En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Adrián Roberto Barrios y Leonardo Marcelo Pitcovsky, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"T., A. M. y otro p.s.a. robo - Trelew" (Carpeta 5.392 Ofiju Tw – Legajo 51.986 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública, contra la resolución Nro. 548/15 OJ Tw dictada en fecha 03/03/15.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 25/11/15 en la sede de este tribunal, intervino el Sr. Defensor Penal, Dr. Sergio Rey y el Dr. Sergio Ferrín en representación del Ministerio Público Fiscal de esta Circunscripción Judicial.

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

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la defensa del encartado E. G. R., contra la resolución dictada por la magistrado Ana Laura Servent el pasado 03 de marzo de 2015 registrada bajo el nro.548/2015, 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 el acusado, como de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en grado de tentativa en carácter de coautores, tal lo previsto por los art.167 inc. 2°, 42 y 45 del C. Penal, insertando al momento de pedir la pena, la de dos años y medio de prisión.

2. Los agravios de la defensa insertos en su impugnación, se refirieron a que el Fiscal General Dr. Sergio Ferrin estimó que al no haber consenso del órgano acusador basado en el cuarto párrafo del arto 76 bis del código penal, el encausado debía continuar ligado a proceso hacia el debate.

Dijo que el fiscal afirmó que la aplicación del instituto era para personas primarias para evitar una estigmatización temprana, y que este no era el caso; que la opinión del Fiscal, excepto que el fundamento sea arbitrario o irrazonable, resulta vinculante para el juez.

También dijo que el Dr. Ferrin invocó la opinión de la victima (Sr. P.), el que le había manifestado que el hecho le había provocado un gran impacto a su familia y en razón de ello había vulnerado su intimidad, por todo lo cual solicitó que no se haga lugar a la suspensión de juicio a prueba a favor de E. R..

Que la Juez Servent resolvió denegar el petitorio defensista, sin expedirse fundadamente sobre la concesión del instituto, reeditando prácticamente las argumentaciones del Ministerio Fiscal.

En resumen, basó su impugnación en la falta de fundamentación por parte del dictamen fiscal y en el resolutorio de la Dra. Servent respecto de la denegatoria de concesión de la suspensión de juicio a prueba respecto de E. G. R.. Que la juez expresó como fundamento el argumento fiscal, en cuanto a las distintas rebeldías que fueron dictados en otras carpetas contra su cliente, aunque no fueran acumuladas en esta instancia a la presente.

Estimó que para que el dictamen fiscal sea vinculante, la fundamentación para la concesión del instituto regulado en el 76bis, el fiscal debe probar y convencer en forma contundente que es prácticamente imposible la condena de ejecución condicional y asi el

juez podría basarse en tal postulación para la denegar el beneficio.

Además, entiende que no se ha analizado realmente los parámetros que exige el código de rito, que la circunstancia de que el joven R. tenga rebeldía dictadas en otros procesos *(incluso uno de los casos se encuentran cerrados al día de la fecha)*, en nada impide ni puede fundar una denegatoria de suspensión de juicio a prueba.

Afirmó que el imputado R. se encontraba en libertad y no registra condena, de hecho en caso de recaer condena la misma podría ser de ejecución condicional, y que en consecuencia se puede advertir que estos aspectos no fueron merituados ni por el Sr. Fiscal ni por la Juez Servent, por lo que requirió finalmente que se disponga la revocación del resolutorio de la Dra. Servent y conceda la suspensión de juicio a prueba.

En la audiencia respectiva, presentes las partes, salvo el acusado, el impugnante dijo que en el hecho concreto no hubo violencia hacia las personas, sino contra la propiedad. Que en la resolución de la magistrada, se entendió que era necesario el consentimiento del MPF, pese a que esa parte entiende que la fiscalía en estos casos solo debe velar por la presencia de los requisitos objetivos y subjetivos. Que se requirió la suspensión por un año de suspensión y con el cumplimiento de veinte horas de trabajos comunitarios. Que esa defensa considera que la oposición de la fiscalía es infundada, ya que estimó que el imputado debía cambiar su vida, y que tenía rebeldías en otras carpetas. Todo esto no hace a una oposición fundada para la concesión de instituto. Dijo que la fiscalía no analizó los requisitos, y nada dijo sobre la posible ejecución condicional de la eventual pena *(en el caso, la pretensión punitiva es de dos años y medio)*, como lo dijo el doctor Minatta en un precedente que citó y leyó.

