

**C. 28.965/III**

**“Acevedo, Esteban s/ apelación”**

San Isidro, 04 de septiembre de 2014

**AUTOS Y VISTOS:**

Para resolver en el presente legajo el recurso de apelación concedido conforme surge a fs. 13 y vta., practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Jueces Carlos Fabián Blanco, Gustavo Adrián Herbel (conforme art. 440 del C.P.P.).

**Y CONSIDERANDO:**

**El Juez Carlos Fabián Blanco dijo:**

I. Que el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial Dra. Natalia Medan a fs. 1/4 contra el auto de fs. 7/9 vta. del presente incidente, ha sido presentado en término, posee la impugnante legitimación personal, han sido observadas las formas prescriptas para su interposición y, tal como esta Cámara en pleno resolviera en el acuerdo plenario convocado en causa nro. 27.145/III “Weber, Carlos Alberto s/ Recurso de queja”, la denegatoria de suspensión de juicio a prueba en esta etapa procesal resulta recurrible por apelación, por lo que propongo declararlo admisible (conforme arts. 421, 433, 439, 442, 443 y ss. y cc. del C.P.P. según ley 11.922 y sus modificatorias).

II. Conforme surge del presente incidente el Juez titular del Juzgado Correccional nro. 1 Dr. Andrés Martín Mateo resolvió denegar la suspensión de juicio a prueba que fuera solicitada por Esteban Acevedo conjuntamente con su defensa.

El Sr. Acevedo resultó imputado en la presente causa de los delitos “prima facie” calificados como desobediencia (dos hechos) y amenazas, (conforme arts. 149 bis y 239 del C.P).

Al celebrarse la audiencia prevista por el art. 404 CPP, el imputado ratificó su pedido de suspensión de juicio a prueba, ofreciendo en concepto de reparación del daño abonar la suma de \$1000 (mil pesos) en 3 cuotas, someterse a las reglas de conductas que el juzgado imponga, como así también realizar un tratamiento psicológico.

A su turno la Sra. Fiscal, se opuso a la concesión del instituto en virtud de que la conducta desplegada debe ser analizada a partir de la situación de violencia de género preexistente en consonancia con el Fallo Góngora de la CSJN y la Convención de Belem do Pará.

En el resolutorio recurrido, el Sr. Juez “a quo”, merituó que los delitos imputados son “...*pasibles de salir del sistema penal por vía del instituto del art. 76 bis del Código Penal*”, no obstante al encontrarse su comisión enmarcada en violencia de género no corresponde otorgar la suspensión de juicio a prueba. Así el Magistrado analizó los delitos a la luz de la Convención de Belem do Pará (Ley 26.485) y del fallo de la CSJN Góngora. Adunó a ello que en la desobediencia si bien, el perjuicio es contra la administración publica la misma tuvo lugar en el marco de una resolución del Juzgado de Familia nro. 1 de Pilar en los autos caratulados “Kotowski Silvia c/ Acevedo Esteban s/ protección contra la violencia familiar (Ley 12.596) PI -2074-2013”.

En cuanto a la oposición fiscal se remitió a los argumentos del plenario “B.L.E y otro s/ recurso de queja” en punto a su carácter vinculante.

**III.** Contra dicha resolución, la impugnante interpuso recurso de apelación.

Sostuvo en primer lugar que se estaría cercenando el derecho de su defendido en tanto el instituto solicitado es: “...*un derecho que tiene toda persona de poder optar por la extinción de la acción por el cumplimiento de reglas de conducta y evitar las consecuencias que podría acarrear un juicio oral*” (fs. 2 y vta.).

En segundo término, se agravia por considerar que se agregó un requisito –que el delito no sea enmarcado dentro de violencia de género- no exigido por la normativa vigente como fundamento para denegar el beneficio, lo que resultaría arbitrario.

Por otra parte resaltó que la posible pena podría ser dejada en suspenso. Asimismo destacó que la Sra. Fiscal en la audiencia prevista por el 404 del C.P.P. se limitó a mencionar características propias del delito imputado y que no se hizo referencia a circunstancias propias de la causa. Por último menciono que la conflictiva familiar comenzó a raíz del consumo de alcohol por parte de su defendido con lo cual entiende que sería mas eficaz imponer dentro de las reglas de conducta un tratamiento tendiente a erradicar el consumo de alcohol y evitar la estigmatización de una posible condena.

Por lo expuesto, peticionó que se revoque el auto apelado y se conceda a su defendido la suspensión del juicio a prueba.

**IV.** Con el alcance que otorgan los arts. 434 y 435 del C.P.P., debe ceñirse el presente tratamiento de los puntos de la resolución del “A Quo” alcanzados por los agravios que motivaran la impugnación interpuesta, pudiendo conocer más allá de ellos cuando eso permita mejorar la situación del imputado.

