En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los trece días del mes de noviembre del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Leonardo Marcelo Pitcovsky, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"F., R. p.s.a. de abuso de armas-Tw" (Carpeta 3.518 OJ Tw – Legajo 29.878 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Particular, Dr. E. G., contra la resolución Nro. 1903/12 OJ Tw dictada en fecha 05/07/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 30/10/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado Fabián Ricardo Farías (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. E. G. como su defensor de confianza, y la Dra. María Tolomei en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Leonardo Marcelo Pitcovsky.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Prologaré mi voto efectuando una síntesis de la expresión de agravios formulados por el recurrente en la impugnación ordinaria traída a conocimiento de este tribunal.

La Defensa interpuso remedio ordinario -por escrito, con ampliación de fundamentos en la audiencia- contra la sentencia N° 1903/12, por la que el Juez Penal, Dr. Roberto Adrián Barrios, resolvió no hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado, por entender que el caso debía encuadrarse en la previsión normativa del párrafo cuarto del art.76 bis del Código Penal, supuesto en el cual el dictamen negativo del representante del Ministerio

Público Fiscal resulta vinculante para el Tribunal, a los efectos de la aplicación del instituto.

Previo a abordar específicamente la crítica de la resolución impugnada, el Defensor consideró pertinente señalar que la cuestión relativa a la controversia suscitada en torno a las denominadas tesis restringida o tesis amplia en materia de suspensión del juicio a prueba -en particular la determinación relativa a si el art.76 bis del Código Penal contempla sólo la primera de las posturas referidas o ambas-, ha sido definitivamente zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Acosta", al acoger la denominada tesis amplia.

Analizó que, mientras que parte de la doctrina y jurisprudencia sostenían que el instituto de mención resulta procedente sólo en aquellas hipótesis en que la pena de prisión que conmina el delito en su máximo –considerado en abstracto- no supere los tres años, otro sector, al que considera mayoritario, postula que resulta igualmente aplicable en los casos en que, no obstante superarse dicho máximo, resulta procedente la aplicación de una pena privativa de la libertad de ejecución condicional, según lo establecido en el art. 26 del Código Penal. En su apoyo, argumentó que surge de la misma letra de la ley penal que el art. 76 bis del código de fondo comprende dos grupos de hechos punibles: un primer grupo referido a aquellos ilícitos penales que tienen prevista pena privativa de libertad que no exceda de tres años (párrafos 1° y 2°) y una segunda categoría que comprende aquellos delitos que, aún siendo amenazados con una pena superior, habilitan el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso (art. 26 del Código Penal), supuestos de primera condena que no exceda de tres años (párrafo 4°), hipótesis que considera precisamente la del caso de autos, en función de la escala penal resultante del concurso real de los delitos que se atribuyen a F..

Transcribió párrafos del precedente "Acosta" ("Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejando

Esteban Acosta en la causa Acosta Esteban s/infracción art.14 1° párrafo ley 23.737, causa N° 28/05) en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió definitivamente la controversia, pronunciándose a favor de la denominada tesis amplia en materia de suspensión del proceso a prueba.

Al desarrollar los agravios de su parte, señaló lo que considera la errónea interpretación efectuada por el *A-quo*, en el sentido de que la falta de consentimiento u oposición del Ministerio Público Fiscal a la concesión de la *probation* posee carácter vinculante para el Tribunal.

Citó doctrina y jurisprudencia contraria a esa interpretación y consideró que, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha dirimido la cuestión en su totalidad, cabe resaltar que válidamente puede interpretarse, como argumento tácito que se desprende del precedente de fallos “Acosta”, que si el Máximo Tribunal se ha pronunciado en dicho proceso para otorgar la suspensión del proceso penal a prueba en una causa que carecía de consentimiento fiscal, admite su otorgamiento sin la aquiescencia del representante de la vindicta pública.

Opinó que no resulta ajustado a derecho que la decisión relativa al otorgamiento o negativa de la *probation* resida exclusivamente en la voluntad del Ministerio Público Fiscal, aún cuando ella provenga de una negativa fundada, pues si así fuese el Fiscal se convertiría en el decisor exclusivo del proceso en este aspecto, extremo que no se concibe sin aniquilar la función jurisdiccional expresamente asignada a la competencia del Juez Penal en su función de Juez de Garantías, desnaturalizando por completo el esquema procesal penal vigente.

Consideró que desde la concepción de un derecho penal que se estructura en base a los principios fundamentales de *última ratio* y las exigencias impuestas por el principio de legalidad penal, se deriva claramente la necesidad de

efectuar una exégesis restrictiva, requerida asimismo por el denominado principio *pro homine* en cuanto obliga a efectuar aquella interpretación legal que resulte más favorable a los derechos del imputado, es decir, aquella que aplique sólo subsidiariamente la potestad punitiva.

Sostuvo que desde una mirada teleológica, la suspensión del proceso a prueba se inserta en una concepción del derecho penal alternativo, que tiende a reducir los contenidos retributivos y de prevención general habitualmente atribuidos a la pena de prisión. El instituto habilita una sanción alternativa con la consecuente disminución del estigma para el autor y el alivio de la litigiosidad de los tribunales, siempre mayor que los recursos disponibles. Consideró, entonces, que si tal modelo parece preferible, por resultar más racional y una respuesta estatal superadora, interesa abogar por una aplicación fecunda del mismo y ello incluye precisamente que su aplicación no queda supeditada exclusivamente a la opinión de un representante de la fiscalía.

Aclaró que lo anterior no implica propugnar una exégesis *contra legem*, sino que la exigencia impuesta por el art. 76 bis del Código Penal ha de interpretarse como cumplimiento del rol de control inherente al Ministerio Público Fiscal, el cual se extiende a verificar que en el caso se conforme la posibilidad de condenación condicional, es decir que el mínimo de la pena previsto en el tipo penal no supere los tres años de prisión y que el imputado no registre condenas penales anteriores computables que impidan la condicionalidad.

Por otra parte, analizó que no puede pasarse por alto que la inexorabilidad del consentimiento fiscal lesiona el principio de igualdad ante la ley y consecuentemente el de la paridad de armas consagrados por el art. 16 de la Constitución Nacional. Ello en razón de que el otorgamiento y aún la decisión judicial quedarían siempre condicionados a pautas de interpretación propias del titular de la acción penal. Considera que entonces parecería que, si bien se

desdeña el modelo inquisitivo que concentra las funciones de acusar y de juzgar para ingresar en un régimen superador, en verdad quien concentra las funciones ahora es el fiscal.

A ello agregó que si el dictamen negativo del fiscal clausura la cuestión a resolver, se neutralizan las facultades que le asisten al imputado para contradecir la imputación penal, pues de este modo aquél se encontraría en una situación de inferioridad en relación con el titular de la vindicta, violentándose el derecho de defensa consagrado por el art.18 de la CN.

Concluyó solicitando que se revoque la resolución puesta en crisis y se otorgue la *probation* a favor del imputado F. R. F., por el plazo mínimo previsto por el Código Penal, ofreciendo la realización de 40 hs. de tareas comunitarias a favor de la Municipalidad de Paso de Indios –localidad en la que reside parte de su familia-, haciendo expresa reserva del Recurso Extraordinario Federal para el supuesto de que no se hiciere lugar a su planteo, al existir cuestión constitucional suficiente.

La representante del Ministerio Público respondió los agravios de la defensa durante la audiencia de impugnación. Comenzó su exposición haciendo referencia a los casos en que corresponde la concesión de la suspensión del proceso a prueba y los requisitos que deben cumplirse para su concesión.

