Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
Cámara en lo Penal
PUERTO MADRYN

En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los tres días del mes de Julio del año dos mil veinte, los Sres. Jueces de la Excma. Cámara en lo Penal de la circunscripción Judicial de Puerto Madryn, integrantes del Tribunal, Dres. L. Marcelo PITCOVSKY, Rafael LUCCHELLI y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, proceden a dictar sentencia en estos autos caratulados: “**S., S. en representación de la menor S.S.A.J. s/ Denuncia Abuso Sexual s/ Impugnación Carpeta N° 7837, Expte. 02/2020 CPPM**, seguidos contra**: L. S. S.,** hijo de H. y de L. C., con domicilio en calle M. N° X, DNI N° X, en virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Dr. L. H. B. contra la Resolución registrada bajo el N° 3507/2019 OFIJUD suscripta por el Juez Penal Francisco Marcelo ORLANDO. En esa, se dispuso NO HACER LUGAR a la aplicación del Instituto de Juicio a Prueba planteado por las partes (Art. 7° inc. b, f y g. Convención Belém Do Pará, art. 76 bis cuarto párrafo, contrario sensu C.P.N).

Intervino por la acusación la Sra. Fiscal María Alejandra Hernández, por la defensa técnica el Defensor Oficial Dr. L. H. B. y por la Asesoría de Familia el Dr. M. D. S.

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

En su libelo de impugnación el Dr. B., en primer término, realiza un detalle de los antecedentes de la Carpeta.

Indica que el día 25 de abril de 2008 se realizó la audiencia de apertura de investigación en la presente, en esa, se formalizó la imputación penal contra su defendido el Sr. L. S. S. por el delito de Abuso Sexual Simple agravado por el vínculo –art. 119 párrafo 1° inc. b CP- por los hechos que habrían transcurrido durante el año 2016 en perjuicio de su hija, A. J. S. S., lo que fue precisado rigurosamente en la acusación, manteniéndose igual calificación, en la modalidad de delito continuado.

Señala que trascurrida la etapa de investigación el 22 de noviembre de 2019, y previo el Debate Oral, se realizó un pedido de las partes para tratar en audiencia la aplicación del instituto en cuestión, lo que fue rechazado y fundamenta esta impugnación.

Así es como en dicho acto la Fiscal, Dra. Alejandra Hernández, en representación de la unidad especializada en delitos de género del MPF, el Dr. M. D. S., de la Asesoría, el imputado y su defensa técnica, presentaron un acuerdo de aplicación de suspensión de juicio a prueba por el término máximo de tres años, plazo en el que el encartado se obligaba a respetar la prohibición absoluta de acercamiento y contacto con la víctima y a realizar tratamiento psicológico de conformidad al delito que se le atribuía, más las reglas que el Magistrado estimara corresponder.

Aclara que este acuerdo fue elevado al Juez por el Ministerio Público Fiscal, refrendado por la asesoría y que luego la propia víctima, A. J. S. S., acompañada por su abuela –quien fue denunciante y representante legal- ejerció la palabra haciendo uso de su derecho a ser oída y le refirió al Juez en forma expresa estar de acuerdo

con la salida que beneficiaría al victimario, a sabiendas y siendo consciente, que de confirmarse renunciaba a la posibilidad de un juicio oral y público. Dicha propuesta fue rechazada por el Magistrado.

Al fijar los agravios se refiere a la tesis de la contradicción insalvable utilizada por el Juez en sus fundamentos, en cuanto sostiene ese, que un sector importante de la doctrina abona esta posición por la cual entienden se produce una colisión directa frente al deber que asumió el estado argentino a partir de la firma, ratificación e incorporación al derecho positivo interno de la Convención de Belém do Pará.

Alude a que el Juez hace suya esta doctrina mediante citas a la Cámara Federal de Casación Penal en el fallo "Góngora" de la CSJN, y en base a un fuerte análisis en la interpretación literal de los arts. 1°, 2° de la Convención señalada, concluye en su aplicabilidad al presente caso, al tratarse de un delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo.

Entiende que el Magistrado se arrogó la facultad de calificar el hecho del proceso en el contexto de violencia de género, efectuando una serie de consideraciones sobre la víctima para concluir que "*se haya en situación de vulnerabilidad frente a su victimario"* y en cuanto *"se advierte objetivamente a partir de lo acontecido en audiencia*" porque *"se limitó a señalar que aceptaba la vía y que lo que tenía que decir, lo había dicho al Sr. Asesor de Menores*" y que luego tomó la palabra la abuela y representante legal para solicitarle "*al imputado que valore la actitud adoptada por su hija y textualmente pidió al imputado "que valore lo que está haciendo su hija por sus hermanitos",* lo que provocó un cambio emocional en la menor".

Indica que esa ponderación que habría efectuado la víctima y que se observó en la audiencia, para el Juez se traducen en una infracción de las obligaciones asumidas por el estado argentino a partir del art. 7 de la Convención de Belém Do Pará, en las que "*se generan cuestiones como las aquí planteadas, donde la víctima en estado de vulnerabilidad puede promover decisiones alejadas de lo que debe ser el correcto devenir del proceso.*"

Postula, en virtud de lo antes consignado, que no toda agresión a los bienes jurídicos de un sujeto pasivo que le asiste la calidad de mujer se traduce como un delito comprendido en los términos de la Convención referida, que de serlo así, se trata de un elemento que debe ser cabalmente calificado y también acreditado por el Ministerio Público Fiscal, al tratarse de una potestad exclusiva de la política criminal. Por ello, dice no puede ser calificado de modo unilateral por el Juez Penal cuando el acusador público no lo consideró así. Al formularse la acusación contra S. en ningún momento se abordó la plataforma fáctica desde la óptica de la normativa de género o violencia familiar más allá de la calificación jurídica agravada, por evidente y inexcusable, a partir del vínculo que une a la víctima y victimario.

Advierte que ello –lo resuelto- violenta múltiples principios consagrados en el marco de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, principalmente aquel que consagra la división de funciones entre investigar y juzgar, como así también el principio de contradicción que se erige como corolario fundamental del derecho de defensa.

Luego de hacer cita doctrinaria sobre *la tesis de la contradicción insalvable* indica que esa como la Convención internacional están asociadas a la protección de

la tutela judicial efectiva de las mujeres en situación de vulnerabilidad, negando que pueda sostenerse que este derecho que asiste a las víctimas se traslada automáticamente a la obligación de ejercer la persecución penal en el marco de un proceso judicial hasta materializar la pretensión punitiva en una pena de prisión, más aun lo sostenido por el a quo en este resolutorio al extralimitarse respecto a lo acontecido en torno al dictamen fiscal, la voluntad de la víctima y la aquiescencia del asesor de menores.

Agrega que la alocución “*sancionar*” a la que alude el art. 7° de la Convención no permite al juzgador trastocar el modelo de enjuiciamiento arrogándose las facultades de acusador público y del asesor de familia, para sostener una suerte de iluminación trascendental acerca de una supuesta distorsión en el consentimiento de la víctima.

Dice no puede suceder que ante una impresión personal que se habría formado en escasos diez minutos que duró la audiencia de suspensión del juicio a prueba, los que resultan por demás imprecisos, sin advertir todo el trabajo efectuado por el Ministerio Público Fiscal a través de su organismo de Asistencia a la víctima, y de la Asesoría Civil, como organismo técnico responsable de velar por los derechos de las víctimas que asume la calidad de adolescente.

Añade que el Juez no es un funcionario público cuya función se instituye en la tarea de orientar voluntad de los particulares interpretando el interés de cada uno de ellos en cada caso, sino que cumple la significativa tarea de administrar intereses según las proposiciones de las partes a partir del respaldo normativo que le es servido interpretar y de la corriente teórica del derecho a las que adhiere.

Se refiere a la frase utilizada por el Juez "*correcto devenir del proceso*", y realiza consideraciones concluyendo que corresponde remitirse al art. 76 bis del CP y 49 del CPP, en cuanto consagra una serie de tabulaciones, las que en el hecho tratado es clara en cuanto, la suspensión del proceso a prueba debe proceder ante el dictamen favorable del fiscal y el consentimiento de la víctima cuando se cumplen los requisitos sustantivos para su otorgamiento; pues en esencia se trata de un derecho del imputado.

