En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los quince días del mes de septiembre del año dos mil dieciseis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Alejandro Gustavo Defranco, Omar Florencio Minatta y Adrián Roberto Barrios, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados: **"VF- R. M. p.s.a. de Lesiones leves con arma blanca y abuso de armas – Trelew" (Carpeta 6216 Ofiju Tw – Legajo 58935 OUMPF Tw)**, en orden al delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, en el carácter de autor (arts. 189 bis, inc. 2do, 3er. párrafo y 45 del Código Penal), por el hecho ocurrido el día 15/03/15 en la ciudad de Trelew, y su acumulada: **"R., M. y otros p.s.a. robo agravado – Trelew" (Carpeta 6436 OJ Tw, legajo 61.787 OUMPF Tw)**, en orden al delito de robo doblemente agravado por ser cometido en poblado y en banda y con escalamiento, en grado de tentativa y en el carácter de coautor (arts. 167 incs. 2 y 4, en función del art. 163 inc. 4, 42 y 45 del Código Penal) por el hecho ocurrido el día 29/09/15 en igual ciudad, con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor particular, Dr. A. M. contra la resolución Nro. 993/16 OJ Tw dictada en fecha 25/04/16, por la cual la Juez Marcela Pérez, denegara la suspensión del juicio a prueba por no contarse con el consentimiento del Ministerio Público Fiscal, el cual consideró como debidamente motivado y vinculante para la procedencia del instituto en cuestión, como así también, desconocerse el temperamento de la víctima del caso 6436 respecto de la reparación propuesta, consistente en la realización de cuarenta (40) horas de trabajo comunitario, por el término de dos (2) años.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 01/09/16 en la sede de este tribunal, intervinieron el imputado M. A. R. (cuyas demás

circunstancias personales obran en autos) y su Defensor de confianza, Dr. A. M..

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Que se ha excitado la competencia de este Tribunal a raíz de la impugnación ordinaria materializada por el abogado A. M., en representación de su cliente M. A. R., quien se agravia de la resolución de la Juez Marcela Pérez mediante la cual, en fecha 25 de abril de este año, se denegó la solicitud de suspensión del proceso a prueba a su respecto.

2.- Es bueno recordar que en la audiencia de debate que tuvo lugar en esa fecha, el letrado M. solicitó la concesión de la probation (art. 76 bis, Cód. Penal) para su asistido, por los hechos ventilados en dos carpetas acumuladas, en los términos que se transcriben:

"Atento al devenir de este Debate, la presencia de la víctima, la cual es víctima de lesiones leves, en la cual adelanto y el M.P.F está enterado de que va a desistir de la acción por las lesiones leves y respecto de los otros testigos, en relación al abuso de armas. Le va a resultar muy difícil probar esta situación al M.P.F, lo que quedará seria una calificación de portación de arma de uso civil condicional, como la calificación más grave que tiene el M.P.F y que con el debate de la próxima carpeta N° 6436, su asistido está imputado en un robo en poblado y en banda en carácter de autor, tentado. Plantea la suspensión de Juicio a prueba en las dos carpetas, entendiendo que ya sea en concurso real la calificación de portación de arma de uso civil con robo tentado en poblado y en banda, tenemos un mínimo de pena esperable de menor de tres años. Ante esta situación no teniendo antecedentes su asistido, plantea la suspensión

de juicio a prueba. Ofreciendo como reparación 40 horas de trabajo comunitario y todas las normas que indique V.S del 27 bis del Código Penal por el término de 2 años...".

3.- En la audiencia, se opone el representante de la vindicta, O. H., por una serie de objeciones que se detallan textualmente:

"Manifiesta dos cuestiones que motivan su oposición respecto de otorgarle el beneficio a favor del imputado. En primer lugar el imputado ya fue beneficiado con otras salidas alternativas, entendiendo a la suspensión de juicio a prueba como también otra salida alternativa. Fue beneficiado por un acuerdo conciliatorio en los términos del Art. 47 del CPP (el sobreseimiento por cumplimiento de este acuerdo es de fecha 22/04/2013 en el legajo fiscal N 4404) y también se dictó sobreseimiento en fecha 13/06/2013 a favor del imputado por la aplicación de un criterio de oportunidad en su favor, en el Legajo Fiscal N°4199. Entendiendo que ya registra dos sobreseimientos por salidas alternativas aplicada en su favor, hace referencia a la instrucción NO1 del año 1999 de la procuración general en la que se instruye a los fiscales generales oponerse a la aplicación de nuevas salidas alternativas de personas que ya han sido beneficiados anteriormente. No se trata de un agente primario, sino que el imputado se trata de una persona que ha tenido un frondoso contacto con la Ley penal, si bien no registra antecedentes condenatorios, ni registra suspensiones anteriores. Hace referencia al informe del sistema Coirón en los que amen a los tres casos traídos a Debate registra también otros casos en los que resulta imputado, en etapa preliminar y en etapa de investigación preparatoria. Hace referencia a los mismos. Se opone por entender que el imputado de autos posee numerosos antecedentes, al menos en trámite. Asimismo indica que debe hacer valer la

instrucción de la procuración general N° 3 del año 2013, en la que se hace expresa instrucción a los delitos previstos en el Art 189 bis del c.p cuya pena amenazada en abstracto supere los tres años de prisión, se trata de los delitos de portación de arma de fuego de uso civil Art. 189 bis inc. 2 párrafo tercero. Por lo tanto esta instrucción haciendo alusión a cuestiones de política criminal en el que abarca estos hechos típicos que son previos a la comisión de delitos aun mas graves, dado el alto poder vulnerante e intimidatorio de estas armas, en este caso armas de fuego, se pone en peligro la seguridad pública y la paz social. Toda esta cuestión amerita la oposición por parte del M.P.F ante la concesión de este tipo de salidas alternativas justamente a delitos que tengan que ver justamente con la portación de armas de fuego, en este caso sin autorización legal...".

