

SENTENCIA N° noventa /2014. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, **el primero de septiembre del año dos mil catorce**, se constituye el Tribunal de Impugnación integrado por los **Dres. Andrés Repetto**, quien presidió la audiencia, **Alejandro Cabral** y **Liliana Deiub**, con el fin de dictar sentencia en el caso judicial denominado "**Z. J. M. S/ ABUSO SEXUAL**" (Legajo OFINQ 333/14), seguido contra *J. M. Z.*, DNI N° ..., nacido el 17 de enero de 1958 en la ciudad de Linares, República de Chile, divorciado, con instrucción secundaria completa, domiciliado en ... de la ciudad de Catriel, provincia de Río Negro, quien se encontraba presente en la audiencia.

Intervinieron en la audiencia de impugnación el defensor de confianza de Z., Dr. Juan Manuel Kees, el Dr. Rómulo Patti en representación del Ministerio Público Fiscal, y la Dra. Ivana Dal Bianco en carácter de apoderada de la parte querellante.

ANTECEDENTES:

El 19 de diciembre de 2012 se llevó a cabo el juicio criminal en contra de J. M. Z. por la acusación del delito de abuso sexual agravado (Art. 119 1er párrafo inc. b del CP). La primera cuestión debatida y resuelta por los jueces de grado en la sentencia impugnada fue la relativa a la

concesión o no de la suspensión del juicio penal a prueba que había sido solicitada por la defensa al momento de efectuar el alegato de cierre en el debate, en los términos del artículo 358 bis del CPP. Dicha solicitud fue rechazada por los votos de los Dres. Dedominichi y Elosú, mientras que el Dr. Zvilling votó por la concesión del instituto en cuestión.

Rechazado el pedido de suspensión del juicio penal a prueba los jueces dictaron sentencia respecto del fondo de la cuestión debatida, declarando en definitiva a J. M. Z. autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, tres hechos en concurso real, imponiéndole la pena de tres años de prisión en suspenso.

ALEGATOS:

I. En la audiencia de impugnación llevada a cabo en el presente caso, la defensa en su carácter de parte impugnante de la sentencia se agravió de que durante el proceso judicial su asistido no había podido solicitar la concesión de la suspensión del juicio penal a prueba en razón de que venía siendo acusado del delito de abuso sexual agravado, calificación que por el monto de la pena previsto no permitía conceder la probation. Finalizado el debate la fiscalía se abstuvo de formular acusación por considerar que no se había acreditado la responsabilidad penal reprochada,

mientras que la querrela si bien sí la sostuvo, mutó considerablemente la calificación jurídica, acusando en definitiva al imputado por el delito de abuso sexual simple. Al haberse presentado la situación prevista por el artículo 358 bis del CPP (ley 1677) la defensa solicitó en ese momento la suspensión del juicio penal a prueba.

Afirmó el impugnante que de su solicitud se corrió vista a la fiscalía, la que sostuvo que no compartía el criterio sentado por el Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Abello", y que por ello podía concederse la suspensión del juicio a prueba. Sin embargo se opuso con el argumento de que la pretensión punitiva de la parte querellante -cuatro años de prisión efectiva impedía la concesión del instituto.

El defensor manifestó que la parte querellante también se opuso a la concesión, en atención a la pretensión punitiva por ella sostenida.

La defensa afirmó que los jueces resolvieron como primera cuestión el pedido de suspensión del juicio a prueba, rechazándolo por el voto de dos de los tres jueces, y como segunda cuestión la responsabilidad atribuida, declarándolo autor penalmente responsable e imponiéndole una pena de 3 años de prisión en suspenso.

Marcó como problemas de la sentencia los siguientes: el Dr. Dedominichi en su voto concluyó que es aplicable al caso el precedente "Abello" del TSJN, y que conforme el interés superior del niño y el derecho a la tutela judicial efectiva los jueces están obligados a condenar o a absolver y no pueden disponer una medida alternativa como sería la suspensión del juicio penal a prueba, haciendo suyos los fundamentos del ya citado precedente "Abello".

El Dr. Elosú sostuvo no compartir los fundamentos que dan sustento al precedente "Abello", pero que habiendo oposición de la fiscalía y de la querrela no procede la suspensión del juicio penal a prueba. Sostuvo además que teniendo en cuenta los antecedentes de la CSJN "Santillán", "Quiroga" y "Sabio" debe entenderse que el requisito del consentimiento previo del fiscal para la procedibilidad de la suspensión del juicio a prueba (Art. 76 bis 4to párrafo del CP) se extiende en forma análoga a la figura del querellante.

La defensa sostuvo que Elosú afirmó, además, que la función del cuerpo es analizar la razonabilidad de la oposición, y en razón de que ésta aparece como razonable los jueces tienen vedado conceder la suspensión del juicio a prueba en el caso de autos, remarcando que ello no se sustenta en el precedente "Abello", el que como ya afirmó, no comparte.

Por último afirmó que el Dr. Zvilling votó a favor de la pretensión sustentada por la defensa.

El primer agravio de la defensa consiste en que, a su criterio, no existe una mayoría de votos que den sustento válido a la decisión judicial que rechazó la suspensión del juicio penal a prueba, sino que existen en realidad tres votos distintos e independientes. Remarcó que la coincidencia que debe existir entre dos votos para considerar que se ha conformado una mayoría no sólo debe darse en la decisión que se adopta sino en los fundamentos en los que ésta decisión se apoya.