Concluye que bajo la excusa de la tesis de la contradicción insalvable que intentaría superar una situación de vulnerabilidad, resulta en una magnificación del conflicto y en un desprecio de su alcance según lo han entendido los protagonistas. El resolutorio puesto en crisis es una decisión arbitraria a las luces de un sistema cuyo modo de organización es estrictamente acusatorio y adversarial, máxime cuando rige como regla de orientación obligatoria para las decisiones judiciales el art. 32 del CPP.

Como segundo agravio denuncia violación del deber de imparcialidad, refiriendo que el Juez tomo una posición intencional y deliberada para perjudicar al imputado. Trae un párrafo del resolutorio del Juez: "*encuentro infundado el dictamen fiscal, en cuanto adujo se trata de una pena de tres años por ende reunida una exigencia de procedencia, sin embargo, la calificación legal sostenida, determina una escala penal comprendida entre los tres y diez años de prisión… En el contexto citado, no encuentro de la fundamentación fiscal, debidamente justificado a cerca de porqué en el caso, correspondería una condena de ejecución condicional en virtud del mínimo del cual parte la escalera penal, máxime que el delito atribuido lo es en la modalidad de delito continuado."*

Sobre ello hace cita del fallo de esta Excma. Cámara en Carpeta N° 4536 OFIJU, Expte. N° 14/13 "INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS S/DENUNCIA S/ IMPUGNACIÓN" donde se ha tratado los márgenes de competencia del juez en ocasión de evaluar el dictamen fiscal en los casos que corresponde su acuerdo – 76 bis cuarto párrafo-. Cita en particular los votos de los Dres. Lucchelli, Pitcovsky y Trincheri, señalando esa defensa que el Juez se adentra en el análisis de asuntos que le están vedados, siendo el control de legalidad un análisis sobre la procedencia de los requisitos sustantivos del instituto que se desprenden de la situación personal del imputado.

Seguidamente se pregunta sobre cuál es el sentido que le otorga el Código Penal al cuarto párrafo del artículo 76 bis, cuando señala la necesidad de contar el acuerdo fiscal, aclarando que justamente es la necesidad de obtener claridad respecto de la aplicación de la pena de prisión que se encuentra expectante no será de cumplimiento efectivo.

Elucida que resulta constitucionalmente imposible para un funcionario encargado de administrar la jurisdicción pretender ejercer facultades propias de la política criminal, así el análisis de la competencia del juez para analizar la pena deviene en abstracto si se considera que en un eventual debate oral y público, el mismo juez no podría sostener la aseveración traída, pues, jamás podría haber aplicado más pena que la requerida por el Fiscal.

Afirma que al asumir la posibilidad de extender los alcances de la política criminal el judicante ha bastardeado el principio *pro homine*, produciendo además una merma de la tutela judicial efectiva pues se torna más rigurosa con la teoría de

la contradicción insalvable desde el momento que la víctima otorga su consentimiento para que el imputado se desligue del juicio oral y público.

En síntesis, establece que el derrotero del Juez Orlando deviene arbitrario ante el palmario menoscabo al sistema de garantías, arrogándose facultades propias de otros organismos judiciales, sustituyendo la voluntad de la víctima y vulnerando derechos del imputado.

Así solicita que se haga lugar a la impugnación y se disponga la celebración de la audiencia de Suspensión de Juicio a Prueba.

Hace reserva del Caso Federal –art. 14 de la Ley 48.

Por su parte la Fiscalía, en su escrito, luego de realizar similar detalle sobre el devenir de la Carpeta expresa que, en dicha audiencia con la presencia de las partes y la víctima junto a su abuela materna, se le hace saber al Juez la propuesta excepcional y para el caso concreto. En esta se le daba prioridad a la víctima sobre al cual el asesor trabajó en forma concreta e ininterrumpida, que del informe psicológico no surge vulnerabilidad alguna, y que ante el Juez le explicó que había decidido, entre lágrimas, darle una oportunidad a su padre, quien en el fuero de familia estaba dando la tenencia a su abuela, pactando régimen de cuota alimentaria; y que más allá de lo denunciado no quería perjudicarlo.

Explica la Dra. Hernández, que ante dicho pedido el juez adopta una decisión contraria a la arribada por las partes, bajo la excusa de la aplicación del contexto de género, excediéndose en su papel de Juez de Garantías; argumentando que había estado frente a una víctima vulnerable, afirmando que ello no resulta así y que de ser así ese MPF nunca habría planteado la posibilidad del instituto.

Por último, solicita la revocación de la resolución y su otorgamiento.

Llevada a cabo la audiencia de impugnación –art. 385 del CPP- la Defensa nuevamente se explayó sobre los agravios siguiendo el lineamiento de su escrito. Asimismo, explicó que en dicha audiencia esa Parte convocó en calidad de testigo experto al representante de la Asesoría de menores e incapaces, Dr. M. D. S., por haber cesado al tiempo de la audiencia la representación de la joven víctima, quien ya es mayor de edad.

Por su parte, la acusadora denunció que el Juez se excedió en su rol al contextualizar los hechos de manera diferente a lo realizado por la Fiscalía echando mano a lo establecido por el Art. 7 de la Convención de Belem do Pará, para negar el otorgamiento.

Agrega que en oportunidad de la audiencia la misma víctima con diecisiete años de edad le comunicó al Juez su decisión de otorgarle otra oportunidad para su padre y también hizo lo propio y en el mismo sentido su abuela. Seguidamente dio explicaciones de por qué no consideraba que la víctima era vulnerable, conforme lo había señalado el Juez.

Expresó que en cuanto a la insuficiencia de la fundamentación dada por esa Parte, en relación a la pena a imponer, en la audiencia preliminar se le hizo saber que era un caso excepcional, que la calificación legal (abuso sexual simple agravado por el vínculo) permitía, en función de los antecedentes del imputado, las circunstancias que rodeaban al el hecho, los informes psicológicos, que era libre, que no quería tener contacto con su padre, pero en función de nuevos hermanitos, de la nueva historia familiar, había decidido tomar esa decisión.

Enfatizó en este punto, que nuevamente el Juez ha excedido su función, siendo su resolución arbitraria, ha violentado el sistema adversarial de nuestro proceso penal y menospreciado la voluntad de una víctima que lejos de ser vulnerable, como dice el juez de la causa, ha sido libre.

Tras deliberar el Sr. Presidente puso a votación las cuestiones en el orden y conforme lo prescribe el artículo 329 del Código Procesal Penal (Ley XV Nº 9, antes Nº 5.478).

La Juez Flavia F. TRINCHERI dijo:

Ha llegado a revisión de esta Cámara la Carpeta "S., S. en representación de la menor S.S. A. J. S/denuncia abuso sexual S/Impugnación" Expte 02/2020 CPPM en virtud de la impugnación presentada contra la sentencia interlocutoria Nº 3507/2019 dictada por el Juez Francisco Marcelo Orlando de fecha 27 de noviembre de dos mil diecinueve, donde deniega la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, solicitada para el señor L. S. S.

Intervino el Dr. L. B. por la Defensoría Pública Penal, la Dra. María Alejandra Hernández por el Ministerio Publico Fiscal y por la Asesoría Civil, el Dr. M. D. S.

Celebrada la audiencia en los términos del art. 385 del CPP se conocen los agravios de las partes. La propuesta de suspensión de juicio a prueba rechazada por el A quo, había sido realizada conjuntamente por el señor Defensor y la señora Fiscal y, Dr. S. se expresó como *testigo experto,* porque en esta fecha la menor víctima ya contaba con dieciocho años de edad.

Comienza haciendo uso de la palabra el Dr. L. B. manifestando que todas las partes estaban de acuerdo con la propuesta, también la joven y su abuela materna –su guardadora- quienes, estando anoticiadas del acuerdo y el alcance del mismo, prestaron su conformidad. A su defendido se le imputa “Abuso sexual simple agravado por el vínculo”, aclara que es el padre de la menor víctima y que, entre otras condiciones, la suspensión del juicio a prueba sería por el término de tres años.

