En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de octubre del año dos mil veinte, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial 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 **"F. D. s/dcia. en rep. de su hija menor Trelew" (Carpeta 7446 Ofijud Tw/Legajo 65546-MPF Tw,** con motivo de la impugnación interpuesta por el Sra. Defensora Pública, Dra. R. R., en representación de O. N. L., de demás circunstancias personales obrantes en autos, contra la resolución dictada en fecha 23/07/2020 por el Juez Penal Fabio Andrés MONTI.

En la citada sentencia el magistrado rechazó la Suspensión del juicio a prueba requerida en beneficio de L. por el hecho cometido en fecha indeterminada, cuando la menor víctima en autos contaba con 11 años de edad y hasta las vacaciones de invierno del año 2016, calificado por el Ministerio Público Fiscal como delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo durante el desarrollo de la Audiencia Preliminar (arts. 119 primer y último párrafo y 45 del Cód. Penal).

En la audiencia de impugnación celebrada el día 14/10/2020 en sede de este tribunal (art. 385 CPP), intervino el imputado O. N. L. junto a la Defensora Oficial R. R. Asimismo y mediante teleconferencia asistió al acto el Fiscal General Fabián Moyano.

En uso de la palabra, la defensora R. individualizó la pieza atacada y recordó la acusación que pesaba sobre su representado, en donde se estimó por la vindicta que la pena a imponer no excedería los 3 años de prisión, lo que sumado a la constatación de los requisitos objetivos y subjetivos para la aplicación del instituto previsto en el art. 76bis del Código Penal sostuvo su pretensión ante el juez de grado.

Explicó el ofrecimiento reparatorio efectuado, sin perjuicio de las reglas de conducta que impusiera el Tribunal, recordando la ausencia de antecedentes penales del encartado y los pormenores de la oposición fiscal.

Ya analizando la sentencia atacada, consideró desacertado acoger el dictamen fiscal pese a admitir que podían o no compartirse los fundamentos sobre los que se edificó, como así también apoyarse en la circunstancia de que el acusador no indicó en su pretensión punitiva que la pena de prisión estimada en 3 años sería de cumplimiento condicional.

Por lo dicho entendió que la sentencia se basó exclusivamente en el dictamen fiscal, obviando el examen de legalidad que se imponía efectuar, todo lo cual la tornó arbitraria.

Con apoyo en doctrina y jurisprudencia de este cuerpo se quejó de que no se otorgara la probation pese al cumplimiento de los recaudos legales, máxime cuando la acusadora no explicó la conveniencia del encarcelamiento y cuando el sub exámine ofrecía particularidades que debieron considerarse (tiempo transcurrido desde el hecho, ausencia de antecedentes, pretensión punitiva circunscripta a 3 años de prisión, etc.)

Posteriormente se expresó en relación a los fallos I., P. y E. dictados por la Excma. Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, entendiendo que entrampaban a las defensas en los casos en que se verificaban los requisitos de ley para la procedencia de la probation, como antaño propiciaba la jurisprudencia de esta Cámara Penal.

Continuando en su alegación analizó otras cuestiones, como resulta la oposición del texto de diversas convenciones internacionales que impactan de modo diverso en la concesión de salidas alternativas; la valoración y efecto de la opinión de la víctima para evaluar la procedencia del instituto, etc. (in extenso conforme registro de audio)

Retornó a la pretensión punitiva de la acusadora fijada en 3 años de prisión, la cual obligaba –a su entender y por aplicación del precedente"P."- a ubicar el presente caso entre los comprendidos en el primer párrafo del art. 76bis, en desmedro del carácter vinculante que el juez de grado asignó al dictamen fiscal(Citó jurisprudencia de la Sala Penal del STJCH "F." 2014)

Trajo también lo resuelto por la Jueza Ivana González en fecha 09/10/20, cuando consideró que la pretensión punitiva de 3 años de prisión tornaba aplicable el primer párrafo del art. 76 bis del Cód. Penal y a ello sumó el fallo dictado por esta Cámara Penal en autos "C. P.", aclarando que si bien no desconocía las especiales aristas del último caso, el presente también las contenía, detallándolas y requiriendo sean contempladas.

Solicitó al Tribunal desentrañe si es posible la prevalencia de un tratado de jerarquía constitucional por sobre otros que propenden a la aplicación de salidas alternativas al proceso penal, resaltando que es justo esta última la orientación de la política criminal que impera en el régimen legal y actuación del Ministerio de la Defensa Pública, por lo que requirió en definitiva se revoque el decisorio del Dr. Fabio Andrés Monti y se conceda la Suspensión del juicio a prueba en favor de su representado en los términos ofrecidos, verificándose en autos los requisitos objetivos y subjetivos para su procedencia.

En uso de la palabra, el Fiscal General Fabián Moyano principió adelantando su petitorio de confirmación del decisorio impugnado, entendiendo que la pieza se estructuraba sobre una lógica y razonada fundamentación, en el marco de la cual el juez tuvo en consideración el fundado y vinculante dictamen del Ministerio Público Fiscal, ciñéndose a los precedentes de la Excelentísima Sala Penal ya indicados por la defensa.

Quitó relevancia al planteo enfatizado respecto de la pretensión punitiva de 3 años de prisión efectuada en oportunidad del art. 291 del rito, por encontrarse sujeta a las resultas de un debate que podía conducir a que sea requerida bajo la modalidad de efectivo cumplimiento, razonamiento que acogido en el decisorio, sin perder de vista lo establecido en "Las reglas de Tokio", pero atendiendo a la especie de hecho investigado, lo tornó incuestionable.