Afirmó que en el caso de autos el Dr. Dedominichi no hizo lugar a la suspensión del juicio penal a prueba en razón de adherir a los fundamentos sostenidos por el TSJN en el precedente "Abello", mientras que el Dr. Elosú no hizo lugar al pedido de la defensa por existir oposición del fiscal y de la querrela, y por considerar que dicha oposición era razonable, atribuyendo a la querrela la misma facultad legal que al fiscal de poder oponerse a la concesión del instituto, reconociéndole a dicha oposición relevancia y efectos jurídicos no descriptos en el artículo 76 bis del CP.

A su modo de ver consideró que no existe una mayoría real sino aparente, y que ésta sola circunstancia torna nula la sentencia impugnada.

Agregó que el Dr. Dedominichi en su voto consideró que la Convención de los Derechos del Niño impide en los casos de abusos sexuales la concesión de la suspensión del juicio penal a prueba, afirmando que existen otros precedentes legales que así lo sostienen, sin mencionarlos. Sostuvo la defensa que esta interpretación legal supone tácitamente la inconstitucionalidad del artículo 76 bis del CP. Resaltó el hecho de que sin embargo ninguna de las partes, ni los jueces, sostuvieron la inconstitucionalidad de dicha norma. Consideró que en definitiva se sostiene una interpretación no armónica de estas normas: o se aplica la Convención de los Derechos del Niño o se aplica el artículo 76 bis del CP, sin que se intente mínimamente armonizar los derechos de unos y otros. Consideró que esta interpretación no-armónica, que omite aplicar el artículo 76 bis del CPP sin declarar su inconstitucionalidad, se contrapone con una regla interpretativa de la CSJN expuesta en el precedente "Acosta", la que obliga a los jueces, como primer fuente de interpretación, a tomar la letra de la ley integrándola armónicamente con el resto de las disposiciones legales. Citó el fallo Acosta de la CSJN: "...Para determinar la

valides de una interpretación debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos...". Afirmó que la forma de interpretar la ley efectuada por el Dr. Dedominichi viola esta regla interpretativa.

Coincidió con la interpretación sostenida por el Dr. Zvilling en el sentido de que el interés superior del niño, el derecho a ser oído y el derecho a una tutela judicial efectiva no suponen de ninguna manera una derogación del artículo 76 bis del CP para este tipo de casos, y que ambas garantías se ven satisfechas con la posibilidad de que las víctimas puedan declarar, que sean escuchadas por los jueces y que puedan esgrimir todo tipo de pretensiones.

En función de ello sostuvo que el voto de Dedominichi también es nulo por violar las normas de interpretación de la ley sostenidas por la CSJN.

Cuestionó a su vez el voto del Dr. Elosú por entender que éste consideró debidamente fundada la oposición fiscal a pesar de que no se basó en las consideraciones particulares del caso, tal como exige el artículo 76 bis del CP, sino en la pretensión punitiva

esgrimida por la querrela. Refirió que se trata de una situación extraña, en razón de que el propio fiscal manifestó que no debía condenarse al imputado y simultáneamente se opuso a la suspensión del juicio penal a prueba en función de la pena solicitada por el querellante, aun cuando él consideró inocente al imputado.

De igual manera cuestionó que para el Dr. Elosú fuera fundado la oposición de la querrela, la que se sustentó en la imposibilidad de conceder la probation en función del precedente "Abello", cuando el propio juez sostuvo en su voto que él no comparte los fundamentos del precedente "Abello".

A ello sumó la crítica de que el juez reconozca a la querrela un poder para obligar a los jueces a no conceder la suspensión del juicio a prueba en caso de oposición. La defensa consideró que sin perjuicio de que a partir de los fallos "Santillán" y "Sabio" se le reconoció a la querrela más facultades para intervenir en el proceso penal, lo cierto es que expresamente el cuarto párrafo del artículo 76 bis del CP establece que la oposición debe ser sólo del fiscal y no de la parte querellante. Por ello consideró que se le puede reconocer a la querrela la facultad de opinar respecto de la concesión o no del instituto, pero no

puede reconocérsele la facultad de oponerse y que dicha oposición sea vinculante para el juez, ello en razón de que la decisión de que se suspenda o no el juicio a prueba es de política criminal, y una decisión de estas características no puede quedar sujeta a la opinión de una de las partes. Lo contrario implicaría reconocer una aplicación extensiva del poder punitivo del Estado a favor de una parte del proceso, vedado por todas las reglas internacionales.

Por todas estas razones la defensa estimó que corresponde revocar el fallo, por no haberse conformado una mayoría para el rechazo del pedido de suspensión del juicio a prueba, porque el voto del Dr. Dedominichi contraria la regla interpretativa de la CSJN que exige que la interpretación sea armónica y que no se anule una disposición legal en favor de otra, porque el voto del Dr. Elosú hace una interpretación analógica extensiva del poder punitivo del Estado a favor de la querella, reconociéndole la facultad de oponerse en forma vinculante a la concesión del beneficio, y por considerar razonable la oposición de la querella, la que se sustenta en la doctrina emana del precedente "Abello" siendo que él expresamente afirmó no compartir dichos fundamentos.

La nulidad de estas cuestiones afecta a toda la sentencia, por lo que corresponde reenviar el caso para que con una nueva integración se resuelva la cuestión relativa a la concesión o no de la suspensión del juicio penal a prueba.

