

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 27 días del mes de abril de 2016, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, los Jueces María del Carmen Battaini y Carlos Gonzalo Sagastume, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados **“GONZÁLEZ, Thelma Alejandra s/ Encubrimiento”**, expte. nº 1766/2013 STJ-SR. El Juez Javier Darío Muchnik no interviene en el presente Acuerdo por encontrarse en uso de licencia.

ANTECEDENTES

1.- A fs. 150, la Titular del Juzgado Correccional del Distrito Judicial Sur, no hizo lugar al pedido de la defensa consistente en la derivación de las presentes actuaciones al Centro de Mediación, en virtud de lo establecido en el artículo 161, tercer párrafo, del C.P.P. (texto según la ley 804).

Ello, en función de lo dictaminado por la agente fiscal a fs. 145 y el informe de fs. 123/124 del Registro Nacional de Reincidencia (fs. 150).

2.- La defensa interpuso recurso de casación a fs. 153/161.

Tacha la decisión de arbitraria al considerar que confunde los alcances de dos institutos bien diferenciados, esto es, la suspensión del proceso a prueba y la mediación. Por otro lado, aduce la existencia de una errónea interpretación del artículo 161, párrafo 3º, del C.P.P. (fs. 156vta.).

A fs. 162/vta, la *a quo* declaró admisible el remedio procesal intentado.

3.- Radicadas las actuaciones ante este Estrado, se fijó audiencia a fin de que amplíe los fundamentos de su recurso de casación. Realizado dicho acto (conf . acta de fs. 183), se corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal. A fs. 184/185vta., el Sr. Fiscal Mayor, Dr. Guillermo H. Massimi, actuando por subrogancia legal, propició declarar mal concedido el recurso en trato.

Llamados los Autos al Acuerdo (fs. 186), la causa se encuentra en estado de ser resuelta. En virtud de ello, el Tribunal dispone formular y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: *¿Es procedente el recurso interpuesto?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión la Jueza María del Carmen Battaini dijo:

1.- A fs. 150, la Sra. Jueza Correccional rechazó el pedido efectuado por la defensa para derivar las presentes actuaciones al Centro de Mediación, en atención a lo estatuido por el tercer párrafo del artículo 161 del C.P.P.

Ello, en función de lo dictaminado por la agente fiscal a fs. 145 y lo informado a fs. 123/124 por el Registro Nacional de Reincidencia (fs. 150).

2.- A fs. 153/161, el Sr. Defensor Particular, Dr. Flavio J. de Mayolas, interpuso recurso de casación.

Tras enunciar el objeto de su presentación, las condiciones de admisibilidad del recurso y los antecedentes del caso (fs. 153/156), expresa los agravios sobre los que estructura su pretensión.

Por un lado, indica que la resolución que ataca confunde los alcances de dos institutos diferentes como son la suspensión del juicio a prueba y la mediación; y por otro, denuncia la errónea interpretación del tercer párrafo del artículo 161 del código de forma (fs. 156vta.).

Con relación al primer planteo, sostiene que la más importante diferencia entre ambas instituciones radica en la participación de la víctima, dado que en la suspensión del proceso a prueba su intervención es casi nula, a diferencia de la mediación en la que guarda un mayor protagonismo (fs. 156vta.). Destaca que el moderno sistema penal ofrece diferentes alternativas para pacificar un conflicto, entre ellos la mediación y que, en el caso de autos, en ningún momento se ha escuchado a la víctima, pese a que su asistida ofreció una suma de dinero para reparar el daño ocasionado. Cita el artículo 25 de la ley 804 que impone la necesidad de contar siempre con el consentimiento expreso de la víctima para llevar adelante un proceso mediador, circunstancia que en estos obrados se ha omitido, creándose un estado de indefensión que lleva a la arbitrariedad de la sentencia, en que tanto la agente fiscal como la magistrada se convierten intérpretes de la voluntad de la parte afectada (fs. 157). E indica que debe darse una interpretación adecuada a esta norma, pues el consentimiento del agente fiscal que prevé la misma se vincula con la derivación del caso y no para dictaminar sobre la cuestión de fondo, de lo contrario no tendría razón de ser exigir el acuerdo expreso de la víctima.