Sostiene que el Juez Orlando luego de la audiencia, difirió el dictado de su resolutorio para hacerlo por escrito dentro del término de la ley y que el Juzgador fundó su rechazo en la tesis de la contradicción insalvable, en la comprensión que la petición se encontraba contraria a los presupuestos de la Convención Belém do Pará.

Dice que el Juzgador apenas ve a la joven y su abuela en una audiencia de diez minutos de duración y por las expresiones de ésta última, concluyó que en el hecho que nos ocupa estaba enmarcado en un contexto de género y que ese encuadre debe ser acreditado, lo que no se dio en este caso. Se trata de una potestad de los Fiscales que el Juez se arrogó y se valió de ello unilateralmente, lo que se halla expresamente prohibido por nuestro Código de Procedimientos y resulta violatorio de principios procesales.

El Juez echa mano al Art. 7 de la Convención cuando en realidad, debe ponderar tanto el interés de la mujer víctima como el del imputado; que cae en una falacia demagógica donde hace primar su interés punitivista sobre la voluntad de la víctima, la que descarta.

También se agravia del mérito que hace el Juez acerca del monto punitivo que escogió la señora Fiscal para que el beneficio resulte viable, sostiene que es una facultad propia del Acusador público, que aquí también el Dr. Orlando tomó para si una potestad que no tiene.

A su turno, la Fiscal General Dra. Hernández acompaña lo dicho por el Defensor. Dice que desde el inicio ese Ministerio nunca enmarcó el hecho en el contexto de género, que el Juez se excedió y sólo debió controlar los recaudos legales. Aclara que el imputado nunca fue intimado dentro de ese contexto y que no estamos frente a una víctima vulnerable, la joven fue asistida y estuvo acompañada por el Dr. S., el Servicio de Protección de Derechos y su abuela materna.

Arguye que se trata de un caso excepcional donde la joven quiso darle una nueva oportunidad a su padre, su abuela también lo dice y esto es tomado por el Judicante como *vulnerabilidad de la víctima*. Dice que los informes en relación a ella, no reflejaban vulnerabilidad, que su decisión fue libre y que surge del expediente que tramita ante el Juzgado de Familia que la chica no estaba presionada, vive con su abuela, no tiene necesidades económicas y que su padre le otorgó la tenencia a la abuela y abona una cuota alimentaria por ella.

Que el Juez, se impresionó al ver que a la joven se le caían las lágrimas cuando hablaba, pero eso no tiene nada que ver con lo que él concluyó. Que resolviendo como lo hizo, desoyó a la víctima, le denegó el acceso a la justicia y no valoró la circunstancia de darle una nueva oportunidad a su padre.

A su turno, el representante de la Asesoría hizo una larga alocución la que reseñaré en apretada síntesis.

Rechaza la idea del Juzgador al apreciar que la chica se encontraba en estado de vulnerabilidad y enumeró y relató todo lo realizado en el fuero de familia. Que la joven era acompañada por su abuela materna y se entrevistaban con el organismo donde él se desempeña para trabajar cuestiones educacionales, de salud y actividades deportivas.

Que la Asesoría de Familia tuvo intervención desde que la niña era pequeña. Cuando contaba con cuatro años de edad, su madre se fue de la casa teniendo otra familia y viviendo en otra provincia. Que la menor ha vivido con su abuela materna quien también la acompañó durante el trance del proceso judicial.

Que si bien la joven en la audiencia con el Juez Orlando fue sumamente escueta, antes había hablado con él y la vio agotada con esta cuestión judicial, asistir a los tribunales, ser entrevistada, prestar declaración en Cámara Gessel, entre otras medidas. En palabras del letrado, "*la intención en todo momento era la posibilidad de darle un cierre decoroso a esta situación" (t).*

Que la menor quería que su padre fuera a terapia y si la causa iba a juicio oral y él resultaba condenado y privado de su libertad, ese tratamiento se dilataría. Que desea que su padre revea su conducta, ya que tiene otros dos hijos pequeños que son sus hermanos y si su padre fuera preso, ello repercutiría en la vida de los niños.

Alude a los tratados internacionales, a la Convención de los Derechos del Niño y al derecho a ser oído, que no consiste sólo en "oír" sino en tener en cuenta su opinión, ya que las decisiones que puedan tomarse, pueden afectarla directamente. Esto se conjuga con la Observación Nº 14 de la Convención que alude a la capacidad

progresiva de los menores, que la joven al momento de la audiencia estaba próxima a cumplir dieciocho años y su voluntad debe ser escuchada.

Ante preguntas de la suscripta acerca de si algún profesional de la salud interactuó con la joven, responde que el Servicio de Protección de Derechos realizó informes y no encontró vulneración de derechos y que tuvo un espacio terapéutico pero la misma joven cerró esa vía por entender que no era necesario; que en el Centro P. la atendió una médica, la Dra. S.

Agrega la señora Fiscal que la joven fue evaluada por el Servicio de Asistencia a la Victima y concluyeron que no evidenciaba ninguna situación que haga pensar que se estaba ante una víctima vulnerable cuya voluntad no era libre.

El Juez en su interlocutorio, sostiene que en el caso presentado, él debe analizar la viabilidad del acuerdo y allí es cuando encuentra la contradicción insalvable, conforme la manda de la Convención Belem do Pará y con fundamento jurisprudencial en los fallos "Calle Aliaga" y "Góngora".

Sostiene que *"La víctima de autos, se trata de una joven –menor de edad- que según el hecho fáctico ha sufrido violencia sexual a temprana edad (13 años) de parte de su progenitor, por tanto, objetivamente se halla en situación de vulnerabilidad frente a su victimario, circunstancias que entiendo debe ser especialmente ponderada jurisdiccionalmente…. No puede obviarse la referida vulnerabilidad en la que se halla incursa y que a mi criterio se advierte objetivamente a partir de lo acontecido en audiencia*… "y lo relata: que aceptaba la propuesta, lo que tenía para decir ya se lo había dicho al Asesor y, al hacer uso de la palabra su abuela, ésta se dirige al imputado y le dice que valore lo que hace

su hija por sus hermanitos lo que provoca un cambio emocional en la joven, quien comienza a llorar.

Opina que comprende la posición fiscal de querer privilegiar la decisión de la víctima, pero este "consentimiento" debe ser cuidadosamente analizado y por ello, en casos como el presente la generalidad de la posición restrictiva de la suspensión del juicio a prueba, es la que debe primar dando cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas.

Para finalizar, encuentra infundado el dictamen fiscal en cuanto a la pena, al sostener que resultaría aplicable una pena de tres años de ejecución condicional –por ello la viabilidad del instituto- siendo éste el mínimo legal para el delito enrostrado, advirtiendo que estamos frente a una modalidad continuada y si bien la pretensión punitiva es potestad de la parte acusadora, aquí requiere un análisis de mayor detenimiento y fundamentación.

Puesta a resolver y habiendo ya reseñado lo reproducido en la audiencia del Art. 385 del CPP y lo resuelto por el Juez Orlando, he de repasar los antecedentes de la causa los no son ajenos al acuerdo de partes y consecuentemente al resolutorio del Juzgador.

En la pieza acusatoria al señor L. S. S. se le imputa: "*desde sus 13 años (abril de 2015) la joven A. S. comenzó a ser tocada por su padre, L. S., cuando esta dormía en la misma cama de él en el domicilio de su abuela paterna, ubicado en B° P. calle M. x Lote x de esta ciudad. Luego ya en el mes de enero de 2016 la joven sufre un accidente en moto con él y se quiebra su pierna, situación por la cual la joven no podría salir de su domicilio el cual compartía con su padre en el B° P. P.,*

y este aprovechaba la ausencia de la abuela y tía de la joven para tocar sus zonas intimas por encima de su ropa interior y para decirle obscenidades. Luego de recuperada la joven su padre a cambio de dejarla salir le decía que le dejara chupar sus pechos. Que todos estos tocamientos sucedieron hasta que su padre se puso de novio, abril de 2017 y la víctima se fue a vivir con su abuela materna, siendo develados a principios del mes de noviembre de 2017". El hecho es calificado "Abuso sexual simple agravado por el vínculo en la modalidad de delito continuado".

La pretensión punitiva, conforme la acusación escrita, consiste en una pena superior a seis años, reclamo que lleva al MPF a solicitar la intervención de un Tribunal de Juicio colegiado (Conf. Art. 71 inciso B II del CPP). El subrayado me pertenece.

