"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ G., S. J., S., A. H. s/... Esquel" (NIC N°110 - NUF N° 546).-

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veintiocho días del mes de diciembre de dos mil nueve, se da a conocer en base a la comunicación recibida por medio de correo electrónico con firma digital conteniendo el voto de la Sra. Vocal Subrogante **Dra. María Elena NIEVA**, que la Cámara en lo Penal de esta Circunscripción Judicial, integrada con el Dr. **Víctor Alberto SARQUIS** como presidente, por la Sra. Vocal Dra. **Cristina Isabel JONES** y por la Sra. Jueza de Cámara Subrogante, Dra. **María Elena NIEVA**, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal N° 546, Carpeta Judicial N°110**, de la Oficina Judicial local, luego de desarrollarse la audiencia a tenor del art. 385 del CPP y de reunirse en acuerdo, dicta sentencia, en la que tuvieron debida participación el Ministerio Público Fiscal, representado por el Sr. Fiscal General Dr. **Hernán DAL VERME**, el Dr. **C. F. P.**, en su carácter de Letrado Apoderado de las víctimas, Srta. **N. L. P. y el Sr. O. A. B.**, y la Defensa Técnica del imputado, ejercida por el Sr. Defensor Público Dr. **Javier Angel Allende**.-

Y CONSIDERANDO

Que el día 18 de diciembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública prevista por el art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Víctor Alberto Sarquis, en la que se escuchó al Sr. Defensor del imputado, Dr. Javier Angel Allende, quien amplió profusamente los fundamentos de la impugnación ordinaria planteada oportunamente por la Sra. Defensora General, Dra. Marta R. de Gómez, contra la resolución del Sr. Juez Penal, Dr. Jorge Alberto Criado, que denegara la suspensión del juicio a prueba

requerida oportunamente, respecto del coimputado A. H. S. (conf. constancias del acta de la audiencia preliminar del día 02/03/07, fs. 20/21 de la Carpeta Judicial citada y registro de audio respectivo), manteniendo la impugnación deducida; asimismo, otorgada que le fuera la palabra al Sr. Fiscal General, el mismo también profusamente, ratificó y amplió los fundamentos de la denegatoria a la concesión del beneficio citado, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fuera objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 50 párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones a resolver: 1)¿Debe admitirse la impugnación ordinaria deducida por la Defensa Técnica de A. H. S. contra la resolución dictada por el Sr. Juez Penal Dr. Jorge Alberto Criado, el 02/03/07, durante el desarrollo de la audiencia preliminar, que denegara la concesión del beneficio de suspensión del juicio a prueba del imputado? 2) en su caso, ¿que pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párr., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: Sarquis, Jones, Nieva.-

A la **PRIMERA** cuestión el **Dr. SARQUIS** dijo:

I.- Llega el caso a esta instancia de revisión, para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.), que oportunamente interpusiera la Sra. Defensora General, Dra. Marta Rico de Gómez (conf. escrito de impugnación de fs. 23/25 de la CJ N°110, NUF N° 546), en representación del imputado A. H. S., contra la decisión del Sr. Juez Penal, Dr. Jorge Alberto Criado, quíen en el marco de la audiencia

preliminar del juicio, celebrada el día 02/03/07 (conf. acta de audiencia de fs. 20/21 de dicha Carpeta), denegara la suspensión del juicio a prueba peticionada en esa instancia procesal por la citada Defensora, requiriendo a los fines del tratamiento de la impugnación, la fijación de la audiencia prevista en el art. 385 del C.P.P. y haciendo reserva del caso federal en caso de no acogerse la impugnación deducida.-

II.- ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA.- Al celebrarse la audiencia preliminar, la Sra. Defensora Pública, Dra. Marta R. de Gómez, en representación del imputado Sr. A. H. S., solicitó se le conceda a su pupilo el beneficio de suspensión del juicio a prueba, interpretando que en el caso se cumplían todos los recaudos legales previstos para su concesión por el art. 76 bis del C.Penal, que analizó, entre ellos, que el hecho incriminado, atento la calificación legal formulada por la acusación, Robo en grado de Tentativa, tendría una escala penal de 15 días a 4 años de prisión, cuyo mínimo admitiría la posibilidad de una condena de ejecución condicional, ofreciendo una reparación a la víctima de $.700,00, pagadero en cuotas y adelantando que su defendido se sometería a las reglas de conducta impuestas por el Tribunal.-

Ante tal petición, el Sr. Fiscal General Dr. Fernando L. Rivarola, se expidió negativamente, con base en una serie de consideraciones que también explicitó.- En especial, luego de reconocer con la Defensa, que se está frente a un supuesto de los previstos en el art. 76 bis, 4° párr. del C. Penal, en el que se permitiría la suspensión del juicio a prueba, cuando las circunstancias del caso permitiesen dejar en suspenso el cumplimiento de la pena; asimismo, que tampoco hubo mayores cuestionamientos a que

en este supuesto, es necesario el previo consentimiento fiscal, más allá de las discrepancias y vaguedades que muestran las diversas posturas doctrinarias sobre otros aspectos de dicho instituto.- En tal sentido y teniendo en cuenta las características del hecho, poniendo el MPF especial énfasis cuando se trata de un robo en el que hay violencia contra las personas, que está previsto en la norma, estableciendo una diferenciación entre tal supuesto y el robo en que sólo se verifica fuerza en las cosas, agregando que tal diferenciación es quizás uno de los elementos que mayor utilidad brinda a la hora de graduar la sanción penal, dentro de esta amplia escala que prevé la figura simple del robo.- En tal sentido, remarcó que el MPF pone especial énfasis en esta circunstancia de violencia en las personas y, en el caso, de grave violencias en las personas, atento la reconstrucción del hecho que hiciera en la audiencia.- Agregó que cuando ello es así, se está frente a una actividad delictual que en pos de obtener un dinero ilícito, no mide las consecuencias, se ha pasado una raya, como se dice en la jerga habitual-, de la cual es difícil volver, estimando que si se sigue el común denominador de las estadísticas, ello llevará a una escalada en los hechos reiterados de violencia, que lamentablemente terminarán -como ha ocurrido- con el tan nefasto homicidio en ocasión de robo, una de las muertes que menos explicación tiene en esta seguidilla de hechos que arrancan generalmente con hechos de violencia contra las personas.-

El otro punto que la Fiscalía tuvo especialmente en cuenta, es que se está en presencia de una actividad con cierta organización, que ha contado con alguna

información más o menos precisa de la existencia de dinero en ese maletín, y que aquí no estamos frente a una actividad delictiva ocasional o provocada por las circunstancias, sino que estamos frente a personas que no son de esta localidad, y que se encontraban aquí no sabemos a título de qué y que cometieron un delito de tanta gravedad.-

En base a ello, sostuvo que no prestaba la conformidad para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, aclarando que con ello sólo estaba ejerciendo las facultades constitucionales que tiene el MPF y que además de hacerlo por un convencimiento personal, lo hace por expresas directivas del Sr. Fiscal Jefe y del Sr. Fiscal General de la Provincia.-

Replicando la postura fiscal, la Defensa luego de coincidir que para este supuesto del art. 76 bis párr. 4° del C. Penal, la norma habla de la necesidad de consentimiento fiscal, señaló siguiendo a un importante sector de la doctrina, que en ese consentimiento se deben valorar las circunstancias en abstracto y que permitirle al Fiscal valorar las condiciones en que se puede aplicar la pena en concreto, para el caso, se le estaría atribuyendo funciones jurisdiccionales y no las propias del Fiscal, entendiéndose que el consentimiento tiene que basarse en fundamentación concebida en abstracto, limitándose a la verificación de las condiciones que la ley exige para la posibilidad de la aplicación del instituto.- Y por otra parte, el otro planteo, al que adhiere también parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia, es el tema de considerar o no vinculante el consentimiento del fiscal.-

Remarcó, con relación al primer punto, que se ha insistido con esta apreciación en abstracto de

las condiciones que se dan en el caso; y con relación al segundo, se ha interpretado -así lo sostiene por ej. Zaffaroni-, que es inconstitucional pretender que la negativa del fiscal o su falta de consentimiento, sea vinculante respecto a la probation, aclarando que entiende esta parte de la doctrina que podrá ser vinculante la opinión del fiscal en tanto y en cuanto acepte el ofrecimiento y el instituto de la probation, no así cuando la rechace o descarte.- En ese sentido, argumentó comparando la postura antedicha con el efecto de la oposición fiscal en el caso "Tarifeño", en el que el Fiscal, titular de la acción, si entiende que no se debe seguir adelante con la persecución penal, tal decisión sí resulta vinculante para el Tribunal.-

En su contra réplica, el Fiscal, invocó el art. 120 e la CN y 195, inc. 3° de la Const. de la Provincia y la Ley Orgánica del Ministerío Público, las que con claridad reservan exclusivamente al Ministerio Público Fiscal la promoción y ejercicio de las acciones penales; y coordinando esta normativa con la del art. 76 bis, párr. 4° del C. Penal, sostuvo que si bien el MPF no puede ni pretende arrogarse funciones jurisdiccionales, tampoco el Sr. Juez puede arrogarse o ejercer acciones o funciones que son de exclusiva competencia del MPF y si la norma requiere el consentimiento fiscal, pues para hacer lugar a 1ª medida, deberá contar con tal consentimiento fiscal.- Agregó que cierto es también que este consentimiento fiscal no puede ser caprichoso, pues aquí sí entra a jugar el control de razonabilidad, que sí le corresponde hacer al Juez, único control que puede hacer el Juez en una instancia como la que estamos debatiendo.- Aclaró también, que este contenido

del consentimiento del MPF, no puede estar referido a otra cosa que a un juicio de oportunidad político criminal, que fue lo que manifestara al no dar su consentimiento, y ello tiene que ver con una conveniencia político criminal que implica en el caso particular, suspender esa promoción de la acción o llevarla hasta el final, que es obtener una sentencia de mérito que ponga fin y que establezca en su caso una pena, que todavía no puede determinarse cuál será, pues ello será materia a discutir en el debate y luego de declarada la responsabilidad del imputado.- Y estas razones político criminales sólo pueden ser expuestas por el MPF, y eso fue lo que hizo cuando analizó las circunstancias objetivas del caso, que emergen del hecho concreto que pretendiera someter a juzgamiento, siguiendo expresas directivas orientadas a requerir la tramitación de este proceso hasta la obtención de una resolución jurisdiccional final.- Por ello, volvió a ratificar no sólo la pretensión punitiva provisoría, que aleja la posibilidad de una pena en suspenso, sino la no concesión del consentimiento fiscal por las argumentaciones expuestas.-