En su vista en audiencia, el representante de la vindicta pública dijo que la sentencia dictada por la doctora Servent el pasado tres de marzo está debidamente fundada. Que a su escucha, a partir del 11.51, se aprecia la fundamentación que tuvo en cuenta y por la cual, de acuerdo a la escala penal del tipo penal, no se puede incluir en el primer párrafo del 76 bis la pretensión de la defensa, sino al cuarto. Que justamente son en estos casos en donde se exige el consentimiento del fiscal, en donde *consentir* significa tener un sentimiento en común, y en este caso no hubo acuerdo, sobre todo, por la oposición de la victima.

Dijo que si bien un delito contra la propiedad puede considerarse leve, lo cierto es que la victima se sintió violada, a ella se le causó un gran perjuicio, y a toda su familia. Que fue por ello que la doctora Servent, considerando que es necesario tener en cuenta la voluntad de la victima de acuerdo al articulo 99, inc.9 del CPP, denegó correctamente el pedido.

Siendo así, sin consentimiento de la victima ni del MPF, y aplicando el cuarto párrafo del articulo 76 bis del código penal, entendió el fiscal que la señora juez ponderó las numerosas veces que el imputado no cumplió con el proceso penal, con un continuo incumplimiento. Que si bien no tiene condenas, a esta causa se acumularán previo al debate, tres causas mas (las numero 54313/5618, 56869/4941 y 44813/4684).

Con todo ello, culminó diciendo que la sentencia dictada fue argumentada, que la juez entendió no se daban los requisitos del cuarto párrafo del 76 bis y la oposición del fiscal eran valedera, por lo que requirió se confirme la resolución.

Corridas y cumplidas las respectivas replicas y contrarréplicas, corresponde ahora resolver.

2.1 Del primero de los agravios mencionados, previa escucha de la sentencia que en forma oral dictara la

juez penal, he de reiterar 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 lo 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 la juez penal.

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 en cuanto a la consideración que efectuó la juez penal del dictamen del Ministerio Publico, tengo para mí que las razones que invocara dicha parte, no pueden ocasionar la denegatoria del otorgamiento del instituto.

Tras fundar por qué el presente transita el trámite establecido en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del

código penal, ha dicho la juez que corresponde analizar si el consentimiento fiscal es razonable, si es arbitrario o no, si ha sido fundado en las circunstancias personales del Sr. R..

De esta manera, descartó el primer motivo de oposición de la fiscalía, puesto que estimó la juez que si bien R. fue condenado o declarado autor responsable como menor de edad, ello no puede ser tomado como una condena previa y no puede obstar a la ponderación de la viabilidad del instituto.

De esta ponderación, he de coincidir con la distinguida colega.

Lo que sí le resultó fundado a la magistrada del argumento fiscal para denegar el pedido, fueron las distintas rebeldías declaradas en relación al acusado, y que en otras tres carpetas que se encuentran en trámite y por las cuales se pediría la acumulación, también se ha declarado su rebeldía. Consideró así que es razonable el dictamen fiscal esta circunstancia que no puede desechar de por sí.

De otra parte, consideró que la víctima no propició el instituto, que también ha explicado sus razones para la oposición, vertidas por la fiscalía en audiencia, que debió cambiar sus hábitos de vida por el hecho, explicó el impacto que tuvo para él y su familia.

Estas dos cuestiones orientaron a la decisora a considerar razonable el dictamen fiscal y en consecuencia rechazar el pedido de SJP.

Ahora bien, tengo para mi que la oposición que resulta vinculante para la magistratura, no puede constituir la situación del encartado en otras causas en tramite, que a la fecha de aquella audiencia (3 de marzo de 2015), e incluso a la fecha de la audiencia ante esta cámara (25 de noviembre del mismo año), no se encuentran acoralladas al presente.

