En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los seis días del mes de Junio de dos mil dieciséis, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Martín Roberto MONTENOVO**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 68155**, **Carpeta individual n° 7907**, caratulada: **"P., R. J. s/ Tenencia de arma de guerra",** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación los Funcionarios de Fiscalía, Dres. **Natalia Gómez y Martín Cosmaro**, la Abogada Adjunta del Ministerio de la Defensa Pública, Dra. **Claudia Inés Torrecillas,** y el imputado **R. J. P.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

--- Que los días dieciocho y veinte del mes de mayo del corriente año, se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de R. J. P., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo

Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de R. J. P. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: I.- Ha originado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria interpuesta por la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Dra. Claudia Inés Torrecillas, a favor de su asistido R. J. P., contra la Resolución de fecha 21 de marzo de 2016 adoptada en el marco de la audiencia preliminar, por la cual la Juez Penal, Dra. Raquel Susana Tassello, rechazó la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba.-

1) La recurrente en su libelo impugnativo esgrimió como motivos de impugnación: la inobservancia de garantías constitucionales, la errónea aplicación de la ley y la falta de motivación suficiente.-

a) En cuanto al primero señaló que llevar la causa a

juicio “para combatir el tráfico de armas” y obtener una condena que no deberá superar los tres años y tres meses de prisión contraría la función política del derecho penal de contener y reducir al máximo la irracionalidad estructural del poder punitivo. Agregó que el encierro no solo implica privar de libertad al condenado sino también produce la estigmatización del individuo que al salir de prisión ya no resulta confiable para el resto de la sociedad, en razón del deterioro enorme e irreversible que se produce en su personalidad.-

Entendió que el temperamento adoptado por el acusador, recibido por la magistrada en su resolución, violenta en forma flagrante los principios de última ratio y de mínima intervención y que motivar el dictamen y la decisión judicial en la Instrucción General N° 3/13 de la Procuración General implica una derogación tácita de la ley penal. Consideró que la directriz de dicha Instrucción General importa un apartamiento injustificado del principio pro homine contemplado en el Art. 18 C.N..-

También adujo que la Magistrada al denegar la suspensión del proceso con la sola invocación de razones de política criminal vagamente explicadas violentó los principios de paridad de armas (Arts. 2 y 17 del C.P.P.) y la garantía de juez imparcial (Art. 18 C.N. y 6 C.P.P.), omitiendo ponderar las circunstancias particulares del caso, y que interpretar que el consentimiento fiscal es una condición de admisibilidad para suspender el proceso a prueba en los supuestos del cuarto párrafo del

artículo 76 bis del C.P. es una invasión del órgano persecutor en el poder jurisdiccional.-

b) En relación al segundo de los agravios señaló que si bien la doctrina y nuestro máximo Tribunal admiten las razones de política criminal para oponerse a la suspensión del proceso a prueba, la opinión del Fiscal debe estar motivada en el texto de la ley, ello en virtud del principio de legalidad contemplado en el Art. 194 de la Constitución Provincial y en el Art. 114 del C.P.P.-

En dicho sentido sostuvo que oponerse a la suspensión de juicio a prueba como modo de contribuir a la paz social y a la seguridad sin explicar de que modo ese fin se concreta y sin analizar las particulares circunstancias del caso es una flagrante inobservancia a aquellos principios.-

c) Con respecto al tercero y último de los agravios, reiteró que si bien es cierto que se admiten razones de política criminal para oponerse a la suspensión de juicio a prueba, el análisis de oportunidad debe hacerse en base a las circunstancias de cada proceso particular y no a enunciados genéricos que resultan aplicables a cualquier caso, y que dicha ponderación no fue efectuada por la Magistrada, avalando su postura con precedentes de este Tribunal.-

Señaló que la Magistrada invocó el caso Góngora para habilitar la oposición fiscal fundada en motivos de política criminal, y que ello es una discusión sustancialmente diferente a la del caso que nos

convoca, insistiendo que el dictamen no se encuentra debidamente fundado, no resistiendo el menor análisis y en definitiva estar lejos de satisfacer la manda constitucional y legal de solventarse en adecuada fundamentación lógica y legal (arts. 169 C.Ch. y 25 C.P.P.).-

Ilustró con precedentes de esta circunscripción la discrecionalidad con que actúa el Ministerio Público Fiscal ante casos similares y en definitiva concluyó que tal proceder lesiona el derecho a la libertad e igualdad de todas las personas (Arts. 16 y 75 inc. 22 C.N.), hizo expresa reserva del caso federal y solicitó se haga lugar a su planteo.-

2) A su turno el Fiscal General, Dr. Héctor Iturrióz, contestó la impugnación ordinaria, solicitando su rechazo y la confirmación de la resolución atacada en todos sus términos.-

Centró su crítica en las valoraciones que realiza la impugnante, considerando que no tienen otro sustento más que la subjetividad, limitándose a presumir que la pretensión punitiva de tres años y tres meses solo persigue la posibilidad de desechar la solución alternativa del conflicto, sin realizar un análisis razonado del marco punitivo en el que se ha subsumido la conducta ni explicar como se podrían conjugar las pautas de mensuración de los Arts. 40 y 41 en caso de realizarse la cesura de pena.-

