En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de marzo del año dos mil veinte, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Hernán Dal Verme, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., N. s/denuncia pto. abuso sexual r/víctima W.A.M. (menor) (Carpeta 7401 Ofiju Tw–Legajo 68422 OUMPF Tw**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Sr. Defensor Público, Dr. Juan Manuel Salgado en representación de G. O. S., contra la resolución dictada en fecha 06/08/2019 por la Juez Penal Mirta del Valle Moreno, registrada digitalmente bajo el Nro. 2305/2019, que rechaza la Suspensión del juicio a prueba solicitada.

En la citada sentencia, la *a quo* desestimó la aplicación de la Suspensión del juicio a prueba en beneficio de G. O. S., entendiendo que los hechos atribuidos al nombrado, calificados por el Ministerio Público Fiscal como Abuso sexual simple agravado por aprovechar la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado y en calidad de autor (arts. 119 primer párrafo, en relación con el cuarto párrafo inc f de la misma norma, 55 contrario sensu y 45 del Cód. Penal), no resultan ser uno de los que el Estado pueda calificar de escasa trascendencia penal.

Consideró además que la reparación ofrecida por el imputado en modo alguno cumple con el propósito sentado por la ley, a lo que se sumaba la oposición del titular de la acción penal, que estimó fundada y consecuentemente vinculante para la Magistratura.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 20/02/2020 en sede de este tribunal intervino el imputado G. O. S., (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) junto a la abogada adjunta de la Defensa Pública, Dra. Romina Rowlands; la denunciante N. M. M. asistió al acto, como así también la Fiscal General

Carolina Marín.

En uso de la palabra la Abogada adjunta de la Defensa Pública señaló que sostendría la impugnación efectuada por el Dr. Juan Manuel Salgado -quien estuvo a cargo de la causa- en relación a la denegatoria de Suspensión del juicio a prueba dictada como resultado del tratamiento de la cuestión previa introducida en la audiencia de juicio desarrollada el día 1° de agosto de 2019.

Recordó que el Ministerio Público Fiscal ha calificado el hecho ventilado como Abuso sexual simple agravado por la situación de convivencia bajo la modalidad de delito continuado, lo cual permite la aplicación del instituto previsto en el art. 76bis del Código Penal. Ello así por cuanto S. carece de antecedentes condenatorios y la pena en expectativa hace suponer que como mínimo nos encontramos en el cuarto párrafo del art. 76bis del Código de Penal, pero lo más importante, es que existe al efecto el temperamento positivo de la víctima del hecho. En este marco se propuso la Suspensión del Juicio a prueba por el término de 3 años, con realización de 40 horas de tareas comunitarias y tratamiento psicológico a realizar por S., condición esta última puntualmente requerida por la víctima para consentir el instituto de marras.

Aclaró que el temperamento de la víctima fue recogido ya durante su mayoría de edad por el Dr. Salgado, que al efecto lo hizo constar en acta de estilo. En Síntesis, ella propone clausurar el proceso mediante la salida alternativa en discusión, requiriendo al imputado reciba tratamiento psicológico, no sin antes explicar que entiende que todo ello es positivo para el grupo familiar, porque cree que es bueno perdonar y porque su situación familiar ha cambiado desde el momento de los hechos, dado que no volvió a convivir con S..

La jueza interviniente rechazó la Suspensión del juicio a prueba por considerar la reparación ofrecida insuficiente, además de vinculante el dictamen fiscal de oposición.

Expuso la Defensa su criterio en torno a la reparación económica que como recaudo exige el instituto, concluyendo

en que *"… se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima…"*. Desarrolló el tópico y efectuó citas doctrinarias.

Ya apuntando al dictamen fiscal hecho propio por la jueza, lo explicó como el resultado de *"… una interpretación errónea de Belém Do Pará con el fallo Góngora que deja de lado las reglas de Tokio por ej…"*. Puso de resalto que la normativa internacional propende a soluciones como la propuesta, incluso en los delitos de género, evitando la apropiación estatal del conflicto. Nuevamente citó doctrina en apoyo de su postulación e insistió en su petición analizando la ineficacia de una pena de cumplimiento efectivo para el caso, circunstancia que nunca fundó en su dictamen opositor el Ministerio Público fiscal, ni en su sentencia la *a quo*.

En el tramo final de su argumentación reflexionó sobre las consideraciones contenidas en el fallo atacado en torno a la expresión de voluntad de la víctima, sospechada de obedecer a presiones familiares y económicas, proponiendo sea respetada al resolver, atendiendo a su actual contexto familiar -que explicó en detalle- (amplió con citas doctrinarias conforme registro de audio).

Concluyó la defensora diciendo: *"… Señores jueces, lo que pretende esta defensa es que no nos apropiemos del conflicto. Esto es una familia que ha superado este conflicto que se ha suscitado dentro del seno familiar. Hoy a todas luces la situación está reparada, y más allá de eso hacemos el ofrecimiento concreto; sostenemos que es viable la aplicación de la Suspensión del juicio a prueba, es todo…"*

En su responde, la Fiscal Carolina Marín propuso al tribunal previo a resolver, oir el audio de la audiencia desarrollada el día 05/08/19, en donde se discutió ante la *a quo* la aplicación a los presentes autos de la Suspensión del juicio a prueba.

En tal sentido recordó que su oposición se edificó sobre la gravedad de los hechos imputados, que hacen esperable la aplicación de una pena muy superior a los 3 años de prisión, límite legal para imponer una condena de

ejecución condicional (art. 76bis 4to párrafo del Código Penal). La referida gravedad derivaba de la calificación legal y de los hechos reprochados a S. -por cuanto fueron perpetrados bajo la modalidad de delito continuado, sobre una menor, y desde sus 7 a sus 15 años de edad- condujo a dictaminar en oposición a la petición de la defensa con atendibles argumentos acogidos en la sentencia en crísis.

Refirió también *"… Fue escuchada la víctima conforme lo establece el art. 99 inc. 3ro. Como asimismo el art. 49 del C.P.P.Ch. en su último párrafo, y aún ha fundado la señora juez por qué motivos resolvía aún en contrario a lo que decía la víctima..."*, explicando las particularidades de la situación familiar e individual que justificaban extremar la prudencia al analizar su expresión de voluntad al resolverse sobre la concesión del beneficio de la probation al imputado.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Sra. Fiscal utilizó además como argumentos la ausencia de ofrecimiento de una reparación económica concreta del imputado a la víctima y las facultades derivadas de la titularidad de la acción penal, citando doctrina, jurisprudencia e instrucciones generales del procurador (in extenso conforme registro de audio).

Concluyendo dijo *"… Entiendo que la resolución de la Dra. Moreno ha sido debidamente fundada y debe ser confirmada. He explicado los motivos por los que ella consideraba que el dictamen de la fiscalía era contundente, lógico, era razonable, y evidentemente, encontrándose dentro de los parámetros del art. 76bis 4to párrafo del Cód. Penal dicho dictamen es vinculante, por lo tanto haciendo ese control de legalidad sostuvo que no era este caso, uno de los casos a los cuales se le podía otorgar la Suspensión del juicio a prueba…"*.

El ofrecimiento de la declaración testimonial de la víctima por parte del Ministerio Público Fiscal fue rechazado por el Tribunal, por resultar ya conocida la versión e innecesaria para evaluar la corrección de la sentencia impugnada, sin perjuicio del derecho que en calidad de víctima le permite declarar, que se aclaró quedaba a salvo.