Estas circunstancias, no se encuentran previstas en la ley nacional como supuesto para impedir el otorgamiento de la SJP. Estimarla en contra de la concesión del beneficio, 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 Lorenzo (L.90.XLII), y Norverto (N.326.XLI). A mas abundar, el Alto Tribunal ha dicho al respecto en el *leading case* "Acosta" (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 el fiscal en su oposición y tenida en cuenta por la juez penal en su decisión, basada en los padecimientos sufridos a raíz de la sustracción de sus pertenencias de su domicilio, merece, como en el punto anterior, la misma consideración: no está prevista en el Código Penal vigente como causal de denegación del instituto.

La magistrada ha considerado las sentidas afirmaciones de la víctima traídas por el Ministerio Publico Fiscal. Nadie puede ignorar su sinceridad, lógica 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 tramite, 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. Soy de la idea que el *A Quo* incorporó como requisito de procedencia de otorgamiento del beneficio al consentimiento de la victima, cuando, por antipático que impresione y como vengo analizando, la oposición del damnificado no obra prevista como causal de denegación en el código de fondo.

Por otra parte, 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, voto por la revocación del resolutorio impugnado 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 sometido el imputado, 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 Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la decisión jurisdiccional que deniega la suspensión del proceso a prueba por estimar que la oposición fiscal está fundada y, al ser el dictamen vinculante para el juez conforme lo estipula el cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal, el derecho del imputado no puede ser ejercido. En este sentido, la jueza, al controlar la legalidad del fundamento esgrimido por el acusador público, lo estima razonable, puesto que comparte su

parecer en orden a que el instituto solo es aplicable a los autores primarios, amén de la rebeldía declarada en esta y otras causas y la oposición de la víctima- según dichos del fiscal-, en base a que se ha violado su intimidad y el estupor que le causó arribar a su domicilio, encontrando su casa revuelta.

2. Adelantamos que tanto la oposición del fiscal, como la denegatoria de la jueza, recogen una interpretación errónea de la ley de fondo, pues tal parecer es acertado sólo en el caso de que pueda afirmarse la ejecución efectiva de la pena. Esto último puede ocurrir ya sea porque el imputado tiene una condena anterior vigente o bien cuando el delito tiene una represión en abstracto, mayor de tres años en su mínimo. Si no se dan estas dos situaciones, solo es posible la denegatoria cuando el fiscal verifique, mediante las probanzas concretas y controladas por la defensa, en una audiencia oral, publica y contradictoria, que resulta conveniente una pena de cumplimiento efectivo. Nada de esto intentó el fiscal, sino que hizo referencias genéricas a razones de política criminal, tales como la existencia de otras investigaciones penales que pesan sobre el imputado, supuestas declaraciones de rebeldía y opinión desfavorable de la víctima, todo lo cual no es una razón legal, único obstáculo para negar o limitar el ejercicio de un derecho. La jueza, estima fundado el dictamen, afirmando que debe, por ser vinculante ello, denegarse el derecho a suspender el proceso.

En definitiva, ninguno de los dos relatos, ni el acusatorio, ni el de la jueza, poseen las probanzas y argumentos que sostengan la conveniencia de una pena de efectivo cumplimiento, lo que unido a que el imputado es autor primario, es decir, no tiene antecedentes penales computables y vigentes, y del hecho de que estamos en presencia de una amenaza de prisión inferior

a tres años, es suficiente para dar por cumplidos los requisitos legales establecidos en el artículo 76 bis para suspender el proceso.

3. La interpretación señalada de la ley de fondo, encuentra sustento en los siguientes argumentos, algunos ya sostenidos en anteriores causas.