Sin perjuicio de ello, sobre la base de estas Argumentaciones centrales, se explayaron profusamente las partes en dicha audiencia preliminar, según puede verificarse en el registro de audio de la misma.-

A su turno, también fue escuchada una de las víctimas, el Sr. O. A. B., quien mas allá de los argumentos jurídicos aportados por las partes rescató de todo lo escuchado en dicha audiencia que el hecho de robo a su entender se consumó, que hay una víctima, que fue la Srta. P., que existió violencia, que el hecho produjo conmoción

a nivel comunitario, mostrando preocupación sobre cómo deberán decidirse estos casos si se reiteraran en el futuro, dadas las "limitaciones jurídicas" que se tienen, reclamando por que se dé tanto en el caso como en otros similares, una respuesta de seguridad y contención a la comunidad.-

Atento los planteos efectuados por las partes, el Sr. Juez Penal, Dr. Criado dictó resolución -cuyo registro obra en el audio, conf. const. acta de la audiencia cit.), rechazando el pedido de suspensión del juicio a prueba planteado por la Defensa, en consonancia con la postura fiscal, considerando que la falta de consentimiento del mismo, que estimó fundada y razonable, y por ende vinculante para la judicatura, por lo que debía resolver en tal sentido.- Al respecto, luego de referirse a las peticiones y posturas que fueron acercando las partes, en relación al planteo puntual de aplicación al caso de la suspensión de juicio a prueba, que permitiría suspender el juicio, en el caso se S., mediante la imposición de reglas de conducta, advirtiendo que lo requisitos exigibles a ese fin fueron los que ha cumplido la Defensa en su petición. Remarcó la negativa de la víctima a aceptar la reparación económica ofrecida por el imputado, así como su advertencia que le quedaba expedita la vía civil para reclamarla.-

Y luego se pasó a un requerimiento especifico de las partes, que exige la voluntad del Ministerio Público Fiscal que tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal pública, y a quien se le requiere que preste su consentimiento, el que no debe ser arbitrario sino fundado, como lo exige el art. 25 del CPP, agregando que en el caso, el Fiscal dio su opinión contraria al otorgamiento del beneficio, invocando criterios

de política criminal que como titular del ejercicio de la acción penal pública le compete, pretendiendo continuar con el proceso hasta su finalización, siendo en ese caso dicha decisión denegatoria, vínculante para el Juez.- Por ello, siendo el dictamen Fiscal fundado y razonable, resulta vinculante para el Juez, rechazó la solicitud a la Defensa.-

Frente a tal decisión, en su escrito de impugnación ordinaria contra tal denegatoria (fs. 23/25 de la CJ cit.) la Sra. Defensora expuso los agravios que causaba a su asistido el citado decisorio, agravios que se centraron en que el resolutorio "consideró vinculante la oposición del Sr. Fiscal" a su concesión, y en aceptar como razonable el fundamento vertido por la Fiscalía en el sentido de que " es facultad de dicho Ministerio invocar razones de política criminal para oponerse a la concesión del beneficío solicitado..."

Abierta la audiencia prevista en el art. 385 del C.P.P., y superada la incidencia planteada acerca de la legitimación y participación en la audiencia del Sr. Letrado Apoderado de las víctimas, Dr. C. P., justificando personería en virtud del poder especial extendido al respecto por las víctimas, Srta. N. L. P. y O. A. B., que adjuntó a la audiencia - cuestionada por la Defensa, ratificada por la Fiscalla y aceptada por el Tribunal-, el Sr. Defensor Público del imputado, Dr. Javier ángel Allende, ratificó los agravios que volcara la Dra. Gómez en el escrito de impugnación antes referido, ampliando profusamente sus argumentos –conforme puede verificarse en el registro de audio de la audiencia- citando jurisprudencia en apoyo de la postura de la Defensa y reiterando su pedido de que se haga lugar a la impugnación deducida

contra el decisorio del Juez de grado, permitiéndosele a su pupilo acceder al beneficio de la suspensión del juicio a prueba.-

A su turno, igualmente el Sr. Fiscal General Dr. Dal Verme, citando también el fallo Acosta, y marcando sus implicancias, reiteró la postura de la Fiscalía, ampliando algunos argumentos, como también puede verificarse en el audio respectivo, reiterando De este Tribunal el rechazo de la impugnación deducida por la Defensa Técnica del imputado.-

Escuchado el Dr. P., en representación de las víctimas, manifestó disentir con la postura de la Defensa y en lo que manifestara respecto a que en el caso, se trató de un simple arrebato, lo que no fue así, aclarando que el embarazo de la joven era evidente y que los imputados mostraron desinterés respecto a las circunstancias especiales de la victima.

Luego tanto la Defensa como la Fiscalía, plantearon sus réplicas y contrarréplicas, manteniéndose en la misma línea en que lo venían haciendo *y* reiterando sus peticiones, por lo que carece de sentido su transcripción, sin perjuicio de un mayor acceso a los detalles que proporciona el registro de audio de la audiencia, al que remito.-

III.- Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y fijados como han quedado los agravios de la impugnante contra la resolución denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, dispuesta por el Dr. Jorge A. Criado, adelanto que, a mi juicio, por los fundamentos que daré, las impugnaciones planteadas contra el citado resolutorio, deben ser receptadas.-

Antes de entrar al análisis de las cuestiones que fueran materia de agravio de la impugnante, parto por señalar, por haber sido su validez

materia de discusión en la deliberación, que habiendo escuchado detenidamente el registro de audio en el que se reproduce el resolutorio cuestionado, puede advertirse que la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba que decide, se sustenta en que a su juicio, la oposición del Sr. Fiscal a su concesión, ha sido suficientemente fundada en las razones de política criminal que tuvo en cuenta en el caso, para llevar adelante la persecución penal hasta el dictado de la sentencia de responsabilidad, por lo que resultando tal oposición, en el caso del 4° párr. del art. 76 bis del C. Penal -como es de de autos-, vinculante para el Juez, se consideró obligado a resolver como lo hizo.- Tales fundamentos, aunque escuetos, lucen suficientes a mi juicio, para superar la exigencia de motivación y fundamentación de las decisiones judiciales, que tal resolutorio requiere (art. 25 CPP y 169 inc. 1° Const. Pvcial.).-

En relación a las cuestiones que fueran materia de agravíos, entiendo que ellas se circunscriben básicamente a cuestionar la decisión teniendo en cuenta que ésta, para denegar la suspensión del juicio a prueba, requerida en el marco del 4° párr. del art. 76 bis del C. Penal, consideró debidamente fundada la oposición fiscal, a la que le atribuyó carácter vinculante, cuando a su entender ésta careció de fundamentación legal adecuada, en tanto no tuvo en cuenta que el hecho imputado, en abstracto, dada su escala penal, podía ser pasible de una condena de ejecución condicional, o por lo menos sólo tuvo una fundamentación aparente, basada en razones de oportunidad político crimínal, que le exigirían proseguir con el juicio.- Remarcó su oposición a la invocación

fiscal de razones de política criminal, pues ellas no sólo no están previstas en la ley, sino que tampoco constituyen exigencias que deban cumplirse.-

Entendió además que si bien en el caso del párr. citado del art. 76 bis del C.Penal, para la concesión del beneficio se requiere consentimiento fiscal previo, el mismo no sólo debe ser fundado, sino que tal fundamentación debe estar sometida al control de razonabilidad, lo que no ocurrió con el decisorio atacado.-

Como se explicara al mencionar los antecedentes de la impugnación en análisis, para oponerse a la solicitud de probation de la Defensa, el Sr. Fiscal General, no obstante ratificar la calificación legal del hecho cometido por S. como Robo en grado de Tentativa hizo hincapié en base a la descripción del mismo, al ejercicio de violencia física contra la víctima -que consideró grave en el caso- presagiando que hechos como el descripto, generalmente llevan a quienes lo cometen a la reiteración de comportamientos similares, que suelen terminar en la comisión de hechos nefastos, como pueden ser homicídios en ocasión de robo.- Asímismo, otro elemento que tuvo en cuenta para fundar su oposición, fue que el hecho mostrara una actividad delictual que respondía a cierta organización, con información previa más o menos precisa de la existencia del dinero que trasportaba en el maletín la víctima, por lo que infirió no se trataba de una actividad delictiva ocasional o circunstancial, teniendo en cuenta también que los autores no eran de Esquel ni tenían radicación o domicilio permanente o temporario en esta ciudad.- Tangencialmente, se refirió a la pena que estimaría aplicable al caso

Por tales fundamentos, denegó su consentimiento para el otorgamiento del beneficio citado, en el entendímiento que al hacerlo no

sólo estaba ejerciendo facultades constitucionales propías del Ministerio Público, sino cumpliendo instrucciones de sus superiores jerárquicos.-

Similares fundamentos tendientes a ratificar tanto la oposición fiscal a la concesión de la probation sustentada por el Dr. Rivarola, como la decisión denegatoria del beneficio resuelta por el decisorio en crisis, fueron expuestos en lo esencial, por el Dr. Dal Verme el expedirse en el marco de esta audiencia (art. 385 CPP).-

Asimismo, y por su parte, el Dr. Allende reiteró y amplió los argumentos que sostuvieran el cuestionamiento de la Dra. Gómez al resolutorio referido.-

Expuestas como han quedado las posturas de las partes, así como sus discrepancias esenciales, la tarea que sigue se enderezará a analizar las mismas para luego establecer si en el caso corresponde confirmar o no el decisorio impugnado, tal como lo plantea la cuestión en tratamiento.-