Coincidió con el Dr. Barrios en que el presente caso debe encuadrarse en el 4to. párrafo del art. 76 bis del Código Penal, en atención a la pretensión punitiva provisoria que hizo ese Ministerio, la que funda en la gravedad de los hechos que se le imputan a F., de los que hace una reseña.

También coincidió con la defensa en cuanto a la posibilidad de otorgamiento del instituto teniendo en cuenta la escala penal prevista para los delitos imputados en

abstracto. No discute, dijo, la tesis amplia, pero consideró que en el caso se exige, además, la conformidad fiscal, cuya opinión resulta vinculante.

Sostuvo que no hay ningún derecho que sea absoluto, ni siquiera el del imputado, el que cede en los casos en que no se diera la posibilidad de una condena de ejecución condicional o hubiera una negativa fundada de la Fiscalía. Consideró que existen en el caso razones de política criminal, que tienen que ver con prevención general y especial, que hacen necesario que se ventilen los hechos en juicio y, eventualmente, si fueran acreditados, se condene al culpable. Refirió que es función del Ministerio Fiscal –fijada por la Ley Orgánica del M.P.F. y la Constitución Provincial- establecer los criterios de oportunidad y las prioridades en la investigación, en busca de una mayor eficacia en el ejercicio de la acción penal.

Opinó que nuestro sistema prevé la existencia de soluciones alternativas en los casos en que resultaran una mejor solución del conflicto, pero en el caso de autos no existe composición de conflicto porque la víctima se opone y porque, por las razones que expuso, la Fiscalía también se opone.

Citó informe de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y fallos de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva y al principio de proporcionalidad entre sus derechos y los del imputado.

Respecto de la consideración de la Defensa de que de aceptarse casos como el presente, el fiscal se convertiría en el decisor exclusivo del proceso, sostuvo que, efectivamente, si la negativa es fundada el fiscal decide porque la ley le otorga facultad vinculante, pero lo que decide es la continuación o no de la acción penal pública, no de la aplicación de una condena.

También asumió que corresponde al Ministerio Fiscal el evitar la litigiosidad, justamente para procurar la eficacia en el ejercicio de la acción penal pública.

Citó fallos del Superior Tribunal de Justicia sobre el carácter vinculante de la opinión fiscal en los casos del párrafo 4to. del art.76 bis del Código Penal y sobre la aplicación de la doctrina del “leal acatamiento”.

Consideró que la postura de la Defensa -que sostiene que en estos casos el consentimiento fiscal ha de interpretarse como cumplimiento del rol de control inherente al Ministerio Público-, implica desconocer la función constitucional y legal que tiene ese Ministerio como responsable de la eficacia de la acción penal pública.

Por último, rechazó la postura de la Defensa en cuanto a que se neutralizarían las facultades del imputado para contradecir la imputación penal, toda vez que se trata, dijo, del derecho de defensa que se mantiene hasta la última etapa, la del juicio, que es a la que su parte pretende llegar.

Solicitó que no se haga lugar a la petición de la Defensa y se confirme la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba resuelta por el Dr. Barrios.

Haciendo uso del derecho a réplica, el Dr. G. sostuvo que, pese a las profusas consideraciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, no logró solidificar la postura que plantea su negativa, e insistió en que el beneficio resulta procedente. Citó doctrina y jurisprudencia que conceptualizan al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico e hizo referencia al principio *pro homine*.

Consideró que la postura del Ministerio Fiscal, en relación al carácter vinculante de su dictamen, encuentra una limitación en el poder discrecional de los jueces de resolver en definitiva, interpretando la ley, de acuerdo al principio de legalidad.

Mencionó que los casos jurisprudenciales que evocó la Fiscalía se refieren a accidentes de tránsito, que conllevan la pena accesoria de inhabilitación, que el art. 76 bis

reconocía como un obstáculo, al igual que los mínimos legales, pero que, con la evolución de la jurisprudencia y la doctrina, fueron superados.

Insistió en el caso Acosta, ya citado en su escrito, y abonó su postura con otro fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal. Hizo suya la cita del Ministerio Fiscal de la "doctrina del leal acatamiento" en relación al fallo Acosta.

Entendió como mera hipótesis el planteo de conflicto insolucionable efectuado por el Ministerio Fiscal y mencionado por el Juez en su resolución.

Consideró que es un derecho constitucional del imputado el evitar una condena y que, si bien no resulta un antecedente condenatorio, la concesión del instituto resulta limitante de una nueva concesión en el caso de la comisión de un nuevo delito, durante los plazos previstos por la ley.

Haciendo uso de su derecho a réplica, la Dra. Tolomei consideró que el fallo Acosta no resulta aplicable al caso, ya que de ninguna manera se refiere al carácter no vinculante del dictamen fiscal.

En relación a una reflexión del Defensor, en cuanto a que a la Fiscalía tal vez no le interese una condena efectiva, aclaró que la pretensión punitiva provisoria efectuada implica una condena efectiva, que se fundamenta en la gravedad del hecho.

Por último hizo uso de la palabra el Sr. T. S. -la víctima-, quien manifestó su oposición a la concesión del instituto.

Otorgada la palabra al imputado F. R. F., no hizo uso de su derecho a declarar.

2. La cuestión a decidir, tal como quedara expuesto, pasa por determinar si la resolución impugnada resulta ajustada a una correcta interpretación del instituto de la suspensión del juicio a prueba o si, en cambio, ha consagrado una hermenéutica indebidamente restrictiva del derecho del acusado a transitar una salida alternativa al juicio oral.

He tenido oportunidad de analizar la cuestión en autos "P., P. E. s/ denuncia... " (Carpeta 2190 OJ Tw – Legajo 21439 OUMPF Tw), sentencia de fecha 10/03/11, por lo que he de recrear algunos de los conceptos allí vertidos, en cuanto resulten de aplicación al presente caso. Es sabido que el art. 76 bis CP, por su defectuosa redacción, ha dado lugar a diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales, lo cual impone –entiendo- una exégesis que partiendo del texto legal procure, salvando su constitucionalidad, armonizar la letra de la norma con otras cláusulas de naturaleza constitucional puestas en juego en el asunto.

En tal sentido, es preciso recurrir, como bien recuerda el impugnante, a la hermenéutica que en relación a este instituto ha desarrollado la CSJN en el fallo "Acosta", al señalar 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" (Fallos 331:858)

No cabe olvidar, en ese marco conceptual, que la suspensión del juicio a prueba es un mecanismo procesal cuya aplicación involucra la interpretación y aplicación de principios constitucionales como los de reserva de jurisdicción, legalidad, defensa, reserva de ley e igualdad. Es, justamente, la entidad de las cuestiones involucradas aquello que ha sido puesto de relieve por nuestro máximo tribunal en el fallo mencionado, sentando una doctrina que no se limita a la cuestión vinculada a la adopción de la denominada "tesis amplia" (en posición contraria a la del plenario "Kosuta" de la CNCP) sino que implica una verdadera toma de posición acerca del criterio con que cabe analizar

todos y cada uno de los extremos legales exigidos por la norma, para garantizar la más amplia aplicación posible del instituto dentro del marco del defectuoso texto legal.

