Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

En la ciudad de Puerto Madryn, Provincia del Chubut, a los dieciséis días del mes de septiembre del año dos mil veinte, en la Cámara en lo Penal de la circunscripción Judicial de Puerto Madryn, tras haberse reunido en Acuerdo los Señores Jueces integrantes del Tribunal Dres. Leonardo Marcelo PITCOVSKY, Rafael LUCCHELLI y Flavia Fabiana TRINCHERI, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en estos autos caratulados: “**A., P. (en Rep. De A.P. S/ Denuncia Grooming S/Impugnación” Expte. N° 03/2020 C.P.P.M- Carpeta N° 8087 OFIJU PM-**, seguidos contra el imputado: **M. D. E. P.,** DNI X., hijo de M. y de A. P., nacido en Puerto Madryn el 25 de enero de 1987, instruido, soltero, domiciliado en calle Constituyentes Provinciales Nº X. de esta ciudad, en virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Dr. G. A. L. contra la Resolución registrada bajo el N° 3643/19 OFIJU, suscripta por la Jueza Penal Dra. Stella Maris EIZMENDI. En esa, se dispuso NO HACER LUGAR a la Suspensión de Juicio a Prueba a favor del imputado E. P. (Art. 76 bis del C. Penal; 49, 289, 295 del CPP, 112, sig. y cc. del CPP, 195 de la Const. Provincial, 75 inc. 22, CDN y C. Belém Don Pará entre otros).

Intervino por la acusación el Sr. Fiscal General, Dr. Jorge BUGUEÑO, el Dr. Damián S. por la Asesoría de Familia y por la defensa técnica del imputado M. D. E. P. el Dr. Lucas LANCIOTTI, Abogado de la Defensa Pública.

Los agravios de las Partes resultan los siguientes:

En su libelo de impugnación la Defensa comienza con un pormenorizado detalle de los antecedentes del presente caso.

Indica que el día 27 de noviembre de 2019, en ocasión de celebrarse la audiencia preliminar, esa Parte solicitó se suspenda el proceso -Art. 76 bis del CP- a favor de su defendido ofreciendo, efectuar veinte horas de trabajo comunitario, asumir la obligación de realizar un tratamiento psicológico, junto al cumplimiento de las pautas de conducta del Art. 27 bis del CPP; todo ello por el plazo de un año.

El Fiscal, por su parte, prestó conformidad a la aplicación solicitada, haciendo lo propio el Asesor de menores, quien también consintió la propuesta. En tal sentido, el representante de la víctima consideró oportuna la concesión solicitada, y amplió respecto a las medidas que se habían dispuesto respecto a la joven víctima, solicitando, que también se imponga la prohibición de acercamiento y contacto por cualquier medio del imputado respecto a la menor, como pauta de conducta adicional.

Explica que, en relación con lo dispuesto por el Art. 49 del CPP, tanto el acusador público como el Dr. S., se refirieron respecto a la imposibilidad de conversar de manera precisa con la joven, puesto que desconocían su paradero -aclarando que su domicilio variaba entre una institución de menores y el domicilio particular de la tutora- y, además, había dado a luz días antes de la audiencia, quedando reservada al cuidado del recién nacido. Asimismo, por encontrarse alcanzada por diversas medidas de protección, donde trataban fundamentalmente derechos económicos, sociales y culturales, hacían que los organismos encargados de su protección integral, les dispensen mayor prioridad a esos asuntos que la eventual participación en el presente proceso penal. En este contexto, dejaron expresa constancia que entendían que el otorgamiento de solución alternativa se ajustaba con las circunstancias del caso.

Refiere el Defensor que la Magistrada, al resolver, rechazó el acuerdo

entendiendo que, si bien resultaba viable la aplicación del instituto, en base a los requisitos adjetivos y sustantivos, existían impedimentos vinculados con "las reglas máximas supra nacionales a las que el Estado adhirió", haciendo hincapié en lo establecido por los Arts. 1.1, 8.1 y 25 de la C.A.D.H.; las Reglas de Brasilia, en su Capítulo 1; sección 1°, 2° y 3°, así como las reglas especiales de minoridad y las que protegen contra la violencia de género. En ese sentido, expresó la Jueza que en los casos cuya plataforma fáctica sea resorte de la Convención de Belém do Pará, resulta inviable reducir la pretensión punitiva a una salida alternativa del conflicto, conforme la jurisprudencia unánime del colegio de jueces local.

De ello dice agraviarse el recurrente, pues de conformidad con el principio *pro homine* y el sistema de garantías constitucionales, la extensión que la Magistrada efectuó en relación a la calificación jurídica, al encuadrar el hecho en el contexto de género, crea un vicio insuperable en su decisión, toda vez que tal potestad se encuentra vedada para los Jueces en el marco de un sistema acusatorio y adversarial.

Asimismo, entiende que el rechazo del instituto sin ponderar las circunstancias particulares del imputado, sus derechos y las reglas impuestas por el Código de Rito, hacen que tal decisión entorpezca el funcionamiento de la justicia en cuanto a la canalización de los conflictos de índole social.

A continuación, desarrolla los motivos de agravios. Trayendo a colación los ensayos del Profesor Alberto Binder, repasa sus estudios sobre los paradigmas que irrumpen en el sistema acusatorio y adversarial, y su análisis de los conflictos abordados por la justicia penal, siguiendo la proyección de los efectos sociales que

pretende el ordenamiento jurídico, más allá de la tramitación de etapas. En tal sentido, efectuando el examen de la sentencia recurrida, refiere que el Art. 49 del CPP impone a los jueces una regla precisa para abordar situaciones como la que resulta objeto de su impugnación.