Para ello, parto por reconocer, como lo han hecho las partes, que no ha sido materia de discusión, que el caso en análisis encuentra correcto encuadre legal en la disposición del párr. 4' del art. 76 bis del C. Penal; tampoco, que a los fines de la concesión del beneficio, sea necesario contar con el previo consentimiento fiscal, tal como lo prescribe la norma ("...y hubiese consentimiento fiscal...").- Y ya en la audiencia de impugnación, tampoco hubo mayor discusión entre las partes, en cuanto a reconocer que a partir del reciente pronunciamiento de la CSJN en el fallo "Acosta, Alejandro Esteban" -de ineludible cita para casos como el presente-, se ha consagrado la llamada "tesis amplia", respecto del ámbito de aplicación de la suspensión del

juicio a prueba, extendiendo las posibilidades de concesión del beneficio a delitos que tienen prevista una pena de prisión o reclusión cuya escala penal tenga un máximo que supere los tres años; recordemos al pasar que la "tesis restringida", tuvo amplia difusión y aplicación a partir del conocido Plenario "Kosuta", de la CNCP.- En este punto, por lo que luego diré, vale la pena resaltar los términos que utilizó nuestro Máximo Tribunal Nacional para consagrar tal doctrina; en ese sentido, luego de establecer los principios rectores que deben regir la interpretación de la ley penal cuando su texto no es suficientemente preciso (legalidad, "ultima ratio" y "pro homine"), sostuvo que criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante" (CSJN, 23/04/08, "Acosta, Alejandro Esteban s/... ", c.28/05, A.2186.XLI).-

Sentado ello, y volviendo al decisorio impugnado, reitero que el Juez de grado al denegar el beneficio, se hizo eco de las razones que el Fiscal calificó como de oportunidad político criminal, que le imponían la continuación del proceso hasta sus instancia finales, y que obviamente le impedían consentir su suspensión, considerando fundado su dictamen negativo y dándole efecto vinculante a éste, resolvió como lo hizo.-

Y ya hemos visto que el dispositivo legal que regula el ínstituto para el caso de autos (art. párr. cit. del C.P.), requiere, aparte del cumplimiento de los demás requisitos previstos en el 30 párr. de dicha norma, dos condiciones básicas para la concesión del beneficio: en primer lugar, que las circunstancias del caso permitiesen dejar en suspenso el cumplimento de la condena aplicable y en segundo término, que exista consentimiento fiscal.- Respecto a la primera, la misma se configuraría, desde que, conforme los antecedentes de la causa, oportunamente se formulara acusación contra el imputado por el delito de Robo Simple en grado de Tentatíva (arts. 42, 44 y 162 del C. Penal), fijándose una pretensión punitiva provisoria (conf. art.291, inc. 7° CPP) de cuatro años de prisión (conf. escrito de acusación, fs. 11/12 vta. de la CJ), con lo cual la escala penal prevista para el ilícito en juzgamiento sería de quince días a cuatro años de prisión; el cumplimiento de tal condición, no fue puesta en tela de juicio por el resolutorio impugnado; sí en cambio la segunda, como se consignara "ut supra".-

Ahora bien, si dicho decisorio, para pronunciarse denegando la solicitud de probation, tuvo en cuenta las razones dadas por el Sr. Fiscal General para negar el consentimiento que requiere la norma, debemos analizar si las mismas resultan o no razonables para impedir el ejercicio del derecho del imputado a la concesión del beneficio solicitado, y si el Juez, puede o no pronunciarse sobre el particular.- En tal sentido, creo útil acotar, que el propio párrafo del fallo Acosta, antes citado, se refiere a la concesión del beneficio de suspensión del juicio a prueba, como "un derecho" del imputado, que la

propia norma le reconoce, como una medida alternativa a la pena; así también lo sostiene un importante sector de la doctrina vernácula, que comparto (conf. Devoto E. A. "Probation e institutos análogos" Ed. Hammurabi, págs.120 a 125).-

Siendo ello así y dadas las dificultades interpretativas que generara la deficiente redacción del propio texto de la norma sustantiva en análisis, fue la misma CSJN en el fallo citado, como lo adelantara, quien se ocupara también de fijar principios para la interpretación de la ley penal, señalando que "para determinar la validez 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 el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos.- 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, cuidando que la inteligencia que se le asigne pueda llevar a la pérdida de un derecho", agregando que "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 CN) 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".- Aplicando tales principios a los aspectos de la regulación

legal de la suspensión del juicio a prueba que aquí nos interesa, esto es, a los alcances de "la oposición del fiscal a la concesión del beneficio y a las razones que deben sustentarla", desde "...que tal oposición resulta restrictiva del alcance de dicho beneficio",ya que el consentimiento fiscal es requerido para acceder a éste, corresponde hacer una interpretación lo más restringida posible de la parte de la norma que permite dicha oposición al beneficio, para poder otorgarle "un alcance más extenso a la parte de la norma que lo reconoce".- El autor que seguimos en el punto, y con el que coincidimos plenamente, agrega que: "En esta inteligencia se impone establecer, a la luz del principio "pro homine", y ante la indeterminación y vaguedad que aquí también exhibe el texto legal - dado que indica la necesidad del consentimiento fiscal, pero no los motivos por los que aquél podría manifestarse en contra-, cuáles deberían ser los únicos motivos legítimos, fijados con aquel enfoque restrictivo, por los cuales un fiscal podría oponerse a la concesión del beneficio y si esta oposición podría ser vinculante para el órgano jurisdiccional".- Respondiendo a tal interrogante, citó un precedente de la Cám.Nac. Apel. Crim y Corr. Fed., conforme el cual " en punto a la oposición del MPF respecto de la concesión del beneficio solicitado, sólo la apreciación..." referida "...a la imposibilidad de que la eventual condena fuere de cumplimiento en suspenso -en la medida en que no resulte manifiestamente arbitraria-,vincula al órgano jurisdiccional y no puede ser cuestionada (c.13.014, "Lazo, Carlos A. s/suspensión del proceso a prueba...)..."(CNACyCFed., "Guzmán, *José* A. s/Suspensión del proceso a prueba", c.17.328, 14/04/01.cit. en el trab. de Díaz

Cantón F., comentando el fallo Acosta, public. En "Jurisprudencia Penal de la CSJN" dir. Pitlevnik, T° 6, pág.192); agregando que "situada como está la cuestión del consentimiento del fiscal en el mismo contexto de la hipótesis normativa referida a la posibilidad de que la condena sea en suspenso, como condición que habilita la concesión del beneficio, la derivación que se impone, a la luz del principio "pro homine", es que el fiscal sólo se puede oponer -y esa oposición tener carácter vinculante-, si considera que la condena que habrá de recaer respecto del imputado va a ser de cumplimiento efectivo y brinda fundamentos racionales y suficientes en sustento de dicha postura...", agregando que "ésta es por lo demás, la interpretación más compatible con los fines del instituto, entre los cuales está, prioritariamente, antes aún que el de "descomprimir" los tribunales, el de evitar condenaciones condicionales y...un antecedente condenatorio por el estigma que comporta para quien lo sufre..."(Cit.de Zaffaroni-Alagia-Slokar, "Derecho Penal -Parte General", pág. 928 y Vitale, G., "Suspensión del juicio a prueba", pág. 49).- Y siendo así, "el fiscal sólo podrá oponerse - y esta oposición ser vinculante-, si considera -y lo fundamenta debidamente-, que la pena que va a aplicarse al caso al imputado será seguramente de cumplimiento efectivo..." (aut.cit.,págs.189/193).-

Por otro lado, y específicamente en relación a la invocación fiscal de razones de política criminal como fundamento de la oposición fiscal a la concesión del beneficio, como ocurrió en el caso de autos, agregó que "...de validarse el fundamento fiscal esgrimido, resultaría posible que cada uno de los representantes del Ministerio

Público ejerciera la acción o acordara suspenderla conforme un individual diseño de política criminal..." cuestión ésta por entero diversa de la independencia de actuación en el caso concreto, generando situaciones de notoria desigualdad en la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, pues se desvincularía el análisis de la viabilidad del instituto a la luz de las exigencias legales previstas para ello, reemplazándose el criterio del legislador por la particular sensación del fiscal interviniente frente a determinadas infracciones (conf. aut cit., ob cit., art.cit. pág.193/194).-

En esta misma línea interpretativa, se ha sostenido que la eventual disconformidad del fiscal ...debe encontrarse debidamente fundada (y, en particular, fundada en la falta de un presupuesto legal de admisibilidad)... De este modo, una disconformidad fiscal infundada (o no fundada en la inexistencia de un presupuesto legal de procedencia), no puede, en ningún caso, impedir la suspensión del juício a prueba..." (Vitale,G. "Suspensión del proceso penal a prueba", pág. 90, cit.por Devoto, E.A., ob.cit., pág.199, nota 9).-

Volviendo al análisis de la cuestión a decidir a la luz de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales que he citado, no advierto que las razones invocadas por la Fiscalía para denegar su consentimiento al pedido de suspensión del juicio a prueba -que citamos más arriba-, exigido por la normativa de fondo aplicable, se funden en la falta de alguno de los presupuestos legales de admisibilidad del beneficio.- Al respecto, es cierto que, con la honestidad personal e intelectual que le es propia, el Sr. Fiscal General, Dr. Rivarola, en consonancia con la postura asumida en el caso, advirtió

reiteradamente -retomando el Dr. Dal Verme idéntica postura en la audiencia de impugnación-, que la oposición fiscal en el caso se basó en razones de política criminal derivadas de las particulares circunstancias del hecho (entre ellas, el modo en que se desarrolló la acción, particularmente la grave violencia contra la víctima arrastrándola varios metros; la posible planificación basada en información previa sobre el objetivo del accionar ilícito; residencia de los inculpados en otra ciudad de la provincia, entre otras), y que sobre tales razones el Juez sólo debió limitarse, como lo hizo, a efectuar un mero control de razonabilidad, sin que hubiese podido el Magistrado pronunciarse sobre si estaba o no de acuerdo con que las mismas sean o no idóneas o tengan o no entidad suficiente para fundar la oposición a la concesión del beneficio, ámbito propio de las facultades discrecionales del Ministerio Fiscal, como titular de la acción penal, por imperio constitucional y procesal (más extensamente, dictamen fs. 84/86 vta, de la C.J.).-

Sin perjuicio de la seriedad del planteo fiscal, cuyos lineamientos siguiera el Sr. Juez de grado para rechazar el pedido de suspensión del juicio a prueba, por los fundamentos dados, no puedo compartirlo.- En primer lugar, porque analizadas las razones invocadas por la Fiscalía para fundar su oposición, amén de no referirse a la falta de presupuestos legales de admisibilidad del instituto, advierto que en su mayoría, ellas no son otra cosa que circunstancias propias del hecho incriminado, algunas de las cuales, como la violencia física ejercida sobe la víctima, el fallido desapoderamiento del maletín que portaba la víctima, su falta de consumación por el oportuno auxilio de ocasionales transeúntes,

constituyen elementos normativos propios del tipo penal imputado (robo simple en grado de tentativa); y como tales, por un lado, responden a estándares normales de este tipo de sucesos -más allá de cómo impactara particularmente en la víctima- y por otro lado, se enmarcan en el ámbito del ilícito cuya escala penal, como se viera, permitiría a su autor la posibilidad que se deje en suspenso el cumplimiento de la condena que eventualmente se le aplique, con lo que cumpliría con uno de los presupuestos legales previstos en el art. 76 bis, párr. 4° del C. Penal, para acceder al beneficio, contrariamente a lo sostenido por el criterio fiscal referido y el decisorio impugnado, que lo acompaña.-