II. La Fiscalía sostuvo, respecto del primer agravio, que existen dos votos que conforman la mayoría, un voto principal del Dr. Dedominichi que sostiene la postura de la mayoría, y un segundo voto del Dr. Elosú que adhiere al primero, agregando fundamentos propios. Por último hay un voto en disidencia del Dr. Zvilling. A su modo de ver no hay tres votos que se contradigan o que sean diametralmente opuestos, sino que hay dos votos que se complementan y otro en disidencia.

Sostuvo que en el voto de la mayoría tampoco se están abonando pautas contrarias a la constitución, tal es así que una vez que se pronunció el fallo "Abello" éste tuvo un correlato a nivel nacional con el fallo "Góngora" de la CSJN, a partir del cual se disipó cualquier duda que pudiera existir sobre esta cuestión.

Consideró que quedó en claro en el fallo "Góngora" -y también en "Abello"- que en cualquier tipo de violencia de género en contra de una mujer no puede aplicarse

el instituto de la suspensión del juicio penal a prueba, ante planteos de acusación formulados por la fiscalía o la querrela, ello avalado por la convención de Belén Do Para.

Consideró que el eventual reenvío del presente caso para que sea tratado nuevamente el pedido de suspensión del juicio penal a prueba no modificaría la situación del imputado porque frente a la reiteración del planteo existiría una lapidaria oposición de la acusación, por lo que no tiene sentido alguno reenviar el caso, existiendo incluso el riesgo de que el tribunal que intervenga pueda imponer una pena aún más grave que la ya impuesta toda vez que se vería liberada a hacerlo sí así lo considerara.

No puedo obviar decir que esta postura del fiscal no encuentra ningún sustento legal en virtud de la garantía de la no reformatio in pejus, la que además fue expresamente incorporada a la legislación procesal vigente, prohibiéndose hoy en forma expresa imponer una pena más grave en un segundo juicio en el caso de reenvío (Art. 247 3er párrafo CPP).

En función de ello postuló el rechazo de la pretensión esgrimida por la defensa y la confirmación de la sentencia.

III. La querrela sostuvo su sorpresa por el planteo de la defensa, en razón de que en esta causa ya se expidió el Tribunal Superior de Justicia mediante acuerdo 13/2012, respecto de una suspensión del juicio penal a prueba. En el presente caso el TSJN ordenó la sustanciación del juicio oral por dos razones: la primera por la calificación legal que en ese momento se sostenía en la acusación (abuso sexual agravado), conforme la cual no procedería la probation en razón de la pena en expectativa, la que no ingresaba en los parámetros permitidos por el artículo 76 bis del CP. La segunda razón explicitada en el fallo fue que "...más allá de todo lo expuesto cabe consignar de modo subsidiario que siendo que en el presente nos encontramos frente a un delito contra la integridad sexual de un menor de edad, resulta aplicable la doctrina que sostuviera recientemente en el precedente 'Abello' (Acuerdo 12, del 17/04/12), ya que se encuentran involucrados específicos derechos de raigambre constitucional que no pueden ser soslayados al momento de resolver correctamente la cuestión...". Fue a consecuencia de ello que el TSJN dejó sin efecto la resolución dictada por la cámara criminal segunda, y ordenó realizar el juicio oral. La querrela consideró que los argumentos esgrimidos por la defensa deben ser rechazados, porque ya hay un fallo del TSJ

que no fue recurrido, y a pesar de que la defensa sigue insistiendo con ese argumento, no es ese el remedio procesal, sino que, en todo caso, debió haber recurrido el fallo del TSJN a la CSJN y no pretender reeditar ahora los mismos argumentos ya esgrimidos y rechazados. Por ello consideró que no se puede resolver ahora un caso que ya fue resuelto por el TSJN, relativo al rechazo de la suspensión del juicio penal a prueba.

Consideró además que hay otros fundamentos por los que la impugnación debe ser rechazada. En primer lugar hay votos debidamente fundados. Hay dos votos que le dan la razón a la querrela y solo uno que le da la razón a la defensa. En todo caso la defensa manifiesta una simple disconformidad con lo resuelto por la mayoría, y nada más.

En segundo lugar sostuvo que tampoco procede la impugnación porque no están expresados claramente los agravios, sólo hay una opinión o una visión distinta de la defensa.

En tercer lugar consideró que lo que se sostiene en el fallo "Abello", y ahora el fallo "Góngora", es que existe un derecho de los niños y niñas a ser oídos.

Éste derecho y el derecho a la tutela judicial efectiva no tienen que ver con el derecho a una

condena, eso está claro, la parte querrela o las niñas no tienen derecho a una condena, tienen derecho a ser oídos. Ese derecho a ser oídos y a la tutela judicial efectiva implica el derecho a la realización de un juicio oral. Implica que haya una resolución judicial y eso es lo que pasó en este caso.