Luego de repasar el contenido de la mencionada norma, interpreta que el régimen legal establece que, ante obstáculos para contar con la opinión de la víctima (en los supuestos como los del presente caso), corresponde suspender la audiencia para reiterar la convocatoria. Esta disposición, interpretada de manera lógica con el Art. 32 del CPP (respecto a la resolución pacífica de conflictos), indica que el derecho de ser oído de la víctima es un baremo indispensable para analizar la oportunidad del otorgamiento del instituto. Por ello entiende que el razonamiento de la Magistrada, sin convocar a la víctima, desembocó en una ponderación incorrecta de los valores en juego, privando a ésta y al victimario de lograr un acuerdo, a través de la resolución pacífica del conflicto, apartándose así de las reglas del Proceso.

Refiere que la manda del Art. 49, anteriormente citado, supone esforzarse en aras de obtener una declaración de voluntad de la víctima, circunstancia que podría haberse canalizado, por parte de la Magistrada, a través de un cuarto intermedio -instando al Asesor de menores a que reitere la intervención de los organismos de protección integral-, o bien requiriendo al MPF que, en la reanudación del cuarto intermedio, le de intervención al servicio de asistencia a la víctima a fin que efectué un análisis victimológico más riguroso sobre la menor.

Explica que, lejos de ello, la Jueza se apartó de la decisión de la Fiscalía y la Asesoría de Menores, violentando el sistema de garantías que ampara al imputado, extendiendo la calificación legal en la cuestión de género, y de esa forma aplicó la

tesis interpretada en el fallo Góngora, de la CSJN, que supone la interpretación restrictiva de la Convención de Belem do Pará. La sentenciante asumió, de manera irregular, funciones de política criminal, reservada exclusivamente al acusador y en violación al principio fundamental del sistema acusatorio y adversarial.

Evocando nuevamente al Profesor Binder, señala que la dimensión político criminal del proceso penal se canaliza a través del ejercicio de la acción penal, siendo ese el eje central de la función del Ministerio Público Fiscal, por lo que no quedan dudas que las cuestiones de política criminal quedan incluidas en la regla del Art. 18 del CPP.

En tal sentido, entiende que es resorte del acusador público señalar y acreditar la imputación, así como la acusación, siendo que, en el presente caso, esa Parte es quien debe edificar la hipótesis de que el contexto en que se produjo el hecho se adecúa a lo dispuesto por el Art. 2 de la Ley XI N° 26, en cuanto que no todo delito en el que la víctima sea una mujer, queda comprendido en los términos de la Convención de Belem do Pará. Asimismo, advierte que el imputado y su defensor deben estar al tanto de esta contextualización a fin de evitar la ulterior sorpresa.

Sindica que, aun cuando se le reconociera a los Magistrados la potestad fiscal de determinar la calificación legal de un hecho, debería fundar la oportunidad político criminal de esa contextualización, no bastando con la simple condición de mujer de la víctima, como elementos suficientes para encuadrar la persecución criminal, de conformidad con la Convención internacional que regula la violencia contra las mujeres.

Advierte que en el presente caso nada de ello ha sucedido, puesto que el fiscal no optó por considerar las circunstancias del caso en el contexto de violencia de género, tal como lo efectuó la Magistrada, ni se fundó la relación de vulnerabilidad que eventualmente debería existir entre víctima y victimario, que da sustento a tal contexto.

Finalmente señala que la Magistrada, al arrogarse las facultades del Fiscal, lo efectúa con una fragilidad discursiva que la lleva a omitir el elemento sindicado por el Art. 2 de la Ley Provincial XV Nro. 26.

Por todo ello, solicita se revoque la sentencia Nro. 3643/19, suscrita por la Jueza Stella Eizmendi.

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. Por su parte, el acusador público adhirió a la impugnación incoada, así como la totalidad de los argumentos vertidos por la defensa, entendiendo que ha expresado fundamentos suficientes para decretar la nulidad de la resolución recurrida. En tal sentido, sindica que en el presente caso se encuentran presentes los requisitos sustantivos y adjetivos para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, tal como surge de la propia resolución recurrida.

Sindicó como sorpresiva el encuadre efectuado por la Jueza, en cuanto a la cuestión de género, circunstancia que no había sido siquiera imputada en la apertura de la investigación por esa Parte, y que constituiría una imputación encubierta por parte de la Magistrada.

En similares términos que la defensa, esgrimió que no solo se vulneró el principio de separación de funciones (art. 18 CPP), sino también el derecho de

defensa del imputado, en cuanto al principio de legalidad, principios todos ellos rectores de la ley orgánica del MPF, pues deben velar por los derechos del imputado cuando así corresponda.

Denunció que no se respetó el derecho a defensa, en cuanto a que el hecho se encontraría enmarcado en el contexto de género, y que se vedó a las Partes el dar argumentos referidos a la correspondencia de la SJP en el contexto señalado.

Solicitó que los Magistrados prestaran especial análisis al desarrollo de la audiencia y la opinión de la víctima, ausente por circunstancias particulares que ocurrieron en ese entonces, remitiéndose al respecto a lo que diría el Sr. Asesor a continuación, puesto que es quien ha tenido un contacto casi permanente a lo largo de los años, por ser la menor institucionalizada desde pequeña.

Explicó que esas circunstancias obligaron a esa Fiscalía a to. una decisión, así como a la Asesoría de menores, puesto que no contaban con el consentimiento expreso de la víctima, tampoco su oposición, por no comparecer a la Asesoría ni a la audiencia. Esa decisión fue consentir la aplicación del Instituto, temperamento que aun considera correcto.

