En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"W., F. R. y P., L. p.s.a robo - Tw" (Carpeta 6799 OJ Tw – Legajo nro. 65674 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública en representación de L. F. P., imputado como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada (arts. 45 y 166, inc. 2do. y último párrafo del C.P.), contra la resolución digital nro. 2322/16, por la cual el Juez Penal César Zaratiegui no hiciere lugar al pedido de suspensión de juicio a prueba.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 6 de diciembre del corriente año en la sede de este tribunal, intervinieron el acusado L. F. P. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), el Defensor Público, Dr. Javier Ángel Allende y, en representación del Ministerio Público
Fiscal de esta circunscripción, el Dr. Arnaldo Ramón Maza.

La Defensa centró sus cuestionamientos contra la citada resolución -tanto en su presentación escrita de fs. 121/123, como en la audiencia antes citada-, a la interpretación que el Juez efectuara de la intervención de su asistido en el hecho investigado, al señalar que sin perjuicio de la falta de antecedentes penales del mismo, el hecho en sí no era de baja lesividad, que P. tuvo un rol más activo en el hecho por cuanto era quien portaba el arma para intimidar a las víctimas, resultando para las mismas un episodio traumático. Así también, por haber puesto en cabeza del Ministerio Público Fiscal la titularidad de la Política Criminal y que, debiendo analizarse la procedencia o no del instituto requerido en el marco del cuarto párrafo del art. 76 bis, deviene

imperativo el consentimiento del citado Ministerio y como el mismo ha fundado debidamente su negativa, tal temperamento resulta vinculante para el Juez decisor.

Sostuvo que la decisión que ataca debe que ser rechazada por importar una interpretación extensiva de punibilidad y dejar sin efecto un derecho que la propia ley reconoce.

Que la negativa del Ministerio Pública Fiscal es meramente aparente porque mas allá de cierta política criminal, no es un fundamento de derecho ni de hecho que aconseje rechazar el instituto en el caso, por cuanto la misma es el conjunto de decisiones que toma el Estado para ver qué hace con las conductas que se califican como delitos y que participan en su construcción todos los órganos democráticos del Estado y no solamente el Ministerio Público Fiscal, invocando Resoluciones generales de la Procuración General, son resoluciones generales para orientar la actividad del Ministerio pero que nunca van a estar por sobre la ley.

Adunó que por imperio del art. 115 del C.P.P., el Ministerio Público Fiscal, tiene la obligación de fundar objetivamente y en el caso concreto no da razones de por qué a) una persona sin antecedentes penales no podría acceder al instituto que se pretende este beneficio; b) por qué sería mejor una pena en suspenso o una pena de cumplimiento efectivo que una suspensión de juicio a prueba; c) no dice por qué conviene estigmatizar ni por qué sacar al hombre eventualmente al medio libre y no puede explicar por qué en un hecho, una persona que no tiene antecedentes penales, que respetó la vida del prójimo, que colaboró con la investigación. En tal dirección, sostuvo que el Ministerio Público Fiscal puede emitir un dictamen pero lo que no puede hacer es quitarle al juez la facultad de decidir, el único que decide es el Juez y el Juez no puede evitar avanzar para decidir por sí o por no.

Afirmó que el Juez tampoco dio razones de por qué usando un arma de utilería y la intimidación contempladas en la planificación de la figura penal escogida, la pena

no puede ser dejada en suspenso en concreto cuando su mínimo conminado en abstracto lo permite, como así tampoco nada dijo por qué los objetivos de prevención especial de la suspensión del juicio a prueba no pueden ser valoradas en el caso.

Señaló que en estos actuados existe un contrasentido, por cuanto por el mismo hecho y calificación, el consorte de causa de su asistido, F. W. fue condenado a la pena de tres años en suspenso. Por lo cual, agregó, aplicando razonablemente las reglas de participación y coautoría, también su asistido podría obtener una condena condicional y si ello es así, no se explica por qué no puede acceder a una suspensión de juicio a prueba.