En fecha cuatro de febrero de dos mil diecinueve se celebra la audiencia preliminar con la intervención de la Dra. Hernández por el Ministerio Público Fiscal, la Dra. M. A. L. por la Defensa Pública y el Dr. D. S. por la Asesoría y la Jueza interviniente, Dra. Marcela Pérez dicta el auto de elevación a juicio, conf. Art. 298 del CPP.

Encontrándose la causa en espera del debate oral fijado para el día 27 y 28 de noviembre de 2019, las partes solicitan telefónicamente a la OFIJU la fijación de una audiencia para tratar la propuesta de solicitud de suspensión del juicio a prueba para el imputado. Así es como la prosecretaria V. B., deja sin efecto la fijación del debate y le da intervención al Dr. Orlando, quien fuera integrante del tribunal colegiado, celebrándose la misma el día veintidós de noviembre.

Tal como dijera el Dr. L. B., la audiencia tiene una duración de diez minutos en la que comienza haciendo uso de la palabra la Dra. Hernández diciendo que la finalidad de la misma es que se plasme el acuerdo, reitera la calificación legal, aclara que la agravante está dada por el vínculo, que comprende los hechos ya consignados en la acusación y que prevé para el caso una pena de tres años, por ello, la viabilidad del instituto. El subrayado me pertenece.

Agrega que la víctima está de acuerdo y el imputado está dispuesto a cumplir con las condiciones acordadas con la joven, a saber: la prohibición de acercarse a ella y que él realice terapia mientras dure la suspensión. La continuidad del desarrollo de la audiencia, ya lo conocemos y no he de reiterarlo.

Continuando con mi examen, he de decir que es indiscutible el rol y función del Ministerio Público Fiscal como titular exclusivo de la acción penal pública y en tal carácter posee autonomía funcional, conf. Art. 195 inciso 3 de la Constitución Provincial y Art. 112 y concordantes del CPP:

Al realizar la acusación expresa el motivo por el cual alguien es acusado penalmente, describe detalladamente el hecho que se le atribuye y expone brevemente los fundamentos de la condena que pretende.

Nuestro Código de procedimientos permite que el imputado o su defensor, soliciten la suspensión del juicio a prueba hasta el inicio del debate, conf. Art. 49 del CPP una vez ya sorteada la audiencia preliminar donde la pieza acusatoria fue examinaba y fijada definitivamente.

El yerro que advierto por parte de la representante del MPF es que, entre la pieza acusatoria y el acuerdo de partes nada cambió en relación al caso. El

dictamen fiscal se encuentra atrapado por el Art. 25 del CPP y en el presente no está precedido de un análisis de las cuestiones que dan fundamento a esta nueva postura ni referencia alguna al proceso lógico utilizado para resolverla; ello convierte a su dictamen en infundado. Sólo hizo hincapié en que la menor prestaba su conformidad al acuerdo, siendo ello –en el marco de las presentes actuaciones- por sí solo insuficiente.

En cuanto a la resolución del Juzgador al señalar la existencia de un contexto de género que no fue tenida en cuenta por las partes –y que consecuentemente lo lleva a rechazar la solicitud- no he de adentrarme al tratamiento por encontrar que surge palmariamente otra cuestión insoslayable, sin perjuicio que lo encuentro facultado para realizar un control de legalidad.

Así lo dije anteriormente en autos *"***Comisaría Distrito 2do. s/investigación tentativa de homicidio r/víctima M. A. L.**" Carpeta 4702 -Legajo Fiscal 44995, Sentencia Nro. 16 del 3/12/2014: "... *El acuerdo de partes –por el sólo hecho de serlo- concertado entre Fiscal y Defensor, resulta insuficiente para que sea homologado sin más por el Judicante. Éste debe resolver conforme al Art. 25 del CPP y en esa inteligencia, si los hechos no han sido debidamente enmarcados en el derecho –como en el presente caso-, el tribunal se encuentra legitimado para resolver como lo hizo, toda vez que es el último garante de la legalidad*.-

Como viniera diciendo, el dato objetivo e insoslayable es que no se vislumbra que se haya ponderado el caso con especial consideración al interés superior del niño, siendo que estamos ante una víctima menor de edad al momento de los hechos y también menor de edad en la oportunidad de prestar su

consentimiento para la suspensión del juicio a prueba que se postulaba en beneficio de su padre.

Es cierto que tanto el Asesor como la señora Fiscal insistieron en que la joven no se encontraba en un estado de vulnerabilidad, que ya contaba con diecisiete años y que expresaba su voluntad libremente.

Pero a la luz de lo desarrollado en la audiencia y del legajo fiscal, no surge que a lo largo del proceso ni en la pretensa culminación, los operadores hayan tenido una mirada con una perspectiva tal que considerara el interés superior de la niña y cuál era su beneficio. Sólo se quedaron con que prestaba libremente su acuerdo, con la finalidad de beneficiar a su padre y, conforme los dichos de la abuela "que lo hacía por los hermanitos".

La Corte IDH ha establecido en el caso Furlan y Familiares vs. Argentina, que en virtud de la manera progresiva en que los niños y las niñas ejercen sus derechos a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, *el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Igualmente, el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. <u>No basta con</u>*

escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Corte IDH, Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 230. El subrayado me pertenece.

Siguiendo las pautas que marca la sentencia de referencia, se entiende que, si bien la joven A. J. fue escuchada, al mismo tiempo debió ponderarse su situación personal y no quedarse únicamente con su opinión favorable, la que no sólo consistió en decir *estoy de acuerdo*, sino que busca morigerar la situación de su padre y considerar el beneficio de sus hermanos menores.

El informe psicodiagnóstico de la Licenciada P. que realizara sobre la menor, el que se transcribe en la acusación, reza: *..."2) Sí existen indicadores de Abuso Sexual": presenta un relato especifico de ASI que se acompaña con indicadores cognitivos (intrusiones en el pensamiento, fallas en la atención y concentración, fallas en la memoria) y emocionales (vivencia de estar traumatizada, baja autoestima, falta de confianza en sí misma, angustia, abulia y apatía, dificultad en los vínculos interpersonales); Sobre: "3) Si se advierten secuelas psicológicas del abuso", la peritada asocia su diagnóstico de gastritis crónica, las ideas de muerte y una conducta auto lesiva con los hechos denunciados. Su abuela además señala un cambio en la capacidad de generar vínculos y sociabilizar, evidenciando dificultades en las relaciones interpersonales. Agrega trastornos en el sueño asociados al momento de develación del abuso. Sobre: "4) Si la misma presenta tendencia a la fabulación", no, no se observan indicadores compatibles con fabulación o uso abusivo de la fantasía...".-*

Como vemos, se cuenta con un psicodiagnóstico que provoca alarma acerca del estado físico y mental de la joven al momento de realizar la acusación y luego, nos encontramos con la invocación verbal de informes que sostienen que no han sido vulnerados sus derechos.

Esto, aunado a la posterior intervención del SAV –conforme dijera la Sra. Fiscal- no acredita *per se* que se haya velado por el interés superior de la menor S. S. ni durante el proceso ni al momento de la audiencia de propuesta de suspensión del juicio a prueba.

En lo concerniente a la Asesoría, sin perjuicio de la extensa alocución de su representante, su dictamen no es vinculante y tampoco compareció como parte en el proceso. Las circunstancias que puso en conocimiento y haber hecho alusión al interés superior del niño y su derecho a ser oído, no demuestra que este principio se haya aplicado motivadamente en los hechos que nos ocupan. Por su parte, la señora Fiscal no menciona el *interés superior de la niña* ni lo aplica al caso y, como vengo diciendo, se vale del consentimiento expresado libremente por la joven sin motivarlo en los hechos. De esta forma, pareciera que el solo hecho de *estar de acuerdo y decirlo libremente* fuera lo más beneficioso para la menor, sin conocerse otros argumentos que den sustento a esta posición.