Esgrimió que en la mencionada audiencia no se dispuso un cuarto intermedio, ni la realización de una nueva, a fin que comparezca la víctima, o un acta con su firma (conforme el Art. 49 del CPP), siendo que hay jurisprudencia al respecto que señala que así debe realizarse. La Causa Nro. 39580, "S., H. O., Y OTROS", sentencia del STJ, en la que se resolvió la disidencia ocurrida en una audiencia, también dirigida por la Dra. Eizmendi, en la que no se había hecho presente ninguna víctima, o sus representante, negando la Magistrada la aplicación

del instituto de la *probation*, decisorio que se revisó ante esta Cámara en lo Penal, y que finalmente el Superior Tribunal declarara la nulidad de tal negatoria, justamente porque no se había escuchado a las víctimas, debiéndose convocar a una nueva audiencia para ello y solucionar esa situación.

Expresó que el trámite dado no fue el que impone el CPP, y jurisprudencia relacionada, circunstancia que ya puede ser zanjada, puesto que la víctima si ha prestado el consentimiento expreso, tal como pudo saberlo a través de lo conversado con el Asesor, circunstancia que, aclara, no puede ser achacada a la Jueza Eizmendi, quien no tomó conocimiento de ello.

Finalmente, solicita que se fije nueva audiencia, donde se otorgue la suspensión del proceso a prueba, peticionando a los Jueces que den vista al Sr. Asesor, y que, con los argumentos vertidos, se decrete la nulidad de la resolución de la Jueza Eizmendi, y se remitan los autos a la Oficina Judicial para que se realice una nueva audiencia, a los fines del tratamiento de la cuestión.

Seguidamente, el representante de la Asesoría de Menores, Dr. Martín Damián S., también adhirió a lo manifestado.

Puso en conocimiento que en el Juzgado de Familia local se encuentra en trámite el Expte. Nro. 565 (del 2014), y que en la oportunidad de celebrar la audiencia preliminar, se encontraba vigente una búsqueda de paradero de la joven, lo que fue puesto en consideración de la Magistrada, así como la imposibilidad de citarla, previo a la audiencia, para poder plantearle esta propuesta.

Señaló que tiempo atrás, pudo poner en conocimiento de la joven las diferentes vías para solucionar alternativamente el conflicto, así como las cuestiones que tienen que ver con el proceso penal (las etapas y las formas de

finalizarlo), pero no hubo una posición en concreto por parte de la joven, a quien le importaba muy poco el delito que se estaba investigando, advirtiendo que se trataba de una víctima con extrema vulnerabilidad y que necesitaba asistencia inmediata relacionada a su situación personal y familiar.

Explicó que, luego de un largo periodo de no conocer el paradero de la joven, nuevamente fue encontrada cuando estaba por dar a luz en el hospital. Asimismo, previo a la celebración de esta audiencia de impugnación, entrevistó a la joven, quien, luego del nacimiento del niño, de encontrarse nuevamente en el Mini Hogar y ser insertada posteriormente con una familia de acogimiento, a cargo de la Sra. L. V., pudo observar un cambio total de actitud y visión en ella.

Comentó que en dicha entrevista, puso en conocimiento de la joven la posibilidad de poder asistir a la presente audiencia ante la Cámara en lo Penal, obteniendo la atención de la joven, y pudiéndole explicar y conocer lo que pretendía respecto a la causa penal, todo lo que fue plasmado en el Acta Nro 49, firmada junto con la Sra. V..

En ese documento se le hizo referencia de la posibilidad que el imputado pudiera iniciar un tratamiento psicoterapéutico. Explicó que la joven, sobre el imputado no tiene ningún tipo de referencia de qué persona se trata, que no tuvo nuevos contactos o acercamiento y en cierta medida, por lo que ella puede manifestar, cree que este hombre puede rever su actitud a través de una atención psicoterapéutica para considerar que lo que hizo está mal.

También consideró pertinente que pueda desarrollar tareas comunita., en lugares de bien público, no en el Mini Hogar, puesto que la menor, podría ser allí

reintegrada. -

Finalmente, refirió acompañar esa Asesoría de familia el planteo efectuado por las Partes, puesto que, habiendo escuchado a la víctima, luego de recibir una plena explicación, tomó partido de lo que quiere, y ello es la resolución de este conflicto. Amplió el Dr. S. en ese sentido, lo que se encuentra en los audios de la Audiencia.

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

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 Fabiana TRINCHERI dijo: Ha llegado a revisión de esta Cámara la Carpeta "A., P. (en representación de A.P.) S/ Denuncia Grooming S/ impugnación" Expte Nº 03/2020 CPPM en virtud de la impugnación presentada contra la sentencia interlocutoria Nº 3643/2019 dictada por la señora Juez Stella Maris Eizmendi de fecha cinco de diciembre de dos mil diecinueve, donde deniega la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, solicitada para el señor M. D. E. P. .

En la audiencia celebrada ante esta Cámara, intervino el Dr. Lucas Lanciotti por la Defensoría Pública Penal, el Dr. Jorge Bugueño por el Ministerio Público Fiscal y por la Asesoría Civil, el Dr. Martín Damián S..

Previo al análisis de los agravios encuentro oportuno reseñar los antecedentes que dan origen a la resolución interlocutoria atacada.