En segundo lugar, siguiendo hoy las pautas interpretativas delineadas por nuestra CSJN en el fallo Acosta, que citamos, en especial el principio "pro homine", se debe acudir a la interpretación más extensiva o a la norma más amplia -la que reconoce el derecho del imputado a acceder al beneficio-, a la par que debe efectuarse una interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones a los derechos, como lo sería el limitar la oposición fiscal al otorgamiento del beneficio de suspensión del juicio a prueba, sólo a los casos en que no admitan que la pena pueda ser de ejecución condicional, o lo que es lo mismo, que la eventual pena que correspondería imponérsele por el hecho imputado, debiera ser de cumplimiento efectivo; ello, reitero, teniendo en consideración que la denegatoria fiscal en análisis, como lo ha señalado nuestro Máximo Tribunal Nacional "...restringe el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena..." (Conf. CSJN, "Padula",

11/11/97, LL, 1998-B-483, cons. 5, cit. por Devoto, E.A.,ob cit.,pág. 123 y nota N° 7).-

En tercer lugar, y ligado al punto anterior, porque el hecho que fuera materia de acusación, conforme la descripción que del mismo efectuara el Ministerio Fiscal al formularla -tanto por escrito, fs. 11/12 vta. C.J,. como en la audiencia preliminar, conf, acta fs.20/21, carpeta cit.-, aún suponiendo que se acreditaran en la etapa procesal pertinente todas las circunstancias tenidas en cuenta por la Fiscalía, ellas "prima facie" no tendrían, objetivamente y desde mi modesta apreciación, entidad suficiente como para justificar la eventual imposición de una condena de cumplimiento efectivo.- Con más razón aún si se tiene en cuenta que esta última apreciación, "...por la relevancia que implica para cualquier persona la aplicación de una pena corporal, como lo es el encierro..." debe ser "debidamente fundada y justificada...", como lo resalta el autor de una obra de reciente aparición sobre el instituto en análisis, quien agrega a lo dicho que "hoy no se admite la aplicación de una pena de efectivo cumplimiento a un autor primario, que se encuentra en condiciones de gozar del instituto contemplado en el art. 26 del C.Penal...", conforme "...ha sido expresamente reconocido recientemente por nuestro más alto tribunal en fallo del 8 de agosto del año 2006.-" (García Lois, Adrián J., "La suspensión del juicio a prueba", Ed. Cathedra Jurídica, 1ra. ed., 2009, pág.68; íd. nota 11).-

Agrego también en este punto otro aspecto que no debe soslayarse, y que es el hecho de que al menos al momento en que se formulara la oposición fiscal al beneficio, S. carecía de antecedentes penales condenatorios -de lo contrario, obvio es decirlo, no podría siquiera haberlo solicitado-,

más allá de las sospechas marcadas por la Fiscalía sobre eventuales actividades ilícitas, en que podría haber tenido algún tipo de intervención.- Va de suyo que tales sospechas, tampoco pudieron -ni debieron- ser valoradas en contra del imputado, para negarle el derecho de acceder al beneficio, so pena de violentar su estado de inocencia (arts. 43 de la Const. Prov., 18 de la CN y 7 del CPP) y el ya citado principio "pro homine".-

En cuarto lugar, porque tampoco debe olvidarse que el consentimiento fiscal previo que prevé la norma como requisito para su concesión, no debe convertirse en una facultad discrecional ni menos graciosa del fiscal, ni tampoco una decisión arbitraria del juzgador, tanto en su concesión como en su denegatoria, debiendo ambos protagonistas del nuevo escenario procesal acusatorio, motivar debidamente las decisiones que adopten y superar los controles de razonabilidad y fundabílidad propios de sus funciones (conf. arg. arts. 25, 1° y 2° párr., 115, ler. párr., 329, 3' párr., 385, 5° párr. y ccdtes. del CPP y 169, ler. párr. Const. Prov.).- En el marco de los roles que desempeñan fiscales y jueces en nuestro nuevo sistema de enjuiciamiento penal, en donde están perfectamente diferenciadas las funciones acusatorias -propia de los primeros, como titulares de la acción penal pública- y decisorias -propia de los segundos-, si bien la oposición fiscal a la concesión del beneficio en análisis debe ser fundada, "ello no significa en modo alguno que los jueces deban adoptar ciegamente la posición escogida por los representantes de la vindicta pública, sino que, muy por el contrario, siempre conservan la facultad de controlar la legalidad y

razonabilidad de aquéllos dictámenes; función que deben ejercer en todos los casos de forma ineludible, a fin de garantízar el respeto por el debido proceso legal" (cit. en Martín, A.N., "La oposición fiscal al acuerdo de suspensión de juicio a prueba", punto V.- publ. en "el Dial - DCC5C").-Por ello, y en esta misma línea de análisis, el sostener que "...la falta de acuerdo del fiscal inhibe absolutamente toda posibilidad de que se suspenda en juicio a prueba, por resultar condición "sine qua non" para su eventual viabilidad, supondría ...de algún modo transferir al Ministerio Público la facultad de ejercer indirectamente funciones jurisdiccionales que no sólo la ley y la Constitución le desconocen, sino que además, resultan incompatibles con cualquier modelo acusatorio concebible..." (Conf. Cám. Ap. Contr. Y Faltas, CABA, Sala II, "Micelli, Natalia Andrea s/...",12/04/07, voto en mayoría Dres. De Langhe y Bosch, c.9281, cit. por Díaz Cantón F., trab. cit., pág.194, y nota 8), criterio que comparto y que ya fuera puesto de resalto por la impugnante, al plantear el recurso.-

Y Si bien "...es condición de la ley la existencia previa de dictamen fiscal, el órgano jurisdiccional no se encuentra constreñido a resolver en el mismo sentido de su contenido.- Ello por la simple razón que no existe posibilidad legal alguna de desplazar la potestad jurisdiccional a las partes. Como es obvio, lo contrario abriría las puertas a la consagración de dictámenes caprichosos o arbitrarios, inspirados en meras razones de política criminal de una de las partes o en la exacerbación de la persecución punitiva, ante los cuales deberían abdicar los Tribunales de justicia, desnaturalizando por añadidura la igualdad de

armas de los adversarios ante el proceso y los fines especiales tenidos en cuenta por el legislador al crear la vía excepcional de resolución de los conflictos que supone la suspensión del juicio a prueba, fiel expresión de un derecho penal mínimo y subsidiario.- Sostener lo antedicho no importa menoscabar la importancia del aludido dictamen fiscal, sino que muy por el contrario –como requisito de la ley que es-, en caso de apartarse del mismo„ debe hacérselo fundadamente, dando así acabada respuesta al principio republicano de motivación y razonabilidad de los actos de los poderes públicos..." (TribCrim. N° 1 de Necochea (Buenos Aires), Expte. 297/1498, "LARREA, Cristian Marcelo s/Robo",10-9-2002, cita en pág.Web Rubinzal Culzoni, ppypenal22.3.2.r13).-

En quinto lugar en referencia a la cita fiscal de los art. 120 de la C.N. y 195, inc. 3' de la Const. Prov., como respaldo constitucional de su postura, en cuanto a que en el caso y respecto de las razones invocadas, sería el Ministerio Fiscal y no el Juez, quien tendría el poder de decisión sobre el sostenimiento o no de la acción penal, tampoco comparto la misma.-En tal sentido, y concordando en un todo con lo sostenido por el último autor citado sobre el punto, sostengo que "el art. 120 de la Constitución Nacional, no ha sido concebido para consagrar una suerte de "superpoder" con aptitud de disuadir a los jueces ante cualquier tentativa de poner fin a un caso penal *si* no se cuenta con el beneplácito del Ministerio Público...", sino que "...el propósito que anima la norma del art. 120 es la necesidad de evitar que sea el juez quien pretenda llevar adelante un caso penal sin la pretensión persecutoria del fiscal.- Éste es, por lo demás, el verdadero significado del

principio *ne procedat iudex ex officio*, que procura asegurar la vigencia de la garantía de la imparcialidad del juez frente al caso, desterrando la figura del juez-parte(inquisidor), que ha venido imperando en el Derecho Positivo Argentino, con consecuencias nefastas y que aún subsisten en algunos códigos procesales de nuestro país..." (aut. cit., art. Cit., pág.195).- Por todo lo que venimos diciendo, "...ni razones de política criminal o de interés público, ni invocaciones del art. 120 de la Constitución Nacional...", pueden en principio, "...legítimamente servir de base a la oposición fiscal al acceso del imputado a la suspensión del juicio a prueba...", salvo claro está, que la tornen atendible, la justificación suficiente por parte del órgano acusador, de la imposibilidad de aplicación, en el caso de que se trate, de una pena en suspenso" (conf. aut.cit., loc cit.).-

Sin perjuicio de lo dicho, de por sí suficiente para fundar la decisión a favor de la impugnante, creo oportuno señalar que en casos como el que hoy nos ocupa, no se pueden establecer "a priori" reglas fijas o pautas de solución inflexibles, dadas las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales que el funcionamiento de los diversos aspectos de la "probation" ha generado en sus más de quince años de vida (Ley 24316, BO 19/05/94).- Ello, a más de las dificultades que van apareciendo ahora en el nuevo sistema procesal acusatorio, para delinear con nitidez los novedoso roles que competen tanto al órgano encargado de la persecución penal, como a quienes tienen a su cargo la decisión jurisdiccional, sumados al rol protagónico que ahora posee en el desenvolvimiento del proceso la víctima del delito (en especial, arts.15, 99, 102 y ccdtes. del C.P.P.).- Por ello, los operadores

del sistema y particularmente los fiscales y jueces, debemos tomar los recaudos necesarios y extremar la prudencia en el ejercicio de tales roles al analizar cada caso individual, tratando que las soluciones que se adopten sean lo más previsibles que se pueda, en resguardo tanto del valor justicia, como de la seguridad e igualdad jurídicas.- En tal sentido, comparto el beneplácito que ha causado en el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia, el fallo "Acosta" de nuestra CSJN, al fijar los criterios antes enunciados; en esa línea sería más que útil que nuestra CSJN pueda pronunciarse también sobre otros aspectos igualmente conflictivos que plantea el instituto que, como dije antes, ha generado la deficitaria redacción del texto del art. 76 bis del C. Penal, como es el del caso de autos.-

