En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 10 días del mes de noviembre del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro, Omar Florencio Minatta y Roberto Adrián Barrios, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"S., G. J. psa tentativa de homicidio-Trelew" (Carpeta 5689 OJ Tw – Legajo 54887 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Particular, Dr. F. G., contra la resolución Nro. 1757 OJTw dictada en fecha 11/06/2015.

Por la resolución referida el Juez Penal, Dr. César Zaratiegui, denegó la suspensión del juicio a prueba de G. S., acusada de la comisión del delito de lesiones graves, agravadas por el uso de arma de fuego. Consideró que, si bien al momento de acusar, la fiscalía requirió la imposición de una pena de tres años de prisión, la pretensión punitiva es provisoria. El magistrado basó su rechazo en la negativa del Ministerio Público Fiscal, que consideró vinculante atento estar debidamente fundada en razones de política criminal, delineadas por la Instrucción Nro. 3/2013 de la Procuración General que impide a los Fiscales Generales consentir el instituto ante el uso de armas de fuego. Ponderó también como obstáculo para concederlo, la oposición de la víctima a la aplicación del instituto.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 30/10/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente la acusada G. J. S. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. F. G. como su defensor de confianza, y el Dr. Omar Rodríguez en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

El defensor atacó la sentencia argumentando que, en función de la pretensión punitiva del Ministerio Fiscal,

debe encuadrarse el caso en el primer párrafo del art. 76 bis. del Código de fondo, para cuya aplicación no se requiere el consentimiento del acusador. Agregó que en caso de enmarcar la cuestión en el cuarto párrafo -que torna vinculante la opinión del MPF- no puede negarse el instituto en función de la oposición de la víctima y en la utilización de un arma de fuego, pues ninguna de esas situaciones está prevista en la norma, como tampoco las directivas de la Procuración General.

El Fiscal sostuvo en la audiencia las razones dadas oportunamente, la negativa de la víctima y razones de política criminal, trazadas por la Procuración en su directiva 3/2013, concretamente ante el caso de hechos cometidos con armas de fuego.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta,

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Como se dijo en el introito, en estos folios se denegó la concesión de la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor de G. J. S., a quien se le imputa la presunta comisión del delito de lesiones graves cometidas con arma de fuego (arts. 90 y 41 bis, CP), por entender el magistrado interviniente que el dictamen del Ministerio Publico Fiscal, que consideró vinculante, se encontraba debidamente fundado, atento las razones de política criminal esgrimidas (establecidas en el instructivo 003/2013 de la Procuración General) y ante la oposición de la víctima a la aplicación del instituto.

2. El Sr. Defensor, abogado F. G., se agravia en la audiencia a tenor del art. 385 del rito, dando por reproducidos los fundamentos presentados por escrito, por entender que corresponde el otorgamiento de la

suspensión del proceso a prueba a su cliente, de acuerdo a los siguientes argumentos:

Primero, que atento haber pronosticado la Fiscalía una sanción provisoria de tres años de prisión, el caso es uno de los previstos por el primer párrafo del art. 76 bis, C.P., por lo que el consentimiento fiscal no es necesario.

En segunda instancia, continua el defensor, de aplicarse el cuarto párrafo, y de allí que sea vinculante la opinión del MPF, no puede sostenerse la denegatoria del instituto compartiendo aquella, exclusivamente fundada en la oposición de la víctima y en la utilización de un arma de fuego, pues nada de ello está contemplado en la propia letra de la ley. Menos aún –concluye- aduciendo directivas de la Procuración General.

3. En la audiencia, sostiene el representante de la Fiscalía, Omar Rodríguez, que debe entenderse el caso de los previstos en el cuarto párrafo, más allá de la sanción provisoria solicitada, y que por ello es vinculante la opinión fiscal. Que en base a ello, aduce que la víctima tiene derecho a un juicio y que el Procurador General, a través de la Resolución Nro. 3, ha ordenado no consentir la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba en casos en que se hayan utilizado armas.

4. Puesto a resolver, debo decir que, tal como he dicho en autos **"C., S. G. s/denuncia – Trelew"**, carpeta 4119 OJ Tw, Legajo 30592 MPF, *"…La suspensión del proceso a prueba… constituye el derecho a que se paralice temporalmente a su favor el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, a su pedido…"* y que la *"…consideración del instituto como un derecho del imputado –y no de mera gracia del poder requirente, surge sin dudar de la previsión legal de las condiciones de admisibilidad las que de presentarse en el caso deben*

conducir indefectiblemente a la concesión de la suspensión…”.