3. Así, es sabido que la posibilidad de aplicación de la *probation* está prevista como una salida alternativa al juicio para quienes carecen de antecedentes penales computables, respecto de delitos de gravedad leve o mediana, en dos grupos diferenciados de casos: por un lado aquellos que tienen prevista una pena máxima que no exceda los tres años de prisión (criminalidad leve) y por otro en los que, si bien la pena máxima excede de aquel monto, es posible la aplicación de una pena de ejecución condicional (criminalidad mediana), pues se trata de delitos que admiten como posible una sanción de tres años de prisión –tope para la posibilidad de aplicación condicional de la pena-.

Decía que la imperfecta redacción del art. 76 bis CP ha generado las más diversas interpretaciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, en cuanto a los requisitos que viabilizan su aplicación en los casos concretos, particularmente respecto del segundo de los grupos mencionados –como es el caso- en tanto la ley establece que en tales supuestos debe mediar "consentimiento fiscal", al tiempo que requiere la "posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de la pena" en el caso.

La cuestión sometida a tratamiento en la decisión recurrida involucra ambos extremos, pues en los presentes si bien la pena mínima que en abstracto prevé la ley sustantiva para el concurso de delitos imputado reconoce la posibilidad de una condena de ejecución condicional –dos años de prisión-, la opinión fiscal es contraria a la aplicación del instituto y en ella ha basado el Juez a-quo, por compartir sus argumentos, la denegatoria impugnada. Si bien la Sra. Fiscal admite en la instancia de origen que podría caber una pena en suspenso, recuerda que la postulación punitiva de la Fiscalía, en el caso concreto, es de tres años y seis meses de prisión.

4. Respecto al valor de la opinión fiscal en este tipo de supuestos cabe recordar que para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia el dictamen favorable -consentimiento fiscal- configura un *requisito de procedibilidad* del instituto, que se suma a los restantes recaudos legales en razón de la mayor gravedad de los delitos involucrados. Para otro sector, en cambio, esta última circunstancia –la mayor gravedad de los hechos- exige que en dichos casos medie un control fiscal *específico* acerca de la concurrencia de los requisitos legales de procedencia del instituto.

Surge así el interrogante acerca de cuál es el alcance que cabe atribuir a la facultad fiscal respecto de la concesión de la *probation* y si puede considerarse que la misma tiene carácter vinculante para la magistratura, como se sostiene en el decisorio recurrido.

No parece ofrecer dudas la posición que indica que la opinión fiscal legalmente fundada y favorable a la suspensión del juicio a prueba es *vinculante* para el tribunal, pues una decisión contraria implicaría extralimitar en el caso el ámbito de la jurisdicción legalmente habilitada.

El problema se plantea cuando el dictamen fiscal es contrario a la *probation*. Si la opinión es infundada, esto es, si carece de los fundamentos mínimos que la ley exige a todo requerimiento fiscal (art. 25 y 115 CPP), es claro que el juez debe procurar el saneamiento del acto y, en su caso, declarar la nulidad del dictamen (art. 162 primer párrafo y 164 CPP).

Aunque, vale reconocer, en algunas resoluciones judiciales se advierte que los jueces recurren al expediente de la nulidad del dictamen fiscal cuando, en puridad, no es que la opinión fiscal carezca de fundamentos sino que no se comparten los argumentos dados por el MPF para negar la aplicación del instituto.

5. Lo anterior obliga a recordar que la posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba, en las circunstancias que fija la norma, es el *derecho* de la persona sometida a un proceso penal (como lo recuerda la Corte en "Acosta"), de no transitar –a su requerimiento- la etapa del juicio, evitando de ese modo la estigmatización que puede implicar la audiencia de debate y una eventual sentencia de condena. No se trata de un simple beneficio y mucho menos un privilegio y, como tal, su aplicación debe ser garantizada por los jueces en las condiciones de su vigencia. En ese contexto es claro que respecto de los parámetros que delimitan el alcance del derecho –requisitos de procedencia- rige el principio de "reserva de ley", lo cual significa que aquellos deben surgir de modo expreso del texto legal, pues sólo el legislador puede establecer criterios generales que garanticen idéntica aplicación para los iguales en igualdad de circunstancias.

La Corte Interamericana de DDHH ha destacado "24. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos" (Corte IDH, OC 06-86 de fecha 09/05/86, "LA EXPRESIÓN 'LEYES' EN EL ARTÍCULO 30 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)

Por ello entiendo que no cabe asimilar el derecho del imputado a acceder a la suspensión del juicio con un mero criterio de oportunidad en la persecución penal, de aplicación reglada pero discrecional para el MPF, sino que es una facultad procesal que debe ser garantizada, en las condiciones legales, pues traduce –además- una útil

herramienta normativa de carácter preventivo especial, sustitutiva de la pena de prisión.

En este último sentido hay que recordar que la importante restricción de derechos que autoriza la aplicación del instituto, si bien marca su sentido preventivo y composicional, no deja de tener una clara naturaleza sancionatoria, que sólo procede ante el pedido expreso de la persona imputada, para no vulnerar el principio de inocencia. La doctrina lo recuerda al afirmar que "...desde un enfoque teleológico, de sentido y de objetivos,... el instituto habilita una *sanción* alternativa a la prisión..." (DEVOTO Eleonora A., *Los límites de la intervención del fiscal en la suspensión del juicio a prueba,* L.L., Supl. Penal 2010 (septiembre), p. 132. La cursiva me pertenece).

Es claro que el legislador no sólo tuvo en miras al sancionar este instituto aliviar la congestión de causas en los tribunales -al disminuir el número de casos que se llevan a juicio-, sino, fundamentalmente, consagrar como decisión de política criminal una respuesta alternativa a la prisión, evitando el pronunciamiento de una condena y su consecuente estigmatización respecto de quien posiblemente no haya de cumplir en forma efectiva la pena, así como la de propiciar soluciones composicionales o reparatorias entre los protagonistas del conflicto penal.

6. Entiendo, pues, que no puede válidamente interpretarse que el "consentimiento fiscal" que menciona el cuarto párrafo del art. 76 bis CP sea un requisito de admisibilidad *extra* para ese tipo de supuestos. Cuando la negativa fiscal se base en la *comprobada* ausencia de alguno de los requisitos legales de procedencia del instituto, es claro que la opinión es vinculante para el juez. No hay duda de que si la negativa se funda en la ausencia de algunos de los requisitos legales para la procedencia del instituto el tribunal no puede

rechazar esa opinión, pues se basa en argumentos que surgen del texto claro y expreso de la ley.

Ello no ocurre cuando la denegatoria fiscal se funda –como en los presentes- en consideraciones generales de política criminal propias de la competencia legisferante, o aún en ponderaciones propias de la persecución penal vinculadas al caso concreto. Si se interpretara que la opinión fiscal basada en criterios tales como gravedad del hecho, interés público comprometido, razones de política criminal, etcétera, ajenos todos ellos a los expresamente establecidos en la ley, pudiera ser legítimo obstáculo para el ejercicio del derecho en cuestión sus límites ya no serían legales, sino que pasarían a ser los discrecionales criterios que cada uno de los representantes del MPF considerara razonables y suficientes, en base a los particulares diseños de la política criminal que tuviera cada uno de ellos.

El quiebre del principio de igualdad en la aplicación del instituto surge palmaria frente a semejante interpretación, ante la innumerable cantidad de opiniones fiscales posibles frente a casos análogos que -en forma más o menos fundada o razonable- pudieran esgrimirse en base a argumentos que no surgen del texto expreso de la ley.