Señaló como cuestión central para resolver la impugnación los términos de la Convención de Belém Do Pará en los que debe subsumirse un hecho como el investigado, signado por violencia de género – desarrolló el concepto y lo relacionó a la especie, mencionando genéricamente recomendaciones de orden internacional receptadas por nuestra Corte Suprema-.

La afirmación de la defensora equiparando la probation a una pena, dijo, no podía pasarla por alto, por cuanto solo puede ser pena la aplicada como derivación de una declaración de existencia de un hecho y su autoría, enmarcada en un juicio en el que la víctima pudo expresarse, no una compensación económica en la que se entregan unas cajas de leche, por lo que debía rechazarse la impugnación confirmando la sentencia dictada por el a quo.

Por la Asesoría de Familia, el Dr. P. R., luego de un breve repaso de las competencias del órgano que representa, y previo aclarar su intención de no adentrarse en cuestiones de fondo, señaló que luego de haber oído las postulaciones efectuadas durante la audiencia, por ej. aquellas referidas al buen concepto del imputado que mencionara la defensora, no podía dejar de referir las consecuencias nocivas certificadas por especialistas que ocasionó el hecho investigado a la menor víctima, actualmente en tratamiento psicológico.

Agregó además, que los precedentes de nuestro cimero tribunal provincial, luego de marchas y contramarchas han

marcado un preciso derrotero en la consideración de institutos como el que se discute, incluso señalando a los tribunales inferiores algo más, la conveniencia de su alineamiento con la citada doctrina judicial, a excepción de que aristas particulares del caso aconsejen apartarse, contrariamente a lo verificado en el presente. (desarrolló las particularidades que desaconsejaban conceder la probation en la ocasión, transmitiendo la opinión de la víctima menor que representaba).

El imputado L., en uso de la palabra dijo que la niña, en off, durante la Cámara Gésell, destacó por ejemplo que le pedía que le hiciera la habitación porque no quería dormir más con su hermana; que el daño psicológico grave que hoy pudiese tener su hija podría haberlo solucionado de no haber sido impedido el contacto entre ambos, en la relación de padre a hijas que siempre ha tenido con ambas, y que la reparación ofrecida no consistía en diez paquetes de galletitas, sino todo lo necesario, por tratarse de su familia.

La denunciante F., en representación de su hija expresó que la menor reclamaba se realice el juicio y se respeten sus derechos teniendo en cuenta el hecho que había sufrido.

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

El Juez de Cámara Roberto Adrián Barrios dijo:

1. 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 simple agravado por el vínculo (art.119, primer y último párrafo del CP), y con la pretensión punitiva, se interpreta que trámite seguido en el presente enmarcado en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal, ha sido correcto.

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

3. Dicho lo dicho, ingresemos pues al agravio circunscripto al dictamen fiscal.

Mucho se ha dicho de los supuestos del inciso cuarto del artículo 76 bis del código penal, sobre todo en lo que a las 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, tiene que estar 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, atacó la decisión diciendo que es arbitraria, mas no creo que ello sea así.

Tras el control de 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 el A quo tuvo en cuenta que *"…el acusador público (al igual que la representante de la víctima y la Asesoría de Menores), ha dado sus argumentos para fundar dicha oposición. Se podrán o no compartir los mismos, pero esa es otra discusión."*

Creo que merece tenerse en cuenta que el juez penal consideró que nuestra ley prescribe que la suspensión del proceso puede acordarse si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la

condena aplicable; y a diferencia de lo que sostiene la que recurrió, con acierto dijo que *"…no sólo debe analizarse la escala penal en abstracto, sino que hay que considerar las particularidades concretas del hecho investigado a fin de evaluar si la pena a aplicar podría ser dejada en suspenso."*

No solo se ha quedado en el postulado que hace de horizonte en la decisión, sino que agregó que en el caso, el acusador postuló una pena no mayor a tres años de prisión, *"…pero de modo alguno afirma que propondrá –en caso de recaer condena- la ejecución condicional de la misma."*

Ello así, la decisión lejos se encuentra de ser arbitraria.

Debo agregar que 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 de la Convención de Belem do Para claramente habla del objetivo tenido en cuenta por los Estados partes que acordaron 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 válidamente 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 ´G., G. A. 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.

El magistrado denegó correctamente el beneficio, en clave a esa oposición, y no se constata arbitrariedad que determine hacer lugar al recurso. Voto al fin por la confirmación del fallo.

4. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, propongo diferirlos para el momento en que se dicte la sentencia de mérito.

Así voto.

El Juez de Cámara Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Mediante resolución registrada bajo el número 1083/2020, el juez penal Fabio Monti, en fecha 23 de julio, denegó la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba solicitada en favor de O. N. L., a quién se le imputa la presunta comisión del delito de abuso

sexual simple agravado por el vínculo –art.119 1er y último párrafo del Código Penal).

2.- Contra dicho resolutorio, interpone la defensa impugnación ordinaria por entender que es arbitraria la decisión del *a quo*, quien debió *"ceñirse a realizar el control de legalidad sobre la existencia de los requisitos y procedencia de la vía intentada..."*.

Luego alega la defensa respecto los beneficios de la *probation*, sobre la satisfacción de los intereses de la víctima y la sociedad con su aplicación y acerca de la racionalización de la política estatal de persecución penal.

Manifiesta que es arbitrario invocar los precedentes de la Sala Penal del Superior Tribunal de la provincia y el fallo "G." de la Corte Nacional, que aplican las mandas de la Convención de Belem do Para, ya que así de desatienden otros instrumentos tal como las Reglas de Tokio.

Por último, denuncia que no hubo en el caso una debida oposición fiscal ni por parte de la Asesoría de Familia.

3.- Analizada la pieza atacada, adelanto desde ahora que no encuentro razón alguna para calificarla de arbitraria, antojadiza o infundada.