En definitiva, solicita que se declare la nulidad del decreto que negó la intervención del Centro de Mediación (fs. 157vta.).

En lo concerniente a la errónea interpretación de la ley, la defensa postula que cuando el tercer párrafo del artículo 161 del C.P.P. (texto según ley 804), hace referencia a “...*aquellos casos que sean susceptibles de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba...*”, no tiene en cuenta al imputado y sus antecedentes, sino al delito en cuestión, que en este supuesto se trata de encubrimiento, ilícito cuya condena en abstracto no supera los tres años de pena, por tanto es pasible de aplicar el instituto de la *probation* y, por ende, la mediación (fs. 158/vta.).

Aduce que carecería de razón sostener la mediación como institución para resolver conflictos entre las partes, si se exigen los mismos requisitos a cumplir que los del otro instituto en análisis. Además, observa que el propio artículo 161 brinda la posibilidad de que la víctima solicite la intervención del Centro de Mediación, con lo cual se pregunta qué sucedería si se presenta el damnificado en estas actuaciones y requiere la remisión de la causa a aquel organismo (fs. 158vta.). Peticiona, pues, la aplicación de una interpretación que respete el principio *pro homine* (fs. 159).

Después de remarcar que su defendida se halla condenada únicamente por delitos correccionales y que -eventualmente- la pena solicitada por la agente fiscal en su presentación de omisión de debate, sumada a la que ya tiene, no superaría el umbral de tres años, afirma que no comparte los dichos de la fiscalía en cuanto a que no existen reales posibilidades en términos de pacificación con la parte afectada y que González es ampliamente conocida en el medio (fs. 159 vta. y 160).

Al respecto, evidencia que los términos utilizados por la agente fiscal y que la magistrada hace suyos en la resolución de marras, se acercan al derecho penal de autor, pues están referidos a la personalidad de su defendida (fs. 160).

Seguidamente, hace reserva de presentar caso federal y formula su petitorio (160 vta. y 161).

3.- Ingresando al examen del caso, en primer lugar consideró útil repasar lo actuado.

Del pedido de derivación del caso al Centro de Mediación (CE.DE.ME) formulado por la defensa a fs. 137/141, la Sra. Jueza dispuso correr vista a la representante del Ministerio Público Fiscal (decreto de fs. 142). A fs. 143, la agente fiscal consideró apropiado hacer lugar a lo peticionado.

A fs. 144, la magistrada ordenó una nueva vista *“...a los fines de que se expida evaluando lo dispuesto por la Ley Pcia. n° 804, el art. 76 bis del C.P. y las constancias que obran a fs. 18/19”*.

A fs. 145, la agente fiscal manifestó su oposición a la pretensión de la defensa. Destacó los antecedentes de la imputada (ver fs. 18/19 y 123/125), según los cuales en la causa *“GONZÁLEZ, Thelma Alejandra s/ Hurto y Defraudación”*, expte. n° 2593/12 del registro del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur, con fecha 29 de febrero de 2012 ese estrado condenó a Thelma Alejandra González a la pena de un (1) mes y quince (15) días de prisión en suspenso, en orden a los delitos de hurto y defraudación por uso de tarjeta de crédito en concurso ideal (conf. arts. 45, 54, 162 y 153 inc. 15 del Cód. Penal).

Asimismo, unificó dicha condena con la ya unificada de dos (2) años de prisión en suspenso, impuesta por sentencia firme en la causa nº 1112/06 (y su acumulada 1117/07), en la pena única de dos (2) años y un mes (1) de prisión en suspenso (fs. 19 y 123).