Afirmó que la defensa reconoce el derecho de la víctima a ser oída, pero considera que procede la suspensión del juicio a prueba, y ello es contradictorio porque la suspensión del juicio a prueba no implica el derecho a ser oídas en el lugar que corresponde, que no es otro que en el juicio oral y público, y ello es lo que sucedió en este caso. Lo que dijo el TSJN en este caso, es que las niñas tenían derecho a ser oídas en un juicio oral y público y ello fue lo que sucedió. En el juicio la única parte que solicitó pena fue la querrela (la fiscalía no sostuvo acusación contra el imputado y postuló su absolución), y la pena que solicitó fue de 4 años de prisión. Por ello, para el caso concreto no procedía la suspensión del juicio a prueba porque había una pena solicitada de prisión efectiva, más allá de que los jueces luego de deliberar determinaran que la pena que correspondía imponer fuera de cumplimiento en suspenso.

Consideró que hay una falacia de sostener la suspensión del juicio a prueba cuando los jueces ya

analizaron que el imputado era culpable. Además en el caso concreto existía oposición de la fiscalía y de la querrela. Por todo ello solicitó el rechazo de la impugnación presentada, y consideró que de ninguna manera correspondería conceder la suspensión del juicio a prueba, la que busca evitar la realización de un juicio que ya se sustanció.

IV. Escuchadas las partes los Sres. jueces del Tribunal de Impugnación pasaron a cumplir con el proceso deliberativo.

Efectuado el sorteo para determinar el orden de emisión de votos, surge que en primer término se pronuncie el **Dr. Andrés Repetto**, luego el **Dr. Alejandro Cabral** y, por último, la **Dra. Liliana Deiub**.

FUNDAMENTACIÓN:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Andrés Repetto**, dijo:

Que el recurso de casación fue interpuesto en tiempo y forma por la parte legitimada para ello y contra una decisión expresamente declarada impugnabile, por lo que corresponde su tratamiento.

A su vez, la Oficina Judicial adecuó el recurso de casación a la nueva Impugnación Ordinaria de la

sentencia, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica del Fuero Penal (Ley 2981), en sus disposiciones transitorias.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal del primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Andrés Repetto**, dijo:

I. Respecto del primer agravio sostenido por la defensa ¿existe en el caso de autos un voto que conforme legalmente una mayoría que resuelva en forma unívoca el pedido de suspensión del juicio pena a prueba formulado por la defensa en instancias del debate sustanciado oportunamente?.

De la simple lectura de la sentencia 37/2012 de la entonces Cámara Criminal Segunda de la ciudad de Neuquén surge que los tres jueces dictaron sus respectivos votos al resolver el pedido de suspensión del juicio penal a prueba formulado por la defensa. El Dr. Dedominichi consideró

que este instituto no era procedente en razón de la aplicación de la doctrina que emerge del fallo "Abello" del TSJN. Textualmente dijo que "...corresponde denegar la suspensión del juicio a prueba con apoyo en lo resuelto por el TSJN en el caso "Abello"..." sin ahondar en otros fundamentos, haciendo propios los expuesto en la sentencia referida.

El Dr. Elosú sobre esta cuestión textualmente dijo: "...habré de resolver en idéntico sentido que el Vocal preopinante, aunque con distinto argumentos..." explayándose luego respecto de la relevancia que le otorga a la oposición del fiscal y la querrela a conceder el instituto solicitado, "...reconociéndole a la querrela capacidad autónoma para actuar en el proceso con independencia del criterio que adopte la fiscalía y en un plano de igualdad con ésta...".

Resumió su posición afirmando que "...como podrá apreciarse, y más allá de no compartir los argumentos de índole sustantivo desarrollados por el TSJN en el precedente citado, opino que las oposiciones sostenidas por los acusadores no pueden considerarse irrazonables... por lo tanto, no merecen su descalificación como planteos jurídicos válidos...".

El Dr. Zvilling, por último, adoptó una posición diametralmente opuesta, considerando que correspondía

conceder la suspensión del juicio penal a prueba, conforme los argumentos que desarrolló inextenso.

De ello se advierte sin mayor esfuerzo que efectivamente los votos que conforman la mayoría lo hacen con argumentos distintos. No hay ninguna duda de que, a pesar de lo afirmado por el fiscal, el Dr. Elosú no adhirió ni expresa ni tácitamente al voto del Dr. Dedominichi, sino que votó en forma concurrente, con argumentos propios y totalmente distintos.

En definitiva no hay un único voto de la mayoría, sino que existen dos votos distintos, que arriban a una misma solución jurídica, por vías argumentativas totalmente diferentes. Ello se denomina votos concurrentes. La pregunta que debe resolverse es si la existencia de votos concurrentes importa reconocer la existencia de una mayoría legal con aptitud para poder rechazar un planteo efectuado por la defensa o si, por el contrario, se requiere que para que se conforme mayoría exista no sólo una misma solución jurídica propuesta, sino que además se arribe a ésta con los mismos argumentos, sin perjuicio de que puedan existir argumentos adicionales.

Considero que la adopción de una decisión judicial que acoja o rechace una pretensión formulada por

alguna de las partes sometidas a proceso requiere, por lo menos, la existencia de un voto mayoritario y éste sólo existe cuando la solución adoptada, cualquiera sea ésta, se sustenta en una unidad de criterio argumentativo lógica que confluya naturalmente en la adhesión a una solución determinada. Es decir que habrá una resolución judicial válida adoptada por un tribunal colegiado, cuando por mayoría simple se adopte una posición determinada con un mismo argumento rector, aun cuando puedan existir otros argumentos complementarios y concurrentes. A contrario de ello existe una mayoría aparente cuando varios votos concurren a adoptar una misma solución jurídica pero por argumentos disímiles.