Mientras tanto, no podremos soslayar los principios "pro homine" y de "última ratio" del Derecho Penal, consagrados en el fallo citado a la hora de decidir, como en el caso, sobre si las razones que sustentan la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, son o no suficientemente idóneos para negarle al imputado el consentimiento requerido para acceder a tal beneficio previsto por la legislación penal sustantiva.- En el caso, ya vimos que no; las consecuencias del hecho enrostrado a S. por la Fiscalía, no solo no podrían fundar, una eventual condena efectiva, sino que por ser propias del ilícito cometido, tampoco podrían, interpretadas restrictivamente, erigirse o calificarse como razones o motivos de política criminal de una entidad tal que impidieran el acceso del imputado al beneficio, como lo pretendiera la Fiscalía; menos aún, que por asignársele tal carácter, se inhiba a los jueces a pronunciarse sobre su

aceptación o rechazo como motivo de la oposición a la concesión del beneficio solicitado.- En este último aspecto, se ha dicho que "...no toda argumentación que pretendiera ampararse en la noción de "política criminal" debería ser considerada suficiente como para negar la posibilidad de suspender el proceso a prueba..." cuando "...no responden al objetivo de contrarrestar el fenómeno de la criminalidad..." (CACyF, Sala III, "Siemprevivo, S.",oct. 2006, voto mayoría), y que "...las cuestiones de política criminal que invocara el fiscal para oponerse a la procedencia del instituto no deberían tan sólo responder a individuales sensaciones o particulares criterios de "gravedad del hecho", sino antes bien, a verdaderas razones de política criminal que, como ya Von Liszt definía, 'es el conjunto de principios, apoyados en la investigación científica de las causas del delito así como de los efectos de la pena, según los cuales el Estado por medio de la misma y de instituciones análogas, tiene que conducir la lucha contra el delito'...."(CACyF,Sala II, "Suanno, Jorge O. y Menutti,.J.A. s/...", 09/04/07; ambos fallos citados por Martín, A.N., trab cit., elDial-DCC5C); pongo de relieve, al pasar, que el criterio que sostiene la posibilidad de revisión judicial de las razones de política criminal, que resaltan los fallos citados, es tanto más significativo para el caso de autos, desde que se ha elaborado aplicando una legislación procesal diversa, que regulando el instituto que nos ocupa para ciertos casos, contiene "una disposición legal que faculta a los fiscales a no acordar la suspensión del juicio a prueba fundándose para ello en 'razones de política criminal'..." (aut. cit. Ob cit., cap. V); con más razón, podrán -y deberán- los jueces

ejercer tal revisión, aplicando una legislación que no prevé que tales razones puedan esgrimirse por el Fiscal para negar el consentimiento requerido por la norma para la concesión del beneficio, cumplido que fueron los demás requisitos legales (art. 76 bis C.Penal).-

Por los fundamentos precedentes, concluyo mi voto proponiendo a las Sras. Magistradas que votan a continuación, que se haga lugar a la impugnación ordinaria planteada por la Defensa Técnica del Sr. A. H. S., disponiendo se conceda el beneficio de suspensión del juicio a prueba que requiriera oportunamente y se revoque el decisorio en crisis, dictado por el Sr. Juez a quo, remitiéndose las presentes actuaciones a la Oficina Judicial a fin de que el Sr. Juez Penal que corresponda, complete el trámite de otorgamiento de dicho beneficio, conforme los términos indicados en este pronunciamiento (conf. art. 387 CPP), sin costas (Conf. arts. 239, 246 y ccdtes. del CPP).- Con ello, doy respuesta a la segunda cuestión propuesta.- Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión, la **Dra. Jones** dijo:

Habiendo surgido de la deliberación dudas sobre la validez de la resolución jurisdiccional impugnada, dictada por el Sr. Juez Penal Dr. Jorge A. Criado, por falta o insuficiente fundamentación, me expediré al respecto en primer lugar.-

Escuchado el audio que registrara la decisión jurisdiccional hoy impugnada, mediante recurso ordinario previsto por el art. 374 del nuevo Código Procesal Penal -Ley 5478-, vemos que Dr. Criado se expidió expresando: "Que luego de las peticiones y posturas que fueron acercando las partes, un primer enfoque abarcativo de la aplicación del Ministerio Publico Fiscal al momento de expedirse han ido marcando una pequeña

diferencia, siendo ricas las manifestaciones de las partes, acercándose sus posiciones entiendo a lo que actualmente se considera la doctrina mayoritaria, sobre lo que en concreto me voy a expedir. Respecto del planteo puntual de la aplicación de la suspensión de juicio a prueba, entiendo que es un instituto que permite suspender en el caso de S. el juicio mediante la imposición de reglas de conducta, lo requisitos son los que ha cumplido la Defensa en su petición. Que los requisitos de la ley establecen una primera intervención que se le ha otorgado al damnificado en esta audiencia al solo efecto de saber si aceptaba o no la reparación, manifestando éste que no, mas allá del resto de las manifestaciones que como víctima ha realizado. Razón por la cual se le ha explicado también las consecuencias para el caso y en relación a que se hubiera concedido el beneficio solicitado por la Defensa del imputado, pudiendo en el caso haber seguido con una instancia civil al efecto. Luego se pasó a un requerimiento especifico de las partes, que exige la voluntad del Ministerio Público Fiscal que tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal pública, y se le requiere que preste un consentimiento, el que no es arbitrario y debe ser fundado. No comparto el criterio que destaca la Defensa Pública en cuanto a que existe doctrina que dice que el Ministerio Público puede hacer verificaciones respecto de un control de las condiciones legalidad. Este instituto tiene un doble control, por una parte el Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal, y existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha dicho que el "Juez no investiga y el investigador no juzga", que esto es lo que ha querido decir el Fiscal cuando

habló de las cuestiones jurisdiccionales y de cuestiones de política criminal, que al momento la verificación de las condiciones de legalidad en el instituto, éstas fueron expresamente encomendadas a los jueces. Nosotros nos fijamos si estaban todos los requisitos de legalidad cumplidos en el caso, el Fiscal hace su opinión respecto de la oportunidad de aplicación de un criterio de política criminal, en ese sentido y máxime en el párrafo 3° del art. 76 bis del Código Penal, cuando la expectativa de pena pudiera ser mayor a 3 años, el Ministerio Público Fiscal podría aún decir que aunque fuera el máximo porque tengo un escala mínima, no afectando la decisión en esta audiencia porque el propio fiscal se puso un tope de 4 años que seria la interpretación de la tentativa de máximo 4 años.-Entiendo con el Ministerio Público Fiscal que en este caso en particular, el dictamen es vinculante para mi, ya que tal como lo dijo la Defensora he hecho un control de razonabilidad del planteo que ha realizado, y es concretamente un análisis efectuado en abstracto de las cuestiones o elementos que son su sustento para traer a esta audiencia la imputación para pasar a una audiencia posterior, y es así como el Fiscal con esos elementos en su carácter de titular de la acción pública dice que han optado por no prestar su consentimiento a la concesión del beneficio de suspensión del juicio a prueba, porque la intención de política criminal es pedir que se avance hasta el juicio, no conceder una oportunidad a quien no ha tenido, tal como dijera la propia victima, en su momento una consideración. Entiendo que el dictamen Fiscal ha sido de acuerdo al art 25 del Código de Procedimiento vigente, que ha sido fundado y razonable, razón por la cual entiendo que siendo

vinculante para éste Juzgador el mismo, le rechazo la solicítud a la Defensa, siendo ésta medida revisable por otros jueces, y debiendo continuarse con el trámite del juicio" .-

De los dichos del Dr. Criado, se desprende que amén de las cuestiones netamente de forma que contiene su decisión, su rechazo a la solicitud de suspensión del juicio a prueba se fundó, en lo medular, en el reconocimiento no sólo del carácter vinculante de la oposición fiscal, la que consideró fundada y razonable, sino también de la posibilidad de que la opinión favorable o el consentimiento requerido a dicho Ministerio, como requisito de procedibilidad por el apartado 4° del art. 76 bis. del C. Penal, pueda recaer sobre "la oportunidad de aplicación de un principio de política criminal" y se base en "intenciones de política criminal".-

En función de ello y no obstante la escueta fundamentación verificada y la remisión al dictamen fiscal que se hace al efecto, considero que la resolución en análisis puede superar la crítica a su validez, en tanto es posible extraer de la misma con cierta claridad los motivos de la decisión, tal como lo transcribí en el párrafo precedente y además porque entiendo que retrotraer el procedimiento a la audiencia prevista por el art. 49 del C.P.P., implicaría una demora procesal rayana en el escándalo jurisdiccional, frente al tiempo transcurrido desde la celebración de la primera audiencía en la que se planteara el conflicto jurídico que se pretende decidir por la presente vía impugnativa.-

Zanjada esa discusión y pronunciándome por ende por la legalidad de la decisión impugnada, he de examinar sus fundamentos a la luz de los agravios que contra la misma planteara la Defensa

técnica, conforme la completa y pormenorizada reseña efectuada en el primer voto, a fin de establecer si la misma supera la crítica a dicha motivación.-

Para ello se impone ingresar en el difícil tema de establecer cual es el alcance que debe dársele al "consentimiento fiscal" exigido por el apartado 4° del art. 76 bis. del C.P. para los supuestos en que "las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable".-

Superado con el fallo "Acosta" de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (23/04/08 Acosta Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14 párr. 1° de la Ley 23.737 -c28/05 - A.2186.XLI) el debate doctrinario y jurisprudencial sobre la procedencia de admitir la suspensión del proceso a prueba en los casos de delito cuya pena en abstracto superara el máximo de tres años previsto en el apartado primero del art. 76 bis., se ha abierto la discusión sobre el alcance o contenido que debe dársele al consentimiento fiscal exigido por la norma citada.-

Respecto de lo primero dejó sentado el más alto Tribunal de la Nación, que "el criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis. a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios enumerados, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante" (del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).-