Establecido ello, indicó que el instituto suspensivo “...asegura el interés de la sociedad de que el hecho no pase desapercibido para el imputado puesto que conlleva la obligación de reparar el daño ocasionado y el cumplimiento de reglas de conducta (Art. 76 bis 3º párrafo y Art. 76 ter., primer párrafo, del C.P.). A la vez, constituye un medio de readaptación social, en personas que no poseen antecedentes penales (fs. 45 del presente incidente), sin llegar al negativo ‘etiquetamiento’ que produce en la comunidad una decisión condenatoria. Por último, se evita el dispendio de esfuerzos y recursos por parte de la administración de Justicia en ilícitos que de este modo permiten fácil readaptación social...”.

A continuación, sostuvo que ninguna de las estas condiciones resulta aplicable a la imputada, habida cuenta su extenso prontuario y a que pese a los esfuerzos y la labor jurisdiccional, no se ha apreciado una repercusión favorable en González. A la par, manifestó que si bien en otras oportunidades había exteriorizado su discordancia con lo previsto en el artículo 24 de la ley 804, señaló que en el caso de autos no nos hallamos frente a un autor primario con claras y evidentes posibilidades de reinsertarse sin etiquetamiento.

Finalmente, añadió que habiendo transcurrido varios años desde la perpetración del hecho, el esfuerzo del diálogo podría resultar infructuoso o sólo a los efectos de eximir de una condena, pero no existen reales posibilidades en términos de pacificación con la parte afectada (fs. 145).

En el segundo párrafo del decreto de fs. 150, la jueza sostuvo: *“Atento a lo dictaminado por la Sra. Agente Fiscal a fs. 145; habida cuenta del informe que luce a fs. 123/124, del que resultan los antecedentes que registra la causante Thelma Alejandra González ante el Registro Nacional de Reincidencia, de conformidad con el dictamen fiscal que antecede, no resultando susceptible en su caso, la aplicación de un nuevo beneficio probatorio en su favor; no ha lugar, a la derivación al CE.DE.ME. que solicitara a fs. 137/141; ello conforme lo establecido en el art. 161 3º párrafo del C.P.P. (Ley Pcial. 804)”*.

4.- El recurrente controvierte que no se haya hecho lugar al pedido de derivación a mediación del presente caso.

Concretamente, invoca que la decisión adoptada, además de confundir los alcances de dos institutos de derecho, como son la suspensión del proceso a prueba y la mediación, evidencia una interpretación errónea del texto contenido por el artículo 161, párrafo tercero, del Código Procesal Penal, toda vez que cuando dicha norma hace referencia a *“...aquellos casos que sean susceptibles de aplicación del instituto de suspensión del juicio a prueba...”*, se refiere al delito y no al imputado, como -según su parecer- entendió la instancia de mérito.

Considero que asiste razón a la parte.

Con la sanción de la ley 804, la Provincia ha declarado como política pública la promoción y difusión de los métodos pacíficos de resolución de conflictos, lo que permite su abordaje desde un espacio de diálogo y búsqueda de soluciones pacíficas que constituyan un espacio fundado en prácticas restaurativas. Entender a la mediación como una alternativa al proceso, y no como

una etapa más del mismo, equivale a resignificar el poder del encuentro y de la palabra por sobre el de la contienda y los hechos.

El procedimiento de mediación se rige por una serie de principios distintos a los que rigen proceso penal: la voluntariedad de participación, la confidencialidad del proceso, la neutralidad e imparcialidad de los mediadores, el cuidado por las personas y el resguardo de sus derechos, el trabajo interdisciplinario, y la articulación con redes de recursos familiares, sociales e institucionales.