Indicó que no entiende las razones de la impugnante para sostener que se ha violado el principio de máxima taxatividad y el principio de igualdad de armas ya que no ha explicado de que manera estos

han sido violentados. Supone que lo que pretende es anteponer su propia idea de cómo debe el acusador cumplir su función.-

Señaló que las Instrucciones Generales realizadas por el Procurador General de la Provincia se formulan en uso legal y legítimo de facultades que emergen de los Arts. 120 de la Constitución Nacional, 194 y 195 de la Constitución Provincial y que tienen su correlato en el Art. 16 inc. 1° de la Ley V N° 94, por cuanto no puede ni debe calificarse a estas facultades constitucionales como de rango inferior. Agregó que los instructivos al estar contenidos en la ley formal son ley no solo para los acusadores públicos sino también para todos los que deben comportarse con sujeción a ellas.-

Aclaró que, como ya lo ha sostenido en anteriores presentaciones, la suspensión de juicio a prueba es un criterio de oportunidad que constituye la excepción al principio de oficialidad o legalidad de la acción pública y que uno de los cimientos en que se apoya la excepción a la regla es que quien disponga de la acción sea su titular y no un tercero extraño a su ejercicio y que quien debe evaluar si esa oportunidad se presenta o no en el caso concreto es el titular de la acción.-

Insistió en que la resolución en crisis ha sido dictada con absoluto respeto de las atribuciones conferidas por el Art. 195 de la Constitución Provincial al Procurador General y que se encuentran plenamente abastecidos los requisitos y las mandas contenidas en los Arts. 168 y 169 de la Constitución Provincial, que exige que las causas sean

falladas conforme a derecho y con adecuada fundamentación lógica y legal.-

Señaló que las oposiciones del Ministerio Público se asientan en la defensa del interés público y en casos como este en los cuales se deben extremar esfuerzos a fin de desalentar la comisión de determinadas actividades delictivas, las que como las relacionadas con la proliferación del tráfico ilegal de armas de fuego son la antesala de delitos mucho más graves.-

Finalmente solicitó el rechazo de la impugnación en todos sus términos y la confirmación del resolutorio enervado.-

3) En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. la Defensa sostuvo oralmente los fundamentos de la impugnación, en tanto el Ministerio Público Fiscal, representado en la ocasión por el, Funcionario de Fiscalía, Dr. Martín Cosmaro, ratificó el escrito de contestación y a fin de avalar lo actuado por ese Ministerio trajo un nuevo argumento, que el señor P. se encontraría involucrado en otro hecho con un arma de fuego, que data de junio de 2014, el cual se encuentra en etapa de investigación preliminar, por lo tanto no siendo el caso que nos convoca la única causa que P. tiene en trámite, encuentra fundamento la aplicación de las disposiciones de la Instrucción General de la Procuración 3/13.-

Seguidamente la Dra. Torrecillas ejerció su derecho a

réplica señalando que este nuevo argumento traído por el acusador no fue utilizado en oportunidad de realizarse la audiencia preliminar para oponerse, que no tiene conocimiento de que el señor P. tenga otra causa en trámite y que en todo caso la cuestión resulta extemporánea ya que debió hacerse en la audiencia preliminar a fin de que pudiera controvertir el planteo.-

Por último se le concedió la palabra al señor P. quien no hizo uso de la misma.-

II.- Para comenzar el tratamiento de la cuestión a decidir entiendo pertinente señalar que el hecho puntual que se le atribuye a A. J. P.en base a la acusación es la tenencia de un arma de fuego, tipo revolver calibre 38 largo Special, marca “Tanque”, Nº de serie ******, sin cortar con la correspondiente autorización o permiso del Registro Nacional de Armas (art. 189 bis, inc. 2º, 2do. párrafo del C.P.); ello a partir de un procedimiento realizado por la autoridad prevencional el día 9 de mayo de 2015 en zona norte de esta ciudad, constatando que el nombrado llevaba en su automóvil dicho elemento sin munición alguna debajo del asiento del acompañante y practicada la pericia correspondiente se pudo determinar que es apta para producir disparo pero su funcionamiento anormal.-

Que el titular de la Acción en cumplimiento de las exigencias del art. 291 del C.P.P. expresó la pretensión punitiva provisoria, estimando que el monto de pena a imponer no debería superar

los tres años y tres meses de prisión teniendo en cuenta para ello “la escasa gravedad del hecho, la nula violencia desplegada y la naturaleza de los bienes jurídicos afectados”.-

Así se arribó a la audiencia preliminar en la que la Defensa no objetó la acusación solicitando la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba con fundamento en el 4to párrafo del art. 76 bis, cumpliendo con los demás recaudos establecidos en la norma, entre ellos un ofrecimiento de una reparación para el afectado y el abandono del bien a favor del estado.-