Y en relación al segundo tema, escribe Alberto Bovino, que "la opínión del fiscal -"su consentimiento"-, se debe limitar a la formulación de un juicio de conveniencia y oportunidad de político-criminal, en un caso concreto, acerca de la continuación o la suspensión de la persecución penal".- Y aclara el autor que "este juicio no debe estar fundado en los mismos requisitos legales establecidos para la suspensión del procedimiento" y que "en el marco de un sistema de justicia penal mínimamente orientado hacia un modelo acusatorio formal, el sentido de la exigencia del consentimiento del fiscal", acusador estatal ...sólo puede consistir en un juicio de oportunidad político-criminal respecto de la persecución penal de un caso particular" ("La suspensión del procedimiento penal a prueba en el código penal argentino" págs. 158/159).-

La Sra. Defensora al impugnar la decisión jurisdiccional, en su escrito glosado a fs. 23/25, invocó la aplicación del criterio más restringido de los sostenidos en la materia, esto es, por un lado, que la apreciación de la pena para determinar la posibilidad de su aplicación en suspenso, debía hacerse en abstracto de acuerdo a la escala penal aplicable y por el otro, que el dictamen fiscal solo era vinculante, cuando aceptaba la concesión de la suspensión de juicio a prueba, no así cuando la denegaba y se encontraran reunidas las condiciones objetivas para la procedencia del instituto, rechazando por ende la posibilidad de que la Fiscalía se opusiera invocando razones de política criminal, por entender que las mismas solo tenían un fundamento aparente, en tanto se apartaban de las exigencias legales y por ello resultaba infundado el dictamen fiscal en el caso.-

Por su parte, ya en esta instancia, el Sr. Defensor Público Dr. Javier A. Allende, reiteró su oposición a que se pudiera denegar la suspensión del juicio a prueba, por razones de política criminal, por entender que las mismas no eran verificables y se apartaban del caso concreto y que las únicas razones de tal índole que podían aceptarse eran las que la propia ley establecía como condiciones para la procedencia del instituto.-

Al momento de fundar su oposición, el Dr. Rivarola, basó la misma, en dos aspectos que pueden sintetizarse en: la grave violencia desplegada en el caso contra la víctima y una cierta organización y/o preparación delictiva, que la información del caso arrojaría, a partir de que los autores no eran de la Ciudad y contarían con cierta información sobre las víctimas y su actividad para llevar a cabo el ilícito y tangencialmente, se refirió, como argumento eventual, a la pretensión punitiva formulada en la acusación, aunque aclarando que sobre la pena no se expedía porque la misma sería motivo del juicio, pero que la solicitada en la acusación, se alejaba del monto pasible de cumplimiento en suspenso.-

Y en la audiencia celebrada en esta sede, el Dr. Dal Verme reiteró dichos conceptos y trajo a colación la pena de cuatro años solicitada por su Ministerio al formular la acusación, como exigencia del Código procesal del Chubut, interpretando el Dr. Allende, que el Ministerio Público al introducir al debate, el quantum de la pena, estaba invocando un nuevo motivo de oposición a los planteados inicialmente, lo que le estaba vedado, oponiéndose en consecuencia a que el mismo fuera tenido en cuenta.-

Planteado así el debate y ubicados en el supuesto del apartado cuarto del art. 76 bis. Del Código Penal, comparto el criterio jurisdiccional adoptado a partir del plenario "Kosuta", de que la oposición del Ministerio Público será vinculante, siempre que supere el control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional" (CNCas. Penal, en pleno 17/8/99 Kosuta, Teresa Ramona s/ Recurso de Casación" LL, 1999-E-828), o que "no sea irracional", como lo sostuviera el Sr. Ministro de la Corte Provincial, Dr. Jorge Pfleger, en los autos "C., A. s/ Incidente de suspensión del juicio a prueba (expte. n° 20.899- 294-2007), carácter que derivó del mandato constitucional que le atribuye al Ministerio Público la promoción y el ejercicio de la acción penal (artículo 120 de la Constitución Nacional y 195 de la Constitución Provincial) y de la excepcionalidad del instituto, en tanto "implica interrumpir la continuación del proceso evitando la imposición de una pena".-

Dicho lo precedente, debe establecerse si la oposición fiscal en el caso, estuvo fundada en la ley y supera el control de razonabilidad y logicidad que debe cumplir todo dictamen fiscal conforme lo manda el art. 25 del Código Procesal Penal.-

Y dicho análisis debe principiar por acordar en que razones o motivos puede fundarse la oposición fiscal.- En tal sentido comparto con el autor citado precedentemente en que la misma no sólo pueda basarse en los requisitos legales establecidos para la suspensión del procedimiento, en tanto y con esto coincido con el Dr. Criado, dicha verificación corresponde en cada caso concreto al Tribunal.- Y por supuesto que tampoco se trata de una "simple vista", como dejó entrever el Dr. Allende en la parte final de

su alegato, al decir que el Ministerio Piscal siempre debe ser consultado pero negándole carácter vinculante a su oposición.-

Al respecto dice Bovino "que no parece acertado que el término "consentimiento del fiscal" se refiera, a los requisitos legales necesarios para suspender del procedimiento" ...."Lejos de ello, la facultad del ministerio público de expresar su opinión, sobre cuestiones de legalidad que permanecen en la esfera decisoria exclusiva del tribunal, puede ser denominada de diversos modos, pero difícilmente pueda ser llamada "consentimiento" (obr. Cit. pág. 156/157).-

Por otro lado, no comparto con la Dra. Gómez que el análisis sobre la factibilidad de condena condicional deba realizarse en abstracto, en función de la escala penal prevista para el delito de que se trate.- Y en este aspecto, resulta atinada la posición desarrollada por el Dr. Magariños, como integrante del TOC N° 23 en causa n° 602, resuelta el 19/11/98, al sostener "...que lo decisivo para la operatividad del instituto, en su función de mecanismo realizador de prevención especial positiva, consiste en determinar si a la luz del hecho atribuido y de las características personales del imputado, en la hipótesis de imponerse una condena su ejecución será o no de carácter condicional, resultando ésta, por así decirlo, la única medida de gravedad del hecho a los efectos de decidir la procedencia o no de la suspensión del juicio".- Es decir que para el jurista citado, la oposición fiscal sólo puede basarse en el análisis de las pautas legales establecidas en el art. 26 del C. Penal.-

Pero en el caso en análisis, el Ministerio Público Fiscal, solo tangencialmente basó su

oposición en la pretensión punitiva estimada al formular la acusación, centrando su fundamentación, como ya se ha dicho, en la gravedad del hecho, la que dedujo del grado de violencia aplicada a la persona de la víctima y del grado de preparación previa que parecería haber tenido el suceso, debido aparentemente a que los autores habrían viajado desde la Ciudad de su residencia al efecto y habrían contado con cierta información sobre el accionar de la empresa damnificada y de su empleada, lo que indicaría también la presencia de un determinado grado de organización delictiva.-

Y reitero que el argumento de la pena efectiva no fue tomado en cuenta por el Dr. Rivarola, en tanto el mismo refirió en su alegato que no se expedía sobre la pena porque su fijación sería motivo de discusión en el juicio, aunque mencionó que la ya solicitada alejaba la posibilidad de la condena condicional, con lo que creo interpretar correctamente que la oposición fiscal se basó en razones de oportunidad y conveniencia de política criminal valoradas en el caso particular, a las que se opuso la Defensa técnica ejercida por entonces por la Dra. Marta Rico de Gómez, por entender que dichas razones no eran objeciones previstas en la norma de fondo aplicable (art. 76 bis C.P.) por lo que sólo respondían a una fundamentación aparente, no legal.-

En esta línea, el autor ya citado afirma que "si el fiscal se opone a la concesión de la medida por razones de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada por el tribunal 17, en consecuencia impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto. Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido

atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal estatal: el ministerio público" (A.Bovino ob. cit. pág. 161/162).-

Y en un voto en minoría, como integrante de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso "Biscochea, Norberto Ismael", de fecha 5/2/1009, la Dra. Angela Ledesma, sostuvo que "la eventual oposición -del MPF-, deberá estar fundada en razones de oportunidad y conveniencia, porque sólo de ese campo podrá provenir la decisión fiscal, que acota la jurisdicción", reconociendo de tal modo, según coligo, la posibilidad de que la oposición fiscal pueda basarse en las mentadas razones de oportunidad y conveniencia de proseguir con el juicio, independientemente o prescindiendo de un análisis sobre los parámetros del art. 26 del C.P., según la posición de Magariños ya citada.-

Y respecto de esta posición doctrinaria y jurisprudencial que representan los Dres. Bovino y Ledesma y que entiendo siguiera en este caso el Dr. Rivarola, al formular su oposición, la que podríamos catalogar como el criterio más amplio en cuanto al alcance que puede dársele al "consentimiento fiscal", exigido por la ley, considero que la misma responde fundamentalmente a los parámetros interpretativos propios del sistema acusatorio y a la constitución del Ministerio Fiscal como el órgano titular de la función de promover y ejercitar la acción penal pública (art. 195 C. Ch.) y al nuevo diseño procedimental creado por Ley 5478, que ha conferido a dicho Ministerio la facultad de aplicar los criterios de oportunidad legalmente previstos, entre los que se encuentra la suspensión del proceso a prueba.-

Pero frente a esta postura que se desarrolla en el sentido indicado, la Corte Suprema de Justicia

de la Nación en el fallo Acosta ya mencionado, además de establecer un criterio amplio para la concesión del beneficio, cerrando como ya lo anticipara la discusión generada a partir del fallo plenarío "Kosuta" de la Cámara Nacional de Casación Penal (L.L. 1999-E, 165), sentó dos lineamientos que entiendo fundamentales para la aplicación del instituto de "probation".- Una que ratifica la calidad de "derecho" del imputado que cabe otorgarle al beneficio previsto por el art. 76 bis. del código de fondo y la restante, referida a los principios que sienta para la interpretación de la norma de derecho común, como son el de "legalidad", "última ratio" y "pro homine". Así los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni, dijeron que "para determinar la validez 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 de debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos. 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, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho". Y que "la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 Const. Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancía 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".-