4.- Ello así, a seguido, la a quo resuelve oralmente la cuestión, desprendiéndose del audio respectivo su esquema de pensamiento.

Comienza recordando que "*nos encontramos entonces que en este estado, se le imputa prima facie a R., con el adelantamiento que no se lo va a acusar por el delito de lesiones leves un delito de portación de armas y un delito de robo doblemente agravado en grado de tentativa. Que en el caso de delito consumado su pena es de 3 a 10 años y en el tentado se disminuye de un tercio a la mitad. Menciono esto en oportunidad que en función de las escalas penales nos encontramos en el inc. 4 del 76 bis, esto es justamente cuando se requieren distintas circunstancias, una tiene que ver con el consentimiento fiscal y concretamente las circunstancias de su dictamen.*"

Prosigue su resolución rechazando la primera objeción de la Fiscalía, al decir que "*asiste razón al Sr. Defensor en cuanto a que la circunstancia de haber sido beneficiado con dos salidas alternativas, esto es*

un acuerdo conciliatorio y criterio de oportunidad, no obsta justamente en función porque continúa siendo primario a que se le pudiera conceder el beneficio que hoy solicita, esto es el Art 76 bis, a la luz de los requisitos que dice el Art. 76 bis, uno de ellos resulta ser su condición de primario, de lo cual no lo ha perdido el Sr. R.. En igual sentido en las restantes causas en trámite en el caso que avanzara y eventualmente sea condenado, de concedérsele el beneficio, implicaría la consecuencia que el propio Art. 76 ter implica, es decir, si corresponde continuar con la medida o revocar la misma y continuar el proceso. En cuanto al primer aspecto de la oposición, entiendo que le asiste razón al Sr. Defensor."

Empero, y en relación a la segunda oposición del fiscal, manifiesta la Jueza Penal que *"no se debe desconocer que en el presente caso se le imputa un delito de portación de armas y entiendo que en este caso, le asiste razón toda vez que efectivamente nos encontramos ante un hecho que presuntamente al tratarse de una portación acaece en la vía pública, con la utilización de un elemento que son por demás peligrosos. Hablar de portación implica tener el arma en la vía pública, en condiciones de su efectiva utilización, lo cual necesariamente implica un peligro para la seguridad pública y la paz social. En ese entendimiento, creo que la gravedad de los hechos en cuestión, como es una portación, es una circunstancia que obsta a la concesión del referido beneficio, es decir, entiendo que en este aspecto el dictamen del Sr. Fiscal y su no consentimiento en los términos del cuarto párrafo, deviene debidamente motivado."*

A mas de todo ello, resuelve *"...en segundo lugar, justamente en función de lo que establece el Art. 76 bis del C.P. en su cuarto párrafo, entiendo que la propuesta traída por el Sr. Defensor deviene claramente huérfana,*

toda vez que nos encontramos con víctimas, en especial en el segundo caso, las cuales necesariamente, en función de lo establecido por el propio Art. 76 bis se requiere un ofrecimiento de reparación, se requiere además escuchar a la víctima tal lo establecido en el Art. 76 bis C.P. , 49 Y 50 C.P.P circunstancias que no han sido traídas en esta oportunidad. No hemos podido escuchar a la víctima, no ha habido un ofrecimiento de reparación del daño a la misma. Esta circunstancia me impide eventualmente conceder el beneficio en esta forma...".

5.- Ante estos estrados, el recurrente, explicando los alcances de su escrito recursivo, argumenta en el sentido que *"revisando la fs. 4 de la Carpeta 6216 puede verificarse que el arma secuestrada al Sr. R. se la secuestró dentro de la casa con la entrega voluntaria... mediante un allanamiento se secuestró un arma y era lo único que podía llegar a juicio en esta situación por la sencilla razón que los que habían hecho la denuncia en su momento, habían desistido de la acción por lesiones leves, que era la pareja anterior del Sr. R.. Ante esta situación entiendo S.S., que no se afecta ningún bien jurídico protegido de la tenencia de arma que es "la seguridad pública de tener un arma en su casa". Si bien en esta cuestión se puede discutir si viene un allanamiento, la entrega en forma voluntaria es realmente una portación si está guardada en determinado lugar, viene la policía –que siempre invita para no darle vuelta la casa-, en forma voluntaria entrega el arma secuestrada, se puede corroborar en la foja 4..."*

Por otra parte, explica otro de los agravios que le merece la actuación de la Juez para denegar el instituto, esto es, el que guarda relación con que no había ofrecido reparación o no había tenido intervención la víctima. Al respecto entiende el letrado que *"el art. 76 bis, la intervención de la víctima por el tema de la reparación misma es, la puede aceptar o no, por la sencilla razón*

que no es vinculante el dictamen o lo que diga la víctima respecto a la suspensión del juicio a prueba; en esta situación es un derecho la SJP cuando están dadas las condiciones para no estigmatizarla después por la cuestión penal. Si la víctima acepta o no la reparación, si la acepta bien, serán 40 horas de trabajo comunitario; si no la acepta se le abre la reparación por la vía civil, por eso no es vinculante la decisión de la víctima con respecto a la SJP."