Señaló que tampoco se dan razones de por qué si en el hecho adjudicado se utilizó un arma de utilería, no se tocó a las víctimas, es el primer contacto de su asistido con la ley penal, cumple con el arresto domiciliario impuesto desde hace seis meses aproximadamente, que lo respeta, que trabaja, que se hace cargo de otros, que el rango legal permite la condena en suspenso y hay otra persona con una pena en suspenso, no le correspondería la misma a su asistido y en su caso por qué no se le concede el instituto que solicita. Que dichos asertos, no han sido observados, siendo claros exponentes de la falta de motivación que impone el art. 25 del rito y 169 de la Constitución Provincial, deben concurrir en toda decisión jurisdiccional.

Concluyó solicitando que la resolución que atacara sea revocada y se conceda a L. F. P. la suspensión del juicio a prueba.

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

A su turno, el Sr. Fiscal señaló que el Juez César Zaratiegui fundó suficientemente el rechazo de la pretensión de la Defensa Pública al considerar que la oposición de su parte se encontraba debidamente fundada y en consecuencia vinculante para tal rechazo.

Que resultando el hecho, conforme a la escala penal que el tipo enrostrado adjudica en abstracto, encuadrable en el cuarto párrafo del art. 76 bis, necesariamente y así lo prescribe el mismo, deben analizarse "las circunstancias del caso", por cuanto la jurisprudencia ha sostenido invariablemente que la sola confirmación de la existencia de los elementos objetivos no alcanza para conceder o denegar el instituto sino que es necesario hacer una valoración subjetiva y esta es atribuible al Ministerio Público Fiscal.

En tal dirección destacó que estamos ante un robo cometido por dos coautores, con división de funciones, con la utilización de un arma cuya aptitud para el disparo no se pudo determinar, que nunca apareció pero sí se la utilizó, siendo P. quien la portara en esta división de funciones, para reducir a las víctimas, llevarlas a un sector posterior, y W. se hacía de las prendas del local comercial, ocurriendo todo este accionar a las 6:30 de la tarde en pleno centro de la ciudad.

Señaló que sin perjuicio de estar ante una coautoría, lo cierto es que el rol desplegado específicamente por P., le da un mayor contenido de injusto en cuanto a que él es el portador del arma, es el que utiliza el arma, el que amedrenta, amenaza y neutraliza a las personas que se encontraban dentro del local, siendo está –afirmó- la valoración subjetiva que debe hace del caso como Fiscal y que le da debida logicidad y fundamentación a la oposición al pedido de suspensión de juicio a prueba.

Afirmó que la resolución del Dr. Zaratiegui está abundantemente fundada, explicada y razonada y no se circunscribe ni la resolución ni la petición fiscal en cuestiones de política criminal; las cuestiones de

política criminal solamente se circunscribe al ejercicio de la acción penal pública y a cuál es el rol del Fiscal en el marco del párrafo 4to del art. 76 bis, en el sentido que el dictamen fiscal va a ser vinculante en la medida que esté debidamente fundado, que no sea irrazonable, pero la decisión final es patrimonio de los jueces en este punto. Esas son las razones por las cuales entiende que la resolución del Dr. Zaratiegui está ajustada a derecho, está debidamente fundada y su decisión es justa en relación al caso y en relación a las circunstancias del hecho que se le reprocha al Sr. P. en este caso, por lo tanto pido que se confirme la resolución del Dr. Zaratiegui y se deniegue el pedido de suspensión de juicio a prueba.

Cedido en el uso de la palabra el D. Allende señaló que el Sr. Fiscal se refirió a la división de funciones de la coautoría enrostrada, agregando al respecto que en una coautoría todos tienen el mismo señorío, la misma responsabilidad por el hecho y todos quieren el resultado para sí, por lo tanto si para uno fue una pena en suspenso, razonablemente lo mismo debería ser para P.. Tampoco se puede denegar por la situación que tuvieron las víctimas en cuanto a la violencia psíquica que sufrieron porque ella está ínsita en el tipo legal que se escogió, ponerle en contra algo que ya está en el tipo objetivo legal es una doble punición y eso no puede ser admitido.