Es así como en fecha veintisiete de noviembre del año dos mil diecinueve fueron convocadas las partes para la celebración de la audiencia preliminar en los

autos de referencia donde a M. D. E. P. conforme la acusación fiscal se le imputaba el siguiente hecho:*” Los primeros días de abril de 2018, M. D. E. P., mediante su perfil de la red Social Facebook denominado “J. E.” le envía una solicitud a la niña P. M. A. (13 años) ofreciéndole realizar sesiones fotográficas en ropa interior para una supuesta revista que aparecerían en los boliches y que serían retribuidas con dinero. Lo que finalmente logró dado que se encuentran cuatro fotografías en ropa interior de P. A. en el teléfono celular del imputado secuestrado en su domicilio sito en calle Constituyentes Provinciales N° X.. de Puerto Madryn.-*

P. ante temor de la propuesta le manifiesta si podía ir con una tía, haciendo referencia a las preceptoras del Mini Hogar, y le responde que no que nadie se tenía que enterar porque si no todo se frustraría.

Ante los “peros” de la menor y dudas sobre lo que le ofrecía, este le manifiesta que tenía una amiga que le enseñaría a modelar y con la utilización de un perfil apócrifo denominado “C. S.” continua el contacto con la menor para lograr realizar las fotografías en ropa interior.

Así esta persona ficticia de nombre "C. S." se comunica con P., mediante mensajes le dice que estaba en Buenos Aires que iba a venir a Puerto Madryn y que cuando llegara le compraría ropa, enseñaría a modelar, y que le quería sacar fotos.

El día 21 de abril de 2018 alrededor de las 18.00 horas P. M. A., se encuentra con E. a la salida de la Escuela 7726 para llevarla a una tienda ubicada en San Martin y 28 de Julio denominada “B.” donde le compra una bombacha de color negra de encaje para sacarle fotos. Posteriormente la deja frente a la Escuela 46, al llegar fuera de horario a la institución denominada "Mini Hogar" la

menor es interrogada por las preceptoras y al relatar lo sucedido es que se realiza la denuncia." El MPF califica este hecho como Grooming, Art. 131 del Código Penal.

Comenzada la audiencia, bajo la dirección de la Dra. Eizmendi hace uso de la palabra el señor Defensor –G. L., en esa oportunidad- manifestando que encuentra reunidos los requisitos para que se aplique la suspensión del juicio a prueba en favor de su pupilo, ya que no cuenta con antecedentes condenatorios y el monto de la pena previsto para el delito, lo permite. Ofrece la realización de veinte horas de trabajo comunitario y someterse a tratamiento psicológico; peticiona que la suspensión sea por el término de un año.

Otorgada la palabra al Fiscal General Dr. Bugueño coincide con la propuesta del Defensor en su totalidad y hace algunas consideraciones acerca de los beneficios de la suspensión toda vez que, si el imputado atravesara un juicio oral y público, en caso de recaer condena, es muy probable que la misma fuera de ejecución condicional prácticamente con las mismas obligaciones del Art. 27 bis del CP, siendo iguales a las ofrecidas en el marco del Art. 76 bis.

En cuanto a la menor víctima, expresa que ese Ministerio ha tratado de ubicarla, la notificaron en un domicilio que tenían donde vive la señora C. A. quien manifestó que hacía un mes que la menor ya no vivía allí y que luego en conversaciones con la Asesoría tomaron conocimiento que la menor estaba alojada en el Mini Hogar y había sido madre hacía pocos días, por lo que fue imposible mantener una entrevista con ella.

A su turno, el representante de la Asesoría de Familia, solicita a la Juzgadora que homologue el acuerdo presentado en beneficio del imputado E. P..

En cuanto a la niña expresa que desde el año 2014 se está tramitando una medida de protección en el Juzgado de Familia, que efectivamente días previos a la

audiencia dio a luz y está alojada junto a su bebé, en el Mini Hogar. Que tal como dijo el Fiscal, sabían que vivía con la señora A. y había dos expedientes en el Juzgado de Familia para trabajar, pero la joven no acudía a las citaciones de la Asesoría, no habían podido entrevistarla y consecuentemente desconocen la opinión de la menor en cuando a la aplicación de esta Suspensión del juicio a prueba.

Por su parte, agrega que *“en referencia a lo que establece el Art. 76 bis sin perjuicio de eso pongo de manifiesto que la situación por parte de la joven es sumamente compleja, tiene una medida de protección que se viene trabajando en la que ha sido alojada en el Mini Hogar, tomándose una medida excepcional por parte de la joven y las veces que hemos tenido la posibilidad de entrevistarla por las causas penales que se encontraban en trámite no presentó interés hacia las mismas, sino más bien a sus circunstancias personales y familiares de la joven a lo que se dio mayor prevalencia en razón de las cuestiones de vulnerabilidad en que se encontraba la joven…”*.

Finaliza su exposición solicitando una condición más para el otorgamiento de la suspensión para el imputado E. P.: que, durante el plazo de la misma, el nombrado tenga una prohibición absoluta de acercamiento y contacto con la joven, ya sea a través de las redes, en forma telefónica o virtual.

La Jueza permitió que la audiencia -sin perjuicio de estar fijada como audiencia preliminar en los términos del Art. 295 del CPP-, se convirtiera en una solicitud de suspensión de juicio a prueba –conf. el Art. 49 del CPP-, sin la presencia de la víctima, ni tampoco conociendo su opinión acerca de la aplicación de este instituto para este caso puntual.

Surge de la Carpeta 8087 Folio 30 que se había cursado una citación, la que genéricamente expresa: "*Por la presente hago saber a Usted, en tanto resulta ser el agraviado/denunciante/víctima/padre, tutor o representante legal de la víctima del hecho investigado por el Ministerio Público Fiscal, que se realizará la audiencia preliminar prevista en el art. 295 del Código Procesal Penal del Chubut.*

Sin perjuicio de no ser parte querellante en el proceso, se lo cita en virtud de ser importante la presencia porque en dicha audiencia puede, conforme art. 295 CPP, solicitarse con relación al imputado: • El sobreseimiento. • La suspensión del juicio a prueba. • La realización de un juicio abreviado. • o Denegatoria de Sobreseimiento si correspondiere.

