

Expediente I.P.P. nro. dieciséis mil doscientos seis.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticuatro días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Gustavo Angel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca, para dictar resolución interlocutoria en **la I.P.P. 16.206/I** caratulada: "**C.,A.A. Amenazas Calificadas. Victima F.,J.J.. En Pigüé**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debe tener este orden **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la resolución apelada?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Interpone recurso de apelación el Sr. Defensor Particular -Doctor Roberto Joaquín Gonzalo González a fs. 109/112 vta, contra la resolución dictada por la Señora Juez en lo Correccional -Dr. Gabriel Rojas- de fs. 102/104 vta., que no

hizo lugar a la solicitud de suspensión de juicio a prueba formulada en favor de A.A.C..

Comienzo diciendo que la impugnación fue interpuesta en tiempo y forma, y resulta admisible, pues si bien no está prevista la apelación directa en este tipo de resoluciones (art. 404 del C.P.P.), ello no conlleva la imposibilidad de recurrir si, tal como lo prevé el art. 439 del C.P.P. se alega y acredita la provocación de gravamen irreparable con la pervivencia de la resolución.

En este caso el rechazo del beneficio no puede ser planteado a futuro, pues el propio trámite conlleva el camino inexorable del juicio oral y público, por lo que se produce un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior. Por lo expuesto me adentraré a resolver el fondo de la cuestión (C.S.J.N. fallos 280:297; 310:1835; 311:358; 314:791 entre otros) y el Tribunal de Casación Provincial (Sala I causa 16.353 del 12/10/04 y 18.508 del 3/5/05).

Con citas jurisprudenciales afirma la Defensa que en el caso hubo erróneo encuadre del caso como violencia de género (art. 1 de la Convención Belém do Pará), dado que víctima y victimario no son vecinos, no hay ni hubo relación sentimental, ni laboral ni de amistad, que hagan suponer este tipo de vínculo.

Afirma que, de la Convención Interamericana se desprende que para hacer aplicable el tratado de violencia de género debe ser cometido en función de tal condición y no puede ser calificada por el solo hecho de haberse cometido un acto de violencia contra una mujer, sin que se evalúe si aquella estaba basada en tal calidad de presunta víctima.

En otro orden sostiene también la errónea interpretación del art. 7mo. del Tratado de Belém do Pará, puesto que aun cuando se encuadre el hecho dentro del concepto de violencia de género lo cierto es que ello no impide la concesión del beneficio y la aplicación del fallo "Góngora" de la CSJN avasalla un sin número de derechos y garantías fundamentales que le asisten al imputado, como derecho a que se presuma su inocencia, a defenderse, a la igualdad ante la ley.

Sostiene que doctrinariamente se ha puesto de manifiesto que la suspensión de juicio a prueba no afecta ni contradice ninguno de los objetivos establecidos en dicha Convención sino que logra armonizar tales propósitos -de protección hacia la mujer- con los principios políticos que hacen de base a un sistema de persecución penal igualitario y de mínima intervención.-

Solicita en consecuencia se revoque el fallo impugnado y se conceda la suspensión de juicio a prueba.

Que a fs. 1/1vta. la señora J.J.F. denuncia los siguientes hechos: "...Que el dicente en el día de la fecha siendo las 08:30 hs. aproximadamente, momentos en que se encontraba en interior del domicilio, cuando procede a realizar apertura de persianas correspondientes a ventanas del living de su domicilio, logra avistar una pick up, marca Ford modelo F-100 color blanca, con vidrios polarizados, dominio colocado -, la cual se encontraba estacionada con el motor en marcha, sobre calle Larrea, frente a su vivienda; siendo identificada por la denunciante como propiedad del Sr. A.A.C., logra avistar que A.A.C., baja el vidrio del lado izquierdo de la pick up y acto seguido esgrime un arma de fuego, de puño color oscuro, desconociendo demás detalles, amenazando de muerte a

la dicente. Diciendo textual sic " ...A vos te voy a limpiar, hasta que no te limpie no me voy a quedar tranquilo..." Acto seguido emprende la marcha retirándose del lugar, por calle Paunero hacia Diagonal Uruguay, profiriendo insultos y amenazas a la persona de J.J.F.. Denunciante atribuye amenazas a inconvenientes de antigua data, motivos personales...".