Ahora bien, tal como sostuviera en anteriores pronunciamientos, la oposición del Ministerio Público Fiscal al otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba, constituye un obstáculo para su concesión en todos los casos previstos por el 76 bis del Código Penal (*in re* c/27.198/III “Ríos, Héctor Rogelio s/ Recurso de queja”, c/27.587/III “Cruz, Gustavo Daniel s/ Suspensión del juicio a prueba”, c/28.063/III “Saraiga, Esteban s/ Suspensión del juicio a prueba, entre otras).

Así el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As. en causa N° 52.274 – 52.462 “B.L.E y otro s/ Recurso de Queja” resolvió que el consentimiento del Ministerio Público Fiscal es necesario en todos los supuestos contemplados en el art. 76 bis C.P.

Es que, *“...tratándose de la suspensión del ejercicio de la acción penal, que de manera mediata puede, por esa vía, llegar a caducar, y atendiendo al rol que institucionalmente se le asigna al Ministerio Público Fiscal en el sistema procesal vigente, la conformidad de quienes lo representan aparece como lógico requisito para su procedencia (cfr.: “K., T. R. S/recurso de casación”, fallo plenario N°5, rto. el 17/8/99 por la C.N.C.P.). Entonces, la función requirente del Ministerio Público Fiscal resulta evidente como que el ejercicio de la acción penal pública reposa exclusivamente en esa institución, siendo que ésta no podrá suspenderse, interrumpirse, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley (artículo 6 del C.P.P.)...”* (TCPBA, Sala III, causa n° 14.692, resuelta el 17 de marzo de 2005).

Ello obedece al principio acusatorio, base de nuestro actual ordenamiento procesal local. En efecto, como expresé al pronunciarme en la Causa N° 27.652/III, señala Ferrajoli que *“...la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. La garantía de la separación... representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la*

*figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio...”* (Ferrajoli, L. (1995) Derecho y Razón, Madrid: Trotta, p. 567).

En un orden de ideas similar, señala José Ares que *“...la Corte Suprema ha remarcado el sentido de la separación entre jueces y fiscales como instrumento normativo básico para el aseguramiento del derecho de defensa. Sostuvo que la introducción del art. 120, CN señala una modificación del paradigma procesal vigente hasta ese momento. Al establecer dicha norma la independencia funcional del MPF, indica una clara decisión a favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y de juzgar. Como consecuencia de lo expuesto, la actuación del juzgador está supeditada a la instancia del acusador...”* (Ares, J., Jurisdiccionalidad limitada en materia punitiva como exigencia del principio constitucional acusatorio, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires: Lexis Nexis, (2008) p. 775).

En ese sentido, resulta medular recordar que es el Ministerio Público Fiscal quien promueve y ejerce la acción penal de carácter público, actuando con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales. Así define su función la ley N° 12.061 en su artículo 1º.

Al mismo tiempo, el código procesal penal de la provincia de Buenos Aires en su art. 6 dispone que *“...la acción penal corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se le concede a la víctima...”*.

En concordancia con lo anterior, el art. 56 del ordenamiento adjetivo, al referirse a las funciones, poderes y facultades del Ministerio Público Fiscal señala que éste *“...promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria...”*.

Dicho Ministerio Público se mueve dentro de un sistema acusatorio, donde existe una división de poderes entre acusador (persigue y ostenta poder requirente) y el Juez o Tribunal (con la potestad de decidir el conflicto), articulándose en ese binomio el imputado. La actuación de éstos se limita y concatena entre sí, el acusador va a fijar los parámetros dentro de los cuales el Juez puede decidir, claro está, previo pleno

ejercicio de sus derechos por parte del acusado. El contenido de la jurisdicción penal consiste en la tarea de un árbitro frente a dos personas con intereses opuestos.

Ahora bien, del conjunto de dichas normas se desprende que el rol que se asigna al Ministerio Público Fiscal es preponderante y conlleva el ejercicio de la pretensión punitiva. Por ello, en tanto la 'probation' implica la suspensión del ejercicio de la acción penal, pudiéndose a llegar a la extinción de la misma (art. 76 *ter* C.P.), el consentimiento de uno de sus miembros aparece como un requisito lógico para su procedencia.

Cuando el fiscal expresa su oposición a la suspensión del proceso, *"... no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción. Y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el tribunal, que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende de la conformidad fiscal"* (Luis M. García "Suspensión del Juicio a Prueba", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, 1996, pág. 365, citado en el Plenario N° 5, "KOSUTA, Teresa R. s/ recurso de casación).