En este caso, el litigio se plantea en la diferente interpretación que las partes efectúan de las palabras de la ley. Para la fiscalía y el juez, la oración del cuarto párrafo del artículo 76 bis de nuestro código penal cuando dice *"que hubiese consentimiento fiscal"*, debe entenderse como un recaudo vinculante para el juez, tanto se encuentre fundado, sea en la letra de la ley o en razones de política criminal. Por el contrario, la defensa sostiene que, la disconformidad del fiscal solo debe basarse estrictamente en la falta de las exigencias legales, esto es, mínimo superior a tres años y antecedentes penales, computables y vigentes del imputado, agregando que, en el caso de que así no fuere, se deberá demostrar adicionalmente, la conveniencia del cumplimiento efectivo de la pena, de conformidad con jurisprudencia de éste tribunal.

4. Como puede observarse, la cuestión a resolver estriba, más que en la vinculación o no de la oposición fiscal, en la presencia o ausencia de su fundamentación.

En este camino, recordemos las razones que sostienen la afirmación de que la oposición del fiscal sólo puede sustentarse en la falta de algún requisito legal expreso. Como ya adelantamos, para nosotros uno de los requisitos legales que debe fundar y probar el fiscal para oponerse, y el juez para denegar el derecho-amén de un antecedente penal vigente y mínimo de prisión mayor a tres años-, es la conveniencia, en el caso concreto, del cumplimiento efectivo de la pena.

En primer lugar, la naturaleza del instituto es diferente de los llamados criterios de oportunidad y ambos, a su vez, lo son respecto de los institutos composicionales, en que los protagonistas reales del conflicto, en base a un acuerdo considerado por ambos equitativos, diseñan su propia salida, respecto de los que sólo cabe un control de legalidad. Es decir, aún cuando pueda sostenerse que todos estos instrumentos tienen en común una alternativa a la prisión -cuando se trata como en este caso, de hechos reprimidos con esa pena-, o que todos permiten una descarga de casos del sistema para ocuparse de otros más graves, o que, en definitiva -lo que es más importante-, eviten o agraven aún más la estigmatización inútil del imputado, lo cierto y real es que la suspensión del proceso a prueba es, prioritariamente, un instituto de clara raigambre punitiva, como lo es la pena impuesta en una sentencia, solo que la evita. Este punto hay que tenerlo muy claro en la interpretación de la procedencia o no de la suspensión del proceso, pues tal naturaleza destaca que el mismo no tiene en mira, sino como resultados eventuales, la composición del conflicto en base a un acuerdo de partes -como sucede con la conciliación, por ejemplo-, como que tampoco es su objetivo central la selección de casos en forma discrecional por el fiscal en base a políticas persecutorias, como son los criterios de oportunidad en los que, por razones de política criminal, el fiscal prescinde de la persecución pública, ya sea no iniciando la misma o interrumpiéndola una vez iniciada. Nada de esto es prioritario en la suspensión del proceso a prueba, pues el mismo tiene, en primer lugar, una naturaleza claramente punitiva, lo que significa reacción estatal privativa de derechos sin satisfacción para la víctima ni para el imputado, puntos que quedan claramente

demostrados, el primero porque no se necesita su acuerdo y, el segundo porque el imputado queda sometido condicionalmente a cumplir determinadas reglas, cuyo contenido gravoso y limitativo de derechos es más que claro.

Esto último es así, si observamos que -amén de la abstención de comisión de hechos delictivos- el imputado debe reparar los daños y, además, cumplir con la reglas que se le impongan, conforme art. 27 bis del Código Penal, todos presupuesto indispensables si quiere conseguir la extinción de la acción penal. A todo esto, agréguese, que el incumplimiento de las reglas, causal de revocación y continuación del proceso, tiene como consecuencia el cumplimiento efectivo de la pena en caso de condena, amén de que no puede exigir que le devuelvan la reparación efectuada, en los mismos casos, y, como frutilla del postre, no solo no puede obtener una segunda suspensión, sino que debe abandonar a favor del Estado todos los bienes que presumiblemente resultarían decomisados.

Inclusive, debe seriamente ponerse en cuestión la frase hecha de que el instituto "evita la estigmatización del imputado", pues ésta hoy se produce automáticamente con la publicidad del proceso en la etapa de investigación mediante su difusión mediática, práctica que no ha podido ser desterrada ni siquiera con la prohibición expresa que los nuevos códigos establecen, bajo pena de falta grave o destitución.