El Ministerio Público Fiscal se opuso a la propuesta básicamente en función de la Instrucción Nº 3/2013 de la Procuración General que orienta a los fiscales a oponerse fundadamente al otorgamiento de la Suspensión de Juicio a prueba, u otras salidas alternativas a la pena, en los casos de los tipos penales previstos en el art. 189 bis del C.P. cuya pena máxima amenazada en abstracto supere los tres años de prisión y la Dra. Tasello, Juez de la audiencia preliminar, consideró que la oposición resultó motivada lógica y legalmente y por ende vinculante rechazando la solicitud.-

1.- En función de las críticas que formula la Defensa en el recurso, sostenidas enfáticamente en la audiencia del art. 385 del C.P.P., debo señalar que para que el dictamen negativo del Fiscal vincule al Juez, debe reunir determinadas condiciones. En tal dirección, deberá referir si se trata de un supuesto excluido del beneficio o si por el hecho

atribuido y situación del imputado no resulta procedente la condena condicional o no reúne todos los requisitos legales; ello es así dado que una denegatoria carente de debida fundamentación, contraria a la manda el art. 25 del C.P., implicaría un ejercicio arbitrario de tal potestad y autoriza a prescindir del requisito legal, entonces y en tanto la decisión del Juez Penal se ha basado exclusivamente en el dictamen resulta imperioso analizar las razones de la negativa para determinar si el control de legalidad efectuado por la Magistrada fue correcto o no.-

Como ya mencionara, la Funcionaria de Fiscalía actuante en la audiencia preliminar ha referido a una instrucción concreta del Procurador General en tal sentido, sobre la base del tipo penal escogido y la pena máxima amenazada en abstracto por superar los tres años de prisión reiterando en forma genérica los motivos que inspiran la directiva sin hacer mayor referencia al caso concreto, solo que se trata de un arma de guerra, lo que desde luego se encuentra contemplado en la norma seleccionada.-

Siguiendo a Bovino podemos especular con que el dictamen Fiscal en su aspecto vinculante se debe referir a un juicio político criminal que sustente la inconveniencia del otorgamiento del beneficio en el caso concreto, y como bien señala la recurrente, este cuerpo admite que el Ministerio Público Fiscal invoque tales razones para oponerse a la aplicación del instituto, siempre que el juicio de oportunidad político criminal se base en circunstancias especiales de un particular proceso y no

se traduzca en enunciados genéricos aplicables a cualquier caso –Sentencia Nº 32/2015-.-

Sin perjuicio de los precedentes de esta Cámara en relación a la figura penal seleccionada por el Titular de la Acción –simple tenencia de arma de fuego sin la debida autorización legal- (sentencia Nº 33/2015), y las recomendaciones relativas a la conveniencia de que la audiencia preliminar no se reduzca solo a un control formal, sino también sustancial admitiendo la posible aplicación del instituto en estos supuestos (Sentencia Nº 33/2014), tenemos que uno de los pilares sobre los que el representante del Ministerio Público Fiscal asienta la oposición es el monto de pena estimado en la acusación en función de la escala penal prevista para el delito, ubicándose el mínimo en dos años y el máximo en seis; ahora bien siguiendo las pautas tenidas en cuenta para esta pretensión provisoria, ellas indicarían que la hipotética pena a aplicar en el caso no debería alejarse del mínimo no encontrando suficiente sustento un monto superior a los tres años.-

Como circunstancia de interés para tal estimación se mencionan la escasa gravedad del hecho, la nula violencia desplegada y la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, y debe aditarse la falta de antecedentes penales, todo lo cual indica al más elemental análisis que ante un eventual supuesto de condena el monto de pena a imponer permitiría la ejecución condicional y ello ha sido admitido incluso por el Funcionario de Fiscalía que intervino en la audiencia del art. 385 del

C.P.P. pero insisten aferrándose al instructivo de la Procuración General, que el dictamen emitido en oportunidad de la audiencia preliminar cuenta con suficiente fundamentación y por ende vinculante para el Juez, resultando acertada la decisión solicitando el rechazo del recurso.-

También, en el afán de sostener tal postura, trajo a esta instancia nuevos argumentos no invocados en la audiencia correspondiente, los que sorprendieron a la Defensa, que desde luego solicitó su rechazo por improcedentes y así lo hemos considerado, dado que no resulta admisible en esta instancia traer nuevos motivos o argumentos que no hayan sido materia de la resolución recurrida, al margen de no contar con aval alguno dentro del proceso.-

2.- En cuanto a las críticas que formula la impugnante a las instrucciones generales o de politica-criminal emanadas del Procurador General, en particular a la invocada en el caso, respondió el Fiscal actuante que no puede agraviarse la recurrente alegando que los instructivos “son ley para el Ministerio Público Fiscal” ya que estos al estar contenidos en la ley formal, son ley, no solo para los acusadores públicos, sino también los es para todos quienes debemos comportarnos con sujeción a ella –ver. 1er. párrafo fs. 35-.-

Sobre el particular extraigo que la crítica no es dirigida a la facultad adjudicada constitucionalmente al Procurador General de la Provincia en cuanto fijar las políticas de persecución penal y expedir instructivos generales -art. 195 C.Ch.- como lo entiende el