A la luz de estos principios liminares adelanto mi convencimiento de que la oposición fiscal basada en razones de política criminal, nos coloca al filo de la interpretación legal o lo que es lo mismo en riesgo de exigir condiciones no previstas por la ley, como lo advirtiera la Sra. Defensora al formular su impugnación.- Por ello, entiendo, que sin ubicarme en la posición que desconoce o cercena la posibilidad de oponerse por dichas razones, considero que estas deben ser valorados con la máxima prudencia, exigiéndose un mayor nivel de fundamentación para poder analizar su razonabilidad y logicidad y no caer en la arbitrariedad o en la interpretación legal mas restrictiva, rechazada por el más alto Tribunal de la Nación en el fallo Acosta, según lo considerandos precedentemente transcriptos.-

Se impone en consecuencia analizar las objeciones y razones explicitadas por el Dr. Rivarola, que fueran ratificadas por el Dr. Dal Verme en la audiencia, bajo el rótulo de razones de oportunidad y conveniencia de llevar el juicio adelante.-

Sobre el juicio de oportunidad, hay que decir que atento el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho y la celebración de la audiencia de "probation", no cabe hablar de tiempo oportuno o adecuado, ya que celebrar un juicio casi a tres años de ocurrida la infracción al orden social, resulta contrario a lo expresamente establecido por el nuevo rito en cuanto al plazo de duración del proceso, por lo tanto no pueden receptarse hoy las razones de oportunidad invocadas.-

En cuanto a la conveniencia de proseguir con la causa a juicio, en virtud de la gravedad del hecho, gravedad que también fue discutida por la Defensa, invocando que no estarían probadas todas las circunstancias valoradas por la Fiscalía para medir la misma, considero que dichas circunstancias además de aparecer como controvertidas, no resultan a mi juicio de suficiente peso para justificar en el caso la oposición fiscal.- Ello así por cuanto, ateniéndonos a la descripción del hecho efectuada por la Fiscalía, en el acto formal de la acusación, la violencia físíca habría sido ejercida sobre la persona de N. P. (quien se hallaba cursando el cuarto mes de embarazo) a quien tomándosela de sus manos, lograron que cayera al suelo y la arrastraron por un espacio de 15 metros aproximadamente.- En la audiencia el Dr. Dal Verme refiriéndose a la violencia del hecho, destacó el desprecio demostrado por los autores que no se detuvieron frente al embarazo evidente de la víctima, en consonancia con la valoración efectuada oportunamente por el Dr. Rivarola, sobre este tipo de comportamientos delictivos que en su opinión se "pasan de la raya" y de la que es difícil volver y que pueden terminar en hechos más graves como un homicidio en ocasión de robo.- Al contestar a la oposición fiscal la Defensa ejercida en esta ocasión por el Dr. Allende, invocó que el hecho no trasuntaba una violencía particular, definiéndola como mínima y señalando que el arrastre habría sido por diez metros y que no se usaron armas, además de puntualizar que su defendido no registraba otros antecedentes, que el delito había quedado tentado y se había recuperado la totalidad del dinero, lo que prima facie haría aplicable una pena en suspenso.-

Frente a esta controversia ateniéndome sólo a los términos de la acusación fiscal, atento la etapa preliminar en que se encuentra el caso, coligo de la descripción fáctica realizada en la misma, que si bien los autores habrían tirado al suelo a la víctima N. P. y tomándola por las manos, la habrían arrastrado por espacio de unos quince metros, no se dice que la misma resultara lesionada a raíz de dicho accionar agresivo.- También se afirma que la nombrada cursaba un embarazo de cuatro meses, agregando el Dr. Dal Verme en la audiencia, que frente a dicho estado de gravidez que era evidente, los autores del atentado no tuvieron ninguna consideración.- Si bien esta circunstancia sería motivo de prueba en el juicio, es posible y razonable pensar en lo acertado de la negativa de la Defensa técnica a reconocer lo manifiesto del embarazo por tratarse de una gestación de sólo cuatro meses.- Por otro lado, en oportunidad de oponerse a la probation, el Dr. Rivarola mencionó que no se estaba ante una actividad delictiva ocasional, sino que el hecho denotaba cierta organización previa.- Para el caso que dichos extremos fueran probados en el juicio, entiendo que *si* bien la mayor preparación del ilícito es una circunstancia que puede significar mayor peligrosidad, no puedo dejar de considerar que los autores según también la acusación, se dieron a la fuga pero fueron detenidos a dos cuadras del Banco por ocasionales transeúntes, lo que se contrapone -prima facie-, con un plan delictivo bien articulado y comprensivo tanto de la huida como del éxito del accionar.- A su vez, la inmediata recuperación del maletín sustraído que contenía la recaudación del fin de semana de la estación de servicio YPF "B. B." de esta Ciudad, sin especificación de su monto, autoriza a disminuir la magnitud del

injusto, el que si bien se calificó como robo por la violencia física ejercida, para perpetrar la sustracción, no se mencionó en la acusación que la víctima hubiera resultado lesionada a raíz de ello, por lo que tampoco se advierte en el plano de la violencia, una particular gravedad que justificaría por sí misma una pena que ronde el máximo de la escala o que impida considerar una condena de ejecución condicional, como lo sostuviera la Defensa técnica.- Pensar lo contrario implicaría afirmar, por ejemplo, que todo arrebato callejero con cierto grado de violencia y organización previa, o los casos conocidos comúnmente como "salideras bancarias", no serían pasibles del beneficio de la suspensión del proceso a prueba, creándose así una excepción a la aplicación del instituto, no prevista por la ley.-

En el caso y conforme la escala penal aplicable, según los arts. 164, 44 y 41 quater del C. P. la pena que podría corresponderle al imputado S., sería de veinte días a seis años y cuatro meses, de lo que se deduce que en abstracto no podría negarse la posibilidad de una condena condicional.- Y tampoco se advierte que en un análisis en concreto, podría descartarse de plano la condena condicional, por la mera consideración de la mayor gravedad del hecho, por las circunstancias invocadas por la Fiscalía que podrían denotar una mayor peligrosidad del imputado, ya que no se han invocado condiciones particulares del mismo que justificaran una condena efectiva, como podría ser su calidad de reincidente o reiterante.-

El análisis precedente, proyectándome a la pena que podría corresponderle al imputado, lo he realizado, en el convencimiento de que la gravedad objetiva de un hecho ilícito se proyecta

necesariamente en la pena, salvo que existieran razones personales del autor que justificaran el aminoramiento de la misma en el caso concreto.- En consecuencia, en el caso que se asumiera el criterio que podríamos llamar intermedio sostenido entre otros por el Juez Magariños, conforme la cita que hiciera anteriormente, no luciría razonable o del todo fundada la oposición fiscal basada en la necesidad de aplicar pena efectiva.-

Ahora bien, colocándonos en la posición más amplia, seguida en el caso, como dije por la Fiscalía, debe tenerse en cuenta, como lo anota Bovino, que "el juicio de oportunidad del acusador de suspender el procedimiento, se debe limitar a las razones político-criminales que el ministerio público puede legítimamente tener en cuenta para tomar su decisión. Esto implica una doble exigencia: a) se debe tratar de razones político-criminales referidas a la conveniencia de la persecución respecto a ese caso en particular; y b) esas razones deben ser razones que, según el ordenamiento jurídico, puedan ser tomadas en cuenta para una decisión de este carácter" (ob. cit. pág. 160/161).-

Conforme estas enseñanzas merituando las circunstancias del hecho que invocara la Fiscalía, no se advierte que las mismas constituyan las "razones legítimas" a que se refiere la doctrina citada, sino meros datos fácticos que además de tener que probarse en el juicio, no están previstos en el ordenamiento jurídico de forma o de fondo, como agravantes especiales del tipo de que se trata o aún de las generales previstas por el Código Penal (arts. 41bis., ter y quater), por lo que entiendo no constituyen objeciones suficientemente razonables

ni fundadas en ley, que permitan sostener la denegatoria del beneficio solicitado.-

Por ello y siguiendo los lineamientos interpretativos del citado fallo Acosta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto manda conciliar los preceptos de la ley, en procura de una aplicación racional, cuidando que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, en consonancia además con el principio pro homine, adhiero al profundo e ilustrado análisis efectuado por el Dr. Sarquís en su voto, proponiendo finalmente y contestando con ello a la **SEGUNDA cuestión** planteada, se haga lugar a la impugnación, sin costas (arts. 239 y 246 del C.P.P.), concediéndose la suspensión del juicio a prueba y ordenando la remisión del legajo a la Oficina Judicial para que se de intervención a un nuevo Tribunal, el que deberá completar el trámite, estableciendo el plazo y las condiciones de la suspensión luego de escuchadas las Partes a ese fin.- Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión **Dra. NIEVA** dijo:

Que mis colegas preopinantes han desarrollado, a mi entender, acabadamente la impugnación deducida por la Defensa y por compartir los argumentos que han expuesto, adhiero a ellos.

Que el agravio de la Defensa se centra en el rechazo de la concesión de suspensión de juicio a prueba que se peticionara a fs. 20/21, en oportunidad de celebrarse la audiencia preliminar, prevista en el artículo 295 del Código Procesal Penal, el día 02 de Marzo de 2007. En la ocasión, el Ministerio Público Fiscal, al emitir dictamen sobre el punto, fundó la oposición, invocando en principio "circunstancias del caso y teniendo en cuenta las mismas y en aplicación de criterios de política

criminal, sosteniendo que se debe llegar a juicio" (fs. 23/25 del escrito presentado por la Dra. Marta A.R. de Gómez, Defensora Pública en los presentes autos caratulados: S., A. y otro s/ Robo simple en grado de tentativa - Esquel (Expte. N° 546/07 Leg. Fiscal, Carpeta OJ N° 008/07).