La necesidad de que existe una misma línea argumental como fundamento de una resolución judicial legalmente válida y adoptada por la mayoría se sustenta en la garantía de la parte disconforme con dicha solución de poder confrontar los argumento utilizados con otros argumentos opuestos y lógicamente enunciados. Si una solución judicial fue adoptada por mayoría, pero sustentada en argumentos distintos expuestos por cada uno de los jueces que conforman esa mayoría aparente, no puede esgrimirse válidamente un contra argumento porque en definitiva ninguno de los fundamentos utilizados para adoptar la resolución constituye,

por sí mismo, una mayoría. Con lo cual en realidad quien debe confrontar argumentos disímiles no confronta un argumento mayoritario sino varios argumentos distintos los que aun cuando postulan una misma solución no conforman una mayoría.

En el caso de autos surge evidente que no existe un criterio unívoco o un argumento rector que emerja de los votos de los Dres. Dedominichi y Elosú, sino que cada uno de los jueces que votaron por rechazar el pedido efectuado por la defensa lo hizo con argumentos autónomos y disímiles con el voto de su colega, sin perjuicio de que la solución final adoptada coincidiera en el rechazo al planteo, única concordancia entre ambos votos. Hay en realidad una mayoría aparente, a la que no puede reconocérsele la autoridad legal para rechazar un planteo jurídico.

La inexistencia de un voto que conforme la mayoría en función de argumentos jurídicos coincidentes torna nula la sentencia por lo que corresponde así declararla.

Esta situación amerita, por sí sola, revocar la sentencia respecto del rechazo a la solicitud de suspensión del juicio penal a prueba y reenviar el caso para que otros jueces, conforme la competencia que otorga el nuevo código procesal, dicten nueva sentencia sobre esa cuestión. Sin perjuicio de ello y en atención a lo dispuesto por el

artículo 246 in fine del CPP, corresponde antes de ello determinar si resulta o no evidente que para el dictado de una nueva sentencia -respecto del fondo de la cuestión planteada- es o no necesario realizar un nuevo juicio, o si, por el contrario, es procedente resolverlo directamente en esta instancia, tal como lo autoriza la norma citada.

Considero que conforme los argumentos esgrimidos por las partes no es necesario reenviar el caso para el dictado de una nueva sentencia que resuelva el fondo de la cuestión planteado, sino que corresponde a este Tribunal dictar nueva sentencia, remitiendo luego el caso con los alcances que detallaré más adelante.

II. Antes de adentrarme a analizar los otros agravios esgrimidos por la defensa corresponde determinar, en primer lugar, si la oposición de la querrela a la concesión del instituto de la suspensión del juicio penal a prueba es vinculante para los jueces, y si esta oposición -sostenida por ambos acusadores- resulta razonable. En caso de que la respuesta fuera afirmativa no tendría sentido continuar el análisis de los otros agravios.

En segundo lugar debe determinarse si el fallo del TSJN dictado en el presente caso por Acuerdo 13/2012, implica la existencia de cosa juzgada a los fines de

valorar o no la concesión de la suspensión del juicio penal a prueba, o si por el contrario no existe impedimento para realizar una nueva valoración del planteo efectuado por la defensa, en razón de que han cambiado sustancialmente la condiciones tenidas en cuenta por el TSJN para dictar el fallo ya mencionado.

En cuanto al interrogante relativo a si la oposición de la querrela es vinculante o no para los jueces, debo resaltar que esta cuestión ya fue zanjada y resuelta por el TSJN, por lo que considero que no tiene sentido reeditar la discusión. El TSJN sostuvo oportunamente que la oposición de la querrela no es, bajo ninguna circunstancia, vinculante para los jueces en razón de que tampoco es vinculante la oposición de la fiscalía a la concesión de la suspensión del juicio penal a prueba.

El TSJN textualmente dijo: "...Este es el criterio propiciado reiteradamente por este Tribunal: *"...la opinión negativa del fiscal [en este caso de la parte querellante] no es vinculante (esto es: obligatoria) para el juez, al momento de decidir la concesión o no del beneficio. Lo dicho es así, porque como muy bien lo puntualiza Carlos Edwards, en criterio que compartimos: '(...) más que un 'consentimiento', lo que debe expedir el fiscal es un*

dictamen; ese es justamente el término que se utiliza en el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, que describe precisamente la forma de actuación del Fiscal: a través de requerimientos y conclusiones. (...) Creemos -continúa el autor-, que la única hermenéutica compatible con la dinámica de este instituto, es que el fiscal solo verifica la existencia de los presupuestos de procedencia y la ausencia de los presupuestos de improcedencia establecidos para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba; más que un 'consentimiento' es una 'comprobación o verificación' de admisibilidad que efectúa el fiscal' (confr. 'La Probation en el Código Penal Argentino. Ley 24.316', Marcos Lerner Editora Córdoba, año 1994, pág. 56/58)..." (Acuerdo n° 15/1999, "Morales, Luis Onofre s/ Hurto Impropio", criterio seguido luego en los Acuerdos n° 4/2004, "Norambuena, Camilo Enrique s/ Homicidio - Villar, Jaime s/ encubrimiento" y n° 29/2008, "GRANDA", rto. el 16/10/2008, entre otros).