En fin, todo lo anterior demuestra que estamos, desde lo material, ante un claro caso de pena anticipada, no solo porque se impone a un inocente a quien no se le ha demostrado aún su culpabilidad con todas las garantías del debido proceso legal, sino porque se priva de varios y numerosos derechos al imputado, sin resolver conflicto alguno, supuesto de

hecho que, materialmente, no tiene diferencia alguna con la pena impuesta formalmente.

Las reflexiones anteriores son necesarias para entender, definitivamente, que la suspensión del proceso a prueba implica necesariamente una privación de derechos del imputado, a la vez que no necesariamente satisface el derecho de las víctimas adviértase que se puede otorgar aún contra su voluntad, ni ésta interviene de forma vinculante en su procedencia, a tal punto que es el Estado, a través del juez, quien decide si el ofrecimiento de reparación es razonable, aún cuando no es su conflicto.

5. Retomando las razones prometidas, inmediatamente podemos afirmar que, de la misma naturaleza punitiva del instituto se infiere que las condiciones impuestas en el cuarto párrafo del artículo 76 bis, deben mirarse desde la óptica de un derecho del imputado frente al poder punitivo estatal, y aplicarse, en consecuencia, todos los principios generales de interpretación de la ley, y específicos de la ley penal, claramente diseñados por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.*(Cfr: sobre la caracterización del instituto como derecho del imputado a VITALE, Gustavo; Suspensión del proceso penal a prueba, Del Puerto, Bs As, 2004, pags. 29 y 257 y AUED- JULIANO, La probation y otros institutos del derecho penal, Ed. Universidad, Bs As, 2001).*

En esta senda, debe ser convocado prioritariamente, el principio *pro homine* o *pro persona*, cuyo origen y consolidación en el derecho internacional de los derechos humanos, hoy debe entenderse como de aplicación obligatoria para los tribunales locales. El contenido central se corresponde con la exigencia de aplicar aquella norma o interpretación que mas derechos acuerde a la persona frente al poder estatal, por lo que, ante una situación concreta, susceptible de aplicación de dos

normas o interpretaciones posibles conforme al límite semántico que surge del texto, deberá preferirse aquella mas extensiva de derechos o, si se lo mira desde otra óptica, aquella interpretación más restrictiva del poder punitivo. Esto es así, inclusive si la norma que otorga más derechos tiene una ubicación de jerarquía inferior a la otra norma de aplicación posible, pues, como lo mandan y disponen todos los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía internacional nombrados en el inciso 22 del artículo 75 C.N. -léase artículos 5 de los Pactos internacionales, 29 de CADHU, 1.1 de la Convención contra la tortura, 41 de la Convención sobre los derechos del niño o 23 sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación de la mujer-, las normas explicitas de reconocimientos de derechos de un tratado no pueden entenderse como derogación o límite de cualquier otro derecho o libertad -art. 29 CADHU- establecido por el derecho interno u otra Convención o Tratado. Este principio, entonces, viene a actuar como un ordenador frente a la multiplicidad de normas que surgen de diferentes fuentes de distinta jerarquía normativa y es una guía de interpretación de la ley, consagrada también por la jurisprudencia internacional y por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso "Acosta"(CSJN-23/04/08), oportunidad en que fue definido como deber de privilegiar la interpretación legal que mas derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, repetido luego en otros. (Cfr: sobre doctrina del Pro Homine y jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos BOVINO- LOPARDO- ROVATTI; Suspensión del Procedimiento a Prueba, Del Puerto, Bs As, 2013, págs. 113/123).

En realidad, el "*pro homine*", junto al denominado "*última ratio*" como característica del Derecho Penal, son, en definitiva, criterios de interpretación para determinar el alcance del principio constitucional de

legalidad, liminar en derecho penal, el cual, conforme léxico de nuestra Corte Nacional en el fallo "Acosta" citado, exige siempre priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal. Adviértase que la efectividad del principio de legalidad no termina en la ley abstracta, sino que es el juez el que debe configurarlo concretamente y perfeccionarlo en el mismo acto de aplicar la ley, por lo que, en definitiva, su vigencia efectiva no depende solo del legislador, sino también de aquellos que la aplican al caso concreto.