Ante el panorama de ambigüedad e incertidumbre para el justiciable que se deriva de una postura semejante, se impone una interpretación restrictiva –insisto- del alcance de la facultad fiscal en la aplicación del instituto. Así, se ha dicho: "...ni razones de política criminal o de interés público, ni invocaciones del art. 120 de la Const. Nacional, ni criterios de oportunidad de ningún tipo pueden legítimamente servir de base a la oposición fiscal al acceso del imputado a la suspensión del juicio a prueba". (DIAZ CANTON Fernando, "*Principio pro homine y suspensión del juicio a prueba*", Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Leonardo G. Pitlevnik, dirección, N° 6, Hammurabi, Buenos Aires, año 2009).

Por ello considero que la opinión fiscal, por más fundada y razonable que sea, no puede ser vinculante para el juez si no se basa en los propios límites que de modo objetivo fija la ley, ya que si bien el MPF es quien, como titular de la acción penal, habilita al juez a aplicar el Derecho en el caso concreto, una vez dada esa habilitación la aplicación del derecho es una exclusiva facultad judicial. La pretensión contraria implicaría autorizar un indebido desplazamiento de la potestad jurisdiccional hacia una de las partes. "Es tan irregular que un juez ejerza la función de acusar y de juzgar como que el fiscal acuse y juzgue y ello ocurriría frente a la inexorabilidad del consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal para el otorgamiento de la probation" (DEVOTO Eleonora A., op.cit., p.131), supuesto en el cual, según la autora, la decisión judicial quedaría reducida a un mero "sello de goma".

7. Otro argumento que cabe tener en cuenta y que no resulta menor a los fines de decidir la cuestión es que el controvertido "consentimiento fiscal" que prevé el art. 76 bis CP es un recaudo de naturaleza eminentemente adjetiva, pese a su inclusión en una norma de carácter sustantivo, que no ha sido incluido como tal en la regulación que al respecto establece el nuevo digesto procesal de la provincia (art. 49 y ccdtes CPP). Así, si bien el nuevo código regula la realización de una audiencia, que garantice la contradicción, la inmediación y la presencia de la víctima, de ningún modo exige el acuerdo fiscal como requisito para la concesión de la *probation*.

Es sabido que la inclusión de este tipo de cláusulas en los códigos de fondo resulta admisible –siendo un piso, no un techo en cuanto al contenido y alcance de los derechos-, pero su vigencia está condicionada a la circunstancia de que el legislador local, retomando la facultad constitucional

reservada (art. 135, inc. 19, CCh), regule la cuestión de manera específica.

Adhiero, pues, a una posición restrictiva del alcance de la facultad fiscal de oposición a la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, interpretando -en idéntico sentido al postulado por un importante sector de la doctrina- que "...la exigencia inserta en el párrafo 4to. del art. 76 bis del C.P. –consentimiento fiscal- ha de interpretarse como el cumplimiento del rol de control inherente al Ministerio Público, que en el caso se extiende a verificar que se conforme la posibilidad de condena condicional en el caso concreto: que el mínimo de la pena previsto en el tipo penal no supere los tres años de prisión y que el imputado no registre condenas penales computables que impidan su condicionalidad". (DEVOTO Eleonora A., op. cit.).

8. La Fiscalía, en el caso, al oponerse al planteo del recurrente, indica que el Superior Tribunal de Justicia de Chubut ha asumido la postura de considerar vinculante el dictamen fiscal para la concesión de la *probation*, con cita de jurisprudencia.

No desconozco, en modo alguno, la autoridad institucional de los fallos que dicta el más Alto Tribunal judicial de la Provincia. Tampoco ignoro los alcances de la llamada "doctrina del leal acatamiento" a la jurisprudencia de los tribunales superiores, delineada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Cerámica San Lorenzo"(Fallos 307:1094), entre otros. En el citado fallo puede leerse que "si bien la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllos" (conf. doc. de Fallos 25:354), por lo que "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar *nuevos argumentos* que justifiquen modificar la posición sustentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la

Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia" (Fallos 307:1094 cit., consid. 2°, y 311:1646, entre otros. La cursiva no pertenece al original).

Sin embargo, considero que es esa misma doctrina –como bien señala el recurrente- la que me impone el riguroso acatamiento de los parámetros interpretativos sentados por el más Alto Tribunal de la Nación en el mencionado caso “Acosta”, pues los profusos argumentos dados en esa sentencia por la Corte no han sido rebatidos ni superados por los pronunciamientos a los que alude la Fiscalía. Así, se impone la interpretación más amplia posible por parte de los jueces al analizar los presupuestos objetivos y subjetivos de procedencia de la suspensión del juicio a prueba, pues resulta de toda evidencia que el instituto en cuestión implica una respuesta punitiva -en cuanto a penas privativas de la libertad se refiere- que en mayor medida compatibiliza la reacción estatal frente al presunto delito, con los postulados fundantes que la habilitan.

9. Retomando. El requisito propio para la procedencia de la *probation* en el segundo grupo de delitos contemplado en el cuarto párrafo del art. 76 bis CP es el de que en el caso sea *posible* dejar en suspenso la ejecución de la pena. La condición indispensable es, pues, la posibilidad (aptitud, potencia u ocasión) de una condenación condicional y ello sí reconoce una sólida base en razones de política criminal, ya que cuando la expectativa sea la condicionalidad de la pena la *probation* configura una salida mucho más útil no sólo en términos de resocialización sino de reparación y, eventualmente, de resolución del conflicto.

En el caso la Sra. Fiscal ha dicho que si bien es cierto que el mínimo de la escala penal correspondiente al concurso de delitos imputados admitiría dejar en suspenso el cumplimiento de una eventual condena, su parte ha solicitado

la pena de tres años y seis meses de prisión, sanción que conlleva el encierro efectivo.

Esa argumentación, entonces, exige al Tribunal expedirse acerca del modo en que debe determinarse -exclusivamente a los fines de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba- la posibilidad de aplicar en el caso una pena de ejecución condicional.

Por un lado están quienes afirman que, ante el pedido de *probation*, resulta necesario hacer una proyección hipotética que valore los hechos, su naturaleza y características, así como las pautas individualizadoras de la sanción que correspondería en el caso y, a partir de allí, decidir si cabría o no la posibilidad de dejar en suspenso la sanción.

Otros, en postura que comparto, consideran que la posibilidad de que la condena sea dejada en suspenso no puede surgir de una provisoria e hipotética proyección sobre la pena –que sólo podría hacerse luego de sustanciado el juicio-, sino de la objetiva amenaza penal que surge de los hechos atribuidos. Es claro que una interpretación contraria restringiría indebidamente el ámbito de aplicación del art. 76 bis CP, en tanto la propia letra de la ley admite una hermenéutica más amplia de su alcance (en consonancia con lo decidido por la CSJN en “Acosta”, caso en que el máximo Tribunal se pronuncia a favor de la aplicación del instituto prescindiendo del consentimiento fiscal, como recuerda el impugnante).

Entiendo que resulta inapropiado en este estado del proceso y a los fines de decidir la aplicación de la *probation* atender a argumentos conjeturales acerca de la pena esperable, con base en una información provisoria que toma como datos objetivos y ciertos aquellos que sólo pueden surgir del tratamiento de la prueba en un juicio. Resulta erróneo asimilar la tarea que debe realizar la parte acusadora al fundar su concreto pedido de pena en el debate (acto que completa la acusación), o aquella que realiza el juzgador al individualizar la sanción a imponer -sobre la base de datos surgidos luego de sustanciada la prueba en el

debate-, con la valoración que cabe realizar para decidir los límites del derecho del imputado a ejercer su derecho a la *probation*.