En tal comprensión, la resolución puesta en crisis está debidamente fundamentada en el art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P. y en ciertos precedentes jurisprudenciales de nuestro Címero Tribunal (fs. 650 vta.) seguidos por este Cuerpo: "...en los autos 'Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737',

sentenciados en fecha 23 de abril del corriente, ese Máximo Tribunal ha señalado que '(...) para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...'. Este argumento ha sido esgrimido, no sólo para adoptar el llamado

'criterio amplio' (es decir para fijar su procedencia en aquellos delitos cuya pena, en abstracto, superen los tres años de prisión), sino también para el acogimiento del beneficio aún en casos en los que el delito posee pena de inhabilitación, e inclusive, para planteos fuera del momento procesal oportuno (C.S.J.N., 'Norberto, Jorge Braulio s/infracción artículo 302 del C.P.', N. 326 XLI, de fecha 23/04/08)..." (Acuerdo n° 29/2008, "GRANDA", rto. el 16/10/2008, criterio mantenido posteriormente en los Acuerdos n° 7/2009, "BERHAU", del 26/02/2009, n° 8/2009, "OLIVA", del 26/02/2009, y n° 42/2009, "VIELMA-POTENZONI", del 04/09/2009, entre otros).

Por último, la parte damnificada tiene expedita la vía civil correspondiente, ante el rechazo de la reparación del daño ofrecida por el enjuiciado (art. 76 bis, segundo párrafo del C.P.)..." (TSJN, 23-12-09, Protocolo Nro. 198, "MÉNDEZ, JUAN CARLOS S/ HURTO CALIFICADO", Expediente Nro. 75 - Año 2009).

La posición del TSJN es más que clara al respecto y me exime de mayores precisiones. Sólo cabe poner de resalto que esta doctrina legal reafirma lo sostenido más arriba, en relación a la existencia de una mayoría aparente, toda vez que el voto del Dr. Elosú para rechazar el pedido de

suspensión de juicio a prueba formulado por la defensa se sustenta en considerar que la oposición de la querella resulta vinculante para los jueces, en contradicción con la postura sentada por el TSJN.

Sin perjuicio de lo dicho, y quedando en claro que la oposición de la querella no resulta de ninguna manera vinculante para los jueces, debo agregar que la oposición de la fiscalía en el caso de autos (la que para el TSJN tampoco es vinculante conforme la doctrina ya señalada) resulta claramente arbitraria en razón de que se sustentó únicamente en el deseo de la parte querellante de lograr la imposición de una condena de prisión, aún cuando el mismo fiscal no había formulado acusación alguna contra el imputado por considerar que no se había acreditado su responsabilidad penal en los hechos reprochados. Resulta absurdo que un fiscal por un lado postule la absolución del imputado y por el otro se oponga a la concesión de la suspensión del juicio penal a prueba en función de la pretensión punitiva de la querella.

Por ello, sea porque la opinión del querellante no es vinculante, en consonancia con lo sostenido por el TSJN o porque la oposición de la fiscalía resulta arbitraria en el caso concreto, las oposiciones formuladas deben ser rechazadas.

En cuanto a la segunda cuestión relativa a si el Acuerdo 13/2012 del TSJN importa la existencia o no de cosa juzgada en el caso de autos para determinar la eventual concesión o no de la suspensión del juicio penal a prueba formulado por la defensa, considero que no. Para arribar a esa conclusión debe tenerse en cuenta que el fallo del TSJN se sustentó básicamente en dos cuestiones, tal como lo afirmó la querrela. Por un lado rechazó que se conceda la suspensión del juicio penal a prueba en razón de la calificación jurídica de abuso sexual agravado que por ese entonces postulaba la querrela (y que luego modificó por una acusación sustancialmente más leve) impedía la concesión de la suspensión del juicio penal a prueba en razón de que la pena en expectativa que preveía la norma superaba los límites autorizados por el artículo 76 bis del CP.

Por otro lado el TSJN rechazó la suspensión del juicio penal a prueba postulada porque consideró, en consonancia con la doctrina sentada en el precedente "Abello", que las víctimas tienen derecho a ser oídas durante el juicio y a la tutela judicial efectiva, es decir a sostener una pretensión que pudiera ser valorada por los jueces. Ambos derechos fueron debidamente ejercidos por las víctimas en plenitud, ya que fueron escuchadas durante el

juicio y ejercieron una pretensión punitiva solicitando la imposición de una pena de efectivo cumplimiento, la que no fue receptada por los jueces, quienes consideraron justo imponer una pena de 3 años de cumplimiento condicional.

Siendo ello así resulta a toda luz evidente que las circunstancias que tuvo en cuenta y valoró el TSJN al momento de dictar su sentencia han variado sustancialmente, situación que habilita a la defensa a insistir con su pretensión.

De hecho el propio artículo 358 bis del CPP (ley 1677) expresamente habilitó a la defensa a solicitar la aplicación de la suspensión del juicio penal a prueba, luego de que el TSJN dictara su fallo, a partir de que la querrela decidió modificar sustancialmente su acusación de forma tal que hizo procedente la aplicación de este instituto por existir a partir de ello una pena en expectativa de cumplimiento en suspenso.

En definitiva no existe cosa juzgada respecto de la concesión o no de la suspensión del juicio penal a prueba en razón de la actividad procesal que la propia querrela desplegó: al modificar la acusación habilitó la aplicación del art. 358 bis del CPP (ley 1677) y en consecuencia cambió radicalmente las reglas del juego que tuvo

en cuenta el TSJN al dictar su fallo, por lo que el actual planteo resulta absolutamente procedente.