Al respecto el Dr. Maza señaló que la utilización de un arma denota un mayor poder vulnerante y ello debe ser valorado más allá de la violencia psíquica que haya generado y que prevé el tipo básico. Que la utilización del arma tuvo un rol importantísimo, gravitante en el hecho eso debe ser valorado, no resultando una doble valoración en relación al hecho.

Invitado que fue L. F. P. a dirigirse al Tribunal, el mismo manifestó su intención de no hacerlo.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto

Adrián Barrios Alejandro, Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta.

El **juez Roberto Adrián Barrios dijo:**

1. Toda vez que en esta sentencia se ha efectuado un completo desarrollo de los agravios del recurso, pasaré sin mas a dar los fundamentos de mi voto.

2. 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.

Existió una sustanciación en el caso, tendiente a adjetivarlo como de escasa o relevante lesividad. Como he sostenido en precedentes anteriores, soy de la idea que el *baremo* que habilita o no la accesibilidad al beneficio, y de él se puede deducir su gravedad, lo dio el mismo legislador al establecer la penalidad para cada tipo penal.

En efecto, esa *tabla de cálculo,* que hace de referencia a la admisibilidad del instituto, se encuentra en la letra de la ley cuando posibilita su goce: ante la comisión de delitos de acción pública reprimidos con penas de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años (primer supuesto del art.76 bis del código penal); en los casos de concursos de delitos, si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años (segundo párrafo) y, cuando las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable (de acuerdo a las reglas del art. 26 del código penal), que es el supuesto del cuarto párrafo del mismo artículo 76 bis.

En el caso, el Ministerio Publico Fiscal subsumió el hecho acusado a P., en una calificación cuya escala penal impide encuadrar el análisis en el primer párrafo del art.76 bis, pero sí en el cuarto, puesto que este tipo de robo agravado, contenido en el artículo 166, segundo inciso, último párrafo del código penal, parte de un mínimo de tres años de prisión, que lo incluye en

el catálogo de delitos cuya suspensión de juicio pueden ser concedidas.

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.

3. Dicho esto, compete ahora verificar si las razones de la resolución jurisdiccional impugnada, fundamentan debida y racionalmente la denegatoria.

Tras la escucha de la resolución que en forma oral ha realizado el señor juez penal, se advierte que ha ponderado las razones que en su oposición, el Ministerio Publico Fiscal desarrollara para colegir de ellas, que en caso de recaer condena sobre P., la misma no sería de ejecución condicional.

Si bien el magistrado incluyó otras razones para no hacer lugar a la requisitoria, tales como la falta de conformidad de la víctima o razones de política criminal, creo que la primera es la razón principal y la que lleva la suerte de mi voto en ésta revisión.

Sabido es que para que la suspensión del juicio pueda proceder, es necesario sí y solo sí que, en caso de condena, la pena pueda ser dejada en suspenso. Es uno de los pilares del instituto, que, siguiendo la jurisprudencia desarrollada a partir del *leading case* "Acosta" de la CSJN, habilitan su concesión.

Ha 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, 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 podría ser concedido. Solo una falta de consentimiento del fiscal, lógica y fundada, podría impedirlo.

Yendo a los fundamentos de la decisión, vemos que el juez ha tenido en cuenta de la oposición fiscal, ciertas características del evento que justificarían una penalidad por encima del mínimo de la escala, y con ello en este caso, se anularía la posibilidad de su cumplimiento condicional.

Ha conceptuado el juez como *circunstancias particulares del caso*, aquellas referidas por el titular de la acción penal, que se vinculan a la intervención de P. en el evento que se pretende ventilar en juicio, y que justificarían una pena que sería más gravosa que la impuesta al consorte de causa, que, recordemos, accedió a un proceso abreviado con una pena de tres años de prisión.