Además expresé que *“…de presentarse en el caso la petición del imputado y, para los supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis, la inexistencia de antecedentes y la posibilidad (teniendo en cuanto los montos de pena previstos en la parte especial) que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, de acuerdo a las mandas del art. 26, CP, indefectiblemente debe concederse el instituto, no pudiendo crearse – jurisdiccionalmente y menos de la mano del Ministerio Publico Fiscal- requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad.”*

Tal como en esa ocasión, repito ahora, que mal puede alzarse como óbice para la concesión del derecho a suspenderse la persecución penal consideraciones de política criminal, de ingeniería procesal o pareceres personales y subjetivos de los intervinientes, tan lejanos a los términos legales como a la posibilidad de confrontación en un debido proceso contradictorio.

5. Pero vayamos por partes. En el caso, de acuerdo a mi interpretación reflejada en el caso citado, entiendo que lleva razón el juez interviniente en cuanto a que corresponde enmarcar la solicitud del ejercicio del derecho a suspender el proceso en las hipótesis contenidas en el cuarto párrafo del dispositivo legal.

En efecto, el magistrado Zaratiegui ha citado en su resolución oral, correctamente, que la primera fuente de interpretación de la ley es su propia letra, y que de la lectura del art. 76 bis no otra exégesis corresponde que entender que la norma no distingue hipótesis de concesión del derecho a partir de la pena solicitada por la Fiscalía, sino de la pena en abstracto prevista por cada dispositivo de la parte especial.

6. Superado ello, argumenta el Sr. Juez en el sentido que, encontrándonos en esa hipótesis del

articulado, es menester comprobar los requisitos formales y el consentimiento del fiscal.

Enumera en su oralización los argumentos de la Fiscalía. Uno de ellos, la no aceptación del instituto por parte de la víctima, contenida en una entrevista de la que se hace lectura en la audiencia, fundado ello, a su vez, en los padecimientos sufridos a raíz de la lesión del disparo, que la mantuvo en coma varios días y su inhabilitación para una actividad plena.

En un segundo plano, hace referencia el Sr. Juez al instructivo general, al que entiende razonado, que ha sido fundado el juicio de conveniencia y oportunidad en el caso concreto.

7. En este aspecto, puesto a resolver sobre este tramo, más allá de la significación o alcance que debe darse al requisito de "consentimiento fiscal" que la ley prevé, se advierte, en primer lugar, que el Sr. Juez resuelve –de conformidad con el dictamen fiscal, al que encuentra motivado- en el sentido que no puede otorgarse el derecho aludido porque el instructivo de la Procuración General de la Provincia lo impide expresamente, situación que el magistrado estima razonable.

8. Más a poco de dar lectura al Instructivo 3/13, se evidencia que se enumeran como hechos por los cuales se desaconseja la concesión de la suspensión del proceso a prueba, por razones de política criminal, los delitos previstos en el art. 189 bis, cuya pena supere los tres años de prisión.

El instructivo aludido establece, en su parte pertinente, que "*…siendo que el art. 189 bis del Código Penal establece para la tenencia ilegal de armas de guerra, portación ilegal de armas de fuego de uso civil y de guerra, y el resto de los tipos penales contemplados en el citado dispositivo - salvo la tenencia simple de armas de fuego de uso civil- penas amenazadas en*

abstracto cuyos máximos exceden los tres (3) años de prisión -en la mayoría de los casos en mucho- el MPF puede y debe en estos casos oponerse fundadamente a la concesión del instituto de la suspensión del juicio a prueba -art.76 bis cuarto párrafo del CP-.”

Dicha sola circunstancia, esto es, fundar una resolución en un texto normativo que no prevé un supuesto de hecho como en el caso resuelto –delito de lesiones graves agravadas por el uso de arma de fuego (arts. 90 y 41 bis del CP)-, ya invalidaría, sin más, la sentencia impugnada.