Que en fecha 28 de marzo de 2.018 se celebró la audiencia prevista en el art. 338 del C.P.P. En la oportunidad el señor Secretario de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 20, Dr. Federico Arrué, mantiene la negativa a la concesión de la suspensión del proceso a prueba, "...entendiendo que el hecho atribuido al imputado encuadra como violencia de género en los términos de la llamada Convención de Belém do Pará y de la Ley de Protección Integral de la Mujer. Que más allá del presunto motivo subyacente, corresponde tener presente que existe en nuestra sociedad una estructura de naturaleza patriarcal que conlleva la prepotencia de lo masculino y la sumisión de lo femenino, reflejado en actos de agresión que buscan garantizar la continuidad del orden impuesto en razón del género. Asimismo, debe quedar en claro que la violencia de género no debe confundirse con la violencia familiar o domestica ni limitarse a ella. Por último no deben perderse de vista los términos amplios de protección de la ley 26.485, la cual en su art. 2b garantiza a la mujer una vida sin violencia y el art. 4 que indica que se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito publico como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte, entre otras integridad psicológica, Por medio de la citada Convención el Estado argentino se comprometió a prevenir, sancionar y erradicar los delitos de

violencia contra la mujer. El Ministerio Público Fiscal tiene especial interés en que estos hechos lleguen a juicio a fin de establecer si han existido y , en su caso, de que se imponga la pena correspondiente. La suspensión de juicio a pruebas incompatible con esos fines. Así lo entendió también la CSJN en el fallo "Góngora..." (fs. 103/104vta.).

Como puede leerse de dicho acto el doctor Arrué hizo referencia a las circunstancias concretas relativas al hecho de la causa, poniendo énfasis en la disparidad y posición dominante del encausado respecto a la víctima haciendo hincapié en la posibilidad de que dicha violencia puede ser ejercida tanto en el ámbito público como en el privado.

Esta oposición fue considerada razonable por parte del Sr. Juez A-Quo lo que por mi parte comparto, de allí que no pueda alegarse una oposición general de la Fiscalía, sino una de tipo bien particular relacionada con las características del hecho enrostrado.

Vuelvo a reiterar que esas motivaciones, se compartan o no, impiden considerar que la postura asumida por el Sr. Representante de la Vindicta Pública sea fruto de la irracionalidad, el absurdo o la arbitrariedad.

Así estimo que dicha oposición no sólo ha sido debidamente fundada según criterios de legalidad y razonabilidad, sino que además tiene carácter vinculante.

En ese sentido y como reiteradamente me expidiera en casos similares al presente, diré que el artículo 404, segundo párrafo del Código Procesal Penal, establece que la concesión de la suspensión del juicio a prueba, requiere del acuerdo entre el Fiscal y el Defensor, siendo vinculante el mismo para el Juez,

salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas; dicha conformidad se encuentra establecida también en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal.

Ahora bien, en el caso de autos los planteos propuestos por la Defensa, en cuanto a la errónea aplicación del artículo 76 bis del Código Penal, han tenido debido tratamiento en el Acuerdo Plenario del Tribunal de Casación Penal en causa Nro. 52.274 caratulada "B., L. E. y O., A. R. s/Recurso de Queja" y su acumulada causa Nro. 52.462 caratulada "C., L. y B., A. M. s/Recurso de Queja". de fecha 9 de septiembre de 2.013, en donde en el punto 4 de la resolución se estableció: "La anuencia del fiscal es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del artículo 76 bis del Código Penal".