El *A quo* dijo en su resolución: *"…ha referido entonces el Dr. Maza a cuáles son las circunstancias particulares del caso, y ha recordado entonces que se trata de un hecho de robo que ha sido el 4 de junio de 2016 en que dos personas en forma violenta, irrumpieron al local y que portando una de ellas un arma de fuego, una aparente arma de fuego, amenazó a la clienta ocasional y a las empleadas que allí se encontraban, para luego desapoderarlas de un gran número de prendas de vestir, más una computadora personal y un teléfono, y entendió entonces el señor fiscal, que este hecho así descripto, un hecho de robo con arma cuya aptitud para el disparo no se hubiera tenido por acreditada, …"* para luego referir más adelante *"….. En el caso del Señor P., acorde a los elementos que se han reseñado, efectivamente parece haber tenido el rol más activo en este episodio, sería quien portaba el elemento con el que se intimidó, con el cual se logró finalmente el desapoderamiento; (…) y yo recordaré que efectivamente, más allá de un escaso reconocimiento que se ha hecho en la audiencia de elementos, digamos de cómo ha sido el accionar de las personas que ingresaron, yo recuerdo haber visualizado*

con claridad el video del momento y parece efectivamente que las personas fueron intimidadas, violentamente,..." (de la audiencia preliminar, reservada en soporte audio visual por la oficina judicial).

Como he expresado varias veces, las razones que pueda invocar el Ministerio Publico para fundar una oposición no pueden constituir en la magistratura *per se*, óbice suficiente como para negar el otorgamiento de la SJP. El órgano judicial que decidirá, además de analizar la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto, deberá analizar también los fundamentos que sostienen esa oposición. Sólo en la particularidad de esas razones puede estar un motivo que justifique una denegación.

Considerar que la oposición puede basarse en cualquier motivo, 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).

Tengo para mí que en el caso, la oposición ha sido valorada por el juez como debidamente motivada y fundada. Con ello, y por imperio de la letra misma de la ley, la suspensión del juicio no puede ser otorgada, puesto que como dijimos, en este tipo de supuestos previstos en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal, es requisito necesario el consentimiento del fiscal.

Es por ello que en el presente caso, votaré por la confirmación de la sentencia venida en revisión, y el rechazo del recurso.

4. 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 Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Escueto será mi sufragio en esta ocasión, habida cuenta la entera conformidad con la resolución a que arribara el juez de grado.

Sin perjuicio de las indicaciones que el *a quo* pretende dar al suscripto, las que obviamente serán desatendidas por excesivas, desatinadas y fundadas en lecturas parcializadas de otros sufragios, lo cierto es que, ciñéndome estrictamente a la tarea que me compete, solo resolver la queja interpuesta sin entrar en otras consideraciones, entiendo que la resolución en crisis debe ser confirmada.

2.- En efecto, y tal como se ha dicho en numerosos pronunciamientos, más allá del carácter vinculante o no del consentimiento fiscal, lo cierto es que no puede el representante de la *vindicta pública* invocar razones para fundar su oposición al ejercicio del derecho previsto en el art. 76 bis del Cód. Penal que no estén previstas en la ley.

Así, se han revocado numerosos resolutorios en los que, por ejemplo, diversos jueces penales habían rechazado la *probation* en folios en que se ventilaban presuntas afectaciones al género femenino, o en que las oposiciones de la fiscalía obedecían exclusivamente a cuestiones de "política criminal", o, por último, fundados los rechazos en la oposición de la víctima.

En esos diversos casos, al comprobarse que la falta de consentimiento fiscal se hallaba fundada en cuestiones ajenas a las previsiones legales, y como resulta coherente a la consideración del instituto de la suspensión del proceso como un derecho del imputado, se hizo lugar sistemáticamente a las impugnaciones deducidas.

Pero este caso es del todo diferente.

3.- Aunque no se repara en ello en la sentencia en crisis, he dicho en numerosos precedentes que "*…es obvio que para gozar del derecho previsto en la ley será necesario que se presenten en el caso todas y cada una de las condiciones para su operatividad las que deberán ser verificadas por el juzgador, previo control de*

legalidad del Fiscal quien comprobará, precisamente, la existencia o no de dichas condiciones… En caso de no presentarse alguna de las condiciones de procedencia, así lo manifestará, opinión que por tratarse de la existencia o no de los requisitos legales no podría ser desoída por el Juez sin configurar una decisión arbitraria…" (Autos "Mendez…").