Por el contrario, el Juez Monti fija acertadamente el marco legal dentro del cual debe resolverse la petición; sentencia que el asunto debe ubicarse *"en el grupo de casos contemplados en el párrafo cuarto del art.76 bis del C.P, el cual exige, como condiciones propias de admisibilidad, la posibilidad de condena condicional, la previsión legal de un máximo de pena en abstracto superior a tres años de cárcel y la existencia de un dictamen fiscal favorable..."*.

Refiere atinadamente los antecedentes del cimero tribunal provincial que dotan de carácter vinculante al dictamen fiscal, advirtiendo que *"el consentimiento del fiscal como su negativa para la aplicación de instituto, no escapan al deber genérico y específico de motivación*

de sus requerimientos y conclusiones que, bajo pena de nulidad insanable, le impone el C.P.P (arts.25, 115 y 164)...".

4.- Repasadas las constancias del legajo, se advierte que la oposición fiscal a la aplicación del instituto, manifestadas en la audiencia de 21 de julio, giró en torno a la pretensión de llevar el caso a juicio a fines de que se determine si el imputado es culpable o no y *cumpla la correspondiente pena* y que el hecho se encuentra comprendido como un caso de violencia familiar, siendo el abuso de un padre a su hija.

Por su parte, el abogado P. R., por la Asesoría de Familia, manifiesta que se trata de un hecho grave y se adhiere a lo planteado por la Fiscalía; solicita, en nombre de los derechos de la menor, se rechace la suspensión de juicio a prueba y advierte que cuentan con un informe de este año de la Lic. M. A. en el cual refiere que surgen indicadores psicológicos como fenómenos disociativos, trastornos de sueño, terrores nocturnos, temores inexplicables ante situaciones determinadas.

5.- Volviendo al fallo en cuestión, decide el *a quo* que *"...no sólo debe analizarse la escala penal en abstracto, sino que hay que considerar las particularidades concretas del hecho investigado a fin de evaluar si la pena a aplicar podría ser dejada en suspenso. En este caso el acusador considera que el caso debe ventilarse en juicio oral. En la acusación postula una pena no mayor a tres años de prisión, pero de modo alguno afirma que propondrá –en caso de recaer condena– la ejecución condicional de la misma..."* y, en definitiva, *"...resultando vinculante para el tribunal la oposición del M. Fiscal y conteniendo dicho dictamen adecuada fundamentación lógica y legal, debe rechazarse la petición deducida por la Defensa..."*.

6.- Por todo ello, más allá de las referencias de la defensa en torno a la aplicación incorrecta de normas convencionales (que no se invocaron en absoluto por parte

del magistrado), amén de los beneficios invocados respecto a la concesión de la *probation*, lo cierto es que nos encontramos ante una resolución que niega la concesión del instituto prohijado en el art. 76 bis, Código Penal, exclusivamente en la posibilidad (no antojadiza, por cierto) de que la pena que pudiere corresponderle al imputado en caso de ser condenado no sea de ejecución condicional, por cuanto la fiscalía solicitó expresamente que sea de tres años y pidió que se *cumpla* dicha sanción en su alegato (por ello subraye con cursiva su expresión en el apartado cuatro).

El juez del caso, invocando acertadamente el carácter vinculante del consentimiento fiscal, tal como ya se ha dicho por parte de este Cuerpo, entre otros antecedentes, en "M., N..." (Carpeta 7401 de Trelew), lo que es, a la vez, opinión de la Sala en lo Penal, exhortándose incluso a los magistrados a que acaten su doctrina legal ("E., N. F. s/ denuncia – Trelew"; expediente n° 100404 - año 2018), deniega la probation por considerar que la oposición del representante de la *vindicta* resultó motivada.

Nada de lo contenido en la resolución que se ataca resultó arbitrario ni infundado; es una pieza que ha respetado los parámetros legales del art. 76 bis, la doctrina que dota al dictamen fiscal de carácter vinculante (efectuado que sea el control de logicidad) y la posibilidad de que la pena que resulte de la eventual declaración de culpabilidad no sea de ejecución condicional.

En definitiva, voto por el rechazo de la impugnación incoada y la confirmación en un todo de la resolución por la que se deniega la suspensión del proceso a prueba solicitada por O. L.

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 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., abordaré directamente los puntos a decidir.

Para ello, sólo referiré que la Dra. R. R., Defensora pública, recurrió el auto por el que el señor Juez Penal, Dr. Fabio Andrés Monti, rechazó la suspensión del juicio a prueba (en adelante SJP) requerida a favor de O. N. L. con fecha 23 de julio de 2020.

Conforme surge de los antecedentes del caso, el señor L. fue acusado en orden al delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo, oportunidad en la que el MPF formuló una pretensión punitiva provisoria no superior a los tres años. Al momento de tratarse la solicitud de SJP la víctima (doblemente representada por su madre y por la Asesoría de familia) hizo saber su oposición a la procedencia del instituto y su voluntad de que los hechos se esclarezcan en un juicio oral. Por su parte, el Fiscal del caso, el Dr. N. Fabián Moyano, se expidió en igual sentido, oponiendose.

De la presentación en análisis surge que la impugnante estructuró su recurso sobre la base de dos argumentos. El primero, que de acuerdo a la ley aplicable su representado se encontraba en condiciones de acceder a la SJP por verificarse los requisitos objetivos de admisibilidad exigibles, y que, en esa inteligencia, el Juez Penal debió otórgale el derecho invocado. Luego, plantea que, en razón de la pretensión punitiva formulada por el MPF, la hipótesis legal aplicable es la del primer párrafo del art. 76 bis. del Cód. Penal, y que en virtud de ello el dictamen fiscal no es vinculante en autos.