S., optando por brindar declaración de imputado

manifestó *"… yo no entiendo mucho de esto, pero lo que dijo la Dra. Es verdad. Una de las cosas que yo escuché al Dr. Salgado en ese tiempo, cuando estuvo conmigo, fue de que dijo una gran verdad, de que muchas cosas que se dicen acá, de lo que se escucha, lo que es en realidad la casa lo sabe cada uno… nosotros tenemos una buena relación, como dijo la Dra. , junto con mi señora, con W., con su marido, compartimos muchas cosas en todos los sentidos, como dijo la Dra. Y tenemos buena relación, eso quería compartir más que nada, nada más…"*

Se expresó en audiencia también la Sra. M. (denunciante y tía de la víctima), quien relató que en el inicio fue la denunciante, *"… para acompañarla a ella, en realidad ella no me lo dijo, me lo dijo su mamá, hablamos con ella, ella no se animó a hacer la denuncia por el tema de que supuestamente él es pastor, y bueno… le pusieron en la cabeza de que estaba poseída por el diablo. En ese momento yo acompañé a mi sobrina, ella permitió que se quedara en la casa, porque dijo que era bueno que se alejara un poco de la casa por el tema de lo que había estado pasando, entonces se quedó en mi casa. En ese tiempo la acompañé a W. a hacer la denuncia, como ella era menor la tuve que presentar yo y ahí empezó Asistencia a la víctima; desde ese momento estuvo creo que 6 o 7 meses nomás con apoyo psicológico, después la justicia la abandonó, o sea, ella decide por ella misma, nadie la obliga a nada. Ahora lo que veo es que le ponen mucha presión por el tema de la relación con los hermanos, es como que le tienen… que si sigue el juicio va a cortar relación con los hermanos. Ahora ella se retiró de su vivienda porque el señor volvió a la casa.*

Yo no hablo mucho del tema con ella porque ella no quiere hablar, pero me parece raro que ella se haya tenido que retirar de su vivienda para que el señor vuelva a vivir ahí. Yo la acompaño en todo lo que puedo, ella si quiere hablar conmigo sabe que estoy siempre; me preguntó si iba asistir hoy, le dije que sí, que no la iba a dejar en esto; lo único que me dijo es gracias tía por no dejarme sola, nada más, no me dijo nada más. Me parece raro eso, el tema de que la veo presionada, pero bueno, ya no es mi decisión, yo la acompaño nomás…"

Previo cerrar la audiencia, el imputado fue interrogado por el Tribunal por la realización de tratamiento psicológico, a lo cual respondió que estuvo haciendo, pero en el pasado.

Concluida la deliberación se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Hernán Dal Verme.

El Juez de Cámara Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Llega este legajo a despacho ante la impugnación de la Defensa Pública contra la resolución de fecha 6 de agosto del año 2019, dictada por la Juez Penal Mirta del Valle Moreno, por la cual se deniega la solicitud de suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de O. G. S., acusado que fue oportunamente de la presunta comisión del delito de Abuso sexual agravado por aprovechar la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (de los arts. 119, primer párrafo y cuarto apartado f, 55 y 45, Cód. Penal), por los hechos presuntamente ocurridos entre los años 2008 y 2015, en el interior de la vivienda sita en Paso de Indios X del Barrio Inta de la ciudad de Trelew, en perjuicio de la niña W. M..

2.- En su escrito recursivo hace constar los motivos que agravian a su pupilo procesal, el primero de los cuales transita por su consideración que, contra lo resuelto por la Juez, se ofreció una reparación suficiente consistente en someterse a un tratamiento psicológico.

En este sentido, debo decir que, tal como he dicho recientemente, (ver caso **"V."** (Carpeta 7361)), el defensor ha ofrecido que su pupilo sea sometido a una *regla de conducta* que debiera ser establecida al otorgarse la suspensión del juicio a prueba *"conforme las previsiones…"* del art. 27 bis.

El primer párrafo del dispositivo mencionado establece, precisamente, que *"…el tribunal deberá disponer que… el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos…"*, con una clara delimitación del fin de tales pautas a imponer (tanto en la condenación condicional como en la *probation*): la prevención especial positiva.

En este sentido se ha dicho: *"…el deber de imponer estas reglas se encuentra condicionado a que ellas sean, en el caso concreto, adecuadas para cumplir un fin de 'prevención especial'…"* (Vitale, Gustavo L; "Suspensión del proceso penal a prueba", 2da. edic., del puerto, pág. 235) y que "*…las reglas de conducta solo pueden ser impuestas en la medida en que resulten necesarias para que el imputado no reitere la conducta punible que supuestamente ha cometido… en consecuencia, el juez no está obligado a imponer condiciones, si considera que ellas no cumplirán la finalidad preventiva…"* (Bovino, Alberto; "Suspensión del procedimiento a prueba", del puerto, pág. 358).

De ello, es válido concluir que en nada pueden equipararse los fines que tiene la imposición de someterse a un tratamiento psicológico (prevención especial), con el que posee el reparar el daño en la medida de lo posible, el que, evidentemente, tiene un fin resarcitorio, por un lado, y "*…procura brindar una respuesta a la victima a través de alguna forma de desagravio frente al daño que pueda habérsele causado, como un intento de internalizar en el imputado la existencia de un posible afectado por el hecho que se le atribuye…*" (Vitale, ob. cit., pág. 167), por el otro.

Entonces, no es correcto afirmar que la petición de la suspensión del proceso a prueba cumplía con aquel requisito de admisibilidad, lo que ya de por sí hubiera sido suficiente motivo para denegarla, al menos en esas condiciones.

3. - Además, bien dice la magistrado del caso que tampoco la realización de trabajo no remunerado a favor de la comunidad satisfaga el requisito legal, tratándose de una forma de satisfacción a la sociedad por haber quebrantado las expectativas de conducta, mas en nada desagravian a la real victima concreta.

4. - En segundo orden, se agravia el defensor al entender que al tomar como razonada a la oposición fiscal se ha vulnerado la autonomía de la víctima, quien expresamente solicitó el beneficio de la *probation* y que el dictamen es irrazonable.

5. - Analicemos la resolución en crisis, previo

refrescar el marco teórico que debe aplicarse.

Ya he dejado expresamente sentado, en autos **"C. P."** (Carpeta 7459), la necesidad de distinguir entre los dos supuestos previstos en el art. 76 bis del Código Penal, para resolver adecuadamente acerca de la oportunidad y carácter vinculante del consentimiento del acusador.

En ese precedente dije que *"resulta una obviedad, definitivamente resuelta por la CSJN, (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, aplicable a todos los delitos cuya pena máxima no supere los tres años.

6.- Proseguí mi desarrollo de la cuestión, sobre lo que insisto ahora, en este sentido: *"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, sí se requiere consentimiento fiscal; al contrario de los supuestos 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 de la persecución penal, juicio encomendado por el legislador expresamente al representante del M.P.F.

7.- En el caso traído hoy a decisión, los hechos imputados por la Fiscalía en el escrito de acusación ameritan una escala penal cuyo máximo se acerca a los diez años de prisión, pero, al ser el mínimo de tres, el instituto solicitado debe considerarse de los contenidos en el segundo grupo, que demandan, como se ha dicho, un juicio concreto de oportunidad político- criminal, el que, en caso de ser motivado adecuadamente, vincula al Tribunal decisor.

Este es el criterio que se desprende del fallo **"P."**, del cimero tribunal estadual, en el que claramente se explicó que *"…respecto de la suspensión de juicio a prueba bien vale evocar que en numerosas oportunidades he reconocido la condición dirimente de la opinión del Ministerio Público en el trámite. Es que se trata de un instituto excepcional que implica interrumpir la continuación del proceso evitando - eventualmente- la imposición de una pena; de una salvedad al principio de oficialidad o de legalidad procesal, de allí que resulta lógico y razonable que obligatoriamente se exija el consentimiento fiscal, a quien le compete la promoción y el ejercicio de la acción penal (Arts. 195 de la Constitución Provincial y 120 de la Constitución Nacional, arts. 18 y 112 y ss. del C.P.P.)…"*, doctrina a la que, por razones de economía procesal y por carecer de sólidos argumentos en contrario, acato lealmente.

Por lo expuesto, el marco teórico al que echó mano el Juez para resolver la cuestión traída a su análisis deviene correcto y ajustado a las pautas legales de aplicación.