Tal proyección hipotética y los parámetros individualizadores que contemple sólo permitirán fundar en concreto la medida –graduable- de la salida alternativa en punto a su duración, las condiciones a cumplir durante el período de prueba y las reglas vinculadas a la reparación del daño ocasionado –que no sólo procede en delitos de contenido patrimonial-, pero no pueden servir de valla para la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

10. Cabe recordar que la imputación que recae sobre Fabián Ricardo Farías encuadra en la figura de abuso de armas y tenencia ilegal de arma de guerra, dos hechos en concurso real (art. 104, primer párrafo y art. 189 bis, inc. 2°, 45 y 55 del Código Penal), cuya amenaza de pena tiene un mínimo de dos años de prisión, lo cual admite, en base a los argumentos expuestos y ausente todo otro impedimento legal, la modalidad de cumplimiento en suspenso de una eventual condena, por lo que la suspensión del juicio a prueba resulta procedente en el caso.

Entiendo que la que propicio no sólo resulta ser una de las interpretaciones posibles que ha consagrado un importante sector tanto de la doctrina (Vitale, Devoto, Juliano, Aued, Edwards, entre otros), como de la jurisprudencia, sino que constituye una hermenéutica que permite la más amplia aplicación del instituto –con una menor cuota restrictiva de derechos-, y que mejor armoniza los preceptos legales y constitucionales en juego (art. 16 y 18 C.N., art. 44, V, cláusula I, CCh, art. 31, primer párrafo, CPP). A ella, pues, he de atenerme.

A partir de una exégesis como la que se propone será posible acercarnos al objetivo de acotar la imposición de

penas de encierro, mediante la posibilidad de esta solución alternativa que contempla la reparación, el cumplimiento de reglas o condiciones conductuales por parte del imputado y que si bien no en todos los casos permite una solución del conflicto cuando menos significa una manera menos violenta o traumática de reconducirlo y, por tanto, más útil en términos sociales.

11. La decisión recurrida debe revocarse, por cuanto entiendo que tanto la parte acusadora como el Juez a-quo han restringido la aplicación del instituto en base a fundamentos distintos de aquellos previstos de modo expreso por el legislador, por lo que debe hacerse lugar a la impugnación, declarando procedente la aplicación del instituto a favor del imputado, debiendo remitirse las actuaciones a la instancia de origen para que, por ante otro juez penal, se dicte resolución –con arreglo a la presente-, bajo las condiciones que deberán debatirse y decidirse en los términos de lo dispuesto por el art. 50 del CPP. Así voto.

12. Las costas deberán ser soportadas por el acusado (art. 242, inc. 3°, CPP). En cuanto a los honorarios profesionales corresponde diferir su regulación hasta tanto sean fijados en la instancia de origen.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia que deniega a su defendido el ejercicio del derecho a suspender el juicio, argumentando, básicamente, que la oposición del fiscal no solo es infundada, sino que tal parecer no es vinculante para la jurisdicción, pues quedaría en poder de tal funcionario solucionar la cuestión, en clara violación a la igualdad de armas y a la función decisoria propia de los jueces. Agrega, asimismo, que en el caso se dan todos los requisitos legales que exige la ley para la operatividad del derecho, por lo que discute la negativa del fiscal y la estima sin fundamentos.

2. La fiscalía, por su parte, sostiene que la conformidad del fiscal para que el derecho sea operativo -en los casos en que el delito imputado supere los tres años de

prisión, pero cuyo mínimo sea tres o inferior- es vinculante para el juez y siempre que el dictamen se encuentre fundado.

3. Adelantamos que se propondrá en este voto la revocación de la sentencia, haciendo lugar a la suspensión del juicio peticionada por la defensa, disponiendo la remisión a otro juez que corresponda a los efectos de que, previa audiencia establecida por el artículo 50 del Código Procesal Penal, fije las condiciones y tiempo a cumplir por el imputado.

4. No ahondaremos en la discusión acerca de la obligatoriedad o vinculación del dictamen fiscal para el juez, puesto que, previo a ello, debe efectuarse un control de legalidad sobre la decisión fiscal. Recordemos que el control de legalidad por parte de los jueces no implica sustituirse en las valoraciones e interpretaciones del ministerio público, so pena de invasión de facultades constitucionales propias de los fiscales, sino que tal control implica sólo verificar si la posición del acusador está sustentada dentro de una interpretación posible de la ley, norma, aunque no estemos de acuerdo con ella. Es así que concluiremos, en el caso, en la falta de fundamentos de la oposición del fiscal, por lo que no puede ser ello un obstáculo para la aplicación del instituto, ya que debemos evaluar su irregularidad con los mismos efectos que produce un dictamen favorable y, de esta forma, acoger la propuesta de la defensa, por razones análogas a los casos en que un tribunal de impugnación absuelve.

En esta senda, recordemos que el único modo de denegar la suspensión del juicio a prueba -en los casos que corresponde condena de ejecución condicional o sea mínimo de tres años de prisión o inferior y primera condena- es demostrar, en forma acabada y fundada en pruebas empíricas, que el encarcelamiento efectivo del imputado es conveniente, postura que se extrae, a contrario sensu, de los parámetros

establecidos por el artículo 26 de nuestro código penal, el cual establece que procederá tal condena cuando se demuestre la inconveniencia de aplicar efectivamente la prisión.

Esto es así por la estrechísima relación en cuanto a los fines de la condenación condicional y la *probation*. La primera, se funda en el carácter deteriorante que necesariamente conlleva la privación de libertad, por lo que se la trata de evitar dejando en suspenso su ejecución concreta. Nuestro código penal siguió al modelo francés que dejaba en suspenso la condena, es decir, se tramitaba el juicio y se condenaba -aunque en suspenso-, a diferencia del modelo anglosajón o *probation* que suspende la condena o el mismo juicio, el cual se estima preferible porque así se evitan las prisiones preventivas que tienen igual o peores efectos que las penas cortas, lo que se trata de evitar con la *probation*. Como puede observarse, la finalidad de la suspensión del proceso a prueba es similar a la condenación condicional, solo que aquel instituto tiene la ventaja de no estigmatización que acarrea el desarrollo de todo un proceso y una eventual condena, a la par que se pueden destinar esos recursos a las causas más graves, además de considerarse un instrumento de simplificación procesal y de alternativa al encierro tradicional, todo lo cual nos autoriza a sostener que la *probation* es el equivalente de la condenación condicional para la etapa del juicio. *(Cfr. ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, Ediar, Bs As, 2000, págs. 921/930).* En suma, todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a la suspensión del juicio, por lo que si quiere denegar deberá fundarse expresamente la conveniencia concreta del cumplimiento efectivo en caso de eventual sentencia condenatoria. Este talante de fundar expresamente la prisión efectiva cuando resulta formalmente admisible la condenación condicional fue recibido en un fallo reciente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos términos: "*si bien los jueces argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del*

C.P.), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los Magistrados que la disponen (del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti CSJN 8/8/2006, caso "Squilario").

Si esto es así, si los objetivos pueden alcanzarse con alguno de los dos institutos, no tiene sentido llegar al juicio y obtener una sentencia, cuando el mismo imputado no quiere y está demostrado, mínimamente, que él es responsable en grado de probabilidad de su accionar.

5. Adviértase, además, que el carácter represivo no está ausente en el instituto, vía las reglas que se imponen al imputado, lo que podría actuar como acicate o motivo de reflexión para el autor y los otros, a los efectos de abstención de conductas semejantes. Vaya esta última afirmación para quienes creen que la aplicación del poder punitivo lleva necesariamente anejo tales funciones, cuando hoy sabemos, por estudios criminológicos, que la pena, en la inmensa mayoría de los casos, no disuade eventuales conductas penales.