Entendida así la naturaleza jurídica del instituto, me permite reafirmar lo sostenido hasta el presente, en cuanto a que la conformidad de la parte acusadora resulta indispensable y necesaria para la procedencia del instituto en cuestión, siempre que la misma, claro está, no resulte irrazonable e infundada.

En el caso de autos, se advierte que la oposición Fiscal formulada dio cumplimiento a los recaudos de motivación, razonabilidad y coherencia exigidos, apoyándose para sostener su negativa en la modalidad del hecho, en que el conflicto persiste, y en la Convención y el fallo de la Corte Suprema, ya citados.

Así no advierto irrazonabilidad en el dictamen emitido por el Sr. Fiscal, consecuentemente el sr. Juez "a quo", al resolver -como lo hizo-, merituó las causales esgrimidas por la Vindicta Pública al oponerse al otorgamiento del beneficio en cuestión, por lo que dispuso adecuadamente negar el beneficio.

Según surge de los autos principales, la conducta imputada a y así lo ha entendido también el "a quo", encuadran en el concepto de violencia de género en los términos del art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará"), aprobada por la Ley 24.632 -"Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Conforme lo expuesto y atento la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, " ...el cumplimiento de las finalidades propuestas en la citada Convención, a saber: prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (cfr. artículo 7, primer párrafo), en conjunción con la necesidad de establecer "un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (inc. f del citado artículo), impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente (G. 61, XLVIII, Recurso de Hecho, "G., G. A s/causa n° 14.092, rta. 23/04/2013)" (Tribunal de Casación Penal-Sala VI- en causa N° 58.328, caratulada: G., M. R. s/Recurso de Queja del voto del Dr. Ricardo Maidana).

Así las cosas y teniendo en cuenta lo resuelto por el Máximo Tribunal Nacional y la gravitación que cabe reconocerle a dichos pronunciamientos atento su ubicación en la cúspide del ordenamiento judicial (arts. 5, 108, 123 y 127, Constitución Nacional), corresponde aquí adoptar el criterio antes apuntado.

Por lo que entiendo que la oposición Fiscal al beneficio requerido se encuentra debidamente fundada y no resulta arbitraria (arts. 6, 404 C.P.P. y 76 bis del C.P.), proponiendo al acuerdo confirmar el auto apelado.

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Voy a disentir con el sentido del voto precedente, proponiendo al restante colega de Sala, la declaración de nulidad -parcial- de la audiencia de fs. 103/104 y vta., en el tramo correspondiente al tratamiento de la suspensión del proceso a prueba, por insuficiencia de fundamentación del dictamen fiscal, y en consecuencia, la invalidez de la decisión del A Quo, que rechazó el otorgamiento del instituto.

En el marco de la referida audiencia preliminar para tratar las cuestiones previstas en el art. 338 del C.P.P, la defensa solicitó (en favor de su asistido) la concesión del beneficio previsto en el art. 76 bis del C.P., refiriendo que su asistido "... es mecánico, que tiene casa propia, que no comparte actividad alguna con la presunta víctima de autos, que vive con su esposa e hija...".

Por su parte el Representante del Ministerio Público Fiscal -cuya actuación fue ratificada por el Titular de la Unidad Fiscal Nro. 20 a fs. 106-, no prestó su consentimiento por considerar que el hecho atribuido resultaba ser un supuesto de violencia contra la mujer, basada en su género, en los términos de la Convención de Belém do Pará y de la ley de Protección Integral de la Mujer.

Particularmente atento las características del hecho, señaló el Sr. Secretario Doctor Federico Arrué: "**...Que más allá del presunto motivo subyacente,**

corresponde tener presente que existe en nuestra sociedad una estructura de naturaleza patriarcal que conlleva la prepotencia de lo masculino y la sumisión de lo femenino, reflejado en actos de agresión que buscan garantizar la continuidad del orden impuesto en razón del género. Asimismo, debe quedar en claro que la violencia de género no debe confundirse con la violencia familiar o doméstica ni limitarse a ella. Por último no deben perderse de vista los términos amplios de protección de la ley 26.485, la cual en su art. 2b garantiza a la mujer una vida sin violencia y el art. 4 que indica que se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte, entre otras integridad psicológica..." (la negrita me pertenece y lo destaco por las razones que luego expondré).