8.- Ello así, sin perjuicio de considerar que por las características del caso y de tratarse de varios hechos, es poco probable que la pena a imponer –en caso de condena- sea equivalente al mínimo penal y, por lo tanto, de ejecución condicional, lo cierto es que el representante

del Ministerio Público expresamente se opuso a la suspensión del proceso por pretender una pena muy superior a los tres años.

Concretamente solicitó una sanción de seis años de prisión efectiva, fundado ello en la naturaleza del hecho, la gravedad del mismo, calificando la Jueza al dictamen como fundado –atento la naturaleza de la acción y por ser uno de los que no puedae calificarse como de escasa trascendencia penal- por lo que rechaza el pedido.

Por todo ello, de acuerdo al marco teórico expuesto antes, es correcta la decisión del juez al acatar la disconformidad fiscal.

9.- Pero, además, se queja el defensor de que con tal decisión se ha desoído la voluntad de la víctima, quien expresamente solicitó que se le otorgue la *probation* a su agresor.

Este ítem ofrece varias aristas a tratar.

En primer lugar, tal como convienen el representante de la Fiscalía y la Juez del caso, puede sospecharse válidamente que las expresiones de la mujer víctima, en el sentido que se le otorgue la suspensión a su agresor, fueron dichas en un contexto de condicionamiento emocional y económico.

Amén de la irregularidad de la recepción de la víctima en la Oficina de la Defensa Publica, fuera de los casos contemplados en el art. 278 del rito y sin participación de la Fiscalía, del acta labrada misma surge que su consentimiento fue prestado luego de "hablar con su mamá", misma persona que descreyó desde el inicio de la imputación a su pareja, lo que motivó que la denuncia fuera realizada por su tía, doña N. M. M..

10.- De otra parte, conceder sin más a la voluntad de la víctima de un abuso sexual el efecto de suspender el procedimiento, es asumir que una joven mujer sometida a la voluntad sexual de un adulto puede adoptar decisiones en situación de igualdad y plenamente libres frente a su agresor.

Como estertores resuenan los ecos del derogado avenimiento (art. 132, Cód. Penal), del que se dijo, entre otras cosas, que no se condice con el compromiso asumido por el Estado al firmar la Convención Interamericana para

prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Concretamente, *"…la obligación internacional asumida no puede ser disponible por los particulares, mediante un instituto consagrado normativamente. En especial, cuando dicha obligación comprende, entre otras y como se señalara, la de modificar o abolir leyes vigentes y practicas jurídicas* (que) *respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer…"* (Cueto, Mauricio; "El avenimiento y la reforma del art 132 C.P."; Revista de Derecho Penal y Criminología, Mayo 2012, pág. 67).

En resumen, entiendo que la voluntad de una mujer objeto de violencia de cualquier índole, y la sexual es sin dudas violencia de género, no puede ir en contra de la obligación asumida por el Estado Nacional, siendo plenamente aplicables aquellos conceptos al intento de disponer del conflicto en estos casos.

11.- Por todo lo dicho, ante la falta de reparación concreta, por el dictamen fiscal vinculante al ser debidamente fundado en la pretensión de pena de efectivo cumplimiento (y muy superior al mínimo legal) y ante la imposibilidad que se transforme en decisorio la presunta voluntad de la víctima de conceder la *probation* (contra la falta de aquiescencia del MPF), es que la resolución del *a quo* debe ser confirmada en todos sus términos.

12.- En punto a las costas y los honorarios de la Defensa, propongo diferir su regulación para que se establezcan en la instancia de mérito.

Así lo 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 G. O. S..

Todos los antecedentes del caso han sido reseñados en extenso y con detalles en esta sentencia, por lo que evitaré reiterarlos, y pasaré sin más a los fundamentos de voto.

2. En primer lugar, se impone controlar el trámite del pedido instado por el imputado.

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: ante la comisión de delitos de acción pública reprimidos con penas de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años (primer supuesto del art.76 bis del código penal); en los casos de concursos de delitos, si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años (segundo párrafo), y cuando las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable (de acuerdo a las reglas del art. 26 del código penal), que es el supuesto del cuarto párrafo del mismo artículo 76 *bis*.

En el caso, el Ministerio Público Fiscal subsumió el hecho en una calificación cuya escala penal impide encuadrar el análisis en el primer párrafo del art.76 bis del código penal.

De acuerdo a la calificación jurídica acusada, consistente en un abuso sexual en la modalidad de delito continuado, agravado por aprovechar la situación de convivencia preexistente con el mismo en calidad de autor (art.119, 1er párrafo inciso f, art 55 contrario sensu del cp), y con la pretensión punitiva inserta en la acusación, de una pena no superior a los ocho años, se interpreta que trámite seguido en el presente
enmarcado en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal, ha sido correcta.

Con ello, el consentimiento fundado del fiscal le resulta vinculante al juez.

3. Dicho lo dicho, ingresemos pues al agravio circunscripto justamente a que, según la defensa, la magistrada tuvo particularmente en cuenta el dictamen fiscal, produciendo una resolución *irrazonable*.

Mucho se ha dicho de los supuestos del inciso cuarto del artículo 76 bis del código penal, sobre todo en lo que a la posibilidades de los jueces se refiere, cuando existe

oposición de un fiscal al otorgamiento del instituto.

Hoy día no se discute que para que esa oposición inhabilite la concesión, la misma ha de ser debidamente fundada.

No cualquier oposición puede provocar la denegatoria del otorgamiento y en ese sentido se ha expedido expresamente nuestro Superior Tribunal De Justicia, del que podemos citar el siguiente tramo: *"Sin ninguna ambición intelectual, con modestia, me atrevo a señalar que ese control implica evaluar la relación lógica o, si se quiere, el vínculo de causa y grado entre los fines que se persiguen con ella y la oposición en el concreto caso. En suma: el problema de los medios y los fines, ya que entre esos extremos ha de mediar una relación directa, real y sustancial, evitando que cualquier restricción resulte arbitraria"* (del voto del doctor Jorge Pfléger en el caso "P. F. E. y otros s/ infracción art.189 bis CPA", Expte. 100.217, F:1, año 2016).

He dicho en situaciones similares a la presente, que es errado interpretar que la suerte de la decisión judicial correrá a la par de un dictamen fiscal, del que en caso de ser una oposición, solo será sometido a un control formal de existencia de fundamentos. El juez debe valorar el contenido de dicha oposición, puesto que la negativa de la fiscalía no puede estar fundada por cualquier causa.

La defensa, al atacar la decisión que recurre, dijo que la jueza estimó que el pedido de la joven y su perdón al imputado no sería libre, ya que estaba condicionada emocionalmente, y sin ningún fundamento. Dijo que desvalorizó la decisión de M., imponiéndole un modelo extraño a su voluntad.

Entiendo que esto no es como se dice.

Como ha dicho la fiscal Carolina Marín ante este Cuerpo, y tras el control de la audiencia previa a la pieza jurisdiccional sometida a recurso, tengo para mí que la oposición de la fiscalía ha sido fundada.

Fue en las particularidades del caso en donde radicó básicamente su temperamento. Recordemos que su teoría contiene un hecho, supuestamente cometido en el contexto de la convivencia del imputado y la víctima cuando era menor de edad, en la modalidad de delito continuado

(durante aproximadamente siete años), en el que habría realizado distintos actos de tocamientos, e incluso grabado con su celular cuando la entonces niña se bañaba.

Creo que estas particularidades del hecho, en clave a la pretensión punitiva anunciada en la acusación, permiten hipotizar que en el caso de ser condenado, la pena no sería de ejecución condicional.

He coincidido con mis colegas, en varios precedentes, que el género de la víctima no puede justificar *per se* la denegatoria de una probation.