También se le informa que el imputado, de ser legalmente posible, puede proponer un acuerdo reparatorio, si antes no fracasó una conciliación (art. 294 CPP). En estos supuestos el Juez le solicitará que se exprese al respecto (arts. 287, 49 y 99 del Código Procesal Penal del Chubut).

Queda Usted notificado/a que en caso de no comparecer injustificadamente, el Juez resolverá sobre el pedido, comunicándosele lo resuelto en caso de haberse hecho lugar el mismo." vid. folio 30 de la Carpeta 8087.

Sin perjuicio de ello, ante el caso que nos ocupa y constándole tanto al Fiscal como al representante de la Asesoría que la menor víctima desconocía la finalidad de esa audiencia, la Judicante debió imprimirle el trámite que dispone el Art. 49 del CPP: *Cuando la ley penal permita la suspensión de la persecución penal, el imputado su defensor podrán requerirla…. Si el ofendido no participare o no estuviere representado en el procedimiento, la audiencia se suspenderá para permitir su citación".*

Resulta llamativo que tanto el Dr. Bugueño como el Dr. S., ante la falta de comparecencia de la menor a las reiteradas citaciones de la Asesoría, las interpreten

como “desinterés en el proceso penal donde ella es víctima” al mismo tiempo que les consta que se trata de una niña madre de catorce años que pocos días atrás había dado a luz y está institucionalizada.

Cabe preguntarse: ¿Le resulta fácil a esta niña interpretar lo que dice una cédula acerca del contenido de una citación para una audiencia, y en su caso, trasladarse por sus propios medios con un bebé recién nacido a una oficina pública?

Cabe preguntarse también: ¿Qué le impide a su representante legal, conociendo ésta situación, acercarse al lugar de institucionalización de una niña?

A través de las alocuciones de los representantes de los Ministerios se advierte que con esta falta de abordaje hacia la menor buscando que conozca las posibles resultas de este proceso, no han ponderado el caso considerando el interés superior del niño siendo que estamos ante una víctima en un estado de vulnerabilidad manifiesto, el que no desconocen. Es más, tal situación surge de sus propios dichos.

Opino que la causa penal donde la menor P.A. es víctima hace al contexto de vulnerabilidad en el que se encuentra y por el que tienen que velar el Asesor –en su carácter de representante legal- y el Fiscal –como titular de la acción pública y representante de la víctima-. Estamos ante una figura legal que demuestra a todas luces la fragilidad de la niña, no se trata de un delito contra la propiedad donde, a modo de ejemplo, el imputado le arrebata la mochila en la vía pública.

Encuentro que la Jueza, zanjando la falta de comparecencia de la menor, la tuvo por representada por el Asesor y ante la labilidad de sus argumentos y su ya reseñada representación, resolvió en consecuencia.

Ahora bien, la Magistrada sin perjuicio de su concienzuda resolución, debió detener la audiencia y dar cumplimiento a la manda del Art. 49 del CPP previo a resolver.

Esta falta de participación o conocimiento expreso de la opinión de la víctima para poder llevar adelante este trámite, siendo que estaba en la ciudad y se podía contar con ella en la audiencia o en su defecto, conocer su opinión, convierte en nulo el resolutorio.

Dicho esto, deviene abstracto el tratamiento de los agravios del señor Defensor y la réplica de los Ministerios respecto de la resolución de la Magistrada, toda vez que la misma adolece de un vicio insalvable.

Por todo lo expuesto, ha de declararse la nulidad del auto interlocutorio puesto en crisis, debiendo volver las actuaciones a la OFIJU para que otro Juez intervenga. Conf. Arts. 49, 161 *contrario sensu* y 164 del CPP. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios profesionales de los abogados de la Defensa Pública Penal, por su labor en esta etapa de impugnación, entiendo debe ser diferido su tratamiento hasta tanto sean determinados en la primera instancia. Así voto.

El Juez Rafael LUCCHELLI dijo: Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación deducida por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública Penal, Dr. G. L., defensor de confianza del imputado M. D. E. P., contra la resolución en que la Jueza Stella Eizmendi niega la aplicación de la suspensión del proceso a favor de su representado, por el hecho cometido contra la niña P.M.A.-

En la audiencia a tenor del artículo 385 del C.P.P., la Defensa Pública Penal fue representada por el Dr. Lucas Lanciotti, quien ratificó los agravios vertidos por escrito, argumentos que fueron acompañados por el Titular de la

Acción Pública, Dr. Jorge Bugueño, quien adhirió el recurso incoado. Por su parte, el representante de la Asesoría de menores, Dr. Damián S., ilustró sobre su intervención con la joven, acompañando las expresiones de los representantes de la Defensa y Fiscalía.