Pasaré así al tratamiento de los planteos formulados siguiendo el orden expuesto.

I) La recurrente inicia su razonamiento indicando que en el caso es factible la aplicación de una pena de ejecución condicional, que se ha formulado un ofrecimiento reparatorio y que el señor L. carece de condenas

anteriores. Con ello en miras, la recurrente considera que "*la labor del magistrado interviniente debe ceñirse a realizar un control de legalidad sobre la existencia de los requisitos y la procedencia de la vía intentada*", y una vez ello, otorgar la SJP. Funda su postura en doctrina especializada, puntualmente en la obra "Suspensión del Proceso a Prueba. Teoría y práctica" de Alberto Bovino, Mauro Lopardo y P. Rovatti, realizando una transcripción, a mi juicio, incorrecta de la cita.

A lo que se refiere la defensa, de acuerdo a sus argumentos, es que si en el caso se reúnen los requisitos de procedencia previstos por la norma de fondo, el Juez debe conceder el derecho pretendido para evitar la imposición de penas de baja cuantía, las que considera estigmatizantes.

Lo primero que debe señalarse al respecto es que, justamente, no se cumplen los requisitos exigidos por la ley porque el Ministerio Público Fiscal no ha prestado su consentimiento para la procedencia de la SJP.

El caso es claro, se imputa un delito cuya pena en abstracto oscila entre los tres y los diez años de prisión, por lo que la hipótesis de procedencia en autos queda atrapada por las previsiones del párrafo cuarto del art. 76 bis del Cód. Penal. En dicha hipótesis de admisibilidad los requisitos son dos, que las circunstancias del caso posibiliten la aplicación de una pena en suspenso, y que "*hubiese consentimiento del fiscal*". Sobre la hipótesis aplicable regresaré luego, más lo cierto es que, ante la oposición del MPF, claramente no se encuentran cumplidos los requisitos expresamente previstos por la normativa citada.

Por otro lado, la cita doctrinaria efectuada no resulta aplicable al caso en virtud de que los autores se refieren, en el pasaje transcripto, a las hipótesis previstas en el párrafo primero del art. 76 bis del Cód.

Penal, no aplicable al caso[1]. Tampoco el precedente del STJCH, "F."[2] incide a favor de la procedencia de la vía recursiva porque también se trataba de un caso abarcado por el párrafo primero del art. 76 bis (se imputaba el delito de abuso de armas con un máximo de pena en abstracto de 3 años de prisión). Además, en dicha queja se impugnaba la denegatoria de la impugnación extraordinaria deducida contra el auto que "concedía" la suspensión del juicio a prueba, decisorio que no preve recurso, y que por lo tanto sólo es revisable por esa vía de excepción cuando la decisión atacada es arbitraria por presentar vicios de fundamentación. El Alto Tribunal provincial señaló que en ausencia de un pronunciamiento arbitrario, no estaba habilitada la vía impugnativa extraordinaria y rechazó la queja. Es decir, el precedente no avala la doctrina que predica la defensa.

Lo cierto entonces es que el control de legalidad reclamado por la Dra. R. ha sido cumplido por el Aquo en virtud de que la denegatoria se ajusta a los supuestos legales expresamente establecidos por la normativa sustantiva.

Llegado a este punto, al delimitar la defensa las características del dictamen del MPF, proclama que la "*oposición fiscal, fundada en el imcumplimiento de los parámetros legales, no en la polícitca criminal de turno*" es la única válida para justificar la denegatoria de la SJP.

En el caso, como lo reconoce la recurrente, la oposición fiscal se sustenta en un criterio de política

---

[1] Cita completa, "*Para algunos de los partidarios de la tesis amplia, es claro que el primer supuesto no requiere del consentimiento fiscal. En el primer supuesto, el Tribunal, del mismo modo que en el segundo, debe verificar el requisito legal de la escala penal abstracta del hecho imputado, y realizar el análisis de razonabilidad de la oferta reparatoria. Hasta aquí, tales actividades no pueden ser consideradas ilegítimas, pues aun los partidarios de la tesis restrictiva reconocen que ambas funciones están a cargo del tribunal. Hecho esto, el juez no cuenta con discreción alguna para decidir sobre la procedencia de la suspensión, sino que debe otorgarla*" ("Suspensión del Proceso a Prueba. Teoría y práctica" de Alberto Bovino, Mauro Lopardo y Pablo Rovatti, Ed. Del Puerto, pag. 77).

[2] Autos caratulados "**F., R. s/ abuso de armas s/ Recurso de Queja"** (Expediente N° 22893 – Folio 138 – Año 2012 – Letra "F").

criminal fundado en se trata de un caso de violencia de género.

La impugnante no pone en crisis que la hipótesis delictiva traída sea abarcada por la Ley III N° 36, ni argumenta respecto de la ilegítimidad del criterio de política criminal en que se sustenta la oposición formalizada por el MPF, por lo que únicamente resta resolver si la oposición, fundada en criterios de política criminal, es suficiente para abastecer una oposición razonable que obste la procedencia del a SJP.

Sobre la cuestión me he expedido con anterioridad de modo contrario a los intereses de la impugnante.

En el caso "Provincia del Chubut c/ T. C. F.- Esquel", NIC 4648, Legajo Fiscal 32.270, con fecha 9/9/2019, fijé mi postura respecto del carácter vinculante del dictamen fiscal en aquellas hipótesis en las que la SJP 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. Dicha posición la he ratificado en los casos "M. N s/Denuncia Abuso sexual R/Víctima WAM", (NIC 7401, Legajo Fiscal N° 68.422 TW), del 5 de marzo de 2020 y "VF- N., M. en rep. de su hija menor S.B.C. s/denuncia pto. Abuso sexual agravado por el vínculo" (NIC N° 7160 RW, Legajo Fiscal N° 16.486), del 20 de octubre de 2020.