El artículo 7 del Convenio claramente habla del objetivo tenido en cuenta por los Estados partes que convinieron en adoptar, sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Así, su artículo uno define lo que debe entenderse por tal de la siguiente manera: *"Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado…".*

He marcado más de una vez que sería absurdo e inadmisible considerar que con la misma plataforma fáctica, variando solo el género de la víctima, la suerte del instituto sea diametralmente opuesta. Por ejemplo cito autos "T., N. S. s/Denuncia – Rw" (Carpeta 5346 OJ Tw – Legajo 8335 OUMPF Rw) – Sent. 01/15 del 21/01/15" en donde dije lo que en este voto sostengo: *"….: se debe de poner el ojo en el hecho, y cotejarlo con el concepto que el cuerpo que integra el bloque constitucional prevé."*

Pero también allí dije que *"…, si existe elementos para considerar que en un caso, la violencia contra la mujer existe, es debidamente fundado por la parte acusadora en su oposición, el beneficio puede validamente denegarse en función del Convenio, tal cual lo decidió la Corte Suprema de Justicia de Nación."*

"En el acápite 5 del voto mayoritario del precedente ´Góngora, G. Arnaldo s/ causa n° 14.092´ – CSJN del 23/04/2013, se extrae que el Alto Tribunal no ingresó al análisis de la subsunción del hecho al texto convencional, por no haberse cuestionado ello en el recurso, y partió

directamente desde el fondo de la cuestión, con la jurisprudencia conocida. Ello así, concluyo que antes de dar trascendencia al Convenio y su posible consecuencia en la concesión o denegación de beneficios como el aquí revisado, se debe de verificar que el mismo sea aplicable.”

En este caso, creo que la fiscalía ha dado plausibles razones para estimar que éste sí es un caso que se puede validamente encuadrar en los términos de la "Convención de Belem do Pará", aprobada por la ley 24.632, y, en base a dicha norma, y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, se opuso al otorgamiento del beneficio.

4. Por otro lado, pese a los embates del recurso, considero que son correctas las consideraciones referidas a la voluntad de la víctima y la reparación ofrecida, pilares también con los que se denegó la suspensión del juicio.

4.1 Es que sin perjuicio de todo lo dicho hasta ahora, la reparación del daño consiste en un requisito sin el cual el instituto no puede concederse, no depende de la aceptación o no de esa reparación por parte de la víctima.

No es como dice la defensa, que la víctima no solicitó reparación, e incluso la ofrecida la ha rechazado. Así como la ausencia de antecedentes y a la posible ejecución condicional de la pena pueden habilitar la posibilidad de la concesión del beneficio, es necesario también al menos una oferta de reparación del daño concreto. En el presente no se ha efectuado esa oferta, dirigida a M., al menos dentro de las posibilidades del imputado.

4.2 En cuanto a la conducta de la víctima, de asentir el otorgamiento del beneficio, y los argumentos de la jueza, basados en la oposición de la fiscalía para denegarlo, tras una profunda reflexión sobre el tema, he de coincidir con mis colegas, y no hacer lugar tampoco a este agravio.

Una primera circunstancia que llama la atención, y que al menos debió de ser justificada en alguna instancia del proceso, es la causa por la cual la victima llevó su consentimiento a la defensa del imputado, y allí se labró el acta que lo contiene.

Si bien no se encuentra prohibida dicha circunstancia, encuentro cierta irregularidad en que la acusadora no haya

sido notificada, dando con ello la posibilidad de asistir a la entrevista en donde M. plasmó su consentimiento al otorgamiento del beneficio.

Por supuesto que la presunta víctima puede ser entrevistada las veces que sean necesarias, por la parte que sostiene su caso. Mas justamente el carácter de *víctima* en un caso de abuso, en circunstancias en que esta era menor de edad, imponen un trato especial que evite, perdón por la redundancia, su *revictimización*; carga que pesa a todas las partes de un proceso penal.

Si se hubiera dado la posibilidad a la titular de la acción penal, de control de aquel pedido en tiempo oportuno, pudieron haberse evitado los sucesivos planteos que instaron la actuación jurisdiccional. Incluso la nuestra.

Por otro lado, y en lo sustancial del planteo, estimo fundada tanto en la oposición fiscal como en el argumento del fallo, la sospecha que les despierta el temperamento de la victima? W. M..

La jueza Moreno dedicó un punto concreto al tema, el numero 3 de su sentencia.

En el mismo justificó acabadamente los rieles legales por donde debe caminarse en delitos tan delicados como el que nos convoca, poniendo en el centro de atención justamente a la víctima.

De seguido, continuó con los argumentos particulares del caso y su forma de analizarlo: tuvo en cuenta que hoy día W. M. es mayor de edad, mas los hechos ocurrieron cuando tenía muy corta edad y hasta su adolescencia. Tuvo en cuenta también que no recibió asistencia terapéutica que la ayudaran a superar los hechos vivenciados, relatados en el contexto de una cámara Gésell, recibida por la misma jueza.

A ello agregó las conclusiones de la evaluación psicológica, destacando baja autoestima, elevada autocrítica, desesperanza y pesimismo como actitud ante la vida.

No fue antojadiza ni arbitraria la oposición de la fiscalía. Hay fundamentos. Con ello, ni es arbitrario ni antojadizo el fallo atacado, y lejos están esos argumentos, de estar basados en una ideología punitivista como se

acusa.

Creo que será todo un desafío para la fiscalía llevar un caso a juicio con resistencia de la víctima, siendo su madre conviviente actual del acusado. Mas la fiscal del caso parece segura de poder superarlo, y es su compromiso en la acusación, y su fundamento de la oposición, llevar a cabo su labor pese a ello.

En lo que a la denegación de la suspensión instada por la fiscalía vinculada a su dictámen, corresponde darle razón y confirmar en todo la decisión recurrida.

Considero que el mentado tratamiento psicológico no pretendía cumplir con el requisito de reparación a la víctima, sino que constituyó una regla de conducta más a las ofrecidas para la concesión del instituto.

Este tipo de ofertas, máxime en delitos relacionados a la libertad sexual, se van imponiendo como requisitos ineludibles exigidos por los fiscales y controlados por los jueces, para la continuidad de la suspensión, si es que la misma se dispone.

5. Ello así, corresponde en consecuencia votar por la confirmación de la decisión impugnada que siguió el dictamen fiscal, y no hacer lugar a la impugnación ensayada.

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

Asi voto.

El Juez de Cámara Hernán Dal Verme dijo:

Como se han recreado los antecedentes del caso, y tras la deliberación realizada en los términos de los arts. 329 y 385 párrafo 5° del C.P.P., es claro que son dos los motivos de agravio que expone el recurrente para cuestionar la resolución por la que la Jueza en lo Penal interviniente deniega la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de G. O. S..

En el primer motivo de impugnación, la defensa afirma que la señora Jueza Penal, al expedirse sobre la razonabilidad de la reparación ofrecida conjuntamente con la probation, se excedió en sus facultades jurisdiccionales al exigir una reparación económica, cuando la víctima había aceptado la propuesta en el mencionado requerimiento.

El otro motivo de agravio se basa en la presunta irrazonabilidad del dictamen fiscal de oposición a la procedencia del instituto, el que, según la defensa, fue receptado por la Jueza del caso para fundar su rechazo a la SJP requerida. Respecto de esta última pretensión, considero que para dar respuesta al agravio, debo exponer la postura que he adopatado respecto del carácter vinculante, o no, del dictamen Fiscal en aquellos casos en que la escala penal prevista para los delitos atribuidos, supere los tres años de prisión. En su caso, cuál es el alcance del control de dicho dictamen por parte del Juez Penal.