6. Con este marco teórico, solo resta exigir para la operatividad del derecho a la suspensión del juicio, el cumplimiento en el caso concreto de los supuestos legales exigidos en el artículo 26 del código penal. Es decir, primera condena, montos mínimos que no superen los tres años de prisión e inconveniencia de cumplimiento efectivo para el imputado, extremo éste último que está debatido, pues ello podría implicar un juicio subjetivo basado en cuestiones aún

no probadas y que podría así lesionar el principio de inocencia. De todas formas, en este caso es muy claro la concurrencia de "primera condena" y posibilidad de que el monto punitivo sea inferior a tres años, tal como lo permiten los tipos penales en juego.

7. En este orden, cabe rechazar la pretensión del fiscal en cuanto a que estamos ante un hecho grave, ya que la entidad de un injusto debe, en primer lugar, medirse por pautas objetivas, en este caso, la escala legal, y no por cuestiones ajenas. Adviértase que la fiscalía trata de fijar la gravedad del abuso de armas en el peligro concreto que corrió la integridad de la víctima, pues el autor dispara un arma de fuego contra una persona sin herirla, pero ello es una variable, en todo caso, de todo abuso de armas y de la tentativa de homicidio, por lo que la fiscalía debió entonces perseguir por aquel tipo penal, so pena de contradicción. Es decir, el abuso de armas no es un delito grave en nuestra legislación, puesto que un tipo penal es más grave que otro, según una pauta objetiva, cuando tiene como consecuencia un mayor dolor o privación de derechos para el autor. Es decir, un monto de pena superior. Asimismo, cabe descartar la pretensión fiscal de fundar su oposición en que no puede ninguna persona resolver sus problemas "a los tiros", por lo que si se concede la *probation* en este caso el mensaje de prevención general y especial fallará, ya que la única posibilidad de que funcionen esos fines, dice la fiscal, es con la sanción del acusado, lo cual debe rechazarse porque todo abuso de armas necesariamente implica un conflicto que se expresa "en tiros", por lo que si se acoge tal criterio para denegar, ningún caso de abuso de armas sería susceptible de *probation*.

Tampoco puede aceptarse como criterio razonable de oposición, la circunstancia de que el fiscal fija los lineamientos de política criminal, estableciendo los criterios de oportunidad y prioridades en la investigación y persecución, lo cual, en el caso, es solo una afirmación sin verificación empírica alguna en nuestra zona, ya que no

aparecen en cantidad y sistematicidad hechos de tal naturaleza como para elevarlos a prioridades de política criminal.

8. Por último, la fiscal se opone porque la víctima no presta su acuerdo para la *probation*, lo cual no es exigido por la ley, motivo por el cual no puede tal extremo traerse como obstáculo, sobre todo para denegar un derecho al imputado. No obstante, el discurso de la fiscal no transita este andarivel, sino que trata de encuadrar el instituto como un modo definitorio de la justicia consensual o restaurativa, es decir, de la utilización de un instrumento que permite a los protagonistas esenciales del conflicto diseñar su propia solución. Estimamos, respetuosamente, que esto es un error, pues la suspensión de juicio a prueba no está previsto para solucionar o redefinir un conflicto con la aquiescencia de la víctima, sino prescindiendo de ella y pensado principalmente para evitar las penas cortas y otros objetivos, entre los cuales la solución del conflicto real no es una de las prioridades. Y es que el instituto tiene naturaleza represiva, pues las mismas condiciones y existencia de un proceso penal a soportar lo tiene, ya que se trata de dolores o privaciones de derecho sin utilidad alguna que beneficie a alguien, al menos en la inmensa mayoría de los casos. En una palabra, si se pretende descartar el instituto porque no soluciona un conflicto, qué debemos decir de una condena penal que -y esto está más que estudiado- nada soluciona.

En este hilo de resaltar la conducta de la víctima, también la fiscalía hace referencia al derecho a la jurisdicción o tutela judicial, presentado aquí como expresión de una supuesta igualdad de armas que debería predicarse entre imputado y víctima. También debe rechazarse este parecer y para ello transcribiré mi voto en una reciente causa en la cual decimos que ”...*Conviene detenerse en el*

análisis de esta cuestión, no sólo porque ha sido traído como argumento por los acusadores, sino porque es una oportunidad para exponer y aclarar, una vez más, el entendimiento que debe darse a términos tales como acusatorio, adversarial, igualdad de armas, garantías de las víctimas, etc., al menos en el marco procesal penal chubutense".

"En este camino, puede observarse una confusión en cuanto al status de los derechos del imputado respecto de las víctimas dentro del proceso penal... los derechos de ellas no son iguales a los del imputado, pues sería incomprensible si advertimos que éstos últimos gozan del principio de inocencia, in dubio pro reo, etc. -entre muchos otros- que lo distinguen netamente de aquellas".

"Es por esto que ni la tutela judicial efectiva ni una supuesta igualdad de armas deben entenderse como paridad material de las partes acusadoras con la defensa dentro del proceso penal, sino que tales derechos, cuando colisionan con los del imputado, necesariamente deben ceder, de forma tal que no puede legitimarse su derecho a buscar la condena a ultranza, sobre todo cuando existe un mecanismo como la suspensión del juicio a prueba que brinda una mejor respuesta al conflicto".

"En definitiva, la tutela judicial efectiva de la mujer en este caso queda absolutamente garantizada, no sólo con el acceso efectivo al proceso penal -con todo el contenido penoso que reseñáramos-, sino también porque le quedan otras vías no penales que puede ejercitar a libertad.("C., M. E. s/denuncia-Trelew" (Carpeta 3.524 OJ Tw –Legajo 31.735 OUMPF Tw), 16/10/12 – Sent 14/12)

9. Para terminar, cabe traer a colación que deberá siempre tenerse en cuenta para interpretar la ley penal, las pautas que surgen de los caracteres de "ultima ratio" y "pro homine", receptados en "Acosta" por nuestra CSJN, caso paradigmático de interpretación de la ley penal. Pero también son importantes para ello, una serie de instrumentos internacionales que tienen vinculación con el caso. Nos referimos específicamente a las "Directrices sobre

la Función de los Fiscales”, aprobadas por la Asamblea Gral. de la ONU del año 1990 en Cuba. En este sentido las citadas directivas establecen que los estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan por la vía judicial, no solamente para aliviar la carga de los tribunales, sino también evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y condena, disponiendo que los fiscales consideraran debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente, o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. Todo ello implica que las Naciones Unidas insisten en el carácter de última ratio del sistema penal en la resolución de los conflictos y de que en todo momento se deben privilegiar las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de prisión.

Por todo lo anterior entendemos que tanto la negativa del Fiscal, como la argumentación de la sentencia, carecen de fundamento legal, por lo que se propicia su revocación.

10. Costas: Adhiero a lo manifestado por la colega preopinante en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios al letrado interviniente.

El juez Leonardo Pitcovsky dijo:

Habiendo esta Cámara en lo Penal arribado por unanimidad al acogimiento de la queja de la Defensa, pasaré por exigencia constitucional a emitir mi voto. Como primer asunto a señalar, es que debo destacar la prolijidad y la vehemencia puesta de resalto por las partes en sus amplias alegaciones, tanto escritas como orales, en pos de lograr el resultado más favorable a su pretensión. Segundo dato a subrayar, es que este sufragio además de verificar los extremos de legalidad en relación al instituto solicitado,

principalmente pondrá atención, pues también es Doctrina legal en esta Provincia a partir de varios pronunciamientos que más adelante se señalarán, que las resoluciones de los jueces y los dictámenes de las partes deben contener una debida fundamentación lógica y legal, superadores de más de un ligero examen de razonabilidad y de legitimidad.