Fiscal en su responde, sino al alcance que le otorga a una norma legal en dicho instructivo obturando la posibilidad de soluciones alternativas, estableciendo puntualmente reglas de actuación que impiden o desfavorecen el acceso a la suspensión de juicio a prueba en los casos de autores de los delitos previstos en el art. 189 bis del Código Penal, tornándose prácticamente infranqueable desde su óptica, pero además deja en evidencia la discrecionalidad con que los operadores interpretan estas reglas de actuación ilustrando con varios precedentes de esta circunscripción en los que se ha recurrido a soluciones alternativas, como la solicitada en el caso puntual, con consentimiento fiscal siendo admitidas por la misma magistrada frente a casos con idéntica imputación o más grave, lo que no fue rebatido por el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia del art. 385 del C.P.P., concluyendo la recurrente que este proceder en definitiva lesiona el derecho a la libertad e igualdad de todas las personas (arts. 16 y 75 inc. 22 C.N.).-

Volviendo a los precedentes de este tribunal, mencionados al inicio de mi exposición sobre la base que el delito de tenencia de arma de trata en definitiva de un delito de estructura formal y de peligro abstracto que ha merecido considerables objeciones desde la doctrina y se ha reflejado en basta jurisprudencia, tenemos dicho que para su punibilidad debe apelarse a criterios netamente restrictivos en el sentido que resulta necesario alcanzar lo más posible una concretización del peligro, vinculado a la persona que lo ocasiona, el ámbito donde se

produce y la afectación del bien jurídico protegido que en definitiva es lo que lleva a conminar tal conducta con una pena. Al sancionarse la ley 25882 el legislador ha tenido en cuenta justamente razones de política criminal para aumentar el castigo para todos los delitos cometidos con el empleo de armas de fuego y el agravamiento e incorporación de nuevos tipos penales en el caso de tenencia y portación de arma de guerra, pretendiendo sancionar etapas tempranas del iter criminis cuando de armas se trata, ubicando la mayoría de los supuestos contemplados fuera de la posibilidad de acogerse a la suspensión de juicio a prueba, pues la pena mínima supera los tres años de prisión o bien dentro del 4to. párrafo del art. 76 bis del C.P., por tanto a priori parece al menos excesivo que por vía de esta facultad acordada a la jefatura de los Fiscales esos motivos o razones que el legislador tuvo en cuenta para agravar la punición pesen aún más de lo que se pretendió, afectando de tal manera aquellos principios que enumera la impugnante en su recurso y si en definitiva la aplicación de soluciones alternativas se relaciona con la idea de evitar castigos innecesarios en los casos de baja lesividad, como se menciona en la cuestionada Instrucción, y en función de las

circunstancias puntuales del hecho adjudicado, al que me he referido para iniciar mi sufragio, justamente éste es uno de esos supuestos, por lo que considero corresponde hacer lugar al recurso y aplicar el instituto solicitado, lo que así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) En oportunidad de intervenir como subrogante legal de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, en la causa "Ministerio Público Fiscal s/ Investigación s/ robo Trelew", sentencia dictada con fecha 11 de noviembre del año 2014, registrada bajo el n° 14/14, me pronuncié en el sentido que todas las exigencias formales que, tradicionalmente, se han requerido al dictamen fiscal contrario a la procedencia de una suspensión de juicio a prueba, por entender que no sería de aplicación una pena de ejecución condicional (art. 26 C.P.) -como así también a la resolución jurisdiccional que luego, sobre esta base, decide rechazarla-, por analogía deben observarse en casos como el presente; cuando el fundamento dirimente de la oposición fiscal, está dado por la vigencia de Instrucciones (art. 121 del CPP), emanadas de la Procuración General de la Provincia del Chubut, basadas en el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, y que se ocupan de fijar los lineamientos para llevar adelante la persecución penal estatal (v.g. seleccionando qué casos serán llevados a juicio oral), en un lugar y tiempo histórico determinados –en particular, Instrucción n°

003/13 P.G., dictada con fecha 12 de agosto de 2013-.-

Recordemos que esta práctica institucional, es legítima solo en la medida que contribuya a "promover la **equidad y coherencia** de los criterios que adopten (los fiscales) para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento", como lo prescribe el Proyecto de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, denominado "Reglas de Mallorca" (el destacado me pertenece). El representante del Ministerio Público Fiscal, que intervino en la audiencia del art. 385 CPP, pretende que la diversidad de criterios, que surge del relevamiento de casos que ilustra la impugnante, estaría demostrando que los acusadores públicos no exhiben un temperamento ciego o inflexible, en contra de la Suspensión de Juicio a Prueba, en delitos de Tenencia de armas de fuego, sino que dictaminan caso por caso. Ahora bien, no complementa su tesis demostrando que, en el presente supuesto, se justifique la oposición, por contrapartida a los restantes casos enunciados, con dictamen favorable; sobre todo, con aquellos donde pareciera que se ha procedido, en base a criterios propios del denominado "Derecho Penal de autor", es decir, por tratarse de tenedores de armas que reúnen determinada características de personalidad, posición social, etc..-

El Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia, por su sala Penal, a su vez, tiene dicho en referencia a la suspensión del juicio a prueba, que: "…se encuentra estrictamente regulada por la norma

en todo lo que hace a sus condiciones de procedencia, **no** quedando éstas sujetas a la discrecionalidad de ningún funcionario que facilite **desigualdades arbitrarias** (art. 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 con la oposición del Ministerio Público Fiscal, que está sujeta al **control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional…**" (voto del Dr. Pfleger, entre otras en la causa "Hernández, Juan Cruz p.s.a. Homicidio…", sentencia de fecha 31 de enero de 2007, el destacado me pertenece).-

En cuanto a la jurisprudencia constante que se aplica, en casos donde se discute la eventual procedencia de una condena de ejecución condicional, se han cuestionado severamente aquellos supuestos en los cuales: "…el raciocinio denegatorio del 'a quo' **adolece de fundamentación** alguna orientada a explicitar las razones por las que, en el caso traído a estudio, no se encuentran configuradas las condiciones previstas por el artículo 26 del código de fondo para la procedencia de una condena de ejecución condicional **o**, en su caso, los **concretos motivos** por los que, a la luz de las disposiciones que regulan el instituto en cuestión, la concreta gravedad de la conducta investigada impedirían la suspensión del proceso a prueba … La doctrina es coincidente en esta postura, señalando que "...lo único que tienen en común la decisión del tribunal y la opinión del fiscal es que ambas deben ser **fundadas y controlables según criterios de legalidad y razonabilidad…**" (Bovino,

A., La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Procesal Penal argentino, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2001, pág. 155). Por ello, deviene incontestable que no ejerció el tribunal su deber de controlar jurisdiccionalmente la fundamentación de la oposición fiscal y, como ya he señalado, no puede solamente referirse al desacuerdo fiscal como fundamento único de la denegatoria del beneficio solicitado (tomado de la ya citada sentencia nº 14/14, de la circunscripción de Trelew, jurisprudencia de la CNCas. Pen.).-

2) Por otra parte, si bien es cierto que pareciera que el tenor de la citada Instrucción no es tan amplio, en orden a la posibilidad de admitir excepciones a la orden del Procurador General, como por ejemplo a título de comparación, la regulación similar de la materia relativa a la violencia contra la mujer; sin embargo, entendemos que en todos los casos debe exigirse al dictamen fiscal negativo, que explicite los concretos motivos por los que en el caso, se expide en sentido desfavorable, conforme la interpretación desarrollada precedentemente. Máxime cuando, como en el supuesto que nos ocupa, se trata de un delito de peligro abstracto, consistente en la tenencia de un arma de fuego descargada y que, según las actuaciones prevencionales, el

anoticiamiento realizado por teléfono a la Seccional interviniente, solo dio cuenta de un autor que “deambulaba por la zona”, y que se “encontraba” con el elemento en cuestión, en su vehículo -sin que en ningún momento

se denunciara una exhibición del arma de fuego, ni menos aún su utilización en la emergencia, a través de la realización de disparos, apoyo a la comisión del delito de Amenazas, o de actos preparatorios de otros ilícitos más graves, por caso, contra la propiedad pública o privada, etc.--

Por último, y respecto a las pruebas del caso, también ha de tenerse en cuenta que el informe pericial balístico nº 192/15, el cual fuera admitido como prueba en la audiencia preliminar, suscripto por el Cabo de Policía C. L. M., informó que el revólver "Tanque", calibre 38 Special, incautado en poder de P., si bien es apto para disparar, presenta un funcionamiento defectuoso ya que al efectuar la carga de las municiones de forma manual en el tambor, uno de los alveolos que lo conforma, no permite el ingreso del cartucho a bala en su totalidad; por lo cual, el arma permite la carga de cinco municiones en su tambor, quedando un alveolo inutilizado, todo lo cual determina que el mismo presenta un "funcionamiento anormal".-

III.- Es menester además, en casos como el presente, y tal como ya lo adelantáramos, insistir con las características propias del injusto que se atribuye a P., en apoyo de la argumentación que se viene exponiendo. Así, "el legislador creó esta figura penal sobre la base de determinados datos extraídos de la realidad, que la consideraron razonable para los resultados (concretos o abstractos) que tiende a evitar, mientras que el juzgador deberá determinar en cada caso la efectiva realización de todos los elementos del tipo, que previó el legislador, de modo tal de

descartar la tipicidad en aquellos casos donde falte la idoneidad para poner en peligro el valor protegido. Esta es la razón esencial por la que se exige la prueba de la aptitud del arma para sus fines específicos; no porque haya que establecer una relación causal entre la acción y un determinado resultado, sino para **no punir una mera desobediencia a una manda del Estado**" (cfme. De Luca, Javier A.: "El delito de tenencia de armas de guerra", pág. 40, con cita de

jurisprudencia de la C.C.C. Fed., Sala I, en la que se valoró -para concluir que se había puesto en riesgo el bien jurídico tutelado-, argumentación a contrario, que "las **circunstancias concretas** en que se verificó la tenencia del arma secuestrada" poseían suficiente aptitud para ello, el destacado en todos los casos ha sido agregado al original) -tal como lo hemos sostenido, entre otros precedentes, en la sentencia n° 21/14, absolutoria, en la que se revocó una condena dictada por el Juez Penal de la Circunscripción Judicial de Sarmiento-.-