4.- Lo cierto es entonces que, vinculante o no, el representante de la fiscalía se opuso, a mas de por otros motivos no atendibles por cierto (no ser un caso de escasa lesividad o interés público prevalente), por entender que en el caso concreto no procedería una pena de ejecución condicional por pretender (y afirmó tener elementos para ello) una pena de efectivo cumplimiento, requisito que sí, efectivamente, se encuentra dentro de las condiciones para el otorgamiento del instituto.

5.- En efecto, ha dicho el Sr. Fiscal Arnaldo Maza, fundadamente, que *"estamos ante un robo agravado por el uso de arma…"* que de *"…las entrevistas dadas por las víctimas del robo, tanto las empleadas del comercio como de una cliente que se encontraba allí cuando ellos ingresan al local, bajo amenazas las obligan a introducirse en la cocina, tirarse al suelo, y es mediante la utilización del arma y las amenazas que vierten hacia estas personas es que logran neutralizarlas y de las dos personas que, con dominio funcional del hecho y actuando de un modo organizado y con un reparto de funciones, quién porta el arma, quién utiliza el arma y amenaza a las personas que se encontraban presentes es justamente el Sr. P., la descripción que se hace del hecho que acá se le está atribuyendo, mientras el Sr. W. juntaba la ropa, y tenía el arma en su mano y con esa arma amenazaba a las personas que se quedaran quietas porque sino las iba tener que atar…".*

Que de estas características del hecho investigado, entiende el representante de la persecución penal

estatal que *"la pena a imponer va a exceder ese monto mínimo previsto en el dispositivo legal…".*

6.- De todo ello, repito, siendo uno de los requisitos para reconocer el derecho a la *probation* que pueda en el caso dejarse en suspenso' la hipotética pena a imponerse y que, tal como se ha explicado, ha manifestado fundadamente el Sr. Fiscal las razones por las que pretende la imposición de una pena de efectivo cumplimiento, amén de mis pareceres personales acerca de la necesidad de la imposición irremediable de una pena de prisión de corta duración, y sin perjuicio de las posibilidades ciertas que así se condene en un juicio oral y público, lo cierto es que la oposición resulta fundada, razonable y construida sobre bases lógicas (sobre todo la comparación de las intervenciones distintas de los consortes de causa).

7.- Ello así, el *a quo*, aunque también por otras razones no previstas en la ley (que se omiten deliberadamente, fundadas en la presunta intención del legislador mas no plasmadas en el texto legal), ha hecho suyo el *dictum* fiscal reconociendo el hecho que el solicitante del derecho a suspensión ha tenido un rol más activo, la existencia de grave intimidación y otras consideraciones del caso.

8.- Tal como he dicho en los precedentes citados por el *a quo*, no puede ser vinculante para el juez la falta de consentimiento al otorgamiento *en tanto no fue razonablemente fundada, sino que se limitó a dirimir cuestiones de política criminal, sin relacionarla con los hechos de la causa,* mas en el presente, por el contrario, ha estimado el Sr. representante del MPF teniendo en cuenta los datos provenientes del legajo- que la pena no podría ser de ejecución condicional, requisito sin el cual el derecho previsto en el art. 76 bis del código sustantivo no resulta viable.

9.- Por ello, y más allá de mi estimación personal y mucho más lejos de la posición a adoptar respecto de la vinculación del dictamen fiscal *en todos los casos y*

por cualquier motivo, estimo que en el presente caso la oposición fiscal se encuentra motivada razonablemente y la consecuente resolución del juez penal interviniente resulta adecuada a su consideración de la vinculación que lo amarra, más allá de las escuetas razones brindadas por las que lo comparte.

10.- En definitiva, voto por la confirmación del fallo en crisis y el rechazo de la impugnación impetrada.

11.- En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto por diferir la cuestión hasta el momento en que se hayan fijado en la instancia anterior.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia que deniega la suspensión del proceso a prueba, quejándose no solo porque el juez considera que el dictamen fiscal es vinculante, sino porque las razones de la oposición muestran en definitiva una falta de motivación.

2. El juez argumenta la denegatoria en base a interpretaciones, para nosotros claramente erróneas, tanto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como de la opinión del Dr. Zaffaroni, así como del contenido que un dictamen fiscal debe cumplir para considerarse fundado, y aprobar así el examen que implica el control de legalidad por parte de la jurisdicción.