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 alcancé 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 SJP 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 excluye 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 en órgano acusador ya que tal tarea solo 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 del 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…" (D., A. s. Recurso de casación en: J., M. 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 otros/ 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 SJP, 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. si 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. arto 189 bis del CP s/ impugnación extraordinaria**", expediente N° 100.217 - FO 1 - Año 2016 - Letra ~P; "**F., L. D. y otros/ 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. si 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.

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 va en sintonía 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[3].

Establecí en aquella oportunidad que la legalidad del dictamen viene dada 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

[3] 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 proceso 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 Nº 33.842/15, P., A. R. s/Lesiones graves", del 18/9/2016)

el caso según la tipificación de los hechos propuesta. Estos aspectos, conforme vengo señalando, no han sido controvertidos por la recurrente en autos. La legalidad de la oposición también se vincula a la naturaleza de los criterios de política criminal esgrimidos para sostener la vida de la acción.

Su razonabilidad se verifica en los argumentos en virtud de los cuales se justifica la posibilidad de que la eventual 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 SJP 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.

En definitiva, contrariamente a lo propuesto por la impugnante, considero que el Juez no debe elaborar un juicio propio sobre la posibilidad de que la pena sea a cumplir y/o respecto de las razones de mérito y conveniencia en que se basan los criterios de política criminal en que se funda; sino determinar la razonabilidad del dictamen fiscal sobre el primero de los extremos y la legalidad del segundo.

También 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 en base a 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.[4]

En el caso traído, respecto del pronóstico de pena exteriorizado, en el sentido de que ésta pudiera ser de cumplimiento efectivo, el A- quo, basándose en el dictamen Fiscal, sostuvo que, aun resultando la pretensión punitiva de pena de tres años de prisión, ello no obsta a que pudiera ser de efectivo cumplimiento. El razonamiento es válido por diversas razones.

La primera, radica en que cuando el art. 291 del rito delimita los requisitos que debe reunir la acusación pública establece, en el párrafo primero, inc. 7, que el libelo debe contener "*la pretensión punitiva provisoria*". Ahora bien, ninguna norma del ceremonial impide al MPF que, luego de sustanciarse el debate y de acuerdo a lo que resulte probado en su desarrollo, pueda pretender una pena superior o inferior a la aludida en la audiencia preliminar o en la acusación escrita. Lo que conlleva el principio acusatorio es que el órgano juzgador no puede imponer penas superiores a las pretendidas por el acusador, pero éste culmina su actividad persecutoria luego de sustanciarse el contradictorio.

El monto de pena provisoriamente exteriorizado por el MPF responde a un parámetro basado en el principio de objetividad regulado en el art. 114 del digesto formal, basado en sus conclusiones iniciales respecto de lo acontecido durante la etapa preparatoria, pero su principal consecuencia es la de delimitar la competencia material del tribunal que debe llevar adelante el debate. A poco que se lee la acusación fiscal, se advierte que en un párrafo se afirma que la pena pretendida no será superior a tres años y en otro, al delimitar la

---

[4] "*Pero la atribución de controlar la motivación y la razonabilidad de la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal no autoriza al juez a sustituirla por la suya, tal como ocurrió en el sub lite al omitir analizar y demostrar que la oposición en el caso hubiese sido irrazonable o infundada. A la par, el Fiscal puso de resalto la razonabilidad de su disconformidad con la suspensión del juicio a prueba respecto del aquí encartado, con sustento en razones de política criminal, la extensión del daño causado y la conducta procesal de aquel, por lo que postularía de recaer condena la aplicación de una pena de efectivo cumplimiento*"

competencia, menciona que ésta no será superior a seis. En definitiva, en las condiciones señaladas, el MPF podría pretender una pena más grave –no superior a seis años- luego de sustanciarse el debate.

(S.C.J.B.A. del voto del Dr. Soria, del 7-9-2016, SD, causa P.125.430, "Altuve Carlos Arturo, Fiscal. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 65.899 del Tribunal de Casación Penal, Sala VI).

Por otro lado, siendo que de acuerdo al art. 26 del Código Penal la regla es el cumplimiento de la pena, para inferir que el MPF ha desistido de obtener una pena de efectivo cumplimiento éste debió mencionar expresamente en su acusación que la sanción pretendida sería dejada en suspenso. Así lo ha entendido el juez de la causa, reflexión que no luce arbitraria si tiene en cuenta que la única posibilidad de que la eventual pena sea de ejecución condicional descansa en que se aplique el mínimo de la escala aplicable al caso.

Tampoco puede soslayarse lo prescripto por el art. 14 inc. 2° del ordenamiento sustantivo, en el sentido que excluye la hipótesis delictiva en trato de la posibilidad de acceder a la libertad condicional, por lo que éste puede constituir un parámetro para evaluar la aplicación del mínimo legal de modo efectivo, que, sin posibilidad acceder al derecho referido, implicaría una pena superior a los ocho meses y por ende constituir una sanción de una entidad significativa.

En definitiva, el juicio emitido por el A- quo respecto de la ejecutabilidad de la pena, es adecuado.

Sin perjuicio de ello, el argumento principal sobre el que se presenta el contradictorio en esta instancia deriva de la posibilidad del MPF para oponerse a la procedencia de la SJP basado únicamente en un criterio de política criminal.

