En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 17 días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"E., G. psa robo en grado de tentativa-Trelew" (Carpeta 5687 OJ Tw – Legajo 54879 MPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública.

La Defensa interpuso remedio ordinario -por escrito, con ampliación de fundamentos en la audiencia- contra la sentencia Nro. 2480/15 OJ Tw dictada en fecha 25/08/2015 por la que el Juez Penal, Dr. Sergio César Piñeda, resolvió no hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado.

El magistrado se valió, para fundar el rechazo, en que conforme la pretensión punitiva fiscal (cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo) 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.

Asimismo consideró que la oposición sostenida por el acusador se encuentra fundada. Adujo que el modo del accionar del acusado denotó una mayor vulnerabilidad de la víctima, la que fue aprovechada por E. para cumplir con su cometido de sustracción.

El impugnante, Dr. Javier Allende fundó su agravio en el derecho del acusado a la suspensión de juicio a prueba, en tanto se dan, como en el caso, las condiciones establecidas en la norma.

Agregó que la denegatoria del Juez fundada en la mayor vulnerabilidad de la víctima consagra una interpretación extensiva de la punibilidad, ya que tal circunstancia está contemplada en el tipo penal por el que su defendido ha sido traído a proceso.

Manifestó que su cliente no tiene antecedentes condenatorios, ni siquiera registra denuncias en su contra. Este es el primer hecho que se le atribuye.

Entendió que el representante del Ministerio Fiscal y el magistrado debieron explicar las razones por las cuales, en este marco, la pena a aplicarse no podía ser dejada en suspenso, incurriendo así en fundamentaciones aparentes.

Solicitó se revoque la sentencia impugnada y se conceda a E. la suspensión del juicio a prueba.

A su turno el Sr. Fiscal destacó que en modo alguno la resolución que se ataca resulta ser arbitraria, por cuanto la misma está debidamente fundada. En tal sentido, destacó que el Magistrado valoró el cuadro presentado, el grado de violencia desplegado por E. y la vulnerabilidad de la víctima y solicitó se rechace la impugnación incoada contra la resolución.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 3 de marzo del corriente año en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado G. E. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. Javier Ángel Allende, Defensor Público, y el Dr. Sergio Ferrín en representación del Ministerio Público Fiscal.

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

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la defensa del encartado G. L. E., contra la resolución dictada por el juez penal Sergio Piñeda el 28 de agosto de 2015 registrado bajo el numero 2480/15, corresponde ahora decidir sobre la denegación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

La acusación atribuyó a E. el siguiente hecho: que el día 22 de agosto de 2014, a las 17:45 horas aproximadamente, conduciendo un ciclomotor marca MOTOMEL 110, sin chapa de dominio a la vista, siguió a la señorita B. M. por calle

Julio A Roca, entre Cuba y Santa Fe, y previo descender del rodado, la empujó contra un paredón la sujetó del cuello. Esgrimiendo un arma blanca, trató de sustraerle su teléfono celular. La acción fue frustrada por los vecinos que auxiliaron a la víctima, desarmaron al imputado e impidieron su huída, siendo posteriormente detenido por la prevención y llevado a sede policial.

El Ministerio Publico Fiscal calificó los hechos como robo agravado por uso de arma en grado de tentativa, a título de autor, en función de los artículos 42, 45 y 166 inciso 2 del Código Penal, y determinó su pretensión punitiva en cuatro años de prisión.

El recurrente en la audiencia del artículo 385 del CPP, dijo que el instituto de suspensión del proceso a prueba es un derecho del imputado, que el Juez, en la resolución atacada, denegó su aplicación en forma arbitraria, se apartó infundadamente de la ley, la jurisprudencia y de la doctrina aplicable al caso.

El fiscal defendió la sentencia por considerarla ajustada a derecho, ceñida a los requisitos exigidos por la ley, fundada en los hechos y en el derecho y válida por ajustarse a lo indicado en el CPP. A partir de esas premisas, requirió su confirmación.

2. Tras deliberar con los distinguidos colegas de esta Cámara sobre la cuestión y analizar el recurso en detalle, la tarea importará verificar si las razones de la resolución jurisdiccional impugnada fundamentan debida y racionalmente la denegatoria.

Sabido es de la hermenéutica que en relación al instituto ha desarrollado la CSJN en el leading case "Acosta" citado por el impugnante, en donde se señaló 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).