Continuando con el agravio acerca del mérito que hace el Juez sobre la pretensión punitiva, donde expresamente dice *"…. En este sentido encuentro infundado el dictamen Fiscal, en cuanto adujo se trata de una pena de tres años y por ende reunida una de las exigencias de procedencia, sin embargo, la calificación legal sostenida, determina una escala penal comprendida entre los tres y los diez años de prisión. En el contexto citado, no encuentro de la fundamentación fiscal,*

debidamente justificado a cerca de porque en el caso correspondería una condena de ejecución condicional en virtud del mínimo del cual parte la escala penal, máxime que el delito atribuido lo es en la modalidad de continuado…la plataforma fáctica determinada en autos, requiere un análisis de mayor detenimiento y fundamentación…"

Como dijera antes, el Ministerio Publico Fiscal es el titular de la acción pública penal y es su potestad determinar la pretensión punitiva fundadamente. Aquí el Juez le achaca no haber hecho un análisis de mayor detenimiento y fundamentación. Ésta última falta es la determinante para invalidar el dictamen fiscal.

Previamente, al detallar la pretensión punitiva de la pieza acusadora –*superior a seis años*- y al transcribir los dichos de la Fiscal en la audiencia –*le cabría una pena de tres años de ejecución condicional*- lo destaqué con un subrayado precisamente para que se advirtiera la nueva postura Fiscal en cuanto a la pena a imponer, la que no critico; solo que tal como dije antes, no hubo ninguna modificación entre ambos momentos procesales ni ninguna fundamentación por parte de la Fiscalía acerca de esa mutación, incumpliendo así con la manda del Art. 25 del CPP.

El Juzgador yerra al reprocharle que la calificación legal exigía un análisis con mayor detenimiento, debió recriminarle la falta de fundamentación, declarar la nulidad del dictamen Fiscal, solicitar la intervención de otro Fiscal General y resolver a posteriori.

Por todo lo expuesto, en razón de ser nulo por infundado el dictamen fiscal -Art. 25 del CPP contrario sensu- ha de declararse la nulidad del auto interlocutorio puesto en crisis por ser consecuencia del primero, debiendo volver las actuaciones a la OFIJU para que otro Juez intervenga. Conf. Art. 164 del CPP.

Así lo voto.

En relación a los honorarios profesionales de la Defensa juzgo adecuado diferir su regulación hasta tanto sean fijados en la instancia de origen.

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo:

Voy a remitirme, en su integridad, a la reseña del caso que se hiciera al comienzo de la presente sentencia en atención a la puntillosa descripción de los antecedentes.-

Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Defensor de confianza del imputado, Dr. L. B., contra la resolución en que el Juez Marcelo Orlando niega la posibilidad de la suspensión del proceso a prueba a la joven A.J.S.S.-

El hecho traído a consideración descripto en la acusación dice que: "*desde sus 13 años (abril de 2015) la joven A. S. comenzó a ser tocada por su padre, L. S., cuando esta dormía en la misma cama en el domicilio de su abuela paterna, ubicado en B° P. calle M. x Lote x de esta ciudad. Luego ya en el mes de enero de 2016 la joven sufre un accidente en moto con él y se quiebra su pierna, situación por la cual la joven no podría salir de su domicilio en cual compartía con su padre en el B° P. P., y este aprovechaba la ausencia de la abuela y tía de la joven para tocar sus zonas íntimas por encima de su ropa interior y para decirle obscenidades.*

Luego de recuperada la joven su padre a cambio de dejarla salir le decía que le dejara chupar sus pechos. Que todos estos tocamientos sucedieron hasta que su padre se puso de novio, abril de 2017 y la víctima se fue a vivir con su abuela materna, siendo develados a principios del mes de noviembre de 2017." Este hecho fue calificado por el M.P.F. como constitutivo del delito de Abuso sexual simple calificado en la modalidad de delito continuado.

En la audiencia a tenor del artículo 385 del C.P.P. el Dr. B. ratifica sus agravios, haciendo lo propio la Titular de la Acción Pública, Dra. Alejandra Hernández y el Dr. M. D. S. en calidad de testigo experto convocado por la Defensa.-

El Defensor agrupa los agravios en dos cuestiones: en primer lugar la aplicación, a su juicio, errónea de llamada "tesis de la contradicción insalvable" y en segundo lugar en la afectación al deber de imparcialidad en el que habría incurrido el Magistrado Orlando.-

Al tratar el primer tópico, la destacada defensa a cargo del Dr. B., señala en su recurso que " *no toda agresión a los bienes jurídicos de un sujeto pasivo que le asiste la calidad de mujer se traduce como un delito comprendido en los términos de la Convención de Belém Do Pará, pues, en todo caso, de serlo así, se trata de un elemento que debe ser cabalmente calificado y también acreditado por el Ministerio Público Fiscal en el ejercicio de las herramientas de la política criminal a través del sustento de un soporte determinado: que el resultado que eventualmente le será reprochable al autor se ejecutó explotando una relación de desigualdad preexistente que encuentra su origen en la situación de vulnerabilidad de la víctima en razón de su género".*

En ese sentido no le asiste razón al recurrente toda vez que el principio de Iura Novit Curia autoriza al Magistrado –en esta instancia- a darle el verdadero significado jurídico al hecho por el que fuera intimado en la acusación. Es necesario recalcar que el Juez, es el último contralor de legalidad del proceso. Ya que, de otro modo, si se diera una calificación jurídica desajustada – que permitiera la obtención de la suspensión del proceso a prueba- debería convalidar lo peticionado tornando ineficaz dicha misión.

Por otro lado, considero que correctamente el Juez ha encuadrado dicha conducta como violencia de género toda vez que S. -según la acusación- "*la dejaba salir a la joven a cambio de chuparle los pechos"*, lo que muestra claramente la desigualdad preexistente y la vulnerabilidad de la víctima, en razón de su género, aprovechada por el imputado.

Sin embargo, no comparto la postura adoptada por el Magistrado en cuanto a la tesis de la contradicción insalvable. Ya he tenido oportunidad de expedirme sobre ello, en los autos: "*VF-C. M. 'V. SI DENUNCIA" Carpeta N° 7175 OFIJU, Legajo N° 58192 M.P.F.*" En dicha causa señale que: "*lo establecido por la "Convención de Belem do Pará", nos encontramos ante la "tesis de la contradicción insalvable" , problemática así denominada por un sector doctrinario y jurisprudencial que propugna, de forma genérica, que "es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías" (CFCP, Sal Il, causa Na 13.240, "C. A., M. S/ recuso de casación" reg. 17.636, del 30/11/2010, del voto del Juez García), cuestión que ha sido planteada por el representante de la fiscalía. Esto ha generado una discusión importante,*

manifestándose incluso la CSJN el en fallo "Góngora" en el que propugna una aparente colisión entre el instituto de la Suspensión del Proceso a Prueba y el Art. 7 de la Convención de Belem do Pará -que establece y reconoce, entre otras cuestiones, el deber de diligencia de los Estados para prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra la mujer- generándose una contradicción -insalvable- que obsta la posibilidad de aplicar el instituto en cuestiones de violencia de género. Sobre el tópico, y más allá de la respetable Jurisprudencia a la que hago alusión, entiendo que si tomáramos como una contradicción insalvable las disposiciones del Instrumento Internacional y el beneficio que otorga el Art. 76 bis del CP, equipararíamos delitos de menor cuantía a los delitos de lesa humanidad. Si siguiéramos esta tesis inexorablemente deberíamos asumir la imprescriptibilidad de las lesiones leves, en un contexto de violencia de género, o que nunca se podría dar el beneficio en estos casos, cuestiones que no pueden ser equiparadas. La tesis de la "contradicción insalvable" señala un impedimento genérico en los casos de violencia de género, pero, tal como ya lo refiriera anteriormente, no considero ajustado a derecho que pueda generalizarse a todos los casos donde nos encontramos ante dicha violencia, debiendo ser ponderado cada uno de ellos a la luz sus particularidades".-

Con relación al segundo agravio, el recurrente centra sus embates en la supuesta pérdida de imparcialidad en la que habría incurrido el Magistrado al expedirse sobre la procedencia o no del instituto con relación a la pena que le podría corresponder al imputado para el caso de ser condenado.