Es sabido que la mediación se yergue como un método alternativo para la resolución de disputas, cuyos principales cualidades se vinculan con un procedimiento no adversarial, tendiente a favorecer la comunicación y la auto composición entre las partes para resolver la controversia (art. 1º de la ley 804). A diferencia de lo que sucede en la denominada *probation*, en los procesos de mediación, la víctima asume un rol de mayor relevancia. En este sentido, el artículo 25 dispone: *“El procedimiento de mediación en causas derivadas del fuero penal se regirá por los mismos principios establecidos en el artículo 2º de la presente ley y siempre necesitará el expreso consentimiento de la víctima”*. El mayor protagonismo de la víctima marca una diferencia sustancial con el instituto de la suspensión del juicio a prueba, en que es la autoridad judicial quien decide sobre la razonabilidad del ofrecimiento de reparación y quien haya sido damnificado con el hecho, podrá aceptarlo o no, siendo que dicha negativa no implica *per se* la continuación del juicio y en el supuesto de que el mismo resulte suspendido, tendrá habilitada la acción civil (art. 76bis, párrafo tercero, del Cód. Penal).

A la par, vale añadir que a diferencia de lo que ocurre con la *probation*, la derivación del caso al CE.DE.ME. puede ser solicitada no sólo por el imputado,

sino también por el agente fiscal o la víctima, e incluso el propio juez puede realizarlo de oficio (conf. art. 24 de la ley 804 y art. 161, tercer párrafo, del C.P.P.).

En suma, representa otra herramienta para solucionar los conflictos respetando el principio de intervención mínima del poder coercitivo del Estado en la aplicación del derecho penal (sin perjuicio de que su aplicación excede el ámbito penal). De acuerdo al artículo 24 de la ley 804, se trata de pacificar el conflicto; procurar la reconciliación entre las partes; posibilitar la reparación voluntaria del daño causado; evitar la revictimización; y promover la auto composición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales.

5.- Las diferencias apuntadas, meramente enunciativas, obligan a interpretar el texto del tercer párrafo del artículo 161 del código de forma, a partir de una exégesis que permita la utilización de esta herramienta, conforme a su naturaleza y a la finalidad para la que fue instaurada.

Su incorporación a nuestra legislación, impulsada desde un primer momento por este Estrado con la firme convicción de que constituye un método de suma utilidad para la resolución de conflictos, merece maximizar su marco de aplicación.

Considero que asiste razón al casacionista cuando expresa que la remisión que el tercer párrafo del artículo 161 del C.P.P. hace al instituto de la suspensión del juicio a prueba sólo se vincula a la escala sancionatoria del delito en trato. En otras palabras, no procederá la derivación del caso al CE.DE.ME. en los procesos sustanciados por delitos que, cualquiera sea el máximo de la pena previsto en abstracto, en el caso concreto y de acuerdo a las particulares circunstancias del

caso, la eventual condena no permita la aplicación de una pena condicional en los términos del artículo 26 del Código Penal.

Como indica la parte, la posición contraria traería aparejada la subsunción de un instituto respecto de otro, cuando -como se expresó- su naturaleza y objetivos difieren sustancialmente, sin perjuicio de que ambos tengan en mira la culminación del proceso a través del sobreseimiento del imputado: la *probation*, en función de los artículos 76ter del Código Penal y 309, inciso 1º, del C.P.P.; y la mediación, por el artículo 309, inciso 7º, del C.P.P. (conf. ley 804).

Si impusiéramos el cumplimiento de todos los requisitos de la *probation*, tanto los relacionados al delito imputado como los vinculados al encausado, como condición para la procedencia de la mediación, se estaría desnaturalizando la intervención de la víctima, pues su participación se vería supeditada a cuestiones ajenas a su voluntad y directamente vinculadas con el imputado (con independencia de la gravedad del hecho que se le atribuye).

6.- Así pues, la posición expuesta por la fiscalía a fs. 145, sustentada en los artículos 76bis y 76ter del Código Penal, omite el análisis de los principios que rigen la mediación en el ámbito penal.