En la obra citada por la defensa, se sostiene que la "*varidad de los casos abarcados por el tercer supuesto reclama un jucio de oportunidad político-criminal acerca*

de la conveniencia de continuar o interrumpir la persecución penal en cada caso concreto. Por este motivo, se requiere un juicio de oportunidad respecto del caso particular a través de la exigencia de contar con el consentimiento del fiscal. Ante este conjunto heterogéneo de casos, que presentan diferencias cualitativas, es razonable requerir el consentimiento del fiscal, a quien el legislador confió el juicio de oportunidad, en el marco definido por los requisitos legales de la firgura, como titular de la acción pública…" Los autores lo diferencian del primer supuesto regulado en código de fondo, al remarcar que cuando "*… el legislador realiza íntegramente el juicio de oportunidad –v. gr., art. 76 bis párrafos I y II, CP-, asume, sin evidencia alguna, que el mecanismo le resultará útil o valioso a todos los fiscales para todo tipo de casos…*"

Luego agregan, respecto de los criterios de oportunidad que deben seguirse que "*… aun dentro de ese margen de discrecionalidad, el juicio de oportunidad debe obedecer a razones serias de política criminal, relativamente homogeneas en un ámbito geográfico determinado, lo que excluye naturalmente la mera alegación de la gravedad del hecho o fórmulas genéricas similares. En determinados supuestos, es aconsejable el dictado de instrucciones generales en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, al menos para establecer lineamientos generales y evitar el caos de criterios…*" ("Suspensión del Proceso a Prueba. Teoría y práctica", Alberto Bovino, Mauro Lopardo y P. Rovatti, Ed. Del Puerto, pag. 64).

El criterio de política criminal en que sustentó su oposición el MPF se vincula a la existencia de un supuesto de violencia de género, en este caso, de tipo sexual en una modalidad de violencia doméstica (arts. 4°, 5° inc. 3° y 6° apartado "a" de la ley III N°36 por la que la provincia adhirió a la ley 26.485). La impugnante, como ya se mencionó, no controvirtió que la hipótesis imputada a L. sea constitutiva de violencia de género, ni la calificación escogida.

También debe terse en cuenta que tanto el párrafo primero del art. 195 de la CCH, como los art. 9 inc. "b" y 16 inc. "c" de la Ley V N° 94, otorgan al señor Procurador General de la Provincia la facultad legal de fijar políticas de persecución penal mediante instrucciones generales. En dicho marco de potestades legales, el Procurador General dictó la Instrucción N° 12/17 en la que fija como política de persecución penal en casos de violencia familiar y de género, que los integrantes del Ministerio Público Fiscal "*ejerzan la acción penal en esos casos… continuando con el ejercicio de esa acción hasta llegar al juicio, procurando allí la condena del infractor*".

En definitiva, el titular de la vindicta pública, haciendo suya la interpretación elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto al posible incumplimiento en que podría incurrir el Estado Argentino al conceder la SJP cuando se trata de hechos de violencia cometidos contra una mujer atrapados en las hipótesis previstas por la "Convención de Belém do Pará"; ha dictado una instrucción de política criminal acorde a dichos lineamientos.

La oposición formulada en autos por el MPF se funda en la instrucción citada.

Más allá de que tratándose de la hipótesis prevista por el párrafo 4° del art. 76 bis, la oposición del MPF es vinculante, la instrucción de referencia establece un criterio aplicable a todos los casos de violencia de género, el que resulta acertado porque, lo que se cuestiona aquí en definitiva, es el equilibrio que debe mediar entre el derecho del imputado de acceder a la suspensión del juicio a prueba y de tal modo "*evitar la estigmatización del proceso y la eventual condena*" (conforme propone la propia defensa) y el cumplimiento de las obligaciones convencionales, de rango constitucional, que tienden a la efectiva protección de los derechos de víctimas especialmente vulnerables.

El modo en que la tensión entre los derechos en conflicto debe resolverse ha sido dirimido por la CSJN interpretando la legislación interna, el bloque constitucional vigente y las decisiones adoptadas en la materia por la CIDDHH.[5] De allí se deriva que, a los fines de dar debido cumplimiento a lo establecido por el art. 7 de la "Convención de Belem Do Pará"[6], el Estado debe adoptar las medidas necesarias para que aquellas personas que resultan acusadas legalmente de cometer hechos que implican violencia de género sean sometidas a juicio, en cuyo marco –respetando todos sus derechos y garantías Constitucionales- se determinen sus responsabilidades penales, individualizando la sanción que pudiera corresponder. Siendo el Poder Judicial parte del Estado, es que el Alto Tribunal de la Nación ha entendido que la SJP no resulta una respuesta jurisdiccional acorde a los compromisos asumidos en la mentada Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Por otra parte, la SJP, como todo derecho reconocido al individuo, prevé límites en cuanto a su ejercicio o acceso. En este caso, el límite reconoce su origen en un precedente de la CSJN, estableciendo un criterio de

---

[5] "la ineficiencia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir". Y ello, añadió la Corte, "favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia" (Caso G. y otras "C. A." vs. M., sentencia de 16-XI-2009)… cita de la CSJBA, autos "A. C. A. s-Desobediencia, s/ Rec. Extraordinario de inaplicabilidad de ley" en causa Nº 74.617, RC J 3061/17, Rubinzal on- line.

[6] "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente… b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer… e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer… f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y, h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención."

política criminal sobre el modo en que se debe ejercer la acción penal pública cuando los delitos son cometidos bajo determinada modalidad ilícita. Esto no es nuevo, el propio instituto en trato prevé excepciones a su procedencia basados en parámetros de política criminal, al margen de que la pena a imponer pudiera resultar de cumplimiento efectivo o no.