6.- Puesto a resolver, he de principiar la faena alterando en algo el orden de la sucesión de fundamentos de la resolución, siguiendo por una razón lógica la cronología de los agravios.

En ese sentido, recordaré que interesa el abogado M. a este Cuerpo acerca de la posibilidad de mutar la calificación jurídica del primero de los hechos imputados –el ventilado en Carpeta 6216-. Recuerda que respecto a este suceso fue su cliente acusado por el delito de Portación de armas de uso civil, pero, atento haberse hallado dicho artefacto en su domicilio, y entregado voluntariamente por él, debería hablarse entonces de una Tenencia de armas.

A este planteo opondré tres consideraciones que me llevan inexorablemente a su rechazo:

a.- En primer lugar, es sabido que *"el hecho que el Tribunal debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia o no de la suspensión del juicio a prueba es el descripto en la pieza acusatoria... Por eso, el juzgador, a los fines de resolver sobre el pedido de probation, debe considerar el suceso fáctico que la acusación enrostra, y no argumentar la posibilidad de otro hecho distinto (TSJ, Sala Penal, "B.", S. nº 63, 8/7/04; "P.", S. nº 11, 6/3/02).*

De ello se desprende sin mucha argumentación, que no puede aceptarse en esta instancia el novedoso argumento para pretender quizás –puesto que no lo ha

indicado expresamente el recurrente- lograr una calificación jurídica inferior.

b.- El segundo pilar de mi rechazo a este argumento finca en el hecho evidente que no ha interesado al a quo sobre este punto, quien ha resuelto –por pares o nones- sin contar con este razonamiento entre sus elementos de juicio, por lo que se afecta la capacidad de rendimiento del recurso al exhortar a este Cuerpo a expedirse sobre una cuestión no planteada oportunamente.

c.- Por último, surge de la acusación contenida en la carpeta 6216, caratulada **"R. M. p.s.a. de lesiones leves con arma blanca y abuso de arma-Trelew"**, que el imputado ha sido intimado por el siguiente hecho que *"ocurrió el 15 de marzo de 2015 alrededor de las 03:20 horas en circunstancias en que M. J. A. R. se hizo presente en el domicilio de H. O., abuelo de quien por entonces era su pareja L. B., sito en X N° X de Trelew, portando un arma de fuego calibre 22 con la cual efectuó disparos al aire. R. llegó a dicha vivienda luego de una discusión con su ex pareja que tuvo lugar en el departamento que aquél habita en X, tras la cual la golpeó y la lesionó con un cuchillo tipo tramontina en la zona inguinal izquierda, provocando la huida de L. hacia la casa de su abuelo, sitio en el cual tuvo lugar la acontecimiento relatado en primer término.*

Consecuencia de ello, es que se llevó a cabo un allanamiento en el domicilio de R. en X oportunidad en la que el imputado hizo entrega voluntaria de un arma de fuego tipo pistola, marca Bersa, calibre 22 TLR largo, modelo Thunder 22, industria argentina, serie X XXXXX, que en su cargador poseía diez cartuchos a bala, marca REM, calibre 22, no contando el imputado con la debida autorización para portar o tener armas de fuego conforme constancia obrante en el Registro Nacional de Armas.

En consecuencia, la acusación viene siendo por un hecho anterior a la entrega del arma en el domicilio,

efectivamente un hecho consistente en tener el arma a disposición en la vía pública –mas allá de la necesaria acreditación con certeza en un juicio oral-, que es temporalmente anterior a la circunstancia a que alude el Sr. Defensor.

7.- Rechazado este agravio, me avocaré a la consideración del resolutorio de la Jueza Penal Pérez, mirado a través de la queja relacionada con la aceptación de la oposición del Ministerio Público Fiscal, no por la presencia de antecedentes, que ha sido ignorada por la a quo en forma atinada, sino por la gravedad del hecho.

En efecto, recordemos que la Jueza en este punto ha dicho que *"no se debe desconocer que en el presente caso se le imputa un delito de portación de armas y entiendo que en este caso, le asiste razón toda vez que efectivamente nos encontramos ante un hecho que presuntamente al tratarse de una portación acaece en la vía pública, con la utilización de un elemento que son por demás peligrosos. Hablar de portación implica tener el arma en la vía pública, en condiciones de su efectiva utilización, lo cual necesariamente implica un peligro para la seguridad pública y la paz social. En ese entendimiento, creo que la gravedad de los hechos en cuestión, como es una portación, es una circunstancia que obsta a la concesión del referido beneficio, es decir, entiendo que en este aspecto el dictamen del Sr. Fiscal y su no consentimiento en los términos del cuarto párrafo, deviene debidamente motivado."*

8.- A ello es necesario decir, como lo he sufragado en numerosos precedentes, que la suspensión del proceso a prueba constituye el derecho a que se paralice temporalmente a favor del perseguido penalmente el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, a su pedido; que la consideración del instituto como un derecho del imputado –y no de mera gracia del poder requirente- surge sin dudar de la previsión legal de las

condiciones de admisibilidad las que de presentarse en el caso deben conducir indefectiblemente a la concesión de la suspensión.