En función de ello no tengo dudas de que corresponde tratar el agravio de la defensa ya que el fallo del TSJN fue dictado para resolver una situación jurídica puntual, habiéndose dado cumplimiento a dicho fallo al pie de la letra tal como ordenara el Tribunal Superior: el juicio se llevó a cabo, las víctimas fueron escuchadas y pudieron ejercer su pretensión punitiva.

Que la querrela modificara su acusación no es una variable que hubiera podido tener en cuenta el TSJN, por lo que nada impide que la defensa se agravie ahora de que no se le concedió la suspensión del juicio penal a prueba a pesar de haberse dado en el caso de autos los requisitos exigidos expresamente por el artículo 358 bis del CPP (ley 1677), y a pesar de que a su asistido se le impuso finalmente una pena de prisión en suspenso, circunstancia que por sí sola demuestra que era perfectamente admisible la concesión del instituto tal como lo reclamaba la defensa.

Por otra parte no es un argumento válido afirmar que no procede la suspensión del juicio penal a prueba a esta altura del proceso porque en definitiva el imputado ya recibió la pena que pretende evitar.

Está fuera de toda duda que dicha pena no se encuentra firme, por lo que no existe impedimento alguno que prohíba conceder el instituto en cuestión, teniendo especialmente en cuenta que en los hechos la primera oportunidad real que tuvo el imputado para pedir la probation fue en el alegato final de cierre del juicio, cuando finalmente quedo en evidencia que la calificación jurídica que la querrela pretendía sí admitía la concesión del instituto. Es para ese tipo de casos que se había incorporó al ya derogado Código Procesal el artículo 358 bis.

Por otra parte que los jueces de grado hubieran decidido, conformando una mayoría aparente sustentada en argumentos disímiles, rechazar el planteo de la defensa y dictar sentencia condenatoria no impide que la defensa legítimamente se agravie de dicha decisión y en consecuencia impugne la misma pretendiendo en esta instancia que se le conceda la probation que considera que le fue arbitrariamente denegada. De allí que resulta erróneo afirmar que en cualquier caso no corresponde conceder el instituto en cuestión porque ya se impuso la pena que se pretendía evitar, tratando que por vía de los hechos consumados se confirme una resolución que puede resultar injusta.

No hay ninguna duda de que el delito por el que estaba siendo acusado el imputado admitía la concesión de la suspensión del juicio a prueba en los términos del artículo 76 bis del CP. En el caso de autos además se cumplió acabadamente con la doctrina de los precedentes "Abello" y "Góngora", conforme los cuales las víctimas tienen derecho a ser oídas y a sostener una pretensión punitiva, derechos que no hubieran sido ejercidos si se hubiera suspendido el juicio a prueba sin sustanciar el debate, lo que en este caso no ocurrió porque el juicio se llevó a cabo y las víctimas pudieron ejercer plenamente los derechos que les reconocen las convenciones internacionales referidas por las partes en sus alegatos.

La pena impuesta fue de cumplimiento en suspenso, prueba más que evidente de que el instituto en cuestión resulta procedente en el caso de autos. Siendo ello así no encuentro un solo argumento válido que justifique o admita rechazar la suspensión del juicio penal a prueba solicitada por la defensa.

El único argumento que justificaría su rechazo sería aquel que sostuviera que en los supuestos de delitos sexuales los imputados no tienen derecho a evitar una condena cuando se prueba su culpabilidad, ni siquiera con el

instituto de la probation. Sería un argumento válido siempre y cuando, claro está, el Congreso de la Nación decidiera modificar el artículo 76 bis del CP excluyendo a este tipo de delito del instituto de la suspensión del juicio penal a prueba. Mientras ello no suceda los jueces no pueden negarle el derecho que la ley expresamente le reconoce a los imputados, máxime cuando las víctimas también pudieron ejercer sus derechos, tal como fuera detalladamente analizado.

En el caso de autos se han armonizado los derechos de las víctimas con los del imputado, en razón de que las víctimas han podido ejercer su derecho a ser oídas durante el juicio, y la tutela judicial efectiva ha sido ejercida en plenitud toda vez que tuvieron la chance de sostener su pretensión ante un tribunal en forma plena y sin restricciones. Finalizado el juicio y en virtud de que la pretensión de la querrela se limitaba a sostener la responsabilidad penal del imputado por un delito que admite la imposición de una condena condicional, y que ese tipo de pena fue la que decidió imponer el tribunal de grado, no existía impedimento serio que admitiera no conceder la suspensión del juicio penal a prueba. La misma querrela reclamó la aplicación de los precedentes "Abello" y "Góngora" cuando en el caso de autos dichos precedentes han sido aplicados en plenitud.

Siendo ello así y realizando una aplicación armónica de la pretensión de la defensa y la querrela se han visto satisfechos los derechos de ambas partes, los acusadores a sostener su pretensión y a ser oídos, y el imputado a gozar del beneficio de la suspensión del juicio penal a prueba porque la pena en concreto no supera los tres años de prisión por lo que puede ser dejada en suspenso.