Esta postura encuentra además apoyo en que *"...el instituto incorporado a nuestro sistema legal por la ley 24.316 constituye una excepción al principio de oficialidad en el ejercicio de la acción pública (artículo 71 del Código Penal), también llamado "principio de legalidad procesal", en cuya virtud cuando un representante del Ministerio Público Fiscal toma conocimiento de un hecho que puede constituir un delito de los previstos en dicha norma, debe promover la acción dentro de las facultades que le son legalmente conferidas..."* (TCPBA, Sala II, causa n° 18.986, resuelta el 29 de junio de 2006).

Es más, nuestro código de forma es muy claro en su artículo 404, cuando para la procedencia del instituto en trato, se exige un acuerdo conformado con la voluntad Ministerio Público Fiscal para la procedencia de la suspensión del proceso a prueba.

Pero cabe destacar, que la vinculación del juzgador con la pretensión expuesta por el fiscal en el marco de este instituto sea absoluta, pues sólo tiene relevancia en cuanto a la manifestación negativa sobre su concesión, en tanto ello refleja la voluntad de continuar con el ejercicio de la acción penal. Mas, nada impide al órgano judicial denegar la solicitud a pesar de la opinión favorable del representante del Fiscal, pues el

acuerdo entre este último y el Defensor es vinculante para el Juez salvo los supuestos de ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas (art. 404 del C.P.P.).

En consecuencia, corresponde en autos analizar si la Sra. Fiscal, en ejercicio de las funciones que el sistema acusatorio le concede, podía oponerse a la procedencia de este instituto de forma vinculante para el Sr. Juez de grado y si lo hizo de conformidad con lo dispuesto por las normas previamente citadas.

En las presentes actuaciones, la representante de la Vindicta Pública apoyó el fundamento de su oposición, al instituto requerido, en base a *“...la conducta desplegada por el imputado encuadra dentro de los casos de violencia de género, siendo aplicable lo resuelto por el Máximo Tribunal en el fallo Góngora (fs 6).*

Considero así que las razones brindadas por la Sra. Fiscal resultan suficientes para fundar adecuadamente su oposición, más allá de que pueda o no compartir las razones brindadas, mas ello atañe a razones de política criminal.

Tal como señalé es el Ministerio Público como titular de la acción penal quien puede decidir sobre la suspensión de su ejercicio en cada caso concreto.

Así las cosas, puedo concluir que la oposición fiscal brindada en el caso resulta fundada y, por ende, vinculante para el órgano judicial.

Por todo ello, propongo se confirme el auto impugnado en cuanto resolvió denegar la suspensión del presente proceso a prueba seguido a Esteban Acevedo (arts. 76 bis del C.P. y 404 del C.P.P.).

Es mi voto (arts. 106 del C.P.P, 168 y 171 de la Constitución Provincial).

**El Juez Gustavo Adrián Herbel dijo:**

Adhiero al voto de mi colega el Dr. Blanco en cuanto estima admisible el recurso interpuesto, así como también con la solución propiciada en el fondo con el siguiente alcance:

Tal como he sostenido en anteriores pronunciamientos, a efectos de evaluar sobre la posible procedencia de la suspensión del proceso a prueba, debe verificarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 76 bis del Código Penal. Esto es observar, en primer lugar, si el delito atribuido - según la calificación legal asignada al hecho objeto de imputación - así lo permite (in re c/26.598/III “Tevez, Luis Alberto s/ Suspensión del Juicio a Prueba” y c/27.198/III “Ríos Héctor Rogelio s/ Recurso de queja” entre otras).

Para ello debe entenderse que el primer y el segundo párrafo del art. 76 bis y el cuarto párrafo del mismo artículo son supuestos de aplicación independientes entre sí, que comprenden diferentes grupos del delitos a los que puede aplicarse la suspensión del juicio a prueba.

De hecho, una de las razones para entender que el cuarto párrafo del art. 76 bis contempla un grupo de delitos distintos a los comprendidos en el primero y el segundo (tesis amplia referida) es precisamente que la ley penal requiere sólo en el cuarto párrafo el requisito del dictamen fiscal favorable.

Este criterio que ha sido reiteradamente sostenido por este Tribunal a los efectos determinar la procedencia de la denominada “probation” (tesis amplia), deriva del texto legal pues la posición contraria “... *que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tiene prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma..., toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce...*” (conf. CSJN “Acosta Alejandro Esteban s/ Recurso de hecho “ 23/04/2008).