Además expresé desde **"C., S. G. s/denuncia – Trelew", carpeta 4119 OJ Tw, Legajo 30592 MPF"**, y reitero ahora, que *"…de presentarse en el caso la petición del imputado y... la inexistencia de antecedentes y la posibilidad (teniendo en cuanto los montos de pena previstos en la parte especial) que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, de acuerdo a las mandas del art. 26, CP, indefectiblemente debe concederse el instituto, no pudiendo crearse jurisdiccionalmente ni de la mano del Ministerio Publico Fiscal requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad".*

No puede alzarse como óbice para la concesión del derecho a suspenderse la persecución penal, si se respeta a rajatabla el principio de interpretación exegética y pro homine de la ley, consideraciones de política criminal, de ingeniería procesal o pareceres personales y subjetivos de los intervinientes, tan lejanos a los términos legales como a la posibilidad de confrontación en un debido proceso contradictorio.

9.- En este caso, el a quo resuelve en el sentido que no puede otorgarse el derecho aludido por que es un hecho *"que acaece en la vía pública, con la utilización de un elemento… peligroso"* y que de por sí *"implica tener el arma en la vía pública, en condiciones de su efectiva utilización, lo cual necesariamente implica un peligro para la seguridad pública y la paz social".* En definitiva niega la posibilidad de ejercer el derecho de suspender el juicio por la gravedad de los hechos en cuestión, entiendo que en este aspecto el dictamen del Sr. Fiscal y su no consentimiento en los términos *del cuarto párrafo, deviene debidamente motivado.*

De lo dicho, mi sufragio se impone en el sentido de la revocación del fallo en este aspecto.

10.- En primer lugar, es notorio que de la letra del artículo 76 bis del Código Penal no se hace mención, para rechazar el pedido de probation, a la gravedad del hecho –salvo por vía oblicua al negarla para hechos con penas que impidieran la condenación condicional-, tampoco se alude en su texto a si el hecho fue en la vía pública o en la intimidad de un hogar, ni se refiere la norma a la afectación de algún bien jurídico en particular, tal sería, en este caso, la tranquilidad pública.

No integra el delito imputado alguna lista de injustos "no suspendibles a prueba", tal como existen en algunos ordenamientos procesales roles de ilícitos no excarcelables, o, en la ley de ejecución penal –art. 56 bis, ley 24.660-, condenaciones sobre las cuales no se puede ejercer la salida anticipada del art. 54.

11.- De otra parte, es evidente que la a quo ha resuelto en esa forma movida por el dictum fiscal en el que se hace referencia a la Instrucción N°3/13-P.G., la cual dispone "instruir… que en los casos de los tipos penales previstos en el art. 189 bis del Código Penal cuya pena máxima amenazada en abstracto supere los tres años de prisión, adopten como principio único de actuación, procurar la sanción de los responsables, oponiéndose *fundadamente* al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba u otras salidas alternativas a la pena".

Y he resaltado la palabra "*fundadamente*" porque, si bien la Procuración General de la Provincia tiene amplias facultades para señalar directivas de política criminal, tal como lo habilita el art. 121 del ritual, no menos cierto es que cada fiscal, en el caso concreto en que le toca actuar, no resulta eximido del deber de

fundamentación de su dictamen, más allá de remitirse a la orden dada por su superior jerárquico.

Recuérdese aquí que el art. 115 del CPP establece taxativamente que *"el fiscal formulará sus requerimientos, dictámenes y resoluciones en forma motivada",* mientras que el art. 25 establece la misma exigencia que para los jueces en punto a la motivación con adecuada fundamentación lógica y legal de *"los requerimientos y conclusiones de los acusadores".*

Mucho menos, libera al Juez del caso de su obligación de motivar su resolución –art. 25 del rito y 169 de la Const. Del Chubut- a partir del análisis crítico de la posición adversa a la concesión.

12.- Por lo tanto, resumiendo, sea por la mera remisión al dictamen adverso de la Fiscalía, que a la sazón no se encontraba fundado mas que por una remisión a la ordenativa 3/13, sea por motivar la denegatoria en razones no previstas en la letra de la ley relativa al caso, es que debe declararse la nulidad de la resolución del a quo, por no encontrarse fundada en la forma que el ritual exige para las resoluciones judiciales.

13.- En otro orden, y por último, se deniega la suspensión del proceso, respecto del delito de Tentativa de Robo agravado por ser cometido mediante Escalamiento y en Banda, de los arts. 42, 167, incs. 2 y 4, relación con el 163, inc. 4 del Cód. Penal, por entender la Juez Penal que la propuesta *"deviene claramente huérfana",* ya que se requiere un ofrecimiento de reparación y escuchar a la víctima tal lo establecido en el Art. 76 bis c.P. y 49 Y 50 C.P.P.

En primer lugar, tal como ha dicho el quejoso ante estos estrados, no es vinculante para el Juez Penal el consentimiento de la víctima respecto al monto de la reparación, la que debe ser ofrecida por el imputado en la medida de sus posibilidades como requisito de admisibilidad, muy lejos de ser una satisfacción

integral, la que puede perseguir el damnificado por la vía civil correspondiente (art. 76 bis, parrafo 3).

Es claro el dispositivo legal al establecer que *"la parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida"* y en este caso –si no la acepta-, tendrá habilitada la acción civil.

En el caso, a pesar que la Juez hubiera interpretado que no hubo ofrecimiento, si lo hubo, el de cuarenta horas de trabajo comunitario; que no satisfaga por razones que guardó *in pectore* la *a quo*, no significa que no existiera ese intento de reparación.