6. Conforme las razones dadas, no existe posibilidad alguna de que el fiscal se oponga a la operatividad del derecho, cuando se presentan claramente los requisitos legales que lo hacen operativo. En particular, -porque esto es lo que se discute en el caso concreto- cuando no solamente están reunidos los requisitos de falta de condena anterior vigente y represión del hecho con una pena de prisión menor de tres años -extremos muy claros en el caso-, sino también porque no fundó la oposición en la imposibilidad de pena de cumplimiento condicional o, lo que es lo mismo, no probó ni alegó sobre la necesidad de ejecución efectiva de la pena de prisión, únicos elementos sobre los que debió explayarse y demostrar, en base a probanzas de hechos empíricos y verificables, con posibilidad de refutación efectiva por parte de la defensa en la audiencia respectiva.

A favor de esta interpretación, juega la estrechísima relación que existe entre la condenación condicional y la suspensión del proceso, en cuanto a los fines. En este camino, es casi unánime la opinión de que las penas de corta duración, que se imponen en estos casos, no cumplen ninguna función utilitaria, amén del efecto deteriorante que llevan anejas. Ante este fenómeno, se puede reaccionar, conforme lo dispone

nuestro artículo 26 siguiendo el modelo francés, dejando en suspenso la pena, o bien, como lo hace el modelo anglosajón, suspendiendo el proceso, sistema que se estima preferible porque evita las prisiones preventivas, que tienen igual o peores efectos que las penas cortas.*(Cfr., sobre el punto a ZAFFARONI,E.R.; Derecho Penal, Astrea, Bs As, 2000, págs. 921/930).*

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, o al menos, cortar o amenguar la estigmatización en curso, resolviendo la situación del imputado en un plazo razonable, sin necesidad de tenerlo sometido a un proceso penal con todas las angustias que éste conlleva.

Además de estos efectos benéficos, el instituto en estudio, tiene dos ventajas colaterales, como son, en el caso, una reparación más que razonable, teniendo en cuenta la presunta situación económica sensible del imputado, y por otro lado, puede cumplirse con la finalidad de la prevención especial, mediante la privación de derechos que habíamos señalado cuando tratamos la naturaleza punitiva o represiva del instituto.

7. En suma, todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a la suspensión del juicio, por lo que si el fiscal decide oponerse, deberá necesariamente fundar, en base a pruebas, controladas y criticadas en audiencia por la defensa, la conveniencia concreta del cumplimiento efectivo de la pena. Esta interpretación, que exige, repetimos, 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").

8. Tal como venimos razonando, al fiscal no le está permitido oponerse por razones de política criminal. Es oportuno detenerse en este punto, pues existen posiciones doctrinarias y jurisprudenciales fundadas que tienen una interpretación contraria.

En efecto, la parte acusadora alega, en sustancia, que la oportunidad de continuar o no la acción penal es una facultad que solo a ella le corresponde, y que los jueces no pueden entrometerse, salvo, para el estricto control de legalidad. Esto es cierto, solo que, tal como ya lo analizamos, la suspensión del proceso a prueba no es un instituto que pueda ubicarse como uno de aquellos que permiten disponer la acción, tales como los criterios de oportunidad, o de aquellos que permiten a los verdaderos protagonistas del conflicto, diseñar su propia salida, como lo es, por ejemplo la conciliación. Inclusive por esta razón, nuestro código procesal penal, al regular el régimen de la acción penal, legisla el instituto en una sección separada de las reglas de disponibilidad, en la sección tercera- arts. 49 al 51-, mientras las reglas las ubica en la sección segunda -

arts. 44 al 48-, lo que ya está indicando, que no estamos ante un caso de reglas de disponibilidad. Claro que está regulado dentro del régimen de la acción penal, pero ello porque es uno de los casos en que se suspende la misma, y su ubicación no podría ser otra.