Doctrina y jurisprudencia son contestes en señalar que en aquellos casos en que la opinión del fiscal es vinculante para el tribunal (por ejemplo: *probation* y derivación del caso al CE.DE.ME.), un dictamen carente de fundamentación no puede obligar al órgano jurisdiccional, el cual puede apartarse de esa opinión y conceder el derecho al imputado. Tal ha sido el criterio expuesto por este Estrado en los autos “*Beltrán, Pablo Emanuel s/ Suspensión del juicio a prueba*” -expte. n° 1160/08 SR del 18.03.2009, Libro XV, f° 142/149-, respecto de la suspensión del

juicio a prueba. *Mutatis mutandi*, aquel criterio resulta de aplicación a nuestro caso.

En este marco, tampoco resulta dirimente que al proponer la omisión de debate, la fiscalía hubiera solicitado una pena de prisión de cumplimiento efectivo (ver fs. 126). Siendo factible la derivación del caso al CE.DE.ME. por tratarse de un delito de carácter correccional, la pretensión de la defensa imponía el examen del caso bajo el prisma de los principios que rigen este instituto, extremo no cumplido por el acusador.

Lo expuesto no debe interpretarse como la supresión del requisito del consentimiento fiscal fijado por el artículo 24 de la ley 804. Por el contrario, el representante del Ministerio Público Fiscal podrá oponerse al pedido efectuado en este sentido, incluso por razones de política criminal propias de su rol procesal, pero no podrá hacerlo en forma válida si inmotivadamente omite valorar los principios que rigen este instituto.

A fs. 184/185 el representante del Ministerio Público Fiscal estimó que el recurso fue erróneamente concedido por el *a quo*, toda vez que la decisión impugnada no constituía una resolución definitiva, ni podía ser equiparada a ésta. Las consideraciones precedentemente expuestas imponían la intervención de este Superior Tribunal, en función de las tres finalidades que actúan armónicamente en la instancia casación: control de cumplimiento del derecho objetivo (función nomofiláctica); la uniformidad de la jurisprudencia (función uniformadora) y, por último, la justicia del caso (función dikelógica) (conf. **Enrique Rivarola**, “**El control de las decisiones judiciales**”, Zeus, tomo 32, d-41; citado por este Tribunal en “*Betanzo Basconcel, Carla Itatí s/ Homicidio simple*” -expte. n° 359/99 SR, del 07.04.2000, Libro VI, f° 141/170-).

Por todo lo expuesto, a la cuestión propuesta voto por la **afirmativa**.

El **Juez Carlos Gonzalo Sagastume** adhiere a lo dicho por la Jueza Battaini, votando a la primera cuestión por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión la Jueza María del Carmen Battaini dijo:

Atento a las consideraciones efectuadas, propongo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 153/161 por la defensa de Thelma Alejandra González; casar lo dispuesto en el segundo párrafo del decreto de fs. 150; y devolver las actuaciones al Juzgado Correccional del Distrito Judicial Sur, para su remisión al Centro de Mediación a los fines de procurar la pacificación del conflicto por dicha vía.

Sin costas, atento el resultado arribado y a la naturaleza del asunto (art. 492, párrafo segundo del C.P.P.).

El **Juez Carlos Gonzalo Sagastume** comparte y hace suya la propuesta formulada por la Jueza Battaini, votando a la segunda cuestión en igual sentido.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 27 de abril de 2016.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º) HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 153/161 por la defensa de Thelma Alejandra González y, en su mérito, **CASAR** lo dispuesto en el segundo párrafo del decreto de fs. 150. Sin costas (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

2º) DEVOLVER las actuaciones al Juzgado Correccional del Distrito Judicial Sur, para su remisión al Centro de Mediación a los fines de procurar la pacificación del conflicto por dicha vía.

3º) MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: María del Carmen Battaini, Juez - Carlos Gonzalo Sagastume, Juez

Secretario: Roberto Kádár

T XXII - Fº 204/210