos dispositivos y de conformidad con el art. 55, sería una que tiene como mínimo seis meses de prisión y, como máximo, la de cinco años de la misma especie de pena, lo que llevaría a considerar la viabilidad del instituto solicitado dentro de los parámetros del cuarto párrafo del art. 76 bis, con la necesidad de contarse con el consentimiento fiscal.

Por el contrario, si se hubiera interesado a la magistratura por un concurso ideal de delitos, del art. 54, CP, la escala penal correría entre la pena de seis meses como mínimo con un máximo de tres, la correspondiente al delito mayor, esto es la Privación Ilegítima de la libertad (ar. 141, código de fondo), hipótesis en la cual sería irrelevante el acuerdo fiscal y la concesión del derecho a suspender el proceso vendría a ser procedente, salvo irracionalidad manifiesta o falta de alguno de los presupuestos de procedibilidad.

Ante tal carencia de señalización de bajo cuales reglas del concurso debían analizarse los hechos, mal podía resolver la magistrado, por lo que su decisión carece de razonabilidad alguna.

**9.-** Pero además, es necesario destacar que mal decide

la Jueza al incluirlo en el primer párrafo del art. 76 bis, no solo por lo que se consignó en el apartado 7 de este voto, sino que, además, en todo caso, hubiera correspondido según su criterio la subsunción en el segundo párrafo, que prevé los casos de concurso de delitos y no uno único como lo hace el primero.

Por ello, por resolver la cuestión contra las constancias del procedimiento y aún en ausencia de datos objetivos que debieron hacerse constar en la acusación, ademas de la errónea subsunción en el primer dispositivo del art. 76 bis, es necesario decretar la nulidad del resolutorio.

**10.-** Que si bien lo expuesto ya es suficiente para anular el fallo, lo cierto es que, además, no se dio cumplimiento en el trámite de solicitud al requisito de procedencia establecido en el párrafo tercero del art. 76 bis, esto es, el ofrecimiento por parte del imputado de la reparación del daño en la medida de lo posible.

Que tal ofrecimiento del daño, el cual debió ser estimado por la Fiscalía en la acusación, o al menos, al obviarse el requisito, ser materia de oposición, no es un mero recaudo ritual; es el mayor exponente de que la suspensión del proceso a prueba es una herramienta eficaz para dar satisfacción a la víctima a través de la reparación de los deméritos que la acción injusta le provocó y, a la par, actuar como un acto que permita tomar conciencia al imputado acerca de las consecuencias de su actuar ilegítimo.

Que sin perjuicio que esta reparación es en la medida de las posibilidad del imputado, y más allá que puede ser aceptada o no por la víctima (quien tiene expedita la acción civil en caso de negativa), lo cierto es que mal puede resolver el juez de la causa ante la omisión de este requisito ineludible que impide expedirse sobre su procedencia.

Es que resulta una operación de la mas básica lógica que, para determinar la procedencia o no de la suspensión del juicio condicionalmente (lo que puede extenderse a toda salida alternativa al conflicto), en primer lugar es necesario confirmar la existencia de los requisitos de

admisibilidad (falta de antecedentes, abandono de los objetos sujetos a decomiso, el abono del mínimo de la multa prevista, etc.) para luego, en una segunda operación, determinar si, conforme cuestiones de política criminal esbozadas por la acusadora, resulta o no conveniente la aplicación del instituto en los casos que se exige el consentimiento.

Y no se confunda la necesidad de la reparación en lo posible del daño concreto que afectó a la víctima, con la realización de trabajos comunitarios, los que, si bien pueden ser aplicados a estar a las reglas del art. 27 bis, carecen del efecto indemnizatorio que posee el primero, siendo un intento de comprometer al imputado en el entramado social que es víctima también por la afectación al bien jurídico en abstracto y que no reemplaza, en lo mas mínimo, al perjuicio patrimonial concreto del damnificado.

**11.-** En definitiva, entiendo con mis colegas que la Juez debió intimar al imputado o su defensor a que incluya en su petición la reparación concreta a la que se comprometía, siempre dentro de sus posibilidades, y, escuchada la víctima, resolver acerca de su razonabilidad.

Por todo ello entonces, de conformidad a lo expuesto, voto por la anulación del resolutorio venido en crisis, proponiendo reenviar las actuaciones para que, en caso de así considerarlo el imputado, se sustancie nuevamente la petición de conformidad con los lineamientos de este fallo y que otro Juez designado por la Oficina Judicial se avoque a su resolución en legal forma.

**12.** En punto a las costas y honorarios de la Defensa, adhiero a la propuesta de la vocal que lidera el presente acuerdo.

Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta

**S E N T E N C I A:**

**1)** Declarar la nulidad de la sentencia registrada bajo N° 1920/19 Ofijud TW, dictada el 26/06/19, de conformidad con los fundamentos dados;

**2)** Reenviar los presentes a la Oficina Judicial

de esta ciudad, a los fines que, de así considerarlo el imputado T. I. B., se sustancie nuevamente la petición de conformidad con los lineamientos de este fallo por intermedio del juez que corresponda, (art. 387 del C.P.P.);

**2)** Diferir la imposición de costas y regulación de los honorarios profesionales de la Defensa Pública para el momento en que sean establecidos los correspondientes a la instancia de mérito;

**3)** Regístrese, protocolícese y notifíquese.

**Roberto Adrián Barrios Alejandro Gustavo Defranco**

La Dra. Carina Estefanía no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto a esta sede mediante correo electrónico. Registrada con el Nro.: 144/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

**Carlos Enrique Pedelaborde**
**Secretario de Cámara**