De todas formas, y aún aceptando por el momento, que la política criminal pueda ser alegada como obstáculo, nunca ella lo será de manera genérica, sino que la razón debe ser clara, concreta, precisa y aplicable, obviamente, al caso. Esto es así, porque una política criminal democrática tiene siempre como principio básico, la "*ultima ratio*", es decir, trata de localizar o re localizar los conflictos penales fuera de su órbita, en tanto ello sea posible, tratando de evitar o amenguar la violencia propia de un proceso penal.

Por lo tanto, la política criminal, referida a la persecución penal dentro del proceso, trabajará dentro de las autorizaciones legislativas que califican un conflicto social como de carácter penal, tratando siempre y en todo caso, de evitar o minimizar la violencia que implica un proceso o una pena, utilizando los instrumentos de persecución para ello, tales como son los llamados criterios de oportunidad, o favoreciendo la conciliación, etc.; por lo que no puede entenderse en este marco, que exista razón alguna para profundizar la violencia estatal, obligando al imputado a sentarlo en la audiencia de debate.(*Cfr., sobre política criminal democrática y "ultima ratio" a: BINDER, Alberto; Análisis Político Criminal, Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática, Astrea, Bs As, 2011, capítulo III, y Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, Bs As TI,2013, pags.99/114, y TII,2015,pags. 219/247).*

9. En cuanto a la víctima, sabemos que la ley no exige su consentimiento o aceptación para la vigencia del derecho del imputado, ni siquiera su opinión es

vinculante en orden a la reparación, lo que demuestra claramente lo que dijimos del carácter prioritariamente punitivo o represivo del instituto, que excluye por definición, la voluntad de la víctima.

Asimismo, cabe oponer también a la víctima el mismo fundamento que diéramos en cuanto a que, una política criminal democrática debe trabajar conforme al principio de "*ultima ratio*", el cual impone siempre priorizar la utilización del medio menos violento, en el caso, evitar el juicio o debate y eventual condena, amén de los otros perjuicios que ya analizáramos.*(Cfr.Binder, ob.cit.,D.P.P., TII,2015, pág.435).*

En este orden, digamos que tampoco queda afectado el derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva de la víctima, de raigambre constitucional. A estos fines, nos remitimos a los fundamentos que ya expusimos en anteriores causas, en las cuales decimos "*...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 víctima 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.".("Colil, Miriam Edith s/denuncia-Trelew" (Carpeta 3.524 OJ Tw –Legajo 31.735 OUMPF Tw), 16/10/12– Sentencia Nro. 14/12).

En definitiva, no existe un derecho de la víctima, garantizado constitucionalmente, a exigirle al Estado la utilización del instrumento más violento para su conflicto, en tanto se le asegure otra salida satisfactoria razonable.

10. 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 hacer lugar a la impugnación, revocar la resolución, declarar la procedencia de la suspensión del proceso a prueba, y remitir las actuaciones a la oficina judicial a los efectos de que el juez competente resuelva, previa audiencia de las partes, sobre las reglas de conducta y reparación a imponer.

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo votado al respecto por mi colega preopinante.

El Juez Leonardo Marcelo PITCOVSKY dijo:

Ha llegado la presente Carpeta a esta instancia en virtud de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Público Penal Dr. Sergio Gabriel REY, a favor de E. G. R., contra la resolución de la Jueza Penal Dra. Ana Laura SERVENT; en la que se dispone denegar la

concesión de la suspensión de juicio a prueba solicitada por la Defensa.

Efectuada la audiencia que prevé el rito y escuchadas las posturas sentadas por las partes, las que han sido detalladas minuciosamente en los sufragios que me anteceden, pasaré sin más a cumplimentar la exigencia constitucional de fundamentar mi voto, adelantando que, al haber existido unanimidad en la deliberación respecto de la solución que debía darse al caso, se hará lugar a lo peticionado por la Defensa.

Para iniciar el examen del recurso, he de partir de los fundamentos dados en la resolución de la Sra. Jueza contenidos en el audio de la audiencia. En los mismos se observa que la Magistrada, para denegar la concesión del Instituto, reproduce los argumentos de oposición vertidos por el Acusador Público, Dr. Sergio FERRIN, entendiendo que éstos resultan razonables y por ello vinculantes a su decisión.