Agregó asimismo que el Ministerio Público Fiscal tiene un interés especial en que este tipo de sucesos sean llevados a juicio, para poder establecer la existencia del hecho, su responsabilidad y eventualmente la imposición de una sanción, estimando que resultaba aplicable la doctrina emanada del fallo "Góngora" de la C.S.J.N., especialmente en cuanto a que el Estado no puede evitar la determinación de la eventual responsabilidad, por el compromiso asumido en la referida Convención.

Al tiempo de resolver, el Sr. Juez de Grado entendió que esa petición era inviable por "...los fundamentos de la Fiscalía basados en la existencia de una situación de violencia de género y en la imposibilidad de otorgar el beneficio en tales condiciones en función de la Convención de Belém do Pará...".

Digo por mi parte y como lo reiteradamente lo he afirmado, que el consentimiento Fiscal para la suspensión del proceso a prueba exigido tanto por el Código Penal (art. 76 bis y ccdtes.) como por el Código Ritual (art. 404 del Código Procesal Penal) no constituye un mero dictamen sobre la procedencia. Y salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad, la oposición fundada de quien es el exclusivo ejecutor de la acción pública resulta para el juzgador vinculante (art. 6 del Código Procesal Penal, ver en ese sentido T.C.P.B.A., Sala 1era. en causa nro. 6.927, de fecha 7-8-2003, "R., D. s/ Recurso de casación"; Sala III, causa nro. 18.914 RSD-375-6 S 6-7-2006, Juez BORINSKY (SD) CARATULA: O.,J. s/ Recurso de casación" y plenario de ese Cuerpo en la causa Nro. 52.274 caratulada "B., L. E. y O., A. R. s/Recurso de Queja" y su acumulada causa Nro. 52.462 caratulada "C., L. y B., A. M. s/Recurso de Queja").

Sin perjuicio de ello, en estos obrados observo -tal como lo adelantara- que la oposición Fiscal formulada no cumple con el recaudo de suficiente motivación, en la medida que no se dieron razones para justificar que la acción contra la víctima, se hubiese producido en base a su género por su condición de mujer, o en una relación desigual de poder, en los términos de los arts. 1ero. de la Convención de Belém do Pará y 4to. de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Esa referencia en la audiencia preliminar del "...presunto motivo subyacente..." que antes destacara con negrita es justamente la carencia que vengo destacando, pues ha impedido a la contraparte y a todos los destinatarios del sistema, conocer los motivos de la denegatoria; y en este caso en particular porqué el obrar del denunciado era subsumible en violencia de genero.

Y la resolución del Juez A Quo empeora aún las cosas, pues ni siquiera contesta la solicitud de la defensa en cuanto requirió la concesión del beneficio por entender que ninguna relación previa existía entre denunciante e imputado.

Tal como lo referí en la I.P.P. 11.945/I de fecha 29/4/2014 y la I.P.P. nro. 14.644/I del 6/3/2017 "...es correcta la afirmación de la recurrente en cuanto expresa que no todo delito del que sea víctima una mujer es subsumible en la norma, tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana D.D.H.H., caso "Perozo y otros vs. Venezuela", excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas, sentencia del 28 de enero de 2009, serie C nro. 195, párr. 293, 295, 296 y Corte Interamericana DDHH, caso "Ríos y otros vs. Venezuela": Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas, sentencia del 28 de enero de 2009, serie C nro. 194, párr. 280)...", siendo que en ese precedente la defensa discutió el encuadramiento del caso como violencia de género y nadie dio respuesta a ese interrogante...", siendo que además agregué: "...Es así que, necesariamente, para entender que la oposición del Ministerio Público Fiscal en este caso no resultaba infundada (o motivada en forma errónea o arbitraria), deberían haberse requerido las razones por las que sostenía que los hechos imputados eran subsumibles en el art. 1 de la Convención de Belém do Pará, atento el requerimiento expreso de la defensa (lo que además resulta un requisito no sólo para la Fiscalía, sino también para el Órgano Jurisdiccional: arts. 106, 404 y ccdds. del Rito, 168 y 171 de la C. Prov. y 18 de la Nacional).