Que la pieza procesal a considerar en primer lugar –así lo entiendo– es el resolutorio del Juez interviniente que se opone a la aplicación de la "Probation" peticionada por la Defensa, haciendo lugar en ese aspecto al dictamen de la Fiscalía que se negó a la implementación del Instituto, oposición que a su juicio se encuentra debidamente fundada y por ende, vinculante a su decisión. La queja del Sr. Defensor sobrevino, pues cuestiona esta posición. Ha dicho el Magistrado que en atención a la pretensión punitiva de la Fiscalía, deducida del concurso de delitos, determina la imposibilidad de suspensión de una eventual condena (Art. 26 del C.P.), y por ello la denegatoria, en tanto la sanción a prisión peticionada en la acusación es de tres años y seis meses. Luego analizó si estaba debidamente fundado conforme los parámetros que exige el Código Procesal Penal –y pasible del examen de legalidad por parte de la Magistratura– concluyendo también que sí. Expresó el Juez que el instituto fue concebido en un principio como un modo de descongestionar el sistema de administración de justicia, es decir a aquellos casos vinculados a delitos menores, preservándose los recursos del Ministerio en la persecución de los delitos más graves. Debe entenderse que el Juez ha reparado que el caso en examen es de aquellos señalados como graves y por ende, fuera del alcance de la Ley 24.316.

Párrafo seguido el Magistrado expresó que "*En la especie, creo que lejos estamos de una verdadera resolución de conflictos entre las partes. Los dichos de la Fiscal General esbozados en la audiencia en cuanto a la falta de pacificación entre ellas, ratificados por la hija de la presunta víctima, delatan la ausencia de esta exigencia en la suspensión del juicio a prueba, y que constituye, como ya*

se dijera, un modo de extinción de la acción penal gestado mediante el acuerdo de voluntades entre imputado y ofendido, realizado con la anuencia del Ministerio Público Fiscal...”.

En ese sentido, el Juez tomó algunos de los argumentos que trajo la Fiscalía, quien argumentó en su escrito que en el caso no se logró la pacificación entre la víctima y el posible ofensor, que los hechos eran sumamente graves, como también que no era posible consentir el otorgamiento de la “Probation” en razones de política criminal. Afirmó que la ley que regula el Ministerio que ocupa, construye los lineamientos de esta política y establece cuáles deben ser los criterios de oportunidad a atender, las prioridades de investigación y persecución de los delitos –en ejercicio de la acción penal– en búsqueda de una mayor eficacia en su aplicación, búsqueda final que radica en la solución de los conflictos. Advirtió entonces la Sra. Fiscal que en el caso en estudio no hubo pacificación entre las partes y en consecuencia, tampoco solución del conflicto. Agregó que se afectaría el derecho de la víctima, si no se lleva la causa a debate, pues se negaría su derecho supranacional de negarle el acceso a la justicia. Que con la aplicación del instituto no se soluciona ni se pacificaría el conflicto, pues se debe atender que ha sido un hecho muy grave, con riesgo para la vida del denunciante. Los motivos que apuntalan la queja y el responde de la Fiscalía se encuentran largamente expuestos al principio, por lo que me referiré al asunto y los argumentos que he tenido en cuenta –al igual que mis colegas– para que se otorgue el instituto de la suspensión del juicio a prueba al traído al proceso.

No puede escapar al estudio de la presente que nuestros legisladores, al incorporar al sistema procesal penal de nuestra Provincia los institutos de solución alternativa de conflictos, implementaron como modo de apartarse del modo punitivo de ciertas conductas ilícitas, los criterios de

oportunidad, tales como la disponibilidad de la acción –Arts. 44 y 45 del C.P.P.– reparación y conciliación –Arts. 47 y 48– agregando el capítulo la suspensión del juicio a prueba –Art. 49– como otro de los derechos ya consagrados en el orden nacional, creación de antigua fecha por ley 24.316. Soslayar este dato aparece al menos comprometido con los derechos que se le han otorgado al ciudadano para evitar la estigmatización de una condena penal, superando previamente el control de legalidad.

Sobre este tópico, vale recordar y rescatar que "(...) *el instituto cuya aplicación se pide tiene como objetivo suspender la persecución penal a prueba de la conducta del imputado, postergando ...'el juicio sobre el autor y su acto a la espera de que el cumplimiento de las obligaciones impuestas confirme el pronóstico sobre la adecuación social de la conducta del imputado, vaticinio o predicción que se formula sobre la base de la menor gravedad del hecho y de la delincuencia primaria'. (Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación. 12 de agosto de 1992. Diario de Sesiones.)(...)";* cita del Ministro Dr. Jorge Pfleger en Causa "Abraham, R. p.s.a. de Retención indebida" –Expte. 21062/07. También se dijo en aquella oportunidad en el Congreso Nacional para dar crédito a la novel Ley, que "*(...) lo que pretende este instituto es atender a cada delincuente primario, ocasional o que comete un delito una sola vez en la vida... Debe tenerse en cuenta que esa es la política criminal a la que apunta este instituto, y en esa dirección va encaminado. (...)"* Augusto Alasino, miembro informante en el debate parlamentario de la Ley 24.316.

Continuando con la línea argumental acercada por la Fiscalía y tomada en su decisorio por el Juez Penal, cabe destacar la mención al punto de vista expresado por la víctima en la audiencia, perspectiva que seguidamente es escogida por ese Ministerio para provocar el rechazo del instituto solicitado por la Defensa. El denunciante dijo que su intención era que el imputado fuera juzgado a través del juicio correspondiente.

De ello entonces se hizo eco la Sra. Fiscal, agregando que no se había logrado la pacificación necesaria entre denunciante y denunciado luego del hecho, más allá de no señalar cuáles habían sido los actos que existieron en tal sentido en esta "relación". Que si bien no hubo de presentarse en la audiencia la víctima en carácter de querellante, su presencia y sus dichos –que por ley es ajustado consentir y oír– no infiere ello que sin más deban tomarse sus manifestaciones como tracción, de tal manera que puedan torcer la posición del propio legislador. Tal como se expresara en causa "A., J., s/ impugnación". Puerto Madryn, Expte. 3/2011 CPPM; que si bien en lo "formal" no es el caso, pero si en lo sustancial, que: "*conforme los argumentos dados en su decisorio (Juez Penal), ha asimilado la oposición de la Querella contenida en el último párrafo del art. 49 del C.P.P. de nuestra Provincia, al consentimiento fiscal para el otorgamiento requerido en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código de fondo, lo cual a mi juicio no corresponde, pues con ello se afecta el principio de máxima taxatividad en la interpretación de la ley penal, al haber agregado un requisito que la ley nacional no exige, en perjuicio del imputado. ...El Código Penal requiere sólo el consentimiento del Fiscal para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, letra precisa que no amplía la posibilidad de oposición a otra parte, como lo sería el querellante particular.*" En el sentido señalado se ha expresado nuestro Alto Tribunal Provincial en Carpeta "M., O. E. p.s.a. de Homicidio culposo s/ Rec. Queja." (21.986-188-2010).