En tal sentido expresó que conforme la calificación legal por la que se acusó al imputado –Robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en grado de tentativa- la cuestión quedaba encuadrada en el 4° párrafo del art. 76 bis del CP, por lo que indefectiblemente, para la concesión de la suspensión del juicio a prueba resultaba necesario el consentimiento fiscal.

Agregó la Jueza que la negativa del Acusador resultaba razonable, pues se basaba en los antecedentes del Sr. R., quien poseía rebeldías declaradas y tres procesos penales en trámite –Carpetas que solicitaría se acumulen al presente-, cuestiones que impedían el otorgamiento del beneficio solicitado. Adicionó a lo anterior que tampoco se contaba con la aprobación de la víctima –quien más allá de no haber declarado en el proceso, le habría informado personalmente esta situación-, pues debió cambiar sus hábitos de vida por

el hecho, mencionando el impacto que tuvo el mismo tanto para él como para su familia.

En razón de resultar la aplicación de lo pretendido por la Defensa un derecho del imputado, se debe evaluar con detenimiento y pormenorizadamente si dicha oposición resulta correctamente fundada, cumpliendo en suma la exigencia de razonabilidad que no permitiría caer en la arbitrariedad. (Art. 25 del CPP).

He dicho en autos "**F., R. p.s.a. de abuso de armas-Tw" (Carpeta 3.518 OJ Tw – Legajo 29.878 OUMPF Tw)**" que:"*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.*"

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, 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 "Abraham, Ricardo Miguel p.s.a. Retención indebida." Expte. 21.062, folio 28, A, 2007.

Dicho ello, concuerdo con la Magistrada respecto a que los procesos en los que haya recaído declaración de responsabilidad o condena por hechos cometidos siendo R. menor de edad, no pueden ser tenidos en cuenta para denegar la aplicación del Instituto, pues en sí no resultan computables a tales efectos. –art. 5 Ley 22278.

Empero, considero que tampoco pueden valorarse como antecedentes penales aquellas causas pendientes y que no hayan sido acumuladas a la presente al tratarse esta petición, puesto que no puede resultar perjudicado el imputado cuando nada se sabe del estado o etapa procesal en que transitan las mismas.

Tampoco resulta razonable el argumento del Fiscal respecto de la pena que solicitaría de efectuarse el juicio y que según su criterio impediría el otorgamiento de la *Probation*, pues la pretensión punitiva contenida ya en la acusación –art. 291 CPP-, suscripta por el propio Dr. FERRIN, ha sido de dos años y seis meses de prisión, situación que *prima facie* habilitaría -de recaer condena-, que esta sea de ejecución condicional y por ende de aplicación entonces el artículo 76 bis del CP.; a lo que se debe agregar siguiendo los lineamientos expuestos por el Fiscal-, que tampoco explicó ni mucho menos sometió a contradicción, de porqué dicha pena debería ser de ejecución efectiva.

Concluyendo, estimo que la oposición del Acusador y en consecuencia la resolución de la Jueza que ha seguido en sus líneas la posición del primero, no contiene razones suficientes para denegar en el caso el beneficio de la suspensión del juicio a prueba a favor de E. G. R., máxime cuando se presentan – como se ha comprobado- todos los requisitos para que este sea procedente. Por ello, propicio que se haga lugar a la

impugnación impetrada por la Defensa Pública, se revoque la resolución de la Magistrada actuante y se declare procedente la aplicación del instituto peticionado, debiéndose remitir la presente a la OFIJU para que el Juez competente, previa audiencia con las partes, establezca las pautas de conducta y la reparación a imponer.- Así voto.-

En materia de costas y honorarios, adhiero a la solución postulada por los colegas que me preceden en el orden de votación.-

Así lo voto.-

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 E. G. R., 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) Diferir la fijación de las costas y regulación de honorarios profesionales hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y

5)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta

Roberto Adrián Barrios **Leonardo Marcelo Pitcovsky** Registrada con el Nro. 26/2015 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-