Respecto a los motivos que fundan su recurso, voy a remitirme, en su integridad, a la reseña que se hiciera al comienzo de la presente sentencia, y pasaré sin más, a fundar mi voto, conforme la manda constitucional.-

Surge, de los antecedentes del presente caso que la fiscalía, oportunamente, efectuó acusación contra E. P., por el hecho ocurrido en los primeros días de abril de 2018, cuando el imputado, a través de un perfil falso de Facebook, se contactó con la menor P.M.A, quien en esa oportunidad contaba con 13 años de edad y se encontraba alojada en el Mini Hogar de esta ciudad, ofreciéndole efectuar unas sesiones de fotografías a cambio de dinero. También surge del relato del hecho que, el veintiuno de abril de 2018, aproximadamente a las 18 horas, la menor se encontró con el imputado, a la salida de la Escuela 7726, y éste la llevó a la tienda “B.” y le compró una bombacha color negra de encaje, para sacarle fotos, y luego la deja a las afueras de la Escuela Nro. 46, para dirigirse la niña al Mini Hogar, lugar donde es interrogada por las autoridades, por llegar fuera de horario, siendo que la menor les cuenta lo anteriormente narrado, efectuándose la presente denuncia. El hecho, es calificado por el acusador público como Grooming o Ciberacoso sexual infantil, previsto y reprimido por el Art. 131 del CP.

Asimismo, conforme el repaso que efectué de la presente carpeta, se desprende que el día veintisiete de noviembre de 2019, la Ofiju local dispuso la

celebración de una audiencia preliminar, en el marco de los presentes actuados, solicitando el Dr. L., como cuestión previa a ello, se aplique la Suspensión del Proceso a Prueba, en los términos del Art. 76 bis del CP, a favor de su Defendido, ofreciendo como pautas de conducta la realización de un tratamiento psicológico, veinte horas de trabajo comunitario, la presentación trimestral ante la Oficina de Supervisión y Control de esta Jurisdicción, así como el cumplimiento de las demás reglas genéricas del Art. 27 bis del CP, todo ello por el plazo de un año.

También surge del audio de la mencionada audiencia, que el representante de la acción pública, el Fiscal General Dr. Jorge Bugueño, prestó su consentimiento para la aplicación de la solución alternativa mencionada, en la consideración que se daban los extremos legales para ello. En tal sentido, expresó que, dados los antecedentes del caso, la pena que solicitaría sería de ejecución condicional, y que las pautas de conductas ofrecidas serían acordes al delito endilgado, no correspondiendo una compensación económica, puesto que en este caso no sería valedero (t). Asimismo, respecto a la víctima, señaló que se trata de una menor alojada en el Mini Hogar, viéndose imposibilitado de contactarla, previo a la audiencia. Refirió que, luego de comunicarse con la Asesoría de Menores, tomó razón que la niña se encontraba nuevamente en la institución mencionada, y que hacía pocos días había sido mamá, por lo que fue imposible entrevistarla.

Por su parte, el Dr. Damián S., acompañó la aplicación del instituto. Informó a la Magistrada que esa Asesoría, junto al Juzgado de Familia Nro. 1 de esta ciudad, trabaja desde el 2014 en una medida de protección a favor de la joven, siendo que hacía escasos días, tal como lo refirió el Fiscal, había sido madre. También resaltó que el 15/11/2019 se dispuso nuevamente su albergue en el Mini Hogar, y expresó que, luego de va. citaciones, *“la joven pero no se presentó oportunamente ante la Asesoría de Familia, con lo cual, con respecto a las*

cuestiones que tienen que ver con su temperamento, en referencia a la aplicación de este Instituto, no podría darle mayor referencia en razón de que no hemos podido entrevistarla para saber el temperamento de la misma, el carácter de lo que pueda llegar a decir en referencia a lo que establece el Art.76 bis”. También resaltó la complejidad de la situación de la menor, y que, a pesar de no contar con su opinión, dado que se encontraban satisfechos los extremos legales, acompañaban el petitorio de la Defensa. Respecto a las pautas de conducta, expresó que resultaban propicias las enumeradas por el Defensor, pero que, además, entendía correcto aplicar la prohibición absoluta del acercamiento y de contacto por cualquier medio, del imputado respecto de la menor.

Ahora bien, a través de la resolución Nro. 3643/19, de fecha cinco de diciembre de 2019, la Magistrada interviniente rechaza la aplicación del Instituto, en base a los instrumentos internacionales que enmarcan la protección de los menores, protegen a la mujer de la violencia de género. La Jueza encuentra una situación excepcional en el presente caso, por tratarse, la víctima, de una niña vulnerable y que se encontraba, al momento de la audiencia, institucionalizada, y que *“... a los ojos de la Suscripta se advierte la existencia de una condición de desigualdad en la niña, por su especial contexto de vulnerabilidad”.* Asimismo, respecto a la calificación jurídica, el delito enrostrado constituye un acto de violencia de género, en los términos del Art. 2 de la Convención de Belem do Pará, citando jurisprudencia internacional al respecto. Considera, por todo ello, que existen razones constitucionales que le impiden otorgar el instituto.

Tal resolutorio causan agravio a la Defensa, puesto que entienden que la misma, por un lado, incumple con la manda del Art. 49 del CPP, supliendo la

voluntad de la víctima, y, que por el otro, modifica la calificación jurídica del hecho, al enmarcarlo en el contexto de género, extralimitándose en su función y violentando el principio de congruencia y de contradicción.

Puesto a resolver la cuestión, en primer término, debo resaltar lo llamativo de las incidencias que se suscitaron respecto a la comparecencia de la joven. Explico.

Por un lado, las Partes coincidieron en la difícil situación que atravesaba la joven. Surge palmariamente que la corta edad de la niña, conjugado con el grado de vulnerabilidad que atravesaba, y la circunstancia de ser mamá pocos días antes de la audiencia, imposibilitaron que la misma se presente a las diversas citaciones que le estaban cursando, desde la Fiscalía y la Asesoría.