Por otra parte, cuando el art. 49 del ritual provincial se refiere a la oposición de la víctima, no estipula su carácter vinculante sino que pone en cabeza del Juez Penal la obligación de fundar expresamente *"los motivos que tuvo en cuenta para desestimar dicha oposición"* –tercer párrafo, art. citado-.

14.- En otro orden, también de conformidad al art. 49, primer párrafo, en el caso de que la víctima no hubiera comparecido –o se desconozca su opinión respecto a la concesión de la SJP- *"la audiencia se suspenderá para permitir su citación"*, no siendo, como ha determinado la a quo, causal para su rechazo, sino, solamente, motivo para suspender la audiencia, por lo que en este aspecto su resolución también resulta arbitraria y lejana a la disposición legal.

15.- En definitiva, tal como he votado en autos: ***"S., N. p.s.a. de robo agravado por el uso de arma - Trelew"****, sentencia del 11 de diciembre de 2014, voto por la concesión de la suspensión del proceso a prueba, devolviendo la Carpeta a la Oficina Judicial a fin que mediante la intervención del Juez que resulte competente, se fijen las condiciones de la suspensión del proceso.*

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

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Corresponde decidir sobre la denegación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, y toda vez que el colega preopinante ha efectuado un completo desarrollo de los agravios, pasaré sin más a dar los fundamentos de mi voto.

2. Antes de entrar a analizar el recurso, se impone destacar que el pedido de la defensa, incluyó una cuestión que no fuera invocada a la magistrado de grado, referido al posible cambio de calificación jurídica por uno de los hechos por los cuales está acusado el imputado.

En efecto, el señor R. se encuentra acusado en la carpeta 6216 por el delito de portación de arma de fuego, lo que a dichos del defensor, sería incorrecto atento que constancias obrantes en la documental de esa causa, justificarían la recalificación del evento a un tipo penal menos gravoso. Con ello, se accedería en otras condiciones a la petición de suspensión de juicio que se revisa.

Al control de la audiencia del día 25/4/2016, en donde se sustanciara el pedido, y obra en registro de voz la resolución jurisdiccional, se advierte que esta cuestión no fue incluida por el pretenso a la juez. Con ello, la magistrada no pudo expedirse al respecto, lo que transitivamente, impide a ésta Cámara poder revisar, puesto que es imposible controlar algo que no se dijo.

Si bien el recurso ordinario que compete a esta Cuerpo, abarcativo en nuestro rito a la denegación de la suspensión de juicio a prueba, incumbe el derecho del imputado a discutir frente a otro tribunal de manera amplia y eficaz la resolución jurisdiccional que le es adversa, esa amplitud no contiene la posibilidad de

ingresar razones *distintas a las tenidas en cuenta por el tribunal A-Quo.* Si las Cámaras Penales tomaran en cuenta esas nuevas razones, producirían un nuevo fallo, y no una revisión, que es para lo único que están facultadas por ley.

3. Ingresando ahora al planteo de este caso, preludiaré diciendo que es sabido que el legislador ha diseñado este instituto conocido como probation 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 los hechos en dos tipos penales 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.

Así, analizado el caso contra el señor R., podemos fácilmente advertir que, en abstracto sería posible el cumplimiento condicional de una eventual condena que le sea impuesta; mas el máximo de la pena excede los tres años de reclusión o prisión.

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

4. Dicho esto, diré que nuestra tarea consistirá en verificar si las razones de la resolución jurisdiccional impugnada fundamentan debida y racionalmente la denegatoria.

A ello se colige que el primero de los argumentos del fiscal general que encabeza su oposición, fue debidamente descartado por la juzgadora.

En efecto, la existencia de causas que no tuvieran condena, en nada impiden la consideración al acceso del beneficio, puesto que es la inexistencia de antecedentes y que la pena que en caso de condena se pueda llegar a aplicar pueda ser dejada en suspenso, los verdaderos requisitos pilares del instituto, que, siguiendo la jurisprudencia desarrollada a partir del leading case "Acosta" de la CSJN, habilitan la concesión del beneficio.

A dicho nuestro Alto Tribunal 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 claro horizonte, en casos de petición de suspensión de juicio a prueba, como lo es el presente, en los cuales 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 puede ser concedido, sin que genere reparo

negativo la existencia de un *"frondozo contacto con la ley penal"*, como invocó el Ministerio Publico Fiscal.

5. Siguiendo el hilo argumental de la decisión, vemos que la juez también ha tenido en cuenta de la oposición fiscal, ciertas características del evento que, por su gravedad, la determinaron a negar lo requerido.

Así dijo que como el hecho ocurre en la vía pública, con la utilización de un *"elemento peligroso"* como lo es un arma de fuego, dan al evento cierta gravedad que justifica denegar la probation.

En primer lugar, partiendo que el delito al que se refiere, es al imputado en carpeta 6216, considero que las circunstancias merituadas por la juez hacen al tipo penal de trato, y no pueden por ello justificar su decisión.

La portación se refiere a que una persona lleve consigo un arma de fuego, y no otra cosa, en condiciones de su efectiva utilización en lugar publico, y en consideración al orden del código penal, esta incluido entre los delitos de peligro contra la seguridad pública. Todas estas particularidades del hecho tenidas en cuenta por la juez no son tales, ya que en realidad se refieren a circunstancias generales que hacen al tipo penal.