Con este horizonte soy de la idea que en casos de petición de suspensión de juicio a prueba, en los que el imputado sea acusado de un hecho de los supuestos subsumibles en el cuarto párrafo del art.76 bis del código penal, como lo es el presente, en los cuales se acredite la inexistencia de antecedentes del pretenso probado, y la posibilidad que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso *(de acuerdo a las mandas del art. 26 del mismo plexo normativo),* el instituto debe concederse. Al órgano jurisdiccional solo le podrá ser vinculante una oposición del Ministerio Público Fiscal que supere un serio control de logicidad y fundamentación.

3. Al revisar los fundamentos de la resolución impugnada, se advierte que el señor juez penal tuvo en cuenta la calificación jurídica escogida por el Ministerio Público Fiscal y su pretensión punitiva de cuatro años, que sería de cumplimiento efectivo y encuadraría el pedido, a su criterio, en el cuarto párrafo del art.76 bis del Código Penal.

Sin embargo, como dice quien se agravia, el Juez de Garantías denegó el beneficio argumentando que el dictamen fiscal se fundaba en argumentos razonables, mas no explicó por qué, estando ya el agravante contemplado en el tipo legal, en concreto la pena a ser aplicada al señor E. no podría ser dejada en suspenso.

Así es, de la lectura de su resolución, se constata que solo se limitó a considerar que el modo del accionar, "*… denotó una vulnerabilidad de la víctima aprovechada por el imputado en función de pretender su cometido de sustracción,…" (ver fs.40, cuarto párrafo).* Así valorada y fundada la oposición, sin otros elementos que lo justifiquen, la razón tenida en cuenta por el juez parece más una doble ponderación del mismo extremo, que una agravante en la mensuración provisoria que pudo realizar para considerarla razonable y, con ello, vinculante la oposición del fiscal.

La mayor vulnerabilidad de la víctima tiene que ver con la calificación del tipo básico *(robo, en este caso)*, y es lo que motivó al legislador una escala penal más gravosa *(la del artículo 166 inciso 2 del Código Penal)*.

A más abundar, se advierte que en la audiencia del día 21 de agosto de 2015, el fiscal invocó otras razones en su oposición, como la flagrancia en la aprehensión, la violencia grave del hecho, el uso de una navaja en el cuello de la víctima y sus efectos traumatizantes, como así también supuestas amenazas a un testigo. Ninguna de estas razones fue objeto de temperamento jurisdiccional, lo que me determina a estimar que el control de logicidad y fundamentación efectuado por el magistrado de la oposición del fiscal ha sido deficiente.

Ha dicho nuestra jurisprudencia que "*…Debe anularse la resolución que denegó la suspensión del juicio a prueba solicitada, pues el hecho de que el fiscal se hubiere opuesto a la concesión de dicho beneficio no resulta fundamento suficiente para denegarlo, sino que el juez debe explicitar las razones por las que no se encontrarían configuradas las condiciones previstas en el art. 26 del Código Penal para la procedencia de una condena de ejecución condicional o los motivos en los cuales se basa la gravedad de la conducta investigada*" (Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 03/11/2008, Muller, Marcelo Andrés, LA LEY 24/04/2009, 6, con nota de Mauricio Cueto; DJ 29/04/2009, 1134.)

Por ello, propongo al pleno la anulación de la sentencia recurrida, y, mediante la reasignación de la oficina judicial al juez penal que corresponda, se asegure el contradictorio y se resuelva la decisión del otorgamiento del beneficio efectuado por el imputado y su defensa; que la nulidad que se resuelve en esta revisión, queda pendiente.

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

Así lo voto.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Reseñadas las postulaciones de las partes por el colega que me precede en el sufragio, he de recordar, solamente, que vienen los folios a ésta Cámara en lo Penal por haberse impugnado la resolución registrada bajo el número 2480/15, a través de la cual el Juez Penal Sergio Piñeda rechaza la petición de aplicar la suspensión del juicio a prueba respecto al imputado G. E..

El juez de grado funda su decisorio en que, tratándose de uno de los casos que encuadran en el art. 76 bis, cuarto párrafo del CP, al ser E. acusado de la presunta comisión del delito de Robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa –de los arts. 42 y 166, inc. 2°, Cód. Penal-, el consentimiento fiscal resulta vinculante y, a la sazón, se trató de una oposición con *"fundamentación lógica y legal"*.

2. En efecto, en el curso de la audiencia el representante de la *vindicta* se opuso a la concesión del instituto por entender que "…*el hecho por el cual fue acusado fue en flagrancia, que fue aprehendido por un vecino, ha sido un hecho muy violento… que el hecho fue traumatizante para la víctima, que tres personas fueron a amenazar al testigo…"*.

El juez de la sentencia, entendiendo a tal dictamen fundado en ley, y siendo que lo encuentra vinculante, decide el no otorgamiento aduciendo que "…*el modo del accionar del imputado, denotó una mayor vulnerabilidad de la víctima aprovechada por el imputado en función de pretender su cometido de sustracción…"*.