En tal sentido, y conforme los nuevos canales de comunicación con los que se cuenta en la actualidad -teléfono, wathsapp, mensajería de texto, etc.-, no resulta razonable que los titulares de la Fiscalía, o la Asesoría de Menores, no hayan podido entablar una comunicación con la misma. A mayor abundamiento, y conforme lo refiriera el Asesor de menores, días antes de la celebración de la audiencia, la joven había sido ingresada nuevamente a la institución de menores, Mini Hogar, teniendo la posibilidad –y la obligación- el Asesor de Menores, de concurrir hasta esas instalaciones para cerciorarse del estado en el que se encontraba la menor, así como para ponerle en conocimiento del trámite, y su interés o no en el mismo. Es decir, debió extremar los recaudos para recabar su voluntad, cuestión que no hizo.

Es que, resulta clara la manda del Art. 49 del CPP, traída a colación por parte de la Fiscalía, en el deber de darle, de manera fehaciente, la voz a la víctima, cuestión que aquí no ocurrió.

Por ello, más allá de la reflexiva resolución de la Jueza Eizmendi donde da cuenta del alto grado de vulnerabilidad en la que se encuentra la joven víctima y como dicha situación impacta en el plexo convencional y constitucional, lo que la lleva a denegar el beneficio solicitado, lo cierto es que no puedo ingresar a juzgar el acierto o no de dicha resolución, dado que existe esta carencia apuntada, la cual incluso fue denunciada por el recurrente que torna invalido el acto jurisdiccional.

En esa senda, entiendo que si bien la Magistrada -como último garante de la legalidad- debió suspender la audiencia a fin de que compareciera la víctima, en este caso en particular es un deber indelegable del Asesor de Familia y del M.P.F. recabar el consentimiento de la misma.

La falta de contacto con la víctima por parte de la Asesoría de Familia (habiendo podido fácilmente localizarla en el Mini Hogar) como la circunstancia que el Titular de la Acción cuenta con un servicio especializado S.A.V.D. que también pudo suplir dicha omisión, hace inexcusable la presencia de la joven víctima a fin de poder recabar de una manera certera el interés superior del niño, máxima axiológica que resulta determinante -conforme lo establece la Convención pertinente con jerarquía constitucional- para otorgar o no el beneficio solicitado

Por las consideraciones antes apuntadas, considero que la resolución de la Magistrada Eizmendi, resulta nula. Dado que, si debe primar en esta resolución judicial un interés que en definitiva no ha sido debidamente dilucidado, por la incomparecencia de la joven víctima, esta irregularidad procesal se propaga inexorablemente a la resolución atacada.

Así las cosas, se deberá declarar la nulidad de la resolución de la Dra. Eizmendi. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios profesionales de la Defensa, encuentro ajustado, diferir los mismos hasta que los justiprecie la instancia anterior.

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo: Ha arribado la presente Carpeta a esta Cámara en lo Penal, a fin de resolver la impugnación ordinaria interpuesta por los Abogados de la Defensa Publica, Dres. G. L. y Lucas Lanciotti, contra de la sentencia suscripta por la Jueza Penal, Dra. Stella Eizmendi, quien denegara la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba a favor del imputado M. D. E. P..

Realizada la audiencia que prevé el rito –art. 385 del CPP-, la Defensa representada en este acto por el Dr. Lanciotti, expuso en similares lineamientos a los traídos en su escrito, que el decisorio puesto en crisis debía revocarse. En su expresión de agravios, el Funcionario de la Defensa Oficial destacó que la Magistrada tuvo un abordaje errado del conflicto, al haber resuelto la cuestión sin la opinión de la víctima, en tanto la misma no se encontraba presente en dicha audiencia, llevando a cabo en consecuencia una ponderación incorrecta del asunto, pues ha violado lo establecido en el artículo 49 del CPP, al no suspender el acto y permitir su citación para oírla, y, por otro lado, conforme las pautas que regula el artículo 32 del mismo Cuerpo legal, no intentó que imputado y damnificada llegaran a un arreglo para resolver pacíficamente el conflicto, señaló. Agregó el Letrado, como s. punto de cuestionamiento, que de forma unilateral la Jueza incorporó al proceso penal la agravante de que el hecho fue cometido en el contexto de violencia de género, cuando la Fiscalía no lo incorporó en su acusación, subrayando en cuanto al punto que *“no todo delito donde la victima reúna 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 revestir esa calidad, se trata de un elemento que debe ser calificado dentro de esos extremos por el*

Ministerio Público Fiscal en el ejercicio de las herramientas que constitucionalmente le han sido asignadas.”, puntualizó.

Por su parte la Fiscalía, en la misma posición, alegó que la Jueza al decidir agregó un evento sorpresivo para el imputado, esto es, una nueva imputación encubierta en la sentencia, cual fue evaluar que el suceso se cometió en un contexto de violencia de género, circunstancia que no fue imputada en la apertura de la investigación ni en la acusación. Añadió el Sr. Fiscal, que no solo se ha vulnerado el principio de separación de funciones (art. 18 CPP), sino que también se ha violado el derecho de defensa del inculpado. Señaló también el titular de la acción penal que, al no estar presente la víctima en la audiencia, ante el acuerdo de las Partes y de la Asesoría, que había oído a la menor, otorgarle la Probation a E. P.. Finalmente, con cita de un fallo del Superior Tribunal de Justicia en causa “S., H. O.”, solicitó se declare la nulidad de la Sentencia de la Jueza Eizmendi, para que se dé al presente caso el trámite que prevé el artículo 49 del CPP, esto es, citar a la víctima a nueva audiencia para el tratamiento de la cuestión.

Por último, se expresó el Sr. Asesor de Menores, Dr. Damián S., quien adhirió a lo expresado por la Fiscalía, comentando a continuación su propia intervención en el presente proceso y ante el Juzgado de Familia respecto de la menor víctima.