Condensaremos el análisis de los fundamentos de la sentencia en cuatro temas: el consentimiento fiscal, la doctrina del leal acatamiento, el papel de la política criminal y opinión de la víctima en la suspensión del proceso a prueba.

3. En cuanto al primer punto, el juez interpreta que nuestra Corte Nacional, y especialmente el ex ministro Zaffaroni, sostienen la obligatoriedad del consentimiento fiscal en los casos de suspensión del proceso a prueba.

Infiere ello del dictamen del procurador en el conocido caso "*Góngora*", en el que el tribunal decidió que no corresponde la aplicación del instituto en los casos de violencia de género, entre otros argumentos,

porque el Estado Argentino se encuentra obligado a ello en virtud de la llamada *"Convención de Belém Do Pará"*, la que obligaría a la realización del juicio en todos esos casos. Asimismo, como el Dr. Zaffaroni hace suyo el dictamen del procurador general, que iba en esa línea, también infiere que el citado autor sostiene que en todos los casos el dictamen del fiscal es vinculante.

Entendemos respetuosamente que ello es claramente erróneo, pues no solo se trata de un precedente que resulta a todas luces inaplicable al caso de autos- robo con un arma que no pudo determinarse si era o no apta para disparo- sino que la adhesión del citado Ministro, fue bajo el condicional *"en lo pertinente"*, es decir, para el caso de violencia de género exclusivamente, por lo que en los restantes casos, hay que estar a sus obras, en las que prístinamente sostiene exactamente lo contrario.*(Cfr. ZAFFARONI- ALAGIA-SLOKAR; Derecho penal, Ediar, Bs As, año 2000, pags. 926/930).*

4. También estimamos errónea la interpretación del juez en cuanto al alcance y contenido que le da a la llamada doctrina del leal acatamiento. Esto es así, porque, tal como ya lo analizáramos detalladamente en otra causa anterior -"Montenegro" (sent. 14/2013)-.

El alcance de la doctrina no consiste en seguir ciegamente lo decidido por la Corte Nacional, sino que, en todo caso, los jueces pueden apartarse cuando existen diferentes argumentos no tratados o contradichos por el alto tribunal, cuestión que seguidamente analizamos en detalle.

Así, si efectuamos una mirada histórica a sus fallos, veremos que establecieron varias tesis al respecto, las que van desde afirmar en forma expresa que sus sentencias son obligatorias – *"Baretta", Fallos: 183:409 (1939); "Pereyra Iraola", Fallos: 212: 160 (1948), entre otros-*, hasta indicar que ellas deciden únicamente el caso concreto sometido a su conocimiento, y no obligan sino en él. *(Ej: "Villada", Fallos 313:1010 (1990).*

Otra tesis que surge de tal mirada histórica, es la existencia de un supuesto deber moral que tendrían los jueces inferiores de conformar sus decisiones a lo que tiene decidido la Corte en casos análogos, lo que funda en la presunción de verdad y justicia que, a sus doctrinas, le da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, agregando también como razón, la evitación de recursos inútiles *("Pastorino" CSJN, Fallos: 25:368)*. De este último fallo, y otros semejantes en el mismo sentido, puede inferirse, entonces, una especie de deber ético de acatamiento, como también una razón útil, al permitir el ahorro de recursos.

En otros casos, *("Santín", Fallos 212:59)*, también estableció esta doctrina del acatamiento condicionado, pero no por un deber moral, sino por un deber institucional, argumentando que prescindir pura y simplemente de sus fallos, sin controvertir sus fundamentos, implica perturbar el orden de las instituciones, que reposa en la interpretación que la Corte hace de la Constitución Nacional.