I) Afirma el Dr. Juan Manuel Salgado, Defensor Público a cargo de la asistencia técnica de G. S., que la Dra. Mirta del Valle Moreno, Jueza Penal asignada al caso, excedió sus facultades jurisdiccionales al imponerle al acusado un ofrecimiento reparatorio pecuniario, cuando la víctima no lo requirió. Puntualmente, sobre la cuestión, el Defensor sostuvo en su presentación escrita que "*(a)sí, la supuesta ausencia de una reparación que la joven no sólo no ha solicitado sino que la ha desechado al aceptar la propuesta del imputado, no puede ser impuesta por decisión jucidial, como se pretende. En este caso se viola expresamente el principio de bilateralidad y la consiguiente imparcialidad del tribunal ya que no se encuentra habilitada la jueza para establecer obligaciones pecuniarias que la titular del derecho no ha solicitado (ni siguiera lo ha hecho el Ministerio Fiscal).*"

Por su parte, la Fiscal del caso, Dra. Carolina Marin, refiere en su responde que la Jueza Penal nunca hizo referencia a la necesidad de un ofrecimiento económico por parte del imputado, por lo que el agravio, a su entender, carece de correlación con el texto de la sentencia recurrida.

Sobre la cuestión, le asiste razón al MPF. A poco que se lee la decisión recurrida, se advierte que la Jueza en ningún momento refirió que el imputado debía efectuar un ofrecimiento reparatorio económico a la víctima. Lo que sostuvo la Magistrada es que el ofrecimiento formulado no era proporcional en relación al daño causado por el presunto ilícito objeto de acusación. Analizó ambos

ofrecimientos realizados por el imputado, y concluyó que no "*se trata aquí de subordinar el otorgamiento de la suspensión del jucio a prueba a la voluntad del damnificado sino de juzgar si la reparación ofrecida resulta razonable. Y en este punto la propuesta reparatoria, como dijera, no cumple el proposito sentado por la ley.*"

Claramente entonces, la protesta defensita no se corresponde con el contenido de la sentencia ya que se hace referencia a un exceso jurisdiccional derivado de una decisión que no se adoptó en la resolución recurrida.

Sin perjuicio de ello, creo conveniente referir que las propuestas reparatorias ofrecidas por el imputado no satisfacen, en mi opinión, el requerimiento normativo previsto por el párrafo 3° del art. 76 bis del Cód. Penal, tal como lo afirma la Jueza Penal.

La norma establece que al "*presentar la solicitud, el imputado "deberá" ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medidad de lo posible, sin que ello implique confesión o reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente*". Es decir, el ofrecimiento –condición de admisibilidad del requerimiento de SJP- debe estar orientado a la reparación del daño causado por el delito atribuido. Tal como afirmó la Jueza de la audiencia preliminar, ni el ofrecimiento de 40 hs. de trabajo comunitario (reparación social), ni que el señor S. concurra a terapia psicológica, coadjuvan a reparar daño alguno a la víctima por más que ésta las acepte. En rigor de verdad, por su naturaleza jurídica, son medidas tentientes a lograr la resociabilización del imputado, y por ende inscriptas en las previsiones del art. 27 bis del digesto sustantivo("*adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos*"). De hecho, hipoteticamente tales medidas pueden ser impuestas por el Juez del caso al conceder la SJP con o sin el consentimiento del imputado y/o la víctima, por imperio del art. 76 ter, última parte del primer párrafo, del plexo normativo ya mencionado.

De tal modo, a mi juicio, nada cabe objetar al decisiorio recurrido en la especie.

Además de ello, el motivo central de la denegatoria del instituto pretendido por la defensa se relaciona con el carácter vinculante dado por el A- quo al dictamen

fiscal de oposición a la SJP, tras considerarlo razonable, por lo que la cuestión atinente al ofrecimiento reparatorio cerece, en el caso, de incidencia sobre la cuestión de fondo. En esa inteligencia, acceder a la pretensión expuesta por la defensa en éste motivo de impugnación, invalidando una decisión jurisdiccional en virtud de una cuestión que no incide en la solución de fondo, implicaría un caso de arbitrariedad por exceso ritual manifiesto.

II) Tal como adelanté, considero que debo efectuar alguna consideración previa respecto la procedencia de la SJP en aquellos casos en que la pretensión punitiva del MPF supera lo tres años de prisión, como ocurre en autos.

En el caso "Provincia del Chubut c/ T. C. F.- Esquel", NIC 4648, Legajo Fiscal 32270, con fecha 9/9/2019, fijé mi postura respecto del carácter vinculante del dictamen fiscal en aquellas hipótesis en las que la Suspensión del juicio a Prueba se vincula con los supuestos previstos en el párrafo 4° del art. 76 bis del Cód. Penal, como así también, respecto del alcance del control que puede llevar a cabo el órgano jurisdiccional en relación a la opinión del MPF sobre la procedencia del instituto.

En aquella oportunidad sostuve que el control que el Juez ejerce sobre el dictamen Fiscal en un sistema procesal acusatorio mixto, como el nacional, no puede tener el mismo alcance que el que ejerce el órgano jurisdiccional inserto en un procedimiento en el que se acentúa el carácter dispositivo de la acción penal pública –su ejercicio-, como ocurre en nuestro ceremonial, el que responde al paradigma propio de los sistemas acusatorios de corte adversativo. De acuerdo a ello consideré que el instituto de la suspensión del juicio a prueba debía interpretarse en sintonía con las pautas hermenéuticas por las que se rige nuestro proceso, que indudablemente establece claras limitaciones al juez para avanzar sobre aquellos aspectos que hacen a la disponibilidad de la acción pública, función que le es encomendada al Ministerio Público Fiscal. Remarqué, en esa línea, que como método para asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, el rito exluye expresamente al Juez Penal de toda decisión oficiosa respecto del impulso de la investigación como así también

del progreso de la acción pública. También que los institutos concernientes a la vida de la acción, como el aquí tratado, se vinculan directamente con los criterios de ejercicio de la acción púbica encomendados por el ceremonial únicamente al Ministerio Público Fiscal (art. 18, 37 y ctes. del C.P.P.).

En esa inteligencia, y teniendo en miras éstos principios procesales, es que debe abordarse, en mi opinión, tanto la naturaleza vinculante del dictamen fiscal, como la posibilidad de analizar sus fundamentos, ya que ésta actividad deberá ceñirse a los argumentos traídos por las partes, pero de ningún modo accediendo a las evidencias reunidas para dar sustento al eventual juicio oral propiciado por el órgano acusador ya que tal tarea puede desarrollarse durante el debate, no antes.

En dicha línea consideré que correspondía adscribir a lo sostenido por el Superior Tribunal de Justicia Provincial al considerar que "… *no debo dejar de resaltar que la opinión de Ministerio Fiscal en la concesión del instituto es dirimente. El control judicial aceptable es el de razonabilidad; es decir: la verificación de la relación de causa y grado entre la oposición y el concreto asunto que se dirime. Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba al decidir que "… La vinculación de la suspensión del juicio a prueba con el principio procesal de oportunidad justifica que el representante del órgano público de la acusación dictamine sobre la procedencia de la probation solicitada en casos particulares, haciendo hincapié en razones no estipuladas de conveniencia y oportunidad político criminales. No obstante, este último extremo no permite que el dictamen pueda estar fundado de cualquier modo, y tampoco impide que su decisión pueda ser sometida a control judicial sobre su legalidad y razonabilidad…" (Dragotto, Alejandro s. Recurso de casación en: Juárez, Marcos y otros s. Cohecho activo agravado) 25-07-2014; Rubinzal Online; RC J 6763/14). De allí que entiendo que la norma permite soslayar al Ministerio Fiscal cuando su pretensión es groseramente arbitraria; pero no autoriza a suplir su criterio cuando en la oposición se vierten proposiciones serias que, como en el bajo examen, implican puntos de*

vistas altamente discutibles en torno de la calificación legal escogida; sumado ello a la oportunidad o momento procesal escogido para ponerla sobre el tapete…” (Autos caratulados “**F., L. D. y otro s/ robo agravado en gdo. ttva.**”, del 23-9-2016, Expediente N° 100106 – F° 1 – Letra “F” - Año 2015 - Carpeta Judicial N° 7468).