También se citó en este fallo, la opinión de Roxin en el sentido que, en la punibilidad de la tenencia de armas no se trata de un adelantamiento de la misma, en el sentido de una penalización de los planes delictivos. Antes bien, se coloca "… bajo pena la apertura de **una fuente de peligro que puede traer con ella muy diversos riesgos de peligro para la vida"**; lo cual es legítimo (cfme. aut cit., en su artículo titulado: "Los delitos de tenencia", traduc. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, en la obra colectiva: "Dogmática penal entre naturalismo

y normativismo", libro en homenaje a Eberhard Struensee, edit. Ad.Hoc, Bs. As., año 2011, págs. 505 y ss.).-

En sentido concordante, merece recordarse asimismo en nuestra doctrina nacional, la opinión que sostiene que, los delitos de peligro se desplazan sobre el mismo eje que fundamenta a la tentativa. Lo que se pena no es la existencia de un resultado, sino la generación de un riesgo capaz de producirlo. Los problemas de constitucionalidad que pudieran afrontar los delitos de peligro radican, pues, no en la punición del riesgo que conllevaría un acto como disparador de un curso causal lesivo, sino en la razonabilidad con la cual el legislador pueda preverlo (cfme. Ivana Quinteros y Osvaldo Rossi, en el artículo "Los peligros de 'Arriola' -Otra mirada sobre el precedente que decidió la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal"-, publicado en la obra "Problemas actuales de la Parte general del Derecho Penal", Daniel R. Pastor –Director- Nicolás Guzmán, -Coordinador-, edit. Ad-Hoc, pág. 251).-

Como vemos, esta línea de argumentación específica vinculada a las características propias del injusto que se atribuye a P. en la acusación pública, sumadas a todo lo expuesto en orden a los requerimientos formales del dictamen fiscal negativo y de la consecuente resolución, concurren a ilustrar claramente que en el caso concreto, no se ha practicado un estudio concienzudo de las razones que obstarían a la concesión de la suspensión al proceso a prueba; lo cual impide avalar en

esta instancia el temperamento denegatorio, que deberá revocarse como consecuencia del recurso ordinario intentado, haciéndose lugar a la procedencia del instituto.-

IV.- Por todo lo expuesto, sumo mi voto por la afirmativa al tratamiento de la presente cuestión.-

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

I.- En cuanto a los antecedentes del caso, posiciones de las partes, fundamentos de la decisión impugnada, remito a la reseña efectuada por el Magistrado del primer sufragio.-

II.- Este Tribunal, en reiteradas ocasiones (Sentencia nro. 33/2015, entre otras), ha admitido que el Ministerio Fiscal puede invocar razones de política criminal para oponerse a la concesión de la Suspensión de Juicio a Prueba. Así lo ha recordado en la Audiencia del art. 385 del CPPCh. la esforzada profesional de la Defensa Pública y le asiste razón.-

En todo caso, lo que aquí corresponde definir en pos de fundamentar la decisión ya adoptada, es qué debe entenderse por política criminal, y como dichas razones deben ser utilizadas, esencialmente en lo que respecta a la vigencia del bloque de legalidad, que se compone de preceptos supranacionales, constitucionales, legales nacionales y locales, e incluso reglamentarios, como puede serlo una Instrucción General del Procurador, como la que nos ocupa (nro. 3/013).En todo el complejo normativo aludido, resaltan los

principios de igualdad ante la ley, culpabilidad, lesividad y mínima intervención del poder punitivo estatal, derivación este último del mandato "pro homine", como rectores, por lo cual en tanto se opongan motivos de política criminal para impedir la aplicación de una solución alternativa a la imposición de una pena, que es lo que en definitiva constituye la "probation", la vigencia de estos principios debe observarse.-

La Política Criminal es el aspecto de la política general del Estado que procura obtener y realizar criterios de prevención y represión de la criminalidad. En palabras de Righi, supone interpretar la dogmática penal actual, y proponer un modelo para el futuro, en la pretensión de dotar de mayor eficacia al derecho penal, pero sin menoscabar excesivamente el ámbito de libertad de los ciudadanos (Derecho Penal, Parte General, pag. 15, Ed. Abeledo Perrot).-

Claramente entonces, ni la existencias de antecedentes penales del acusado, computables o no, como pretendió el Ministerio Fiscal en la Audiencia previa a este acto, ni la moral personal, como reseñó la Dra. Torrecillas aludiendo a un dictamen favorable a la concesión de "probation" del Acusador Público en otro expediente, lo son.-

Cuando se dice que la política criminal la diseña el Estado, corresponde atribuir al término un sentido genérico, pues por Estado cabe entender al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, ya sea local o federal, siempre dentro de la órbita de sus respectivas incumbencias.-