En ese sentido el Juez dijo: *"Por su parte tampoco ha quedado definida con la claridad exigida a los fines de su otorgamiento, que la pena que*

eventualmente corresponda aplicar permita su concesión por resultar de ejecución condicional. En este sentido **encuentro *infundado el dictamen del Fiscal***, *en cuanto adujo se trata de una pena de tres años y por ende reunida una de las exigencias de procedencia, sin embargo, la calificación legal sostenida, determina una escala penal comprendida entre los tres y diez años de prisión. En el contexto citado, no encuentro de la fundamentación fiscal, debidamente justificado a cerca de porqué en el caso, correspondería una condena de ejecución condicional en virtud del mínimo del cual parte la escala penal, máxime que el delito atribuido lo es en la modalidad de delito continuado" (el destacado me pertenece).-*

Más allá que, con relación a este punto, coincido con lo argüido por el Magistrado, juzgo desacertada la solución que le dio al caso, toda vez que, al declarar infundado dicho dictamen, inexorablemente debió nulificarlo, dado que de otro modo caería en una contradicción insalvable.

Al respecto, y luego de analizar con profundidad el dictamen fiscal, se advierte que el mismo carece de fundamentación adecuada, así como de motivación. Explico.

En primer término, debo destacar, tal como lo he realizado en numerosos precedentes, que *"Bidart Campos establece dos requisitos que diferencias como exigencias en la decisión judicial, a saber: "motivación" y "fundamentación", entendiendo a la primera como aquella sentencia que se motiva en los hechos del caso, y la segunda, la que se funda en el derecho aplicable. Concluye, que la fundamentación, y la motivación –razonada y razonable expuestas por el juez- explican por qué el caso se resuelve como se resuelve. O sea, por qué la decisión es la que es, y dónde halla sustento. Dice la Corte que la solución que consagra la*

sentencia ha de corresponder a los hechos comprobados en la causa" (Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. II, El Derecho Constitucional Liberal, Ediar, 1986, págs. 321 y 322).

El artículo 25 de nuestro código penal adjetivo, exige que las resoluciones judiciales y los requerimientos fiscales deben tener adecuada motivación y fundamentación bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento, de ser declarados nulos.-

Es decir, el único remedio ante la falta de motivación y/o fundamentación de un dictamen fiscal, como lo aprecia el Magistrado Orlando, es su declaración de nulidad.

Pero esta falta de fundamentación y motivación, no sólo quedó en evidencia al no explicar por qué consideraba la Titular de la acción Pública que el hecho atribuido - a pesar de la descripción del hecho que hiciera en su acusación- no constituía violencia de género o porqué si el mínimo legal era de tres años y si la figura era bajo la modalidad de delito continuado, merecía una condena condicional, que a la postre -conforme el cuarto párrafo del artículo 76 bis del C.P.- hacía procedente la concesión del instituto solicitado por la defensa. Considero dirimente para la solución del caso que la Fiscal ha omitido fundar su dictamen en el interés superior del niño. La víctima era menor de edad al momento de los hechos denunciados, incluso al momento de la audiencia que provocara la resolución puesta en crisis. Esto obligaba no sólo a que fundara la concesión o no del beneficio solicitado teniendo en cuenta el interés superior de la joven víctima, sino que además

le exigía que motivara por qué "el sacrificio" que hacia la joven en palabras de su abuela- se traducía en este interés superior.

En este punto debemos recordar que la Convención de los Derechos del Niño, goza de jerarquía constitucional a partir de la reforma realizada en el año 1994.

En esa senda, el interés superior del niño es una pauta interpretativa insoslayable para toda autoridad pública. Y en este caso, debió ser tratado de manera primordial, por parte de la Fiscal, quien debió velar por este interés en su dictamen.

Lejos de ello, no realizó ninguna manifestación que permitiera avizorar que al prestar su consentimiento para la concesión del beneficio tuvo en miras salvaguardar dicho principio.

Ni siquiera lo mencionó como fundamento legal. Mucho menos, dio razones que justifique su dictamen a la luz de este interés superior.

Así las cosas, considero que se debe declarar la nulidad del dictamen Fiscal dado que el mismo ha sido inmotivado e infundado junto con los actos consecutivos que de él dependen como la resolución efectuada por el Magistrado Orlando. Debiéndose reeditar la audiencia conforme la norma legal aplicable. Así lo voto.-

Juzgo adecuado diferir la regulación de honorarios del Dr. L. H. B. hasta tanto sean fijados en la instancia de origen

El Juez L. Marcelo PITCOVSKY dijo:

Ha arribado la presente Carpeta a esta Cámara en lo Penal, a fin de resolver la impugnación ordinaria interpuesta por el Sr. Defensor Penal, Dr. L. B. y por la Sra. Fiscal. Dra. Alejandra Hernández, contra la sentencia suscripta por el Juez Dr.

Marcelo Orlando, quien denegara la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba a favor del imputado L. S. S.

Practicada la audiencia de rito –art. 385 del CPP-, el Sr. Defensor, ampliando los argumentos presentados en su escrito, expuso que el decisorio puesto en crisis debía revocarse y otorgarse la Suspensión del Juicio a prueba a su representado. En apretada síntesis, en tanto al inicio de la presente se encuentra en detalle volcada la queja, expuso el Defensor que la menor estuvo en la audiencia junto a su abuela, quienes expresaron su conformidad para la aplicación del Instituto. Sin embargo, el Juez, en base a lo establecido en el artículo 7mo. de la Convención de Belem do Para, apela a la tesis de la contradicción insalvable, con cita del fallo C. A. de la Cámara Nacional de Casación Penal, quien entiende, en consideración de los hechos imputados, que existe impedimentos para la aplicación de la Probation. Que el Juez Orlando hace hincapié en que la niña se halla en una situación de vulnerabilidad frente a su victimario, pues se limitó a expresar que aceptaba la vía propuesta y lo que tenía que decir ya se lo había dicho al Asesor. Que dicha decisión vulnera además el principio de imparcialidad, cuando señala que eventualmente la pena, a priori, superaría los 3 años de prisión, traspolando en exceso su análisis como Juez. Indicó también el Dr. B., que en momento alguno la Fiscalía califica el hecho como ocurrido dentro de un contexto de género, ni en la apertura de investigación, ni en la acusación, pues este elemento debe ser acreditado por la Fiscalía en el ejercicio de su política criminal en la persecución penal, potestad propia del acusador, violentándose además el principio de contradicción, derivación clara del derecho de defensa en juicio. Por otro lado, señaló, se desoye, de manera arbitraria y subjetiva

lo que dijo la joven en la audiencia junto a su abuela. Interpreta el Magistrado, desde su íntima convicción, que el consentimiento dado en la audiencia por la menor se encontraba viciado, expresando al efecto que su agresor era su progenitor, sin otra razón. Se advierte de la sentencia una falacia demagógica, puesto que prevalece un interés punitivista, alejándose del proceso adversarial, de la justicia restaurativa y de los derechos de las mujeres, ya que vulnera el derecho de la víctima en ser oída, pues no es una convidada de piedra, sino que es un sujeto de derechos, finalizó el Defensor.

A su turno, la Sra. Fiscal, acompañó la petición de la Defensa, solicitando que este Tribunal revoque la resolución dictada por el Juez Orlando, y se haga lugar a la Probation. Que, desde el inicio, hasta el momento de formular la acusación pertinente, y al propio tiempo de la audiencia preliminar, donde se planteó al Juez se aplique la SJP, se contextualizó los hechos dentro del delito de abuso sexual simple, agravado por el vínculo, en la modalidad de delito continuado, pero nunca fue contextualizado en la violencia de género. Que el Juez Orlando al momento de su resolución, se excedió en su rol de juez, quien debe controlar si se cumplen los requisitos legales para decir sí o no al Instituto, pero nunca excediendo sus facultades de juzgador, contextualizar de modo diferente los hechos de lo que ha efectuado la Fiscalía, porque el imputado, además, tampoco pudo defenderse correctamente, al no ser debidamente intimado. Por ese motivo, no es este el caso para aplicar la tesis de la contradicción insalvable, como lo hace el Magistrado. Otro punto, que el juez menciona, que se trata de una víctima vulnerable. En la audiencia preliminar estuvo presente, por pedido exclusivo de la joven, su abuela, acompañada además por el Dr.

S., en su calidad de Asesor de Menores, y el SAV, quienes han trabajado sobre esta joven, que ya contaba con 17 años de edad.