También tuve en cuenta que el carácter vinculante otorgado al dictamen por el que el Fiscal se opone a la procedencia de la Suspensión del juicio a prueba, es doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia del Chubut, ya que ha mantenido dicha postura con distintas conformaciones (“**E., N. F. s/ denuncia – Trelew**”, expediente n° 100404 - año 2018 - carpeta n° 6890 OJ Trelew; “**I., R. s/ abuso de arma - portación de arma de fuego**”, expediente N° 100264 - F1 - Año 2017 - Letra «I» - Carpeta Judicial N° 8274; “**C., G. M. s/ inf. art. 189 bis C.P.**”, expediente N° 100383 - Folio 1 - Año 2018 - Carpeta Judicial N° 9515 OJ Comodoro Rivadavia; **"P., F. E. art. 189 bis del CP s/ impugnación extraordinaria"**, expediente N° 100.217 - FO 1 – Año 2016 - Letra ~P; “**F., L. D. y otro s/ robo agravado en gdo. ttva.**”, expediente N° 100106 – F°1 – Letra “F” - Año 2015 - Carpeta Judicial N° 7468; entre otros).

Dicha línea jurisprudencial fue ratificada en el caso caratulado «**B., H. E. s/ denuncia falso testimonio**», expediente n° 100441/2018 - carpeta n° 9474 OJ Comodoro Rivadavia, del 13 de agosto de 2019, en el que la pretensión punitiva del MPF era inferior a los tres años de prisión, y la negativa a otorgar la probation se sustentó en los efectos que dicho instituto podría tener para la víctima en otro proceso judicial.

Concluí esta primera reflexión, haciendo referencia a que más allá de la autoridad interpretativa de la ley que impone la fuente citada para aquellos que integramos la judicatura chubutense, lo cierto es que el criterio expuesto se condice con los principios procesales antes enunciados. Si tanto la Constitución Provincial (art. 195 párrafo 3° de la C.CH) como la ley adjetiva (arts. 18, 37, 112 y ctes. del C.P.P.) han colocado en manos del MPF la llave del ejercicio de la acción, sería incongruente cercenar a dicho órgano la facultad de someter a debate aquellos casos en que, siguiendo criterios objetivos de

política criminal, considere necesario el juzgamiento. En particular, tal facultad se condice con la letra expresa del art. 76 bis párrafo cuarto del Cód. Penal, en tanto otorga al "*consentimiento*" fiscal un carácter vinculante.

En cuanto a la segunda cuestión, sostuve, en el precedente al que vengo refiriéndome, que comparto la idea de que esta facultad otorgada al órgano acusador no está exenta de control jurisdiccional, y que el juez penal debe velar por su legalidad y razonabilidad[1].

Establecí en aquella oportunidad que la legalidad del dictamen viene dada, a mi criterio, por la relación existente entre la descripción fáctica que sirve de objeto a la acusación y su subsunción jurídica provisoria, y, de acuerdo a ello, la ponderación de una escala penal que sea aplicable en el caso según la tipificación de los hechos propuesta.

También, que su razonabilidad se vincula a la naturaleza de los criterios de política criminal esgrimidos para sostener la vida de la acción, y/o a los argumentos en virtud de los cuales se justifica la posibilidad de que la condena a aplicar sea de cumplimiento efectivo, ello, de acuerdo a la calificación escogida y a las pautas mensurativas previstas en el ordenamiento sustantivo. Obviamente, ambos ítems no son estancos ya que se relacionan entre sí.

De acuerdo a ello concluí, en un criterio que aún mantengo, que si el dictamen por el que el MPF se opone a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, es fundado en un pronóstico de pena a cumplir como resultado del proceso y/o en criterios de política criminal válidos, sin presentar ribetes de arbitrariedad; es vinculante.

[1] Sostiene el Dr. Horacio L. Días que en "una democracia republicana, todos los actos de gobiernos de los tres poderes del Estado deben ser motivados, en el sentido de ser lógicos y razonables con sujeción a las leyes de la Nación. En el marco del procesos penal, la actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal no escapa a aquél principio rector en el ejercicio de sus funciones" (Cámara Nacional de Casación en lo Crim. y Correc., Sala I, causa N° 33.842/15, Portalea, Ariel Raúl s/Lesiones graves", del 18/9/2016)

En definitiva, considero que el Juez no debe elaborar un juicio propio sobre la posibilidad de que la pena sea a cumplir, sino determinar la razonabilidad del dictamen fiscal sobre dicho extremo. Debe tenerse presente que la potestad de determinar definitivamente el monto de la sanción a imponer es exclusiva del Tribunal de Juicio luego de percibir la prueba producida, las respectivas teorías jurídicas y las concretas pretensiones de las partes sobre tales extremos. Ello refuerza la idea de que aun no compartiendo el razonamiento del MPF, si este no es arbitrario, el dictamen es vinculante para el Juez que debe decidir la SJP.[2]

III) Sentado mi criterio respecto del carácter vinculante del dictamen Fiscal en los casos abarcados por el párrafo cuarto del art. 76 bis, abordaré la solución del asunto.

Para iniciar, remarco que la defensa no ha puesto en crisis la calificación legal de los hechos, ni la pretensión punitiva provisoria formulada por el órgano acusador, como así tampoco la escala penal aplicable al caso en abstracto para el delito imputado. El hecho objeto de imputación ha sido tipificado como constitutivo del delito de Abuso sexual agravado por haber sido cometido contra una menor de 18 años mediando el aprovechamiento de una situación de convivencia preexistente con el acusado, en una modalidad de delito continuado, ilícito que prevé una pena que oscila entre tres y diez años de prisión (art. 119 primer, cuarto inc. f, y quinto párrafo, del Cód. Penal). Tampoco ha controvertido el impugnante que la hipótesis de procedencia de la suspensión del juicio a prueba en autos se compadece con el supuesto normado en el párrafo cuarto del art. 76 bis. del Código Penal.

El recurrente pone en crisis la resolución en el entendimiento de que la falta de razonabilidad del dictamen

Fiscal radica en la arbitrariedad de los argumentos expuestos por el MPF para sostener que el consentimiento prestado por la víctima, para procedencia de la SJP, es el fruto de una voluntad condicionada, y que tal vicio es igualmente atribuible a la decisión jurisdiccional recurrida.

A partir de tal vicio argumentativo, solicita que se revoque la resolución y se conceda la probation a su asistido.

Sin perjuicio de no compartir los fundamentos en que se sustenta la queja, no puedo soslayar que la defensa no se hace cargo de rebatir la eventual procedencia de una pena de ejecución condicional en el caso, conforme lo sostuviera el MPF, como requisito de admisibilidad para la viabilidad de SJP. Es decir, la irracionalidad del dictamen Fiscal, según el recurrente, recae sobre un aspecto de la decisión jurisdiccional que aparece como un argumento accesorio al principal. Me explico.

A poco que se analiza la resolución impugnada, se advierte que la Dra. Moreno se expide en el punto "1" respecto de la razonabilidad del ofrecimiento reparatorio. En el punto "2", en relación al dictamen fiscal, y en el "3", sobre el consentimiento prestado por la víctima.

En el segundo ítem, la Magistrada individualizó el caso dentro de los supuestos previstos por el párrafo 4° del art. 76 bis del ordenamiento sustantivo, y aclaró que de ser razonable la oposición expuesta por el MPF, dicho dictamen es vinculante. Sobre ello nada dijo el impugnante.

Luego afirmó la sentenciante que en la acusación la pretensión punitiva provisoria de la Fiscal era de seis años de prisión, y después, basándose en precedentes jurisprudenciales del Alto Tribunal provincial –que he citado también en el apartado anterior-, estableció las pautas que seguiría para dilucidar si el dictamen era razonable y lógico de acuerdo a las atribuciones constitucionales otorgadas al MPF en materia de ejercicio de la acción pública.