Precisamente el Legislador nacional, que es el

habilitado para dictar la norma penal sustancial (art. 75 inc 12 CN), como corolario de un proceso de reformas legislativas en el cual se asoció la fenomenología de los crecientes delitos violentos con la manipulación de armas de fuego, dictó la Ley 25886, que tipificó la Tenencia de arma de fuego de uso civil, la distinguió de la Portación, estipuló otro tanto respecto de las armas de fuego de guerra, y elevó las penas de aquellas conductas que ya estaban tipificadas.-

En términos de posibilidad de "probation", solo la Tenencia de arma de fuego de uso civil en virtud de su escala punitiva, quedó atrapada en el primer párrafo del art. 76 bis el CP, el cual conforme a la Doctrina a la que podríamos identificar como dominante (cfme. aporte de Gustavo L. Vitale, en el Título XII, 'De la suspensión de juicio a prueba', Artículo 76 bis/Quater 'Suspensión del Juicio a Prueba. Admisibilidad. Periodo de prueba. Condiciones. Efectos. Perjudicialidad., publicado "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, David Baigun – Eugenio Raúl Zaffaroni, dirección, Marcos A. Terragni, coordinación, tomo 2B,edit. Hammurabi), no requiere consentimiento del Ministerio Fiscal para su otorgamiento. Las demás conductas de las mencionadas, o quedaron derivadas al cuarto párrafo del precepto referido, que si prevé la conformidad Fiscal, o directamente resultan insusceptibles del beneficio pues su mínimo de escala penal impide una eventual condena de ejecución condicional.-

La Reforma derivó en la necesidad de la delimitación entre las figuras de Tenencia y Portación, siempre dificultosa en términos de la observancia de los aludidos principios de igualdad ante la ley, mínima intervención y lesividad, cuestión sobre la que nos hemos expedido en la Sentencia nro. 33/15, y no resultaría ajena a este caso, pero sobre la cual no es posible ingresar a tenor, ya del contenido de los agravios, del instituto cuya aplicación se pretende, pues su análisis excluye la dilucidación en profundidad del hecho generador de las actuaciones, ya de la etapa procesal que se transita.-

Otra consecuencia de la mentada Reforma consistió en que se tipificaron actos preparatorios, lejanos de la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico que no sea la Seguridad pública. Más aún, si como admite una parte de la Doctrina, para que se configure la Tenencia no hace falta que el arma este cargada o en condiciones inmediatas de ser usada. En definitiva, se creó un delito meramente "formal", que posee una relación al menos ríspida con el principio constitucional de lesividad.-

Pero no caben dudas que el Legislador inscribió una pauta de política criminal, pretendiendo desalentar la manipulación de armas de fuego sin la autorización legal correspondiente, en la inteligencia que ello, por lo general, deriva en la comisión de otros, y graves, delitos que afectan la vida, la libertad, la propiedad.-

De esa forma, a lo largo del tiempo y en un proceso en

que la Ley 25886 fue uno de sus claros exponentes, se sustrajo de la chance de solución alternativa a la aplicación eventual de una pena a gran parte de las conductas vinculadas con armas de fuego, pero no a la Tenencia de arma de guerra, la cual quedó derivada al cuarto párrafo del art. 76 bis, en función de la escala prevista, si de "probation" se trata.-

III.- Lo que debemos preguntarnos ahora es si, siempre en la pretensión, en lo atiente a la articulación de razones de política criminal, de mantener aquel equilibrio entre eficacia del derecho penal y vigencia del ámbito de libertad de los ciudadanos, es posible aceptar una interpretación lineal de la Instrucción 3/013 de la Procuración General en tanto ningún injusto cometido mediante armas de fuego, puntualmente la Tenencia y Portación, podría ser materia de Suspensión de Juicio a Prueba, pues la directiva dirigida a los miembros del Ministerio Público ha sido no consentirlo en ningún caso.-

Y considero que la respuesta es claramente negativa.-

En primer término, para la Tenencia de armas de fuego de uso civil, al haber quedado incluida en el primer párrafo del art. 76 bis del CP., el dictamen Fiscal no resulta vinculante, por lo cual la directiva referida no pasa de ser una opinión, la cual puede ser tenida en cuenta, o no, por los Magistrados.-

Pero es la Tenencia de armas de fuego de guerra, la cual, al ingresar en el cuarto párrafo de la norma indicada, representa el tema conflictivo en lo atinente al contenido de un dictamen del Acusador

Público que, conforme previó el Legislador, si es vinculante, y es posible que transite, como hemos sostenido, por razones de política criminal para fundar un criterio negativo.-

Si el Legislador nacional esbozó tales razones para adoptar el temperamento descripto en cuanto a todo lo vinculado con armas de fuego, y dejó el ilícito indicado en condiciones de ser materia de "probation", no se comprende como el Procurador General, reiterando esas razones, pues es ese y no otro el contenido de la Instrucción, podría vedarlo.-

Seria como asignar a un mismo extremo fáctico dos consecuencias desfavorables para el imputado, endurecimiento de las escalas punitivas e imposibilidad de obtener la Suspensión de Juicio a Prueba, lo cual, a riesgo de lesionar el "ne bis in ídem", no podría admitirse.-