Y pidió esta nueva oportunidad para su padre, quiso estar presente en esa audiencia, porque ella misma quería comunicárselo al juez. Se tomó esta decisión en forma conjunta, donde refiere que ella quería darle una nueva oportunidad a su padre. La abuela se expresa en el mismo sentido, destacando la joven que se trataba de una decisión tomada absolutamente libre en su voluntad. Entiende la Sra. Fiscal, que el juez ha denegado el acceso a la justicia a la víctima, con menosprecio a su decisión y a su deseo de darle una oportunidad a su padre. Por eso la posición del Juez ha sido arbitraria. Que en la audiencia preliminar se le hizo saber que era una situación excepcional, que la calificación legal lo permitía, en función de los antecedentes del imputado, las circunstancias que rodeaba el hecho, por los informes psicológicos, y por la nueva dinámica familiar, por lo que solicitó se revoque la resolución de Magistrado.

El Dr. D. S., quien concurrió en calidad de testigo experto a esta audiencia, dijo que la joven que ahora cuenta con 18 años, tuvo una participación activa a lo largo del proceso, se trabajó junto con ella y su guardadora, la abuela, la Sra. S. Mabel S., de manera integral y respecto a situaciones familiares, poniendo énfasis respecto a la vulnerabilidad mencionada por el Juez Orlando, destacando que no puede ser detectado en el marco de una audiencia que no superó los 10 o 15 minutos, donde se trató la SJP, donde ni siquiera se hizo una entrevista o algún tipo de planteo que tenga que ver con cuestiones personales de ella, de la abuela , como vivía, qué necesidades tenia, con quien se relacionaba, sino que únicamente se le dio

intervención a la víctima, quien dio su parecer en el marco de la audiencia, y esa fue toda la valoración que tuvo el juez al momento de resolver. Descartó esta denominación, en tanto se ha trabajado junto al SAV, puntualmente por estas cuestiones. Se refirió a continuación al acompañamiento que tuvo la joven durante todo el proceso, señalando que no había posibilidades de que estemos frente a una voluntad viciada o condicionada a la relación que tiene con el padre, porque se dieron los elementos de la voluntad que tienen que ver con el discernimiento, la intención y la libertad. Puso de manifiesto las cuestiones que tienen que ver con las circunstancias personales de la joven, para descartar esta idea de vulnerabilidad, ya que no se detectaron estas cuestiones, ni en el marco del juzgado de familia, como así tampoco del relevo que ha hecho como Asesor de Familia en el proceso penal, a lo largo de todas las entrevistas que se han efectuado, con el soporte de los informes del Servicio de Protección de Derechos. Es importante considerar que la joven, si bien fue sumamente escueta al dar su parecer en la audiencia, estas cuestiones fueron habladas previamente con la joven sobre la posibilidad de arribar a la SJP, se le dio todo el panorama de actuaciones (SJP, juicio, juicio abreviado), que fueron brindados en detalle, pues justamente ella quería cerrar una etapa que le llevó mucho tiempo, a partir de la denuncia en adelante. La víctima sabía que, si no se arribara a este acuerdo, podríamos estar ante la posibilidad que se vaya a juicio, y en caso de condena, ante la posibilidad cierta de recurrir, con las diferentes herramientas que tiene la defensa, lo que iba a generar una dilación en el tiempo que iba en contra de su voluntad, agregó el Profesional. Destacó también el testigo, que el derecho a ser oído ha sido consagrado en el art. 75 inc. 22, 2do párrafo de la

CN, y que ha sido declarado a través de la Convención internacional de derechos del niño, art. 12, aprobada y afianzada a través del art. 24 de la ley de Protección integral a nivel nacional, ley 26061, con lo que establece al art. 707 del CC, que refiere al derecho a ser oído, también consagrado en el art. 14, de la ley 3, nro 21, subrayando que el derecho a ser oído no es solo el escuchar al otro, sino que su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento.

Al tiempo de resolver, en lo sustancial, el Juez Marcelo Orlando expresó que no procedía la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba, y que, si bien advertía que una decisión tomada en contra de los términos solicitados, en que todas las Partes y en particular la Acusadora y víctima estaban de acuerdo, podría claramente *"alterar'* el marco de su incumbencia funcional, por tergiversación de la obligación de juzgar con la de investigar, entendía que no procedía la aplicación del Instituto. Las razones fundantes fueron que el acuerdo colisiona con la denominada tesis de la *"contradicción insalvable"*, que excluye la admisión de la suspensión del juicio a prueba, cuando se trata de esclarecer hechos de violencia contra la mujer, tomando como referencia que un importante sector de la doctrina afirma que dicho instituto es inconciliable con el deber que tiene el Estado de perseguir, investigar y sancionar a sus responsables, en un juicio con las debidas garantías, citando al efecto a la C F.C.P., Sala 11, causa 13.240, "C. A., M. s/recurso de casación", reg. 17.636 del 30/11/2010, voto del juez García. Que, agregó el Magistrado, suspender el juicio a prueba *"implicaría afectar las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar, circunstancia que pondría en crisis el compromiso asumido por el Estado al aprobarla". En suma "ni el legislador, ni las autoridades competentes para la*

persecución penal, gozan de discreción en la decisión acerca de la promoción o continuación de la persecución penal, por el Estado Argentino se ha obligado a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Analiza seguidamente las circunstancias fácticas del hecho ventilado en la presente carpeta Penal, donde aprecia que no se puede aislar el caso aquí tratado y su correspondencia con las normas de la Convención de Belem do Para, pues fue un suceso de violencia contra una mujer, siendo la víctima de autos, una joven -*menor de edad*-, que según el hecho fáctico ha sufrido violencia sexual a temprana edad (13 años) de parte de su progenitor, y por tanto, subrayó el Juez, objetivamente se halla en situación de vulnerabilidad frente a su victimario, advirtiendo además que en la audiencia se limitó a señalar que aceptaba la vía y que lo que tenía que decir, lo había dicho al Sr. Asesor de Menores. Que, si bien entiende la posición de la Fiscal, destacó el Dr. Orlando, pues se advierte que ha querido privilegiar la decisión de la víctima, su *"consentimiento"* debe ser cuidadosamente analizado. Finalmente, previo a rechazar la aplicación del Instituto en examen, dijo que tampoco ha quedado definido con claridad que la pena que eventualmente corresponda aplicar, permita su concesión en ejecución condicional, encontrando infundado el dictamen Fiscal en ese sentido.

Puesto a resolver, y repasados los antecedentes del caso, entiendo que les asiste razón a quienes arriban en impugnación a esta Cámara. Que si bien ha quedado sentado el celo del Magistrado en la protección de las víctimas de delitos donde se encuentra presente la violencia de género o intrafamiliar, como lo refiere en el decisorio, la Fiscalía no le dio en el caso bajo examen dicho marco legal. Según surge de las presentes actuaciones, el Ministerio Fiscal calificó los hechos en orden

al delito de Abuso sexual simple, calificado por el sujeto que cometió los hechos, en la modalidad de delito continuado, sin el agravante de violencia de género. Tal calificación legal fue mantenida en el curso de la investigación y sostenida al momento de realizarse la audiencia preliminar, por lo que conforme la legislación provincial vigente, es ese Ministerio quien fija el objeto sobre el que versará el juicio, estándole vedado al Juez introducir oficiosamente hechos, circunstancias o calificantes del tipo penal no alegados por el titular de la acción, pues, *la intervención de oficio por el órgano jurisdiccional lesiona el ejercicio de la refutación, cuando el mismo tribunal que debe decidir es quien propone el encuadre típico, precisamente porque al involucrarse con la cuestión pierde imparcialidad*. El Derecho como objeto del litigio penal. Congruencia Jurídica. Ángela Ledesma. Ed Hammurabi.

En autos, el Juez debió controlar que se haya cumplido con los requisitos legales que condicionan la aplicación del instituto, más no escoger un juicio personal de no coincidencia con el análisis de oportunidad formulado por la víctima, la Fiscal, la Defensa y el Asesor de Menores, evaluando circunstancias calificantes del delito investigado no traídos a escena por el acusador. En ese sentido, cabe subrayar que *el objeto litigioso se integra con las proposiciones iniciales del fiscal, hechos constitutivos y conducentes, más los hechos impeditivos y extintivos que pueda haber alegado la defensa, así como las consecuencias jurídicas atribuidas a tales hechos por las partes* (Ibidem cita anterior), sin la interferencia en dichos asuntos por parte del juez, salvo aquellas excepcionalmente determinadas en la ley procesal.