Ello así considerado no puede justificar una denegatoria, puesto que los elementos fácticos mencionados, son elementos que hacen al tipo objetivo de la portación de armas, ya tenidos en cuenta por el legislador al incluirlos en el catalogo del código; y su *"gravedad" lo que justificó su punición, y justificó la escala penal prescripta.*

6. También la magistrado receptó como suficiente fundamento, la invocación por parte del titular de la acción penal, de la Instrucción General de la Procuracion N°3/13-P.G., por la que el titular de dicha institución

instruyó a los fiscales a adoptar como principio único de actuación, el de procurar la sanción de los responsables y oponerse fundadamente al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba u otras salidas alternativas a la pena, en casos que se refieran al artículo 189 bis del Código Penal.

Tengo para mí que las razones que pueda invocar el Ministerio Publico, fundadas en temas de política criminal, no pueden constituir en la magistratura *per se* óbice suficiente como para negar el otorgamiento de la SJP.

En estos casos el órgano judicial que decidirá, deberá además de analizar la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto, analizar también los fundamentos que sostienen esas circunstancias de política criminal. Sólo en la particularidad de esas razones puede estar un motivo que justifique una denegación.

En este caso, no existieron esas razones.

Se ha dicho que la primera finalidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba es lograr una solución del conflicto más eficaz en términos de prevención general y especial, y, en relación al ideal de resocialización previsto constitucionalmente, evitar la estigmatización que también la condena de ejecución condicional supone.

Considerar que la oposición puede basarse en motivos que no se encuentran previstos en la ley, contraría la interpretación restrictiva de las normas penales y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue marcando, como horizonte de otorgamiento del beneficio, el principio *pro homine,* y de *ultima ratio*, en casos tales como Lorenzo (L.90.XLII), y Norverto (N.326.XLI).

7. A más abundar debemos decir que ni el interés social ante un hecho grave, ni la sola invocación de una

Instrucción general del señor Procurador General se encuentran previstas en la ley nacional como supuesto para impedir el otorgamiento de la SJP. Por ello, incluirlas como requisitos para dicho otorgamiento, constituyen pedir más de lo que la ley pide, y obran *in malam partem* a la legalidad del proceso.

8. Por ultimo, la magistrado consideró que existía orfandad en el pedido de la defensa, puesto que no existió ofrecimiento de reparación, y no se escuchó a la victima.

En afán de controlar estas aristas, se advierte que sí existió un ofrecimiento de reparación del daño por parte del pretenso, de trabajo a favor de la comunidad, que, suficiente o no, al menos cumple con el requisito de la ley.

En cuanto a la victima, si entendemos que se refiere al caso 6436 (la resolución no lo aclara), si bien su dictamen no es vinculante para el Juez Penal, tanto en cuanto al monto de la reparación como a la modalidad de cumplimiento, el conocimiento de su postura resulta muy importante en el proceso, por lo que sea por el defensor, el fiscal o el mismo juez, su obtención pudo haberse diligenciado para mejor resolver. En efecto, nada obstaba a cumplir con esa carencia, mediante un simple cuarto intermedio, necesario y suficiente como para lograr conocer dicho temperamento.

Como personalmente expresara en un precedente similar a esta, (autos caratulados G., C. s/denuncia – Trelew" y su acumulado "C. s/dcia daño", Caso N° 54097" Carpeta 5686 Ofiju Tw – Legajo 53935 OUMPF Tw), en donde la resolución denegatoria se basó en la cuestión relativa a la razonabilidad del ofrecimiento de reparación del daño causado, y la apreciación judicial a su respecto, soy de la idea que *"…no es horizonte de este fuero la completa reparación del daño causado en un evento, cuya*

persecución validamente las víctimas devenidas en actores, podrán impulsar desde la sede civil.”

“En este fuero penal, cuyo ejercicio de la acción penal importa a la fiscalía, no debiera de obstar a la procedencia de la probation, que se estime insuficiente el monto de la reparación. La naturaleza, los fines y el alcance de este instituto permiten que se conceda el beneficio, y que el damnificado eventualmente persiga en el fuero correspondiente, el cobro total de lo pretendido.”

“Si la reparación integral ofrecida resultaba insuficiente, como bien sugiere la defensa, el mismo juez podría haber instado a la re consideración de los términos de éste requisito, en la misma audiencia y en ejercicio de la carga del art.32 del código de procedimiento.”

9. Por todo lo dicho, voto por la revocación del resolutorio impugnado, concediendo la suspensión del juicio a prueba a M. A. R. y remitir el presente al Colegio de Jueces Penales mediante la OfiJudTw, para que se sustancien nuevamente ante el magistrado que sea designado, la propuesta de reparación y demás condiciones, conforme lo normado por el art. 27 bis del Código Penal.

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

El Juez Minatta Omar Florencio dijo:

1. La defensa impugna la denegatoria de la suspensión del proceso a prueba peticionada por el imputado, fundada en la oposición fiscal que hace referencia a cuestiones de política criminal, argumentando con razones que iremos exponiendo.

2. El juez, en primer lugar no acogió el primer argumento que el fiscal esgrimió para oponerse, cual fue la circunstancia de haber sido el imputado beneficiado

anteriormente en dos oportunidades, terminando su situación procesal con un sobreseimiento. Llevó razón el juez, toda vez que el sobreseimiento no es más que una absolución anticipada, que produce todos los efectos jurídicos de ésta, entre las que está la plena vigencia del estado de inocencia, en situación idéntica a lo que sucede con los autores primarios.

En este sentido, puede decirse que el tribunal efectuó correctamente el control de legalidad del dictamen, considerándolo en el punto infundado por no estar asentado en Ley.