Por último, cabe citar el caso "*Cerámica San Lorenzo" (CSJN, 4/7/1985)*, tomado por la jurisprudencia y doctrina como el precedente actual de la doctrina del leal acatamiento, en el cual refiere el citado deber moral e institucional condicionado, y del que se desprenden tres reglas muy claras: (a) que la Corte es la intérprete máxima no solo de la Constitución, sino de todo el derecho argentino; (b) que el apartamiento de un juez al criterio de la Corte exige aportar nuevos argumentos a los ya considerados por ella al definir su doctrina jurídica y (c) que un fallo que se aparte de lo decidido por ella sin dar nuevos argumentos carece de fundamentos, lo que acarrea la arbitrariedad del mismo, pudiendo ser impugnada a través del recurso extraordinario. *(Cfr. Sagués, Néstor; Recurso Extraordinario, Astrea, Bs As, pag. 183)*.

Sin embargo, en la línea del anterior fallo, podemos citar un precedente aún más preciso y cercano en el

tiempo, aunque menos conocido, en el que expresamente se dice con claridad meridiana: *"los magistrados inferiores están potencialmente legitimados para apartarse de la doctrina de la Corte en la medida que controviertan sus fundamentos, ya que ninguna norma escrita de rango constitucional consagra la obligación formal de acatamiento...la doctrina del acatamiento a los fallos de la Corte Suprema no ha importado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones del tribunal y apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido fundado en razones novedosas y variadas (CSJN, " González Herminia c/ Anses", 21/03/2010).*

En suma, como puede observarse, el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de efecto vinculante de sus fallos, puede decirse que es la *doctrina del acatamiento condicionado*, es decir que, en principio, sus fallos son obligatorios por razones de seguridad jurídica, pues uniforman criterios jurisprudenciales, evitando fallos contradictorios, a la par de razones de economía procesal, evitando así recursos que implicarían tiempo y dispendio jurisdiccional. Sin embargo, no puede establecerse este principio como un absoluto, pues, como dice el autor citado, el carácter no vinculante de los fallos de la Corte evita la esclerotización del derecho judicial, refresca la jurisprudencia de un país y auspicia, de tal modo, la renovación de las estructuras Jurídicas y del derecho vivo de un Estado.*(Cfr: Sagûes, ob. cit., pág. 191).*

En base a todo ello, estimamos que la tesis de la no obligatoriedad, condicionada a que se aporten nuevos argumentos, es la correcta, jugando a su favor, además, la razón decisiva de que sentenciar no es lo mismo que legislar, pues si se sigue el criterio contrario, ello implicaría la negación del carácter de norma individual que tiene toda sentencia, elevándola a la categoría de norma general, con el consiguiente efecto *erga omnes*.

Esto es así, pues si consideramos que las sentencias de la Corte Nacional– o, en su caso, Provincial- tienen efecto vinculante para los demás tribunales, le estaríamos dando a ellas el mismo efecto jurídico que las leyes, el mismo valor, lo que no solo viola el principio republicano de división de poderes, sino también la jerarquía normativa establecida en nuestro artículo 31 de la Constitución Nacional. En este sentido, es muy claro un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Bs As, recordado por el voto del Dr. Hortel en el Tribunal de Casación Penal bonaerense en el que se trata éste tópico y en el que dice que *"...la obligatoriedad general de las doctrinas de la Corte Suprema implicaría introducir un componente externo dentro del sistema del artículo 31 de la Constitución Nacional...Si las sentencias de la Corte impusieran dependencia, más allá de los procesos en que se dictaren, equivaldrían, cuando interpretaran leyes, a la ley misma, y cuando interpretaran a la Constitución, como a la propia Constitución, pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes y no se advierte una zona intermedia: ni bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva, resultaría provista, por ese solo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre normas constitucionales y legales, y las sentencias judiciales, es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse, por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal de justicia. Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar la Constitución y la ley, sin que éstas normas sean previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales dictadas para resolver otros casos concretos...Contra lo expuesto no puede invocarse supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuvieran receptados por la Constitución y la ley, y por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza*

de que los tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas...los fallos de la Corte deben prevalecer en cuanto convenzan por sus bondades las afirmaciones y conclusiones, pero la uniformidad de la aplicación de la doctrina establecida por sus sentencias, se logra simplemente por la mera interposición del recurso pertinente." (Cfr. voto del Dr. Hortel del Tribunal de Casación Penal Bonaerense, en causa 9496 *"Dr. Carlos Mahiques s/acuerdo plenario",* 18