Luego, implicaría obturar un beneficio, establecido en la Ley de fondo, para un delito que, el encargado de sancionarlos, delito y beneficio, el Legislador Nacional, no obturó. Aquí el problema se desplazaría a una cuestión de competencias constitucionales.-

E incluso al tratarse de un arma descargada, supuesto bastante lejano de lesión o peligro a bien jurídico alguno, existirían desajustes respecto de la observancia del principio de lesividad, y del de igualdad ante la ley, pues paralelamente se acepta la aplicación de la Suspensión a Prueba en delitos que sí comprometen claramente bienes

jurídicos. Fue con este argumento que la CSJN en los fallos “Acosta y “Norverto” abrió la puerta a relativizar la prohibición legal de “probation” si el delito prevé pena de inhabilitación.-

IV.- En definitiva, por todas las razones expuestas, la Instrucción General nro. 3/013 merece ser interpretada como una línea de política criminal que admite excepciones, las que surgirán a partir del caso concreto.-

Y en el pasado, más allá de los argumentos utilizados, así ha ocurrido conforme los antecedentes aportados por la Defensa.-

En el sub-judice no se advierte el motivo por el cual una persona que no posee antecedentes computables no podría acceder al instituto aludido sí, desde la escala prevista, el dictado de una condena condicional sería altamente probable, sin perjuicio que en la Acusación se efectuó una estimación de pena de cumplimiento efectivo que no tuvo anclaje argumental alguno.-

Por ello, hemos coincidido al deliberar que, habiendo consistido la resolución impugnada en una remisión a un dictamen Fiscal que invocó una Instrucción General que presenta los inconvenientes referidos, debe ser revocada, el Instituto concedido, debiendo discutirse el resto de las modalidades que hacen a la Suspensión del Juicio a Prueba en una Audiencia a celebrarse por otro Juez, ya que a la Magistrada hasta aquí actuante la alcanza la previsión contenida en el art. 77 inc. 2) del CPPCh. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

En base al resultado del tratamiento de la cuestión precedente propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado R. J. P. y revocar la resolución de la Jueza Penal dictada el 21 de marzo de 2016 en el marco de la Audiencia Preliminar; conceder la Suspensión de Juicio a Prueba al imputado R. J. P.; quien deberá además abonar el mínimo de la multa en cumplimiento del 5to. párrafo del art. 76 bis en función del art. 189 bis inc. 2do. del C.P., y disponer que por intermedio de la Oficina Judicial se ordene la realización de una nueva audiencia a fin de que otro Juez Penal establezca las condiciones en que el imputado deba ser colocado a prueba, entre ellas el plazo y las reglas de conducta a observar (art. 76 bis del C.P.).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: De acuerdo al resultado del tratamiento de la primera cuestión, al que se arribara por unanimidad, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir que el Acuerdo dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado R. J. P. y revocar la resolución de la Jueza Penal dictada el 21 de marzo de 2016 en el marco de la Audiencia Preliminar; conceder la Suspensión de Juicio a Prueba al imputado R. J. P.; quien deberá además abonar el mínimo de la multa en cumplimiento del 5to. párrafo del art. 76 bis en función del art. 189 bis inc. 2do. del C.P., y disponer que por intermedio de la Oficina

Judicial se ordene la realización de una nueva audiencia a fin de que otro Juez Penal establezca las condiciones en que el imputado deba ser colocado a prueba, entre ellas el plazo y las reglas de conducta a observar (art. 76 bis del C.P.).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al resultado del tratamiento de la cuestión precedente coincido con mis colegas en que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado R. J. P. y revocar la resolución de la Jueza Penal dictada el 21 de marzo de 2016 en el marco de la Audiencia Preliminar; conceder la Suspensión de Juicio a Prueba al imputado R. J. P.; quien deberá además abonar el mínimo de la multa en cumplimiento del 5to. párrafo del art. 76 bis en función del art. 189 bis inc. 2do. del C.P., y disponer que por intermedio de la Oficina Judicial se ordene la realización de una nueva audiencia a fin de que otro Juez Penal establezca las condiciones en que el imputado deba ser colocado a prueba, entre ellas el plazo y las reglas de conducta a observar (art. 76 bis del C.P.).-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

--

1º) HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa del acusado R. J. P. y **REVOCAR** la resolución de la Jueza

Penal dictada el 21 de marzo de 2016 en el marco de la Audiencia Preliminar.----

2º) CONCEDER la Suspensión de Juicio a Prueba al imputado R. J. P., debiendo además abonar el mínimo de la multa prevista como pena conjunta para el delito que se le atribuye (arts. 76 bis, 189 bis inc. 2do., 1ro y 2do. párrafo del C.P. y 49, 370, 374, ss. y cc. del Código Procesal Penal).----------**3º)**

DISPONER que por intermedio de la Oficina Judicial se ordene la realización de una nueva audiencia a fin de que otro Juez Penal establezca las condiciones en que el imputado deba ser colocado a prueba, entre ellas el plazo y las reglas de conducta a observar (art. 76 bis del C.P.).----------

---

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

--

Sentencia nº 8/16

Fdo. Dres. Guillermo Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos. Martín Roberto Montenovo.-