Sin embargo, cuando efectúa el mismo control respecto del segundo motivo de oposición no lo hace correctamente, ya que estima fundada la oposición del titular de la acción penal en base a cuestiones de política criminal. Esto no es así, pues la política criminal ejercida dentro del proceso penal está limitada, no puede aducirse, en temas en los que está en juego directo una garantía constitucional del imputado, como es, en este, el derecho a que el Estado le brinde la respuesta menos violenta- conforme al principio de *ultima ratio*-, sin descuidar el derecho de las víctimas a la tutela judicial, y para casos en que, en el peor de los escenarios imaginados, casi sin duda que será sometido a una condenación condicional.

La importancia de estos argumentos, amerita que se los profundice un poco más en apartados siguientes, lugar en el que trataremos los puntos, centralmente los fundamentos y requisitos del instituto, los derechos de las víctimas, y la política criminal desde el punto de vista del proceso penal.

En suma, en el caso, se dan todos los extremos legales que nuestro código pide para la suspensión del proceso: autor primario y delito cuyo mínimo no supera los tres años de prisión, a lo que hay que agregar que tampoco se ha probado la conveniencia de la ejecución efectiva de la prisión, por

lo que la sentencia deberá revocarse, concederse la suspensión, y acoger la propuesta de la defensa, debiendo volver la causa a los jueces competentes para que, en audiencia respetiva, se discutan las cuestiones del caso.

3. Ahora bien, a los delitos imputados a R. permite claramente, en cuanto al monto punitivo en su mínimo, que, en el caso de eventual condena, ésta pueda dejarse en suspenso, por lo que este extremo se presenta indiscutible en el caso. Lo mismo cabe decir del requisito de *"primera condena"*, pues el imputado carece de antecedentes penales. Sólo queda tratar la problemática del consentimiento fiscal, expresamente exigido en la ley y hacia el cual vamos.

4. Creemos que en este caso no es necesario decidir si el consentimiento fiscal es o no vinculante para el juez, puesto que antes debemos decidir una cuestión previa, la cual reside en el control de legalidad que deben hacer los jueces sobre las decisiones fiscales.

En esta senda, recordemos que el control de legalidad por parte de los jueces no implica sustituirse en las valoraciones e interpretaciones del ministerio público, so pena de invasión de facultades constitucionales propias de los fiscales, sino que tal control implica sólo verificar si la posición del acusador está sustentada dentro de una interpretación posible de la ley, aunque el órgano jurisdiccional no concuerde con ella. Avocados a este control de legalidad, surge que tanto la decisión fiscal, como la sentencia que acoge su parecer, no es una interpretación posible de la ley, por lo que ella no puede ser, entonces, un obstáculo para la aplicación del instituto.

Nos explicamos: recordemos que el único modo de denegar la suspensión del juicio a prueba -en los casos que corresponde condena de ejecución condicional o sea mínimo de tres años de prisión o inferior y primera condena- es demostrar, en forma acabada y fundada en

pruebas empíricas, que el encarcelamiento efectivo del imputado es conveniente, postura que se extrae, *a contrario sensu*, de los parámetros establecidos por el artículo 26 de nuestro código penal, el cual establece que procederá tal condena cuando se demuestre la inconveniencia de aplicar efectivamente la prisión.

Esto es así por la estrechísima relación en cuanto a los fines de la condenación condicional y la probation. La primera, se funda en el carácter deteriorante que necesariamente conlleva la privación de libertad, por lo que se la trata de evitar dejando en suspenso su ejecución concreta. Nuestro código penal original siguió al modelo francés que dejaba en suspenso la condena, es decir, se tramitaba el juicio y se condenaba -aunque en suspenso-, a diferencia del modelo anglosajón o probation que suspende la condena o el mismo juicio, el cual se estima preferible porque así se evitan las prisiones preventivas que tienen igual o peores efectos que las penas cortas, lo que se trata de evitar con la probation. Como puede observarse, la finalidad de la suspensión del proceso a prueba es similar a la condenación condicional, solo que aquel instituto tiene la ventaja de no estigmatización que acarrea el desarrollo de todo un proceso y una eventual condena, a la par que se pueden destinar esos recursos a las causas más graves, además de considerarse un instrumento de simplificación procesal y de alternativa al encierro tradicional, todo lo cual nos autoriza a sostener que la probation es el equivalente de la condenación condicional para la etapa del juicio. *(Cfr. ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, Ediar, Bs As, 2000, págs. 921/930).* En suma, todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a la suspensión del juicio, por lo que si quiere denegar deberá fundarse

expresamente la conveniencia concreta del cumplimiento efectivo en caso de eventual sentencia condenatoria.

Este talante de fundar expresamente la prisión efectiva, cuando resulta formalmente admisible la condenación condicional, fue recibido en un fallo reciente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos términos: *"si bien los jueces argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del C.P.), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los Magistrados que la disponen"* (del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti CSJN 8/8/2006, caso "Squilario").

Por todo lo anterior, creemos que no es necesario estimar si el consentimiento del fiscal es o no vinculante en este caso, puesto que, aún si lo fuera, el mismo debería fundarse – y comprobarse- en que no se trata de una primera condena o que el mínimo legal del tipo penal enrostrado supera los tres años de prisión o, por último, demostrar la conveniencia del cumplimiento efectivo de la pena para el caso concreto, extremo éste último que brilla por su ausencia, tanto en el dictamen del fiscal, como en la sentencia, lo cual la descalifica como acto jurisdiccional válido.