Pero, a ello debe agregarse, como citara antes, no se encuentran las razones de política criminal en los términos legales del art. 76 bis como requisito para su concesión –y mucho menos para su negativa-, por lo que fundar la denegatoria en dicho extremo es, lisa y llanamente, una creación pretoriana –vedada por mandato constitucional- de requisitos de procedibilidad que la ley no prevé.

Debo subrayar aquí, que también se vulnera el principio de contradicción –piedra angular del sistema procesal vigente-, toda vez que la invocación a instrucciones generales, sin referencia alguna al caso concreto, omiten la posibilidad de verificación de las premisas sobre las que se sustenta la oposición.

9. Por último, en lo que a la invocada oposición de la víctima se refiere, tal como se dijo en el veredicto, es de toda evidencia que su opinión no es vinculante para la ley, aunque tenga expedita la acción civil para el caso que estime no suficiente la reparación, a lo que hay que subrayar –con énfasis- que el derecho convencional a la tutela judicial efectiva, no implica necesariamente el derecho a obtener una respuesta punitiva, toda vez que si así se entendiera, no habría posibilidad alguna de aplicar salidas

alternativas, precisamente que el ritual establece como posibilidad de solución de los conflictos.

10. Por todo ello, siendo que en este caso se cumplen los requisitos previstos por el tercer caso de hechos susceptibles de ser suspendidos a prueba, en concreto, falta de antecedentes del imputado y que el mínimo de la pena del delito imputado permitiría en abstracto la imposición de una pena en suspenso, entiendo que debió el Juez Zaratiegui haber concedido el derecho solicitado, por lo que propongo al pleno revocar el resolutorio impugnado y remitir estos folios al Colegio de Jueces Penales para que, previa designación de otro magistrado, se proceda en consecuencia.

Respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios profesionales, propongo se difieran hasta que sean fijados los correspondientes a la instancia de mérito.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la defensa de la encartada G. J. S., contra la resolución dictada por el magistrado Cesar Zaratiegui el pasado 11 de junio de 2015 registrada bajo el nro.1757/2015, corresponde ahora decidir sobre la denegación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba (en adelante, SJP) que le fuera requerida.

La acusación calificó a los hechos contra la acusada, como de lesiones graves agravadas por haber sido cometidas con arma de fuego en carácter de autor (arts. 90, 41 bis y 45 del Código Penal), insertando al momento de pedir la pena, la de tres años de prisión.

Los agravios de la defensa se refirieron a que el *A Quo* denegó el pedido por considerar que la pretensión punitiva de tres años, no cumple con la exigencia del párrafo primero del art. 76 "bis" del código penal, pues esa pena inserta en la acusación de la fiscalía es

provisoria, y el primer párrafo habla de escala penal máxima.

Se quejó que el magistrado encuadró el pedido en el cuarto párrafo del arto 76 "bis" del Código Penal, y tomó en cuenta el vinculante dictamen fiscal.

Por último, la defensa impugnó de la resolución del juez, el hecho de haber ponderado el dictamen negativo del MPF, basado en una instrucción general de la Procuración por la cual se indica a los fiscales que no consientan el instituto del SJP ante hechos en los que se haya hecho uso de armas de fuego, como cuestión de política criminal.

2.1 Del primero de los agravios mencionados, previa escucha de la sentencia que en forma oral dictara el juez penal, he de decir que el legislador ha diseñado este instituto con la intención de maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves, descongestionando la Administración de Justicia de casos que, de acuerdo al *baremo* que da la penalidad establecida en cada tipo penal, puedan encaminarse por la vía de la SJP.

Esa *tabla de cálculo,* que hace de referencia a la admisibilidad del instituto, se encuentra en la letra de la ley cuando posibilita su goce: ante la comisión de delitos de acción pública reprimidos con penas de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años (primer supuesto del art.76 bis del código penal); en los casos de concursos de delitos, si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años (segundo párrafo), y cuando las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable (de acuerdo a las reglas del art. 26 del código penal), que es el supuesto del cuarto párrafo del mismo artículo 76 bis.

En el caso, el Ministerio Publico Fiscal subsumió el hecho en un tipo penal cuya pena máxima impide

encuadrar el análisis en el primer párrafo del art.76 bis, pero sí en el cuarto, como correctamente hizo el juez penal.