En tal inteligencia, hago mías las observaciones efectuadas por el señor Procurador de la Nación el caso "Góngora" al dictaminar que *"A mi modo de ver, incurrió así en el error de referirse al tema de la suspensión del juicio a prueba desde un enfoque centrado exclusivamente en la finalidad de resocialización de la pena, lo que es rechazado por la propia ley, en la que se niega la aplicación del instituto en determinados supuestos, por razones diferentes —por ejemplo, cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito; art. 76 bis, séptimo párrafo, del Código Penal—. De esa manera, pasó por alto que en la cuestión también inciden, de modo determinante, otros fines que informan la potestad punitiva estatal, a cuya luz puede ser comprendida cabalmente la invocación que hizo el fiscal de la citada convención internacional, cuya aprobación por parte del Estado Argentino, en definitiva, constituyó la expresión de su especial preocupación por hechos de esa entidad, y de su particular interés por constatar el alcance de tales conductas y determinar la responsabilidad de sus autores —sean cuales fueren las condiciones de la sanción que eventualmente, quepa aplicar—, para evitar que la impunidad fomente la repetición de esa clase de hechos. Estimo, por consiguiente, que el dictamen del fiscal acerca de la suspensión del juicio a prueba contó con fundamentos suficientes a partir de dichas razones de política criminal que, aunque no fueran compartidas por el a quo, lo pusieron a salvo del control del que pudo haber sido objeto, y lo colocaron así como un límite infranqueable a la concesión de aquel beneficio…" (del dictamen del*

Procurador General de la Nación, del 5 de diciembre de 2012, Dr. Eduardo Ezequiel Casal en el caso "Góngora" de la CSJN).

En definitiva Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincidentemente, 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, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092" – CSJN – 23/04/2013, el resaltado me pertenece).

Los argumentos vertidos por la propia víctima en estos autos, para oponerse a la procedencia de la probation, corren en el mismo sentido, ya que pide que los hechos se esclarezcan con un antecedente de lo ocurrido.

Dicho esto, ninguna duda cabe que los argumentos en base a los cuales el MPF se opuso al otorgamiento de la SJP constituyen un fundamento asentado en razones de política criminal consagradas por una fuente normativa que si bien no está expresamente prevista en el art. 76 bis. del C.P., se extrae de la Convención de Belém do Pará, de su interpretación en la jurisprudencia de la CIDDHH[7] y de la CSJN.

---

[7] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, de acuerdo a precedentes de la propia Corte IDDHH y la Corte Europea de DDHH, que "*La comunidad internacional ha aplicado de forma reiterada el estándar de la debida diligencia como manera de comprender qué significan en la práctica las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, cuando se trata de violencia cometida contra las mujeres de distintas edades y en distintos contextos, incluyendo la violencia doméstica. Este principio también ha sido*

En esa inteligencia, la constitucionalidad del criterio de política criminal vinculada al ejercicio de la acción pública del MPF fluye sin dificultad, y por ende resulta un motivo legal y razonable para dar sustento vinculante al dictamen por el que el órgano acusador se opuso a la procedencia de la SJP pretendida.

Por otro lado, no comparto que en el caso la SJP hubiera sido una herramienta útil para resolver el conclicto penal que subyace detrás del proceso, no solo por la gravedad de los hechos, sino por la cerrada oposición de la víctima a la procedencia de la SJP, instando la realización del debate. Han sido elocuentes en tal sentido quienes representaron a la niña víctima, tanto su madre como la Asesoría de Menores que intervino, lo que ilustra la inexistencia de una superación extrajudicial del conflicto suscitado por los hechos imputados, es decir, el derecho no se ha reestablecido por fuera del proceso.

En definitiva, el primer motivo de agravio debe ser rechazado.

II) En un segundo motivo de agravio la defensa intenta unir la pretensión punitiva formulada por el MPF en la acusación, de tres años, a la hipótesis prevista por el

---

crucial para definir las circunstancias en que el Estado puede estar obligado a prevenir actos u omisiones de particulares y a responder a ellos. Este deber comprende la organización de toda la estructura estatal – incluyendo el marco legislativo, las políticas públicas, los órganos encargados de implementar la ley como la policía, y el sistema judicial – para prevenir y responder de forma adecuada y efectiva a estos problemas. Tanto la Comisión como la Corte Interamericanas han invocado el principio de la debida diligencia como referencia para pronunciarse jurídicamente sobre casos y situaciones de violencia contra la mujer perpetrada por particulares, incluyendo casos relacionados a las niñas" y agrega, que "*La evolución del derecho y de la práctica relacionada a la aplicación del estándar de la debida diligencia en casos de violencia contra la mujer destaca, en particular, cuatro principios.* ***En primer lugar, los órganos internacionales han establecido de forma consistente que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por no actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer; un deber aplicable a los actos cometidos por particulares en ciertas circunstancias****. En segundo lugar, subrayan el vínculo entre la discriminación, la violencia contra la mujer y la debida diligencia, señalando que el deber de los Estados de enfrentar y responder a la violencia contra la mujer también implica medidas para prevenir la discriminación que perpetúa este grave problema.* ***Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres, y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otra índole basadas en la premisa de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos, y sobre los roles estereotipados que se imponen tanto a los hombres como a las mujeres***" (Informe 80/11, caso 16.626 "J. L.", el resaltado me pertenece).

legislador en el primer párrafo del art. 76 bis. del Cód. Penal.

Sin perjuicio de que en virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, las razones de política criminal en que se sustenta la oposición del MPF abarca todos los supuestos en los que los hechos, además de resultar delictivos, constituyen violencia de género, y que por ende el dictamen puede abastecer una oposición suficiente a la procedencia de la SJP en cualquiera de sus supuestos; lo cierto es que según la normativa sustantiva aplicable lo que determina la hipótesis de procedencia del instituto es la escala prevista en abstracto para el delito objeto de imputación.