En este caso, tal subsunción del hecho en el concepto de violencia de género, no aparece 'a simple vista' sencillo de determinar. Se desprende de la

descripción fáctica contenida en la requisitoria de elevación a juicio, que la víctima es una mujer y que el acontecer enrostrado se produce mientras ella se encontraba en su domicilio, donde habría arribado el denunciado en su camioneta, estacionando frente a su morada, luego de lo cual se efectuara la amenaza enrostrada.

A su vez la denunciante refiere tener con el imputado cuestiones de vieja data (fs. 1 y vta.) y este último en el artículo 308 refirió que la nombrada era reconocida en el pueblo por su carácter de "estafadora" (fs. 48/49).

Conforme ello y teniendo en cuenta la petición de la defensa en la audiencia celebrada, la Fiscalía debió justificar por qué ese acto lesivo infligido a una mujer, podía calificarse como "violencia" basada en su género, en los términos del art. 1 la Convención de Belém do Pará, y/o en una relación desigual de poder, que le generara una desventaja que hubiese podido afectar su integridad física como su seguridad personal, conforme la definición del art. 4to. de la ley 26.485.

Esta justificación debió haber sido brindada por la parte acusadora, pues ello no emerge claramente de la requisitoria de citación a juicio, y ante el reclamo de la defensa técnica, debió ser requerida por el Juzgador en la audiencia. Por su parte el Juez de Grado también -como estaba dada la situación- debió fundar tal extremo en su denegatoria. Lo que es claro, que no puede ser convalidada la omisión de tratamiento de una cuestión, que se volvió esencial ante el planteo de la defensa, y constituyó además el motivo central de agravio ante esta Sede.

La Fiscalía desoyó las exigencias establecidas en el art. 56, tercer párrafo del C.P.P. con arreglo al 76 bis del C.P., afectando la validez del dictamen emitido y la correcta intervención del Ministerio Público Fiscal en la audiencia del art. 404, perfilándose la sanción de invalidez prevista en en el art. 202 inciso segundo del C.P.P., y por la remisión jurisdiccional también la del art. 106 del mismo Cuerpo Legal.

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero por sus fundamentos al sufragio emitido por el Doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde declarar la nulidad -parcial- de audiencia preliminar de fs. 103/104 vta., y en consecuencia del dictamen fiscal efectuado y de la resolución dictada en consecuencia; debiéndose reencauzar el proceso, por medio de juez hábil, convocando a una nueva audiencia (arts. 56, 202 inciso segundo, 207, 404 del C.P.P.; 76 bis del C.P, art. 1 de la Convención de Belém do Pará y art. 4 de la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres).

Tal es el alcance de mi sufragio.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:

Adhiero al sufragio que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE:

Adhiero a los votos que me preceden.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Mayo 24 de 2018.

Y Vistos, Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que es nula la resolución apelada.

Por estos fundamentos el **TRIBUNAL, RESUELVE**: declarar -por mayoría de opiniones- la admisibilidad del remedio y la nulidad -parcial- de la audiencia preliminar y del dictamen fiscal y la resolución recurrida de fs. 103/104 y vta., debiéndose reencauzar el proceso, por medio de juez hábil, convocando a nueva audiencia en los términos del art. 404 del C.P.P. (arts. 404 y 447 del C.P.P. y art. 76 bis del C.P.).

Notificar a los Ministerios. Hecho, devolver al Juzgado en lo Correccional de origen donde se deberá notificar al encausado.