Con ello en miras, y tomando en cuenta el hecho atribuido, las circunstancias de su realización, la condición de mujer menor de edad de la víctima y la conminación punitiva en abstracto prevista por el

ordenamiento sustantivo para el delito imputado; afirmó que no se trata de un caso de escasa trascendencia, y que por lo tanto el dictamen Fiscal, siendo lógico y razonable, imponía el rechazo de la SJP por no contar con uno de los requisitos –consentimiento del Fiscal- que exige la norma de fondo para la procedencia del instituto solicitado.

Este razonamiento, el central en la argumentación que da sustento a la decisión impugnada, no fue puesto en crisis por el señor defensor por lo que ha adquirido firmeza en esta instancia impugnativa.

Es luego de afirmar que la SJP no procedía, que la Jueza Penal agregó otro argumento, vinculado a la opinión vertida por la víctima en la audiencia, que se agregó al anteriormente individualizado, pero de modo complementario. Este es el aspecto del resolutorio que controvierte el recurrente en esta instancia.

En esa inteligencia, y aun suponiendo que le asista razón al impugnante, en el sentido de que se evidencia un vicio en la fundamentación, éste no habilita la invalidación de la decisión jurisdiccional porque no se demostró que fuera decisivo para la solución del caso, y por ende, no se está ante un pronunciamiento arbitrario como reclama el señor Defensor.

El STHCH se ha expedido en tal sentido en reiteradas ocasiones al definir las características que debe reunir un pronunciamiento para recibir el mote de arbitrario. En esa línea consideró que "*… Por lo demás, ha de recordarse lo dicho reiteradamente y de manera constante por parte de este Tribunal –en anterior composición- que,* "*... Aunque el vicio que produce el agravio pudiera residir en la fundamentación, lo que se impugna, en realidad no son los motivos de la providencia jurisdiccional, sino la relación lógico- jurídica entre la motivación y la parte dispositiva. Pero los errores o vicios en la motivación sólo producirán agravio cuando influyen de manera esencial en la decisión. Los vicios de la motivación no invalidan la decisión cuando carecen de decisividad, es decir, cuando no obstante el defecto resta el mínimo de motivación necesaria para justificar el dispositivo…* "*... La arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva*

carencia de fundamentación...”
(Fallos, t. 311, Vol. 2, 1988, p. 3200, Sumario n° 269)*…En la búsqueda de una definición doctrinaria se me ocurre prudente citar a Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya quienes sostienen, básicamente, que “...son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de gravedad extrema...” y explican: “...Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación...”. Desde su perspectiva, los autores citados consideran que “...la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a formación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la normación vigente...” (ver “Derecho Constitucional Argentino- Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavie- T I, Ed. Rubinzal Culzoni página 697)…”* (autos caratulados **“COMISARIA D. RAWSON s/ investigación Homicidio r/víctima D. A. B. s/ impugnación”** (Expediente N° 21.805- F° 157–Año 2009).

En el caso, el razonamiento seguido por el MPF en cuando a la posibilidad de que la pena a imponer resulte de efectivo cumplimiento, declarado razonable por la Dr. Moreno, resulta manifiestamente idóneo para abastecer una oposición legítima a la procedencia de la SJP, ya que la sola naturaleza de los hechos imputados, por su gravedad, tornan muy improbable que pueda aplicarse, en un eventual debate, el mínimo de la pena prevista. Se trata de un caso imputado como delito continuado, en el que la víctima habría padecido hechos de similar factura ilícita entre los 7 y los 15 años de edad. La duración de los hechos y la edad de la víctima cuando los ilícitos comenzaron –muy por debajo de los 13 años indicados por la ley de fondo como límite para presumir la falta de consentimiento del sujeto pasivo- constituyen circunstancias agravantes obvias que tornan evidentemente improbable la aplicación de una pena de tres años.

Sin perjuicio de ello resulta suficiente para rechazar la impugnación, creo oportuno agregar que tampoco comparto la queja defensista respecto de la ilogicidad de la decisión jurisdiccional en lo que respecta a la ponderación jurídica de los dichos de la víctima.

En primer término, la señora Jueza a cargo de la audiencia preliminar explicó la razón por la que aborda la línea argumental que fuera objeto de críticas por parte del Dr. Salgado. En tal sentido, comienza refiriendo, con apoyatura en normas nacionales e internacionales, que al tratarse de un caso de violencia de género, la mujer víctima tiene reforzado el derecho a ser oída antes de que se adopte una decisión que la afecte. De allí que aunque la cuestión no era decisiva para la resolución del requerimiento, la Magistrada dio correcto cumplimiento a las mandas legales por ella citadas. Va de suyo que si la norma exige escuchar a la víctima en estos casos, también impone que deba dársele una respuesta, en especial, si esta es contraria a su propuesta. El texto del art. 49 del C.P.P. corre en esa línea.

Sin embargo, la opinión de la víctima no es vinculante para la concesión de la SJP, ni tampoco lo es para su denegatoria. Ninguna norma lo establece así. La circunstancia de que la damnificada deba ser escuchada, y que se le deba dar una respuesta, no es más que la efectiva observancia del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 15 del C.P.P., pero ello no implica que daba dársele la razón o que tenga derecho a que se resuelvan las cuestiones según su opinión. Esto sería contrario a la esencia del sistema acusatorio adversarial, que justamente se basa en la existencia de una suerte de contienda entre las partes, que, en igualdad de condiciones debe ser dirimida por el Juez como tercero imparcial. En el asunto traído, una de las partes, la Fiscal, se opuso al requerimiento del imputado y su defensor, y a pesar de que la víctima directa estuvo de acuerdo, el contradictorio se consolidó, y la Jueza decidió a favor de la propuesta formulada por el MPF. Ningún derecho inherente al debido proceso fue vulnerado.

En segundo término, entiendo que los argumentos brindados por la Magistrada para inferir que los dichos de la víctima, por los que se expresó a favor de la SJP ofrecida, pudieron ser el fruto de expresiones condicionadas; distan de ser arbitrarios o fruto del prejuicio de la proveyente.

El recurrente tilda de arbitraria la argumentación

seguida por la Jueza dando por sentado que la Magistrada consideró a la víctima "emocional" y no racional al momento de exponer su opinión respecto de la procedencia de la SJP, relacionando dicho pensamiento con un estereotipo de género que tiende a presentar a la mujer como un sujeto que debe ser tutelado por no guiarse por la razón.

Contrariamente a lo indicado por la defensa, la Magistrada infiere que W. M. expuso condicionada su respuesta sobre la procedencia de la SJP, en base a circunstancias concretas del proceso. Así, la sentenciante hizo hincapié en las características de los hechos, que habrían tenido lugar cuando la nombrada era menor y durante un lapso de siete años, al tiempo que el perpetrador cumplía un rol parental, ya que convivía con él mientras era pareja de su madre. También tomó en cuenta que contó con un abordaje terapéutico muy breve, si se lo dimensiona en relación a la gravedad de los hechos. Y, finalmente valoró las conclusiones de la evaluación psicológica efectuada respecto de la nombrada, en tanto estableció que ésta presentaba "*baja autoestima y elevadamente autocrítica*" (culpa) "*… su actitud ante la vida es de desesperanza, inadecuación y pesimismo. Su actitud ante el entorno es desconfianza*", concluyendo que "*los indicadores hallados son compatibles con los hechos denunciados…*"

Es tomando en cuenta estas tres circunstancias que la Dra. Moreno coincidió con la Fiscal del caso, en el sentido de que la opinión vertida por M. debía ser considerada "condicionada emocionalmente". Agregando seguidamente, que su madre no creyó en su denuncia y que depende económicamente de su progenitora.