Que a juicio de la impugnante, el decisorio mediante el cual se rechaza la petición de la suspensión de juicio a prueba, adolece de una visible falta de fundamentación que la avale tanto por parte del A-quo como del Ministerio Público Fiscal, estableciendo un principio de desigualdad ante la ley en casos plurales, tratados con anterioridad, de igual o mayor gravedad. Así las cosas la Defensa al replicar sobre los argumentos vertidos por el Ministerio Público Fiscal, citando doctrina y jurisprudencia sobre la Resolución en crisis, subraya que parte de la Doctrina entiende que el dictamen fiscal es vinculante en la medida que acepta la concesión del derecho solicitado no así cuando lo deniega en el caso que se encuentren reunidas las condiciones objetivas para la procedencia del Instituto. Pero sin perjuicio que se adoptara el criterio de interpretar como vinculante la oposición del Fiscal, su negativa, debe ser fundada y es en este fundamento en el que debe privar por parte del Juez Penal a un control de razonabilidad; que en definitiva el mismo resuelve considerar vinculante la oposición del Sr. Fiscal y aceptar como razonable el fundamento vertido en el sentido que es facultad de dicho Ministerio invocar razones de política criminal para oponerse a la concesión del beneficio solicitado. En su líbelo impugnativo, la Sra. Defensora establece: "Con independencia de que existen posturas doctrinarias y jurisprudenciales

que exigen el consentimiento fiscal en todos los supuestos contenidos en el Art. 76 bis del C. Penal, sabido es que se ha adquirido el carácter de dominante la que lo relaciona exclusivamente a los delitos contemplados en el cuarto párrafo de dicho artículo; es decir cuando en función de la pena aplicable (y particularmente teniendo en cuenta el mínimo de dicha escala) fuera posible dejar en suspenso el cumplimiento de la condena. Parece claro a partir de la lectura de la norma que el interrogante al que debe dar respuesta el representante del Ministerio Fiscal, se refiere a la posibilidad de aplicación de una condena de ejecución condicional, para lo cual se tendrán en cuenta las circunstancias del caso.- Empero está claro que el representante del Ministerio Público ha respondido a otro interrogante cual si el juicio se debe suspender invocando para ello razones de política criminal.- La jurisprudencia ha considerado que argumentaciones como ésta solo tienen un fundamento aparente. Así lo ha sostenido COSCIA (Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N° 14 de la Provincia de Río Negro) y con citas de DONNA Y MAIZA sostuvo que "son deberes de los magistrados y funcionarios judiciales resolver las causas con fundamentación razonada y legal. El criterio jurisprudencial mencionado deja en claro, entonces que el dictamen fiscal no debe ser sólo fundado, sino que además debe apoyar sus fundamentos en la ley... Igual temperamento siguió el Tribunal Superior de Justicia de Neuquen al afirmar "si el sr. Representante del Ministerio Público, al denegar su consentimiento, realizó alusiones genéricas que se vinculan con parámetros político-criminales, pero en modo alguno guardan relación con las exigencias legales, el contenido de la vista que respondiera

debe ser descalificado. Ello por cuanto tal proceder priva al imputado de su derecho de defensa, habida cuenta que los argumentos empleados para denegar la probation no pueden rebatirse desde la falta de asidero legal en su contenido frusta cualquier crítica" agregando más adelante "el consentimiento fiscal constituye una exigencia que viene impuesta desde la propia ley sustantiva (Art. 76 bis, parr. 4° del CP) pero que siempre que se ejerza legalmente. En el caso el fiscal negó su aquiescencia para la suspensión, apelando para ello a consideraciones que son del todo ajenas al instituto. Este proceder torna nulo su alegato por motivación aparente" "Es que el deber de motivación y legal fundamentación constituye una garantía para las partes y objeto del control jurisdiccional. Va de suyo que, la adecuada fundamentación significa que, la fiscalía, deberá dar opiniones basadas en hechos y en derecho" (con cita de Edgardo A. DONNA y María MAIZA) (Citado en "SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA" Gustavo Vitale —2ª edición actualizada pag. 268/269)".

Como corolario la impugnante recurre la Resolución del Juez Penal al basarse que el mismo consideró fundada y vinculante la oposición de la Fiscalía en los términos expuestos y denegando en consecuencia la Suspensión del Juicio a Prueba.

Que las contrapuestas posturas, fueron mantenidas en la audiencia celebrada a tenor del artículo 385 del Código Procesal Penal.

Que en primer lugar corresponde señalar que la admisibilídad de la impugnación articulada, no admite discusión alguna toda vez que el ordenamiento ritual incorporado mediante Ley N° 5478, en su artículo 370, acuerda expresamente a la defensa la facultad de recurrir la resolución

que deniegue la aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba.

Que en lo atinente a la cuestión de fondo, advierto que el hecho por el que se requiriera el juzgamiento del imputado A. H. S., ha sido calificado legalmente como Robo en grado de tentativa en calidad de coautor (arts.41 quater, 42,44, 45 y 164).

Que en el decisorio en crisis, al avocarse a tratar la incidencia de suspensión de juicio a prueba (art. 76 bis, párrafo 4°, del Código Penal) articulada por la defensa, el Juez de Garantías ha fundado la negativa en la razonabilidad de la argumentación esbozada por el Fiscal, en tanto señala que no mediando consentimiento del fiscal - que conlleva carácter vinculante- y reiterando la racionalidad de los argumentos expuestos, resolvió de la forma consignada.

Que con fundamento en las pautas delineadas en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 -causa N° 28/05- A. 2186, XLI, RH", se impone la realización de un cuidadoso examen sobre la legalidad y legitimidad del pronunciamiento que deniega la suspensión de juicio a prueba, en base al dictamen emitido por el Ministerio Público Fiscal en el mismo sentido, fundándose, como ya se dijera, en el carácter vinculante que este ostentaría.

Que uno de los pilares en lo que reposa el proceso penal, como así también la forma republicana de gobierno, se encuentra en que los actos de los poderes públicos deben ser razonables y fundados.

Que en dicha línea de razonamiento, debe destacarse que el principio según el cual los

Representantes del Ministerio Público Fiscal deben motivar las conclusiones de sus dictámenes (artículo 115 del Código Procesal Penal), rigen también respecto de aquellos actos en los que se emita opinión sobre la procedencia del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, criterios que quedan sujetos al control y a la decisión jurisdiccional, la cual también debe estar debidamente fundada.

Que resulta de toda evidencia que el Señor Juez "a quo" no ejerció su inalienable facultad revisora respecto del dictamen fiscal, evaluando la razonabilidad de su oposición al beneficio impetrado, tanto desde lo fáctico como desde lo jurídico -y que este Tribunal que integro ha escuchado detenidamente el audio al respecto- sino que adoptó una postura de total sumisión a la oposición fiscal sin analizar sus fundamentos, extremo que se traduce en un paradigma de arbitrariedad, máxime si se , tiene en cuenta la interpretación restrictiva que debe asignársele a una norma penal cuando se pretende limitar o coartar un derecho explícitamente reconocido en el Código Penal (artículo 2). A mayor abundamiento, y en relación al punto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado precedente "Acosta", precisó 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 Constituclón 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 ultima 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 " (CSJN, fallo citado).

Que esta postura se encuentra robustecida por la convicción de que la adopción de una posición contraria, perjudica la aplicación del instituto de suspensión del juício a prueba el cual apunta al cumplimiento de estos principios superiores que postulan un derecho penal de ultima ratio en armonía con el respeto irrestricto al principio señalado por el Tribunal cimero en el fallo citado.

Que a todo evento no puedo dejar de señalar que, más allá de lo expresado, el Juez de Garantías ha edificado la denegatoria sobre un dictamen cuando menos impreciso, en el que se ha expresado que: "Este M.P.F. habrá de pretender en forma provisoria y en relación al ciudadano S., una pena de 4 años de prisión..." (fs.12), lo que de manera alguna permite descartar la probabilidad de que la misma pueda ser dejada en suspenso (artículo 26 del Código Penal), circunstancia esta que el Magistrado ha omitido ponderar.

Que con sustento en los extremos esbozados, surge palmario que ni el Fiscal ni el Juez de Garantías han expuesto en forma concreta y razonable los motivos por los cuales consideraron que S. no era merecedor del beneficio, efectuando una errónea interpretación de lo previsto en el artículo 76 bis del Código Penal, que conlleva una clara directriz político-criminal del instituto que es la resocialización del imputado con evitación de la condena.

Que en relación a la cuestión bajo tratamiento se ha dicho que "... el consentimiento del fiscal resulta insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, 4to. Párrafo C.P. (....), pero que, para que su dictamen fiscal negativo vincule al juez en el trámite para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, el mismo debe reunir determinadas condiciones (...). Ello así puesto que una denegatoria carente de debida fundamentación configura un ejercicio arbitrario por parte del Ministerio Público, que autoriza a prescindir del mentado requisito legal " (cfme. T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, sentencia N° 115, causa "Coria, Luis Daniel p,s,a, homicidio simple -Recurso de casación-", rta. El 29/09/2006). A mayor abundamiento, y en la misma dirección, Claus Roxin ha sostenido que se exige la fundamentación, especialmente, para todas las decisiones a través de las cuales se rechaza un requerimiento. Sostiene que " son decisivas las consideraciones propias de un Estado de Derecho: el solicitante tiene que observar que su requerimiento ha sido analizado detenidamente y que no impera la arbitrariedad " (Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, 1° Ed., 2° reimp., Bs. As., 2003, pág. 182).

A mérito de lo expuesto, y contestando a la **segunda CUESTION planteada**, habré de emitir mi sufragio en el sentido de declarar procedente la impugnación formulada por la Defensa Pública contra la resolución interlocutoria N° 77/2007, de fs. 20/21, propiciando la declaración de su nulidad y la remisión de las actuaciones a la Oficina Judicial a fin de la realización de una nueva audiencia para el tratamiento de la cuestión (art. 387 C.P.P.).

Así voto.

En mérito a los votos que anteceden, la Cámara en lo Penal de Esquel,

RESUELVE:

I) HACER LUGAR a la impugnación planteada por la Defensa Técnica del imputado A. H. S. respecto del decisorio dictado por el Dr. Jorge A. Criado en la audiencia preliminar del 02/03/07 (conf. acta fs. 20/21 de la Carpeta Judicial N°110, NUF N°546).-

II) REVOCAR la resolución referida en el punto anterior, concediendo al imputado A. H. S. la suspensión del juicio a prueba requerida oportunamente, conforme los fundamentos esbozados en los considerandos, sin costas (conf. 239 y 246 CPP).-

III) REMITIR las actuaciones a la Oficina Judicial para que, por intermedio del Sr. Juez Penal que corresponda, se complete el trámite de otorgamiento de dicho beneficio, conforme los términos indicados en el presente pronunciamiento (conf. art. 387 CPP), fijando a esos fines la audiencia respectiva.-

IV) La presente es suscripta por sólo dos vocales del Tribunal, por encontrarse la Dra. María Elena Nieva fuera de la Jurisdicción (conf. art. 331 "in fine" del CPP).-

V) PROTOCOLICESE.-

Frdo. Dr. Víctor Alberto SARQUIS, Dra. Cristina Isabel JONES

Registrada bajo N° 1600 Folio 2304/2334 año 2009 CONSTE.-