En función de todo lo dicho considero que la impugnación deducida debe ser acogida y en consecuencia nulificar la sentencia en cuanto declara improcedente la suspensión del juicio penal a prueba, en violación a lo dispuesto por el artículo 76 bis del CP, en función de lo dispuesto por el artículo 358 bis del CPP y en cumplimiento de la doctrina legal emanada del precedente "Abello" del TSJN, declarando procedente la suspensión del juicio penal a prueba solicitada por la defensa a favor del imputado J. M. Z..

En razón del cambio de competencias establecido a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal corresponde que la oficina judicial dé intervención con carácter urgente al juez de garantías que por turno corresponda, a fin de que sustancie la audiencia de suspensión del juicio penal a prueba con la única finalidad de que se determine el plazo de duración de la suspensión a

prueba, se establezcan las reglas de conducta a las que deberá someterse el imputado durante dicho plazo y, previo a todo ello, se escuche a los representantes de las víctimas. Sin costas

Tal es mi voto.

El **Dr. Alejandro Cabral**, expresó: Por compartir los fundamentos y conclusiones a las que arribara el Dr. Repetto me pronuncio en igual sentido.

Me parece importante agregar, que la denegatoria de la suspensión de juicio a prueba basada en el fallo "Abello" del TSJN (voto del Dr. Dedominichi) o en las fundadas razones dadas por la fiscalía y la querrela (voto del Dr. Elosú), no tiene fundamento alguno válido toda vez que la deliberación es un todo que no puede ser desmembrado y, por tanto, el Tribunal al resolver la solicitud de "probation" efectuada por la defensa, ya sabía que no iba imponer una pena de cuatro años de cumplimiento efectivo, sino una pena de prisión en suspenso, pena esta que habilitaba la suspensión del juicio a prueba. Desde esta óptica, sabiendo el Tribunal de antemano que la pena a imponer iba a ser en suspenso, la denegatoria es infundada.

Por otra parte, coincido con el voto del Dr. Repetto, en cuanto se ha cumplido absolutamente con lo

dispuesto por el fallo "Abello" del TSJN en cuanto se llevó a cabo el juicio y las partes fueron oídas. Recién casi terminado el debate, con el cambio de calificación propiciado por la querrela y con la abstención fiscal, se posibilitó a la defensa petitionar la concesión de la suspensión del juicio a prueba. Es más, podríamos decir que la primera posibilidad que tuvo la defensa de efectuar tal solicitud fue con el dictado de la sentencia, porque allí es donde se impone una pena en suspenso y no la de cumplimiento efectivo solicitada por la querrela.

Por tal razón, en el entendimiento que se cumplió acabadamente con los precedentes "Abello" del TSJN y "Góngora" de la CSJN, y que recién al casi terminar el debate o, con la misma sentencia, fue cuando se habilitó a la defensa de efectuar la solicitud de suspensión de juicio a prueba, no encontrándose fundada la denegatoria a dicha petición, adhiero a lo propuesto por el Dr. Repetto de nulificar la sentencia en cuanto declara improcedente la suspensión del juicio a prueba, debiendo remitirse la causa al Juez de Garantías para que se lleve a cabo la audiencia en la que se tratarán el plazo y las condiciones del otorgamiento.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arribara el Dr. Repetto, adhiero a la solución propuesta.

Sin perjuicio de ello y atendiendo a los argumentos expuestos por la Querrela, debo destacar que nuestra Corte Suprema en sus postulados sobre el punto ("GÓNGORA") pretendió establecer un 'procedimiento legal justo y eficaz para la mujer', que se concrete en 'un juicio oportuno', razón por la que se entendió que aquellas alternativas distintas a la instancia del juicio oral, resultaban inadmisibles.

Cabe destacar que lo preceptuado, resulta extensivo a las circunstancias en virtud de las cuales los niños, niñas o adolescentes, resulten víctimas de abuso sexual, en función al amparo establecido por la Convención Sobre los Derechos del Niño).

Así las cosas, en el presente proceso y sin lugar a dudas, el juicio en toda su extensión fue cumplido, habiendo arribado el tribunal a un pronunciamiento condenatorio, y por ende en total cumplimiento con la normativa supranacional que impone la obligación de los Estados de "prevenir, investigar y sancionar" este tipo de delitos.

Por ello, la pretensión de la defensa no encuentra obstáculo alguno para su procedencia, atendiendo a los presupuestos de admisibilidad previstos en el artículo 76 bis del C.P.

En función de lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE la impugnación deducida por el Sr. Defensor del imputado J. M. Z..

II.- REVOCAR la decisión adoptada por la ex Cámara Criminal Segunda de la ciudad de Neuquén, en cuanto declaró inadmisibile la suspensión del juicio penal a prueba solicitada por la defensa y en consecuencia declarar admisible dicho pedido, debiendo tomar intervención el juez de garantías que por turno corresponda con el fin de sustanciar la respectiva audiencia a los fines de que únicamente determine el plazo de duración de la suspensión a prueba, establezca las reglas de conducta a las que deberá someterse el imputado durante dicho plazo y, previo a todo ello, escuche a los representantes de las víctimas.

III.- Sin costas (art. 268 CPP).

IV.- Regístrese. Pase a la Oficina Judicial para su notificación a los correos electrónicos de

las partes e imputado, y para el cumplimiento de lo dispuesto en la parte resolutive.

Dr. Andrés Repetto - Dr. Alejandro Cabral - Dra. Liliana Deiub

Reg. Sentencia N° 90 T° IV Fs. 792/810 Año 2014.