5.En cuanto a la falta de pacificación social que preocupa tanto al fiscal como al juez si hicieran lugar a la suspensión del proceso a prueba, deberá desecharse

sin más tal argumento, no solamente porque no es un requisito legal de procedencia del derecho del imputado, sino especialmente también porque, con el mismo criterio, no podríamos dejar en suspenso ninguna pena y, agrego, tampoco siquiera condenar, pues sabemos ya con creces que el poder punitivo no soluciona ni pacifica en la inmensa mayoría de los casos. De todas formas, para aquellos que creen en el carácter preventivo de la pena, digamos que el carácter punitivo no está ausente en el instituto, vía las reglas que se imponen al imputado, lo que podría actuar como acicate o motivo de reflexión para el autor y los otros, a los efectos de abstención de conductas semejantes. Con ello también, entonces, se llenaría la supuesta función preventiva alegada, aunque particularmente entendemos que la aplicación efectiva del poder punitivo no lleva necesariamente anejo tal función pues, repetimos, se sabe hoy- por incontables y profundos estudios criminológicos -que la pena, en la inmensa mayoría de los casos, no disuade eventuales conductas penales.

6.Tampoco puede aceptarse como criterio razonable de oposición, la circunstancia de que es el titular de la acción penal quien fija los lineamientos de política criminal, estableciendo los criterios de oportunidad y prioridades en la investigación y persecución. Esto es así, porque el instituto es un derecho otorgado exclusivamente al imputado en aras de evitar la estigmatización de una condena y darle una salida alternativa concreta a la prisión de corta duración. No se trata de una potestad del fiscal fundado en razones politico- criminales y, si así lo fuere, también debería el fiscal basar su oposición en alguna referencia empírica, como por ejemplo, demostrar que en nuestra zona los hechos imputados aparecen en una cantidad y sistematicidad que aconsejan la realización del juicio y eventual condena para su prevención.

7.Asimismo, no cabría sostener la denegatoria en la negativa de la víctima –no convocada en la oportunidad, pues ello sería razonable si estuviéramos ante un instituto que hace posible la denominada justicia consensual o restaurativa, es decir, de la utilización de un instrumento que apela a los protagonistas esenciales del conflicto para diseñar su propia solución. Si bien puede colateralmente producir tal efecto cuando la víctima está de acuerdo con la reparación, esta consecuencia no es central, pues la suspensión de juicio a prueba no está previsto para solucionar o redefinir un conflicto con la aquiescencia de la víctima, sino prescindiendo de ella y pensado principalmente para evitar las penas cortas y otros objetivos, entre los cuales la solución del conflicto real no es una de las prioridades. Y es que el instituto tiene, repetimos, naturaleza punitiva, lo cual se expresa en las mismas condiciones que se pueden imponer al imputado- aún antes, la misma existencia de un proceso penal tiene carácter punitivo- , ya que la conducta a cumplir tiene por contenido privaciones efectivas de derechos. En una palabra, si se pretende descartar el instituto porque no soluciona el entuerto entre victima y victimario, deberíamos descartar con más razón la imposición de una pena, pues ésta tampoco lo logra.

En este punto, tampoco es de recibo el derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva de la víctima, presentado aquí como expresión de una supuesta igualdad de armas que debería predicarse entre imputado y víctima. También debe rechazarse este parecer y para ello transcribiré en lo pertinente, el voto que emitiera en el caso "C., M. E. s/denunciaTrelew" (Carpeta 3.524 OJ Tw –Legajo 31.735 OUMPF Tw), 16/10/12 – Sent 14/12), a saber*: "...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- o de las víctimas- 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...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.".

8.Por último, si se sostiene que los pareceres de la fiscalía y de la sentencia encuadran dentro de una interpretación posible de la ley, aún así debe ser rechazada, pues al existir otras posibles- como la que efectuamos en los parágrafos anteriores-, y menos restrictivas de derechos, debemos acatarlas en aras del principio de máxima taxatividad interpretativa, liminar en la interpretación de la ley penal. Vaya en apoyo de esto la señera y paradigmática sentencia de nuestra

Corte Suprema Nacional en el caso " Acosta", la cual estableció claramente la doctrina de que, en materia de interpretación de la ley penal, deberán siempre tenerse *en cuenta las pautas que surgen de los caracteres de "ultima ratio"* y *"pro-homine"*, como faros incandescentes del derecho penal. Si se quiere, pueden agregarse inclusive los dispositivos de una serie de instrumentos internacionales que tienen vinculación con el punto de los dictámenes fiscales. Nos referimos específicamente a las "Directrices sobre la Función de los Fiscales", aprobadas por la Asamblea Gral. de la ONU del año 1990 en Cuba. En ellas, se establece que los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan por la vía judicial, no solamente para aliviar la carga de los tribunales, sino también evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y condena, disponiendo que los fiscales consideraran debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente, o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. Todo ello implica que las Naciones Unidas insisten en el carácter de *última ratio* del sistema penal en la resolución de los conflictos y de que en todo momento se deben privilegiar las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de prisión.

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

9. Costas: Adhiero a lo manifestado por el colega que lidera el presente acuerdo en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios al letrado interviniente.

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 M. J. R., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a favor del nombrado respecto de los delitos por los cuales 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**

El Dr. Alejandro Gustavo Defranco no suscribe materialmente la presente por hacer uso de licencia con posterioridad al acuerdo (art.331 in fine del C.P.P.)Registrada con el Nro. 25/2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew.

Conste.-