3. Puesto a resolver, he de principiar la tarea recordando sufragios anteriores, en los que he dicho que "la suspensión del procedimiento a prueba es un *derecho* de la persona sometida a un proceso penal, a través del cual puede –si así lo solicita expresamente- dejar de recorrer el camino que llevaría a un juicio oral y público, *"un aplazamiento del curso normal del proceso que debería finalizar en el dictado de una sentencia definitiva…"*, en palabras de Gustavo Aboso ("Código Penal de la República Argentina", Euros Editores, Bs. As., 2012, Pág. 426), para evitar de esa manera continuar con los padecimientos propios del proceso, impedir

la estigmatización que implicaría someterse a un juicio oral y público –y eventualmente una pena de ejecución condicional- e intentar el camino de la resocialización sin recurrir necesariamente al encierro" (de mi voto en "Ministerio Publico Fiscal s/investigación C. E. L.", carpeta 5518, legajo 52568).

Su naturaleza jurídica, -*derecho del imputado* y no mera gracia de los operadores del poder penal-, surge sin duda alguna a partir de la previsión legal de los supuestos de admisibilidad que, en caso de presentarse en el caso concreto, deben llevar a su dictado (Así, Zaffaroni-AlagiaSlokar, "Derecho Penal", 2000, pág. 927; Aboso, ob. cit., pág. 426; Aued-Juliano, "La probation y otros institutos del derecho penal", Ed. Universidad, Bs. As., 2001, pág. 19).

En mejores palabras ha escrito Gustavo Vitale: "*…el instituto debe ser caracterizado globalmente como un derecho del imputado, pues la ley penal establece las condiciones de admisibilidad para todos los casos…* (y) *una vez verificadas las condiciones de admisibilidad legal por el fiscal y por el órgano judicial, corresponde indefectiblemente habilitar esta vía menos lesiva aunque el fiscal opine diferente… "* ("Suspensión del proceso penal a prueba"; del Puerto, Bs. As., 2004, pág. 31).

4. Como correlato de ello es claro que, para gozar del derecho previsto en la ley, será necesario que se presenten en el caso las condiciones para su operatividad, las que deberán ser verificadas por el juzgador, previo control de legalidad del Fiscal quien comprobará, precisamente, la existencia o no de dichas condiciones.

En caso de no presentarse alguna de las condiciones de procedencia, así lo manifestará, opinión que por tratarse de la existencia o no de los requisitos legales no podría ser desoída por el Juez sin configurar una decisión arbitraria.

Es que, no es posible en un Estado de Derecho dejar librado el ejercicio –o no- de la acción penal a la mera arbitrariedad de su titular, sino, por el contrario, se deben

establecer pautas legales que regulen taxativamente tal ejercicio.

Inversamente, de darse en el caso concreto las condiciones de operatividad del instituto, mal puede el titular de la acción penal oponerse al derecho del imputado y, por lógica consecuencia, mal puede el magistrado validar tal opinión.

5. Es necesario recordar aquí, por su transportación al caso ventilado en este recinto, el *holding* del precedente "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, párr. 1 de la ley 23.737 –c.28/05-", del 24 de abril de 2008, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con el objeto de establecer pautas para la interpretación de la ley, del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni se extrae que *"…debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra…"*, para agregar poco después: *"…el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la* ultima ratio *del ordenamiento jurídico, y con el principio* pro homine *que impone privilegiar la interpretación legal que mas derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal".*

Entonces, por imperio de la doctrina del fallo "Acosta", queda claro que solamente se podrá privar del goce de un derecho reconocido por la legislación, apelando a una restricción proveniente de la misma ley general sancionada por los órganos previstos por la Carta Magna para dictarla de acuerdo al procedimiento establecido para ello (cfr. OC 06-86, Corte IDH, 9/5/86).

Sólo la ley, y no instrucciones generales de la Procuración Fiscal, pareceres personales del fiscal de turno –violatorios a la sazón de la igualdad ante la ley (art. 16, C.N.)-, ni invocaciones a elementos del tipo, ya tenidos en cuenta por el legislador para tipificar el hecho primero, y

para agravar la pena después, pueden menoscabar el libre ejercicio del derecho que la ley le reconoce.

6. Es aquí posible compartir el pensamiento de Díaz Cantón ("Acerca de una derivación posible de la aplicación del principio 'pro homine' en el fallo 'Acosta' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación"; Jurisprudencia penal de la CSJN, Tomo 6; Pitlevnik, Leonardo –director-; Hammurabi; Bs. As, 2009, pág. 189).