En forma extensa al principio obran los motivos que tuvieron en cuenta las Partes para solicitar la revocación de la sentencia, por lo que en honor a la brevedad a ellos me remito.

En primer lugar, y al repasar los términos del decisorio atacado, se aprecia que al tiempo de resolver la petición de las Partes, la Jueza Eizmendi entendió que

no procedía la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba, anotando como impedimentos específicos que obstaban su aplicación, la edad de la menor víctima y su estado de vulnerabilidad, acogiendo a tal efecto las Reglas de Brasilia que determinan cuales son las victimas vulnerables, y las normas que protegen las víctimas de violencia de género, tales como la Convención de Belém do Para y las leyes Nacionales que regulan en forma interna aquella, citando en cuanto a jurisprudencia el caso "Calle Aliaga s/Rec. casación", de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Particularizó a su vez, con propia cita en causa "S.", que me permito transcribir a fin de posibilitar una mejor comprensión del texto, pues será asunto al que me referiré a continuación, que: *"estimo acertado la decisión a adoptar, esto es, no hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitado por entender que no se ha cumplimentado con la normativa invocada, pudiendo a mi entender cumplida tal exigencia, reeditarse la cuestión planteada."* Allí culmina el párrafo, sin describirse a qué normativa se refiere, ni destacar con qué exigencia se debe contar para reeditar la cuestión.

Es decir, por un lado, la Magistrada, en su extensa argumentación, rechaza la aplicación del instituto en base a normativa supranacional y en atención a jurisprudencia nacional que protege a las víctimas mujeres menores de edad y en estado de vulnerabilidad, y, por otro lado, refiere a la posibilidad de que la audiencia donde se discutió la posible aplicación del instituto, se pueda reeditar, previo cumplimiento de determinada exigencia legal.

Entiendo, ya en rumbo de decidir el asunto, que la sentencia interlocutoria debe revocarse. Como lo dejara sentado en causa "S., O. y Otros p.s.a. Estafa S/ impugnación", Carpeta N° 5372 y acumulados, en el presente caso se debió

también suspender efectivamente la audiencia y proceder a citar a la víctima para lograr su presencia en el acto donde se proponía la aplicación de la Suspensión del proceso a prueba, tal cual lo exige la norma (Art. 49 del CPP), y a continuación decidir.

Es, además, lo que surge del propio decisorio de la Jueza -como antes señalara-, cuando hace referencia de ello en los considerandos, empero, que no atiende al momento de resolver. Es decir, expresó en su resolutorio que debía reeditarse la audiencia con la presencia de la menor víctima, más luego, rechazó la aplicación del instituto sin atender su propia invocación.

Si una auto proposición era que se debía reeditar la audiencia conforme normativa aplicable al caso, esto es, con la presencia de la víctima, dicha consideración no se debió omitir al resolver, lo que torna nula por contradictoria la sentencia atacada.

En esa línea de pensamiento, el Superior Tribunal de Justicia en misma Carpeta Penal (S. y otros), anotó y falló expresando que: *“De esta manera en lo que se equivocó la magistrada es en la decisión final de no hacer lugar a la suspensión. El artículo 49 del CPP, como indiqué, prevé la situación descripta en el presente caso e indica la solución: se debió suspender la audiencia y así citar a las víctimas para escucharlas. Siendo ello así, la decisión en examen deviene arbitraria por contrariar la ley”*. Del voto del Dr. M. Vivas. En la misma sentencia se dijo: **“***En el contexto descripto, la falta de participación de los damnificados es causal de nulidad de la decisión, e impone su reiteración ante otro tribunal. Más aún, la propia jueza de la instancia reconoció la posibilidad de reeditar la discusión una vez superada esta omisión. Pero en lugar de suspender la audiencia a tal efecto,*

como ordena el rito, de modo inexplicable denegó la suspensión por este motivo.”. Del voto del Dr. Donnet.

En consecuencia, por las consideraciones antes formuladas, entiendo que la sentencia puesta en crisis por las Partes debe nulificarse, debiendo volver la presente Carpeta a la OFIJU local para que otro Juez Penal, audiencia mediante, reedite la petición de las Partes. Así lo voto.

En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales de la Defensa Oficial, debe ser diferido su tratamiento hasta tanto sean fijados en la instancia de origen.

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

FALLO:

I) **DECLARAR LA NULIDAD** de la Sentencia Interlocutoria N° 3643/19 OFIJU de fecha 05 de diciembre de 2019, -conf. arts. 49, 161 *contrario sensu*- y 164 del CPP, por las consideraciones efectuadas, reenviándose la presente Carpeta a la OFIJU de esta ciudad a fin de reeditar, por ante otro Juez Penal, la audiencia que dio origen al decisorio declarado nulo.

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

III) **REGISTRESE**, protocolícese, notifíquese mediante sistema informático a las Partes, asimismo remítase cédula de notificación al imputado por algún medio electrónico, ello a los fines de su publicidad. Acuerdo Plenario 8464/2020, PEN N° 297/2020.

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL
CAMARA EN LO PENAL
PUERTO MADRYN

La presente es firmada por dos miembros del Tribunal por impedimento ulterior del Sr. Presidente de Cámara Dr. Leonardo Marcelo PITCOVSKY (art. 331 ultima parte CPP).

Rafael LUCCHELLI
Juez de Cámara

Flavia Fabiana TRINCHERI
Juez de Cámara

Ante Mí:

Andrea M. BOREA
Secretaria de Cámara

Registrada bajo el N° 10/2020. CPPM.

Andrea M. BOREA
Secretaria de Cámara