En lo demás, sirve señalar que la falta de acuerdo entre ofensor y ofendido como otro requisito para conceder el derecho, no se encuentra expresamente legislado, ni en el orden nacional ni en el local. Donde sí aparece, es previo a otorgarse la reparación o conciliación –arts. 47 y 48 del C.P.P.– como otros medios alternativos de solución de los

conflictos. Sumar otro condicionante es interpretar *in malam parte* la Ley dispuesta a favor del imputado, violatoria del principio de máxima taxatividad en materia penal.

Otro punto cardinal que aborda la Sra. Fiscal, es que su decisión se enmarca dentro de la política criminal que atañe al funcionamiento y a los objetivos de la Agencia que representa.

En ese aspecto, se ha dicho que la política criminal de un Estado se expresa tanto por la delimitación de los conflictos como por los criterios que guían el modo en que deben ser solucionados; siendo quizás, como ninguna otra rama de las Ciencias Penales (si acaso lo es) la que más modificaciones con el paso del tiempo ha tenido en cuanto a su objeto o fines. Ello se descubre desde las primeras definiciones hasta las más recientes.

La Fiscalía, en un gran alegato, advierte que el caso bajo examen amerita una respuesta punitiva para hacerle frente a conductas consideradas graves, con el fin inmediato de prevención especial, también para garantizar la protección de los intereses esenciales de la víctima y como una advertencia a la sociedad –prevención general-.

En tal sentido destaco que, *"El derecho penal, se ha dicho, es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación. Esta técnica, sea cuál sea el modelo normativo o epistemológico que la informa, se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados como tales."* Luigi FERRAJOLI – Derecho y Razón. Pág. 209. Costes y fines del derecho penal.

Las restricciones son tres, agrega el mencionado autor, con cita a su vez del Maestro Francesco CARRARA – la ciencia criminal tiene por misión moderar los abusos de la autoridad en el desarrollo práctico de aquellos tres grandes temas - la primera consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados; la

segunda consiste en el sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales y; una tercera restricción consiste en la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones. Este conjunto de restricciones constituye un coste que tiene que ser justificado.

En el presente caso, si bien –en principio– las inconductas del imputado no fueron discutidas (entiendo por el estado del proceso), y con ello se encuentran clasificadas dentro de las que el catálogo penal encuentra como desviadas –tipificadas– se ha llegado a la etapa del proceso en que nos encontramos ante la disyuntiva de continuar con el juicio a la espera de una posible condena y en su caso una subsiguiente punición, por lo que procede que debamos atender también a las palabras del ilustre Profesor en lo siguiente: "*Si reflexionamos sobre lo oneroso de estos costes, se comprende el lugar central que ocupa el derecho penal en la caracterización de un ordenamiento jurídico y del sistema político del que es expresión. En el tratamiento penal se manifiesta –en estado puro y de la manera más directa y conflictiva– la relación entre estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales. El problema de la legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, que puede llegar hasta el ius vitae ac necis, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad"* obra citada, pág. 210.

Por otra parte, vale subrayar que, la obligatoriedad de la acción penal o de la persecución penal no debe entenderse,

como se ha dicho también de la inderogabilidad del juicio, en un irrealizable deber de proceder ante el delito más leve.

En el caso en examen, se aprecia que es la primera oportunidad que el imputado se encuentra vinculado a una causa penal (sin antecedentes). En cuanto a los hechos, la acusación ha dicho que se ha comprobado sólo un disparo en la ocasión (abuso de arma) y que el subsiguiente ilícito se trataría de la tenencia de un arma de uso civil sin autorización. Que sin entrar a realizar un análisis sobre la real y efectiva gravedad de los hechos, que es propia de otra etapa del proceso, no aparece justo al caso iniciar un juicio y que luego se pretenda la imposición de una pena de prisión de efectivo cumplimiento por tales sucesos, aún con el concurso de tales delitos. Sí creo razonable, tal la propuesta de la Defensa, que F. se someta a prueba por un tiempo prudencial, cumpliendo con todas y cada una de las condiciones que el Juez de grado le imponga, luego de lo cual se advertirá su constricción a la norma y a la decisión judicial, o acaso, de no cumplirlas, a las consecuencias legales que ello le aparejará.

Finalmente, he de destacar en cuanto a cita de doctrina elemental, la voz del Dr. Alberto BINDER, quien sobre el asunto dice: "*La política criminal es el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinaos objetivos... nunca tiene objetivos totalmente independientes, en realidad es una política de segundo nivel, ya que sirve de soporte o para fortalecer otro tipo de políticas (económica, social, ambiental, familiar, etc.). No obstante también existen ciertos objetivos autónomos de la política criminal: ellos se relacionan con los límites del poder penal y se fundan en la necesidad de establecer una política criminal respetuosa del ser humano.* ***Por eso la política criminal tanto desarrolla como limita la coerción penal.*** *En la síntesis que se produzca entre las necesidades de desarrollo del poder penal y los límites autoimpuestos a ese poder penal, la política criminal adquiere su verdadera*

configuración política. Pág. 43 (La negrita me pertenece). Política Criminal. De la formulación a la praxis. Alberto Binder. Ed. Ad-Hoc.

Y de Winfried HASSEMER en La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad. Revista de Derecho Penal-Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales II, 2001-2, pág. 65 y ss. Rubinzal Culzoni Editores. *"Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesario... El principio de oportunidad defiende la ponderación en el caso concreto, la consideración de las eventuales particularidades del caso y una inteligente orientación hacia las consecuencias.".*

Como dijera al principio, la razonabilidad y la legitimidad deben ser parámetros centrales en la oposición que presente la Fiscalía como también en el resolutorio del Juez que hace lugar a ésta, pues como lo ha dicho el Máximo Tribunal Provincial en causa "M., O. E. p.s.a. Homicidio Culposo s/ Recurso de Queja" Expte. N° 21.986, folio 188, letra "M", Año 2010: *"...el consentimiento del Ministerio Público Fiscal, que -para mí- siempre ha de ser fundado y sometido al control de razonabilidad por los Jueces, que lo otorgarán estableciendo reglas de cuyo cumplimiento dependerá la suerte del proceso"* Del voto del Dr. Pfleger y en autos "A., R. M. p.s.a. Retención indebida - ciento setenta y seis hechos" Expte. 21.062, folio 28, A, 2007: *"...soy de opinión que la suspensión del juicio a prueba se encuentra estrictamente regulada por la norma en todo lo que hace a sus condiciones de procedibilidad, no quedando éstas sujetas a la discrecionalidad de ningún funcionario que facilite desigualdades arbitrarias (artículo 16 de la Carta Magna), por lo que no se altera en forma alguna el mandato contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional la oposición del Ministerio Público Fiscal que está sujeta al*

control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional". Del voto del Juez Pfleger.

Conforme vengo de expresar, entiendo, al igual que mis colegas preopinantes, que deberá, a través de Juez Penal competente, otorgarse la Suspensión del Juicio a Prueba a F. R. F., conforme los lineamientos que prevé el art. 27 bis del C. Penal y 50 del C.P.P.. Así lo voto.-

Respecto a los honorarios a fijar a la Defensa, comparto el establecido por el Juez preopinante.

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 del imputado F. R. F., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a favor del nombrado respecto del delito por el cual fuera sometido al presente proceso penal;

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) Imponer las costas al acusado (art. 242, inc. 3°, CPP). En cuanto a los honorarios profesionales corresponde diferir su regulación hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta **Mónica Rodríguez**

El Dr. Leonardo Pitcovsky remitió su voto a esta sede vía correo electrónico firmado digitalmente. Registrada con el Nro. 16/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.