La norma reza "*El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba*", es decir, se vincula el supuesto de procedencia a la pena prevista en abstracto para el delito objeto de acusación, no a la pretensión punitiva. Ello, además de surgir expresamente de la norma, se condice con las características de diversos digestos procesales en los que el fiscal formula una pretensión punitiva recién al concluir el debate, la etapa sumaria concluye con una citación a juicio.

En el caso, el Abuso sexual simple agravado por el vínculo prevé, conforme lo establece el art. 119 párrafos 1° y cuarto, último supuesto en función del inc. "a" del C.P., una pena que oscila entre los 3 y los 10 años de prisión, hipótesis que claramente escapa a las previsiones de la norma transcripta.

La pretensión punitiva exteriorizada por el órgano acusador habilita la posible procedencia de la SJP a la luz de lo normado en el párrafo 4° del art. 76 bis., posibilidad que ha sido descartada por no mediar el consentimiento expreso del MPF.

En definitiva, los argumentos expuestos por la defensa para subsumir el caso en la hipótesis del primer párrafo

del articulado ya mencionado, carece de sustento legal, lo que amerita rechazar el motivo de impugnación en análisis, proponiendo confirmar la decisión recurrida en todos sus términos.

III) Finalmente, creo oportuno reiterar lo que puntualicé con anterioridad en los autos "P. K. s/Lesiones y Amenazas- Trelew" NIC 7378, Legajo Fiscal N° 69.192 de fecha 19/2/2019, y señalar nuevamente que si bien el art. 49 del rito (tras la reforma de la ley 5817) habilita a la defensa a solicitar la Suspensión del Juicio a Prueba hasta el inicio del debate, también lo es que el art. 2° de la ley 26.485, a la que adhirió nuestra provincia a partir de la Ley III N° 36, establece como objeto de la norma promover y garantizar (inc. d) **"el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres**" y (inc. f) **"el acceso a la justicia a las mujeres que padecen violencia".** También lo es que el art. 16 de la mentada ley establece como garantía mínima de las mujeres, en los procedimientos judiciales de cualquier índole, el de (inc. h) **"recibir un trato humanizado, evitando la revictimización".** La obligación de evitar la revictimización en el proceso, viene reforzada en el caso por la edad de la damnificada en virtud de lo normado por los arts. 3, 16, 19.1 y 39 de la Convención de los Derechos del Niño, ya que la normativa impone a los órganos estatales –entre ellos el judicial- a proteger a los niños y niñas teniendo como norte su superior interés.

De allí que la Defensa Pública, en tanto órgano integrante de la administración de justicia provincial (art. 162 de la CCH) no está exenta de evaluar la adecuación de ciertas prácticas a los parámetros de género señalados.

En el caso, conforme surge del acta de la audiencia preliminar, la defensa no formuló ninguna oposición para la realización del juicio oral, y luego, el día en que

daba inicio el debate, casi ocho meses después, formuló el requerimiento de SJP frustrando el inicio del plenario.

En tal inteligencia, considero que los requerimientos de SJP, en aquellos casos en los que puede mediar violencia de género grave, deberían materializarse al momento de concretarse la audiencia preliminar. Ello así, porque la circunstancia de concurrir al debate conlleva para las víctimas un momento sumamente costoso a nivel emocional y personal. El planteo de la SJP al momento de iniciarse el juicio oral implica la imposibilidad de continuar con la instancia de debate, frustrando las expectativas de la víctima y posibilitando una nueva situación revictimizante en la instancia de afrontar el juicio oral por segunda vez. La ley tantas veces citada en este voto, define la situación descripta como pasible de ser considerada "violencia institucional contra la mujer" (ver art. 6° inc. B).

Este cuadro es fácilmente evitable si se peticiona el derecho en cuestión en el marco de la audiencia preliminar, compatibilizándose de tal modo los intereses de ambos contendientes.

Tengo en cuenta que el proceso de adaptación de los diferentes estamentos del Estado a los parámetros ideales en materia de género implica cambios progresivos, en los que el tiempo es un factor clave para visualizar aquellas prácticas que pueden resultar contrarias a las metas convenidas por la Argentina en materia de violencia de género, y es por ello que no considero esta sugerencia como un exceso decisorio o una indebida intromisión de mi parte en competencias ajenas, sino un simple aporte tendiente a modificar aquellas prácticas que conllevan la afectación de los derechos reconocidos a las mujeres cuando se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, sobre todo cuando son evitables sin menoscabar los derechos del acusado.

IV) En cuanto a las costas y a la regulación de los honorarios profesionales que corresponde regular en esta

instancia, me remito a la propuesta efectuada por el colega que lidera el acuerdo, por compartir sus fundamentos.

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 O. N. L., de demás circunstancias personales obrantes en autos;

2) Confirmar en todas sus partes la sentencia registrada digitalmente bajo N° 1083/20 Ofijud Tw, dictada el 23/07/20, de conformidad con los fundamentos dados;

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

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

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrián Barrios

Juez de Cámara

Se hace constar que el Dr. Hernán Dal Verme remitió su voto a esta sede mediante correo electrónico firmado digitalmente. Asimismo, el Dr. Alejandro Gustavo Defranco no suscribe materialmente el presente fallo, habiendo remitido su voto a esta sede mediante correo electrónico por impedimento ulterior (normas de bio seguridad relativas al COVID 19, y acordadas del STJ pertinentes), valiendo la presente sin su firma por imperio del artículo 331 último párrafo del Código de Procedimiento Penal.

Registrada con el Nro. 101/2020 de la Cámara en lo

Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-

O. P. Bastos
Secretario de Cámara