El distinguido jurista concluye que es posible aplicar la doctrina del fallo mencionado a otros aspectos de la regulación normativa del instituto, por caso la oposición del fiscal a la concesión y a las razones que deben sustentarla, concluyendo que *"corresponde –aquí también- hacer la interpretación más restringida posible de esta norma que el alcance de un derecho, para poder otorgarle un alcance más extenso a la parte de la norma que lo reconoce"* (obra citada, pág. 191). *"En esa inteligencia* –agrega- *se impone establecer, a la luz del principio pro homine, y ante la indeterminación y vaguedad que aquí también exhibe el texto legal… cuáles deberán ser los únicos motivos legítimos, fijados con aquel enfoque restrictivo, por los cuales un fiscal podría oponerse a la concesión del beneficio y si esta oposición podría ser vinculante para el órgano jurisdiccional"*.

7. Siguiendo ese razonamiento, no existiendo en el texto de la ley referencia alguna a que debe rechazarse el pedido de SJP cuando los delitos son "en flagrancia", ni por violencia del hecho, ni por el trauma de la víctima, no es posible fundar la oposición fiscal en ellos, y por ende ser vinculantes para el juez actuante, a la luz de la interpretación hermenéutica que se viene sosteniendo para la denegatoria del derecho consagrado por el art. 76 bis del código sustantivo.

Por lo tanto, hasta aquí, contra lo manifestado por el magistrado del caso, el dictamen fiscal no era ni lógico, ni adecuado a la ley.

8. Pero además, no solo el juez penal encontró debidamente fundado el dictamen fiscal que no prestaba el "consentimiento" para que E. ejerza su derecho a paralizar el proceso y, por ello, denegó la aplicación del instituto, sino que, fundó la denegatoria en el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, motivos que, tal como advierte la defensa –y se explaya al respecto el colega pre opinante-, ya están incluidos en el dispositivo legal del art. 164 (al tipificar el robo) y, luego, al agravar el delito ante el acometimiento con armas, por lo que también el fundamento invocado por el magistrado es pasible de crítica y por ende de anulación su fallo.

9. En concreto, ha solicitado el imputado expresamente se le reconozca el derecho a suspender el proceso, se encuentra imputado de un delito de acción pública, que tiene prevista una pena mínima de un año y medio de prisión –y un máximo de seis años y ocho meses de prisión-, lo que permitiría en abstracto, en caso de recaer condena, que sea dejada en suspenso –art. 26, CP- por cuanto se trataría de la primera condena a prisión a imponer al peticionante, atento la falta de antecedentes condenatorios.

Resulta entonces de toda evidencia que en el caso se reúnen todos y cada uno de los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 76 bis, no siendo atendible la falta de aquiescencia de la Fiscalía por referirse a requisitos no contemplados en la norma, por lo que, a la sazón, deviene arbitraria la decisión del juzgador.

10. Por todo ello, voto por la anulación del resolutorio impugnado, disponiendo la remisión de estos folios al Colegio de Jueces Penales para que se designe, a través de la oficina judicial, a otro magistrado para que se resuelva la decisión del otorgamiento del beneficio efectuado por el imputado y su defensa.

11. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, debe diferirse su regulación para que se establezcan en la instancia de mérito.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la decisión jurisdiccional denegatoria de la suspensión del proceso a prueba, la cual da razón a la oposición fiscal, estimándola fundada y vinculante para el caso, conforme lo estipula el cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal. En este sentido, el juez, al controlar la legalidad del fundamento esgrimido por el acusador público, lo estima razonable, pues comparte sus consideraciones en cuanto al accionar violento del imputado.

2. Adelantamos que tanto la oposición del fiscal, como la denegatoria del juez, 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 demuestre, mediante las probanzas concretas y controladas por la defensa, en una audiencia oral, pública y contradictoria, que resulta conveniente una pena de cumplimiento efectivo. Nada de esto postula el fiscal, por lo que debe considerarse que no alegó ninguna razón legal, único obstáculo para negar o limitar el ejercicio de un derecho.

En definitiva, ninguno de los dos relatos, ni el acusatorio, ni el del juez, traen probanzas o 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, 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 este 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 equitativo, 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, págs. 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"(CSJN23/04/08), 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 tampoco 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 aun 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.".("C., M. E. 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.

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 del imputado G. E., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a favor del nombrado respecto del hecho 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) En cuanto a las costas y honorarios profesionales, corresponde diferir su regulación hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrian Barrios **Alejandro Gustavo Defranco**

El Dr. Omar F. Minatta no firma la presente por ausencia posterior al acuerdo. Registrada con el Nro. de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.