En esa línea de pensamiento, como bien alegó el Sr. Defensor, ya se ha expresado esta Cámara en Carpeta **"INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS S/ DENUNCIA S/ IMPUGNACIÓN", Nº 4536 OFIJU; Expte. Nº 14/13 C.P.P.M**, cuando se dijo que: *"La exigencia de razonabilidad, racionabilidad y coherencia en la sentencia, significa ausencia de arbitrariedad en el proceso de formación de la misma en relación con los motivos y el espíritu de creación del instituto de mención. Conforme etapas superadas del proceso penal en nuestra Provincia, y en consecuencia con nuestra realidad cimentada en los principios cardinales previstos en los artículos 18 y 112 del C.P.P., el juez no debe inmiscuirse donde despliega su competencia el fiscal, quien constitucionalmente debe dar garantías de certidumbre y previsibilidad en sus decisiones, con preeminencia en la protección de los derechos y libertades individuales".*

Es que no puede escapar tampoco al examen y consideración de la presente, *que nuestros legisladores al incorporar al sistema procesal penal de nuestra Provincia los institutos de solución alternativa de conflictos, implementaron como modo de apartarse del modo punitivo de ciertas conductas ilícitas los criterios de oportunidad, tales como la disponibilidad de la acción – arts. 44 y 45 del C.P.P. – reparación y conciliación –Arts. 47 y 48 – agregando el capítulo la suspensión del juicio a prueba – Art. 49 – como otro de los derechos ya consagrados en el orden nacional, creación de vieja data por ley 24.316. Soslayar este dato aparece al menos comprometido con los derechos que se le han otorgado al ciudadano para evitar la estigmatización de una condena penal, superando*

previamente el control de legalidad. Conforme voto en Autos F., R. p.s.a. de Abuso de armas –Tw.- Carpeta 3518.

En Carpeta 8093 de la Ofiju local, he expresado en caso semejante que: *se advierte que la Magistrada no observó las mencionadas disposiciones, limitándose a rechazar la pretensión de la Fiscalía y de la Defensa con la sola mención del hecho -párrafos de la acusación- que entiende relacionados a sucesos vinculados a violencia de género, por lo que entendía de aplicación las reglas de CEDAW y la Convención de Belém do Para, en cuanto a la protección de las mujeres víctimas de violencia de género. Sin embargo, y tal cual fuera referenciado por la Defensa y por la propia Fiscal ante esta Cámara, no fue esta una de las pretensiones de la acusación. Advierto en ese sentido, que el exceso en el reproche, no traído a escena por el propio acusador, viola el mandato de congruencia que debe permanecer incólume en el proceso, con las variables previstas en la propia Ley procesal, y, además, la facultad de juzgar sin interferir en la de investigar, otorgada al Ministerio Fiscal. Que, sin otro argumento o motivo que justifique el rechazo del instituto propuesto por víctima y victimario, procedió en consecuencia, vulnerando también de esta manera el derecho que la ley le otorga al inculpado (Art. 47 del CPP) de conciliar con la damnificada y cerrar a futuro el proceso penal en su contra, sumado a que lo fue, como antes se referenció, sin debida motivación, ni lógica, ni legal. (Art. 25 del CPP).*

Si comprendemos de una vez por todas que el proceso penal no es el remedio para todos los males, tenemos la obligación de ayudar a la víctima desde otro lugar. Es Estado debe ayudar, orientar, e intentar proteger a las víctimas y esto

no se logra solo a través del sistema criminal, que siempre está orientado al agresor, a su castigo. Rubén Chaia, La prueba en el proceso penal. Pag. 328. Ed, Hammurabi.

Es decir, si la propia víctima entiende claramente esta premisa, intentando bloquear temporalmente la persecución penal contra quien denunció, mal puede el juez posicionarla en un lugar que no quiere estar ni permanecer, pues, la propia víctima es la que cede este espacio al Estado, para que ejerza el control de su victimario por el tiempo que establece la Ley. Si entonces, se la ha empoderado en forma efectiva, para hacer valer eficazmente sus derechos (décadas de lucha les ha llevado en el orden local, nacional e internacional), tanto para ser escuchada, para estar en juicio, de lograr una investigación y la persecución penal de su ofensor, pues bien, también merece igual trato cuando, absolutamente libre en su voluntad, y sin perjuicio del mal que ha sufrido entiende, como en el caso, darle una oportunidad, reglada como se sabe, a su agresor.

También he dicho en anteriores pronunciamientos, que en tanto la víctima (y la Fiscalía) se opongan a la aplicación de un criterio de oportunidad, pretendiendo que el hecho se discuta en debate, corresponde respetar su voluntad y rechazarse el pedido que en ese sentido haya presentado el ofensor. Destaco, además, que esa fue el carril adoptado por la Cámara de Casación en fallo citado por el Magistrado, con mención de la tesis de la contradicción insalvable, donde hubo expresa oposición de la acusadora y su representada.

Es sabido que el cambio de paradigma que surge desde la Convención de Belem de Pará, ha sido trascendental en el derecho interno en resguardo de los

intereses de las víctimas de violencia de género, apontocadas estas normas con las 100 Reglas de Brasilia, cuando estas son consideradas además vulnerables.

Tomó nota en ese sentido el Dr. Orlando al expresarse que advirtió en la audiencia a la víctima vulnerable, más sin precisar ni fundar dicha apreciación, en tanto sólo tomó el dato de verla emocionada en la Sala y que su progenitor era su agresor. Pues bien, y si aún consideráramos presente esta hipótesis de riesgo, debo subrayar lo que en casos como el presente también determinan las Reglas de Brasilia, en su Sección 5ta., Medios alternativos de resolución de conflictos: "*Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad…".* Dentro de los lineamientos de las citadas Reglas, advertimos también que se promueve una mayor agilización en la tramitación de los procesos, para disminuir los efectos negativos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

En consecuencia, de haberse apreciado el conjunto de razones y los antecedentes traídos por la Fiscalía y el Dr. S. como testigo experto a la Sala, otro debió ser a mi juicio el resultado de la audiencia.

En conclusión, la decisión del Magistrado, quien resuelve que a su juicio existía en el caso violencia de género, sobrepasa su condición de juzgador en este proceso, conforme a la Ley Procesal vigente, netamente contradictorio y adversarial,

y al tomar el monopolio correspondido al Ministerio Fiscal, ha violentado las normas del debido proceso y la defensa en juicio en perjuicio del encartado, como también los derechos de la víctima (Art. 99 del CPP).

Según vengo de expresar, debe nulificarse la sentencia interlocutoria venida en revisión y volver la presente a la Oficina Judicial para que un nuevo Juez Penal lleve adelante una nueva audiencia. Así lo voto.

Comparto lo determinado por mis colegas en relación a la regulación de los honorarios profesionales de la Defensa Oficial. Así voto.

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

FALLO*:*

1) DECLARAR LA NULIDAD del dictamen Fiscal de fecha 22 de noviembre de 2019, conforme -conf. arts. 25, y 161 y ss. del CPP- y de la Resolución Nro. 3507/2019OFIJU de fecha 27 de Noviembre de 2019, glosada a fs. 50/53, por las consideraciones efectuadas, reenviándose la presente Carpeta a la OFIJU de esta ciudad a fin que se renueve el acto nulificado. -

2) DIFERIR la regulación de honorarios profesionales hasta tanto sean fijados en la instancia de origen.

3) TENER PRESENTE la reserva del Caso Federal, efectuado por la Defensa.

4) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, remitiéndose asimismo cédula de notificación al domicilio del imputado, a los fines de su publicidad.

Acuerdo Plenario 8464/2020, PEN N° 297/2020.

L. Marcelo PITCOVSKY

Presidente

Flavia Fabiana TRINCHERI
Juez de Cámara

Rafael LUCCHELLI
Juez de Cámara

Corina Franco

Secretaria de Cámara

Registrada bajo el N° 06 /2020. CPPM.

Corina Franco

Secretaria de Cámara