Pasando en limpio, la Magistrada ha interpretado la información que tenía a su disposición para concluir razonablemente, y de modo coincidente con el MPF, que la víctima estaba condicionada para expresarse respecto de la SJP solicitada. En su modo de razonar no se vislumbra un prejuicio, como reclama el impugnante, sino un modo de pensar basado en la experiencia. Un mínimo conocimiento sobre la materia –Abuso Sexual Infantil intrafamiliar- permite establecer que es esperable, luego de transitar hechos como los contenidos en la acusación, que la víctima intente preservar sus vínculos familiares motivada por la

culpa. Ya en la década del 80 Ronald Summit explicaba el proceso describiendo cuatro etapas que permiten entender el cuadro de vulnerabilidad en que se encuentran los niños víctimas del ASI: secreto, desprotección, atrapamiento-adaptación, develamiento y retractación.

Esta última fase de lo que mal llamó Summit un síndrome, es explicado por Intebi, señalando que "… *Un niño/a es capaz de desdecir cualquier afirmación que haya hecho sobre los abusos sexuales. Debajo de la rabia que motoriza la revelación impulsiva, persiste la ambivalencia que se origina en la culpa y, en el caso de los abusos intrafamiliares, en la martirizante* ***obligación de preservar a la familia. Frente a las caóticas consecuencias de la revelación, los niños/as descubren que los temores y amenazas que le forzaban a mantener el secreto, se vuelven realidad****…. La inversión de roles continúa cuando se sugiere que la alternativa "mala" consiste en decir la verdad y la opción "buena" la de capitular y mentir para el bien de la familia. A menos que se les brinde especial apoyo y se produzca una intervención inmediata para obtener la admisión de responsabilidad por parte de los agresores/as, las víctimas proseguirán la evolución "normal" y se retractarán. Admitirán que "inventaron" sus testimonios. Ante una retractación no debe invalidarse lo que el niño/a o adolescente ha revelado. Por el contrario, se recomienda que es preciso confirmarla o desestimarla siguiendo los mismos lineamientos y precauciones con que se confirma o se descarta la revelación*" (El resaltado me pertenece, de "Valoración de Sospechas de Abuso Sexual Infantil", Irene Intebi, "Colección documentos Técnicos", Gobierno de Cantabria, año 2007, pag. 23).

Va de suyo, que lo dicho por la víctima en autos es fácilmente asimilable a la retractación señalada, y que el razonamiento seguido por la jueza se compadece con las enseñanzas forenses que desde hace largo tiempo estudian las secuelas dejadas por hechos como los ventilados en este proceso.

El dato aportado por las partes en el marco de la audiencia, en el sentido de que la madre de la víctima y el imputado reanudaron la convivencia, mientras que W. M. se retiró del domicilio, se inserta dócilmente en el

contexto que se viene delineando, y que permite sospechar de la existencia de factores condicionantes para que la nombrada se expresara sobre sus perspectivas en relación a la suerte del proceso.

Tampoco puede dejarse de mencionar que no es necesaria aquí la certeza, ya que la sospecha de que la víctima se expresó de modo condicionado basta para constituir un obstáculo para la procedencia de la SJP. Al tratarse de un caso de violencia de género de tipo sexual, en una modalidad de violencia doméstica, (arts. 4, 5 y 6 de la ley III N° 36) la posibilidad de echar mano a salidas alternativas, como la aquí requerida, es claramente excepcional. Vale recordar, en esta línea, que la Fiscal del caso citó durante la audiencia preliminar la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Góngora", el que resulta de plena aplicación en autos.[3]

[3] La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "la *prerrogativa que el derecho interno concede a los jueces respecto de la posibilidad de prescindir de la realización del debate, la decisión de la casación desatiende el contexto del artículo en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"). Esto resulta así pues, conforme a la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados a los estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la "Convención de Belem do Pará", a saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo). En sentido contrario, esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr. el inciso "f", del artículo citado), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país,* ***la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente****… Particularmente, en lo que a esta causa respecta, la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (cfr. también el inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba.* ***De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Pará" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos corno los aquí considerados****"* (G. 61. XLVIII. RECURSO DE HECHO – "Góngora, G. Arnaldo s/ causa n° 14.092" – CSJN – 23/04/2013, el resaltado me pertenece).

IV) Finalmente, debe mencionarse que el señor Defensor, con sustento en lo normado por el art. 278 anteúltimo párrafo del C.P.P., entrevistó a la víctima sin que la misma estuviera representada o asistida, obteniendo en tal contexto su conformidad para la procedencia de la SJP.

No considero dicha actuación como una buena práctica. Primero, porque la norma citada está orientada a establecer el conocimiento de los testigos sobre el hecho investigado para "*la preparación de su caso*", es decir, el debate oral y público (examen y contraexamen de la prueba testimonial), no para obtener determinados posicionamientos de la víctima sobre las salidas alternativas. Pero además, en el caso habría mediado violencia de género, y toda la normativa aplicable, obligatoria para todos los estamentos del Estado, incluido la defensa pública; prohíben actos que puedan entrañar la revictimización de la mujer afectada (vgr. art. 16 inc. "h" de la ley III N° 36)[4]. Concretamente, la defensa, a mi juicio, no debe abordar este tipo intervenciones con la víctima sin que ésta cuente con un representante del MPF, o asistencia letrada y/o especializada, ya que el contexto en que el acto jurídico se produce no le asegura a la mujer un ámbito libre de presiones. Tan es así, que en el procedimiento normado en el art. 28 de la ley III Nª 36 la audiencia que debe realizar el Juez, aún en cuestiones en las que media violencia de género sin llegar a constituir delito, debe realizarse escuchando a las partes por separado. Esto se compadece con la problemática propia del círculo de la violencia de género, que se caracteriza por conformarse una relación desigual de poder en la que el varón cuenta con recursos para imponer su voluntad sobre la mujer. Esta relación desigual trae aparejado el riesgo de que la mujer no cuente con los recursos suficientes para expresarse sin condicionamientos frente al agresor.

[4] Ver recomendaciones generales N° 19 y 33 de la CEDAW.

Es por ello que se establecen mecanismos especiales para asegurar que el proceso se lleve a cabo garantizando a la parte especialmente vulnerable que pueda ser oída en sus pretensiones libre de todo condicionamiento.

Sin perjuicio de que éstas reflexiones no implican dudar del profesionalismo del señor Defensor, lo cierto es que la entrevista llevada a cabo en la defensa pública no responde, en mi opinión, a los lineamientos apuntados por la sencilla razón de que la víctima conoce que su interlocutor defiende los derechos de quien fuera su agresor, en particular, si concurre al acto desprovista de todo asesoramiento.

V) Concluyendo, el delito imputado al señor O. G. S. prevé una pena máxima superior a los tres años, por lo que apareciendo probable la aplicación de una pena de prisión de efectivo cumplimiento, y mediando conforme a ello, una oposición legal y razonable formulada de la señora Fiscal General interviniente, Dra. Vanesa Carolina Marin; considero que debe rechazarse la impugnación ordinaria deducida por el Dr. Juan Manuel Salgado, en su carácter de defensor público, por no encontrarse reunidos los requisitos de admisibilidad previstos por el art. 76 bis del Código Penal, lo que no fue puesto en crisis mediante la impugnación en trato.

Adhiero a lo manifestado por los colegas que me preceden en el orden de votación en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios al letrado interviniente.

Así voto.

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

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Pública en representación de G. O. S., de demás circunstancias personales obrantes en autos;

2) Confirmar en todas sus partes la sentencia registrada digitalmente bajo N° 2305/19 Ofijud TW,

dictada el 06/08/19, de conformidad con los fundamentos dados;

3) remitir los presentes a la Oficina Judicial de esta ciudad, a efectos de que se continúe el proceso según su estado;

4) Diferir la imposición de costas y la regulación de honorarios, hasta tanto se materialicen los correspondientes a la instancia de mérito;

5) Regístrese, protocolícese, notifíquese y remítase a la Oficina Judicial para el cumplimiento de la presente.

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

No suscribe materialmente la presente el Dr. Hernán Dal Verme, habiendo remitido su voto a esta sede mediante correo electrónico. Registrada con el Nro. 18/2020, de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-

Oscar Pablo Bastos

Secretario de Cámara