Así, las lesiones graves que se prevén en el art.90 del Código Penal, imponen reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

Si a ello sumamos el agravante que prevé el art. 41 bis del mismo código, podemos fácilmente advertir que, en abstracto sería posible del cumplimiento condicional de una eventual condena que le sea impuesta a la acusada; mas el máximo de la pena excede los tres años de reclusión o prisión.

Por lo tanto, las reglas para la consideración del otorgamiento del instituto, bajo éste supuesto que responde a la denominada tesis amplia del ámbito de aplicación del Instituto, han sido correctas.

2.2 Siguiendo el desarrollo de los fundamentos que, en forma sintética, esta Cámara adelantara en la audiencia respectiva, en cuanto a la consideración que efectuó el juez penal del dictamen del Ministerio Publico, tengo para mí que las razones genéricas que invocara dicha parte, fundadas en temas de política criminal, no pueden ocasionar la denegatoria del otorgamiento del instituto.

Ha dicho el juez, que el titular de la acción pública es quien decide cuando un caso avanza hacia un juicio oral y cuando no, al momento de consentir la SJP. Y esto es cierto. Sin embargo, la oposición que resulta vinculante para la magistratura, no puede ser la de una invocación y cumplimiento de una instrucción general

emitida por la Procuración, que incluso, como bien detallara el colega cuyo voto precede, no incluye supuestos como el presente.

Estas circunstancias, quede claro, las razones de política criminal que dan contenido a una oposición fiscal, no se encuentran previstas en la ley nacional como supuesto para impedir el otorgamiento de la SJP; pese a que el Juez lo haya considerado, como en este caso, suficientemente fundado en un juicio de conveniencia y oportunidad.

Considerar que la oposición puede basarse en motivos que no se encuentran previstos en la ley, contraría la interpretación restrictiva de las normas penales y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue marcando, como horizonte de otorgamiento del beneficio, el principio *pro homine,* y de *ultima ratio,* en casos tales como L. (L.90.XLII), y N. (N.326.XLI). A mas abundar, el Alto Tribunal ha dicho al respecto en el *leading case* "A." (Fallos 331:858), 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".*

2.3 Por otra parte, la falta de consentimiento de la víctima, invocada por la fiscal en su oposición y tenida en cuenta por el juez penal en su decisión, basada en los padecimientos sufridos a raíz de la lesión del disparo, merece, como en el punto anterior, la misma consideración: no está prevista en el Código Penal vigente como causal de denegación del instituto.

El magistrado ha considerado las sentidas afirmaciones de la víctima de un hecho que el Ministerio

Publico Fiscal ha estimado que constituye lesiones graves agravadas. Nadie puede ignorar su gravedad y las consecuencias concretas que dicha acción pudo haberle irrogado. Sin embargo, por el encuadre jurídico que discrecionalmente ha efectuado la fiscalía en la acusación, la suspensión del juicio a prueba es posible de ser solicitada, y en su trámite, en la ley nacional que constituye nuestro Código Penal, la oposición de la víctima no aparece como elemento de inadmisibilidad o improcedencia.

Nuestro código de procedimiento penal provincial en su art. 49, último párrafo reza que si el juez concede la suspensión del juicio a prueba, en la resolución y en forma fundada, deberá expresar los motivos que tuvo en cuenta para desestimar dicha oposición. En este caso, el juez penal dijo que no ha encontrado como fundar la concesión de la SJP ante las manifestaciones de los padecimientos del joven damnificado.

Al reclamo que el magistrado efectuó en su relación a las Cámaras en casos como el presente sobre este punto, soy de la idea que el *A Quo* incorporó como requisito de procedencia de otorgamiento del beneficio al consentimiento de la víctima, cuando, por antipático que impresione y como vengo analizando, la oposición del damnificado no está prevista como causal de denegación en el código de fondo.

Por otra parte, respecto a que la reparación ofrecida de ningún modo satisface los intereses de la víctima, he de considerar que la acción civil se mantiene pese a la concesión del instituto, para el caso que se estime insuficiente la reparación ofrecida.

3. Por tales motivos, he de allanarme a la propuesta del primer decisor, votando por la revocación del resolutorio impugnado y disponiendo la remisión de los actuados a la Oficina judicial para que, en nueva audiencia, y asegurando el contradictorio sobre cada uno

de los extremos que se invoquen, se establezcan las condiciones a las que quedará sometida la imputada, y el plazo de la suspensión.

4. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, propongo diferir la cuestión para que se establezcan en la instancia de mérito.

Así lo voto.

El Juez Minatta Omar Florencio dijo:

1. Se queja la defensa de la decisión jurisdiccional que deniega al imputado la suspensión del proceso a prueba, considerándola infundada, no solo porque estima vinculante a la negativa del fiscal, sino porque este último dictamen también lo es, pues se sostiene en razones de política criminal y oposición de la víctima.

2. Sin embargo, como lo hemos dicho ya en innumerables ocasiones, resulta imposible denegar la operatividad de un derecho del imputado, cuando se presentan en el caso, todos los elementos objetivos que la ley requiere para ello. En efecto, la suspensión del proceso a prueba, debe funcionar en todos los casos en que pueda estimarse una condenación condicional en caso de una eventual sentencia condenatoria, puesto que el instituto, al sacar el caso de circulación antes de la tramitación de todo el debate, persigue no solo la evitación de penas de prisión cortas y estigmatización del imputado, sino que se consigue, a la par, tanto la descarga de casos, para redireccionarlos a los que causan mayor daño a la sociedad, amén de ser una oportunidad de satisfacer, si quiere ello, a la víctima.

3. Si esto es así, la oposición del fiscal en el caso, deviene infundada, toda vez que no pueden funcionar aquí como negativa las razones genéricas de de política criminal que traten de evitar el uso de armas de fuego, sino que el fiscal debe probar

concretamente tal circunstancia. En este caso, ello es imposible, toda vez que se tome nota de que la finalidad político-criminal de perseguir rígidamente los hechos cometidos con armas de fuego, están pensados para los casos de delitos contra la propiedad con grave violencia, o con resultado de muerte, o bien protagonizados por grupos violentos como los llamados " barras brava", o de organizaciones extorsivas, tipo mafiosas, pero definitivamente no para el caso presente, en el que se produce una reyerta dentro del ámbito particular emocional entre dos personas.

4. En cuanto a la oposición de la víctima, sabemos que su opinión no es vinculante para la ley, no obstante corresponde decir que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, no implica el derecho a reclamarle al Estado siempre una respuesta punitiva, o sea, una especie de derecho a perseguir hasta las últimas consecuencias o de llevar al imputado a un juicio en todos los casos, sin excepción, pues de lo contrario, no habría posibilidad alguna de aplicar salidas alternativas, afectándose precisamente el diseño de una política criminal democrática y mínima guiada por el principio de " ultima ratio". En suma, la tutela judicial efectiva, significa respuesta judicial, reparación de sus derechos dañados, pero de ninguna manera derecho a un debate y pena en todo caso, pues estaríamos ya en el terreno de la venganza. Esto sin perjuicio del caso " Góngora" de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues en esa causa la clase de víctimas y modalidades de la acción son diferentes al presente, ya que se trataba de cuestiones de género y, por lo tanto, podría justificarse de que está de por medio, como lo hizo la Corte, la responsabilidad internacional del Estado, al asumir el deber de enjuiciar en todo caso,

impuesto por la “Convención de Belem Do Para” y otros instrumentos, criterio que, por otra parte, no compartimos, pero al menos es un fundamento.

5. En síntesis, presentándose aquí las condiciones legales básicas que hacen operativo el derecho del imputado- falta de antecedentes penales firmes , y posibilidad cierta y efectiva, inclusive asumida por la fiscalía en la pretensión de una pena de prisión de tres años-, corresponde revocar la denegatoria, y declarar viable el funcionamiento del instituto, debiendo remitirse la cuestión al colegio de jueces, a los efectos que en audiencia las partes discutan en pie de igualdad sobre las reglas de conducta.

Respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo manifestado por los colegas que me preceden.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de la imputada G. J. S., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a su favor;

3) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, ante otro juez penal, se dicte resolución con arreglo a la presente, bajo las condiciones que deberán debatirse y decidirse en los términos del art. 50 del C.P.P.;

4) Diferir la imposición de costas y regulación de honorarios del defensor particular, hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrian Barrios **Omar Florencio Minatta**

El Juez Alejandro Defranco no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo. Registrada con el Nro. **22** de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.