Ahora bien, en el caso a Esteban Acevedo se le imputan los delitos de desobediencia (dos hechos) y amenazas, (conforme arts. 149 bis y 239 del C.P), por lo que nos encontramos frente al supuesto previsto en el segundo párrafo del art. 76 bis C.P., conforme el cual el consentimiento fiscal no resulta ser un requisito para la procedencia del instituto. Así pues, su oposición difícilmente podría convertirse en un obstáculo insalvable.

De este modo, el consentimiento fiscal no es indispensable en el caso; en mi opinión, su conformidad sólo resulta menester en el supuesto previsto por el cuarto párrafo de la norma (independientemente de la discusión sobre el carácter vinculante de la misma y su contenido), mientras en los casos del primer y segundo párrafo del art. 76 bis del CP, el texto legal no impone recabar el consentimiento del Fiscal, por lo que el instituto puede ser otorgado por el Juez, a pesar de su expresa oposición.

El acceso del imputado a los derechos otorgados por el legislador no puede quedar sujeto sin más a la discrecionalidad del Fiscal, pues de ser así carecería de sentido un pronunciamiento judicial sobre el punto.

Por ello, nuestro art. 404 del C.P.P. sólo determina al órgano judicial a conceder dicho instituto cuando exista acuerdo de partes – salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas -, pero no le impone denegarlo cuando el fiscal se oponga a su concesión, pues que un acuerdo de partes imponga al Juez la concesión de un derecho, en modo alguno autoriza a suponer que el fiscal puede por sí obligar al órgano judicial a rechazarlo.

En efecto, dentro de un sistema acusatorio, el fiscal no puede obligar al Juez a restringir derechos legalmente acordados.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Góngora” estableció, como pauta interpretativa de la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)”, que a los supuestos encuadrados como casos de violencia de género no debería aplicarse la suspensión del juicio a prueba.

A fin de establecer una definición sobre el concepto de “violencia de género” debemos tener en consideración lo expuesto por las Naciones Unidas al afirmar que: *“La premisa central del análisis de la violencia contra la mujer en el marco de los derechos humanos es que las causas específicas de dicha violencia y los factores que incrementan el riesgo de que se produzca están arraigadas en el contexto general de la discriminación sistémica por motivos de género contra la mujer y otras formas de subordinación. Dicha violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres que se refleja en la vida pública y privada. El enfoque basado en los derechos humanos revela el alcance de la desigualdad de las mujeres y señala la vinculación entre las violaciones de diversos derechos humanos de las mujeres, en particular la violencia contra la mujer. Pone de relieve el vínculo entre la realización de los derechos de la mujer y la eliminación de las disparidades de poder. La vulnerabilidad frente a la violencia se comprende como una condición creada por la falta o la negación de derechos.”* (Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer Elaborado por el Secretario General de las Naciones Unidas, A 61 pag. 31)-

En este contexto, en los hechos donde el Ministerio Público Fiscal establezca fundadamente que nos encontramos ante un supuesto de violencia de género, corresponderá atenerse a su dictamen salvo que de las circunstancias del caso surja

que sería inadecuado asumir este temperamento. Ello en tanto que dichas situaciones están signadas por un contexto de violencia acontecida en función de una relación de sometimiento de un hombre para con un integrante del género femenino, lo que podría no estar presente en episodios efímeros y aislados donde la acción delictiva no tenga por matriz el género de la víctima. Llamados a resolver esta problemática resulta de vital importancia poder discernir si el hecho violento, guarda o no relación con el género de los involucrados, toda vez que la de género resulta ser un tipo específico de violencia, con características propias que deben manifestarse y probarse en el caso concreto.

Por todo ello, propongo se confirme el auto impugnado en cuanto resolvió denegar la suspensión del presente proceso a prueba seguido a Esteban Acevedo (arts. 76 bis del C.P. y 404 del C.P.P.).

Por ello, el Tribunal

**RESUELVE:**

**I. DECLARAR ADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora Oficial a fs.1/4. contra el resolutorio de fs. 7/9 y vta., de conformidad con los motivos expuestos en los Considerandos (arts. 442 y concordantes del C.P.P.).

**II.** Por mayoría **CONFIRMAR** el auto apelado en cuanto resolvió denegar la suspensión del presente proceso a prueba en favor del Sr. Esteban Acevedo, debiendo el Sr. Juez *a quo* decidir conforme lo desarrollado en los considerandos (arts. 404 del C.P.P. y 76 bis del C.P.).

**III.-** Regístrese, devuélvanse los autos principales, notifíquese al Sr. Fiscal General y a la Defensa de intervención (conf. art. 125 del C.P.P.) y remítase el presente a la instancia.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

**FDO: CARLOS F. BLANCO - GUSTAVO A. HERBEL**

**Ante mí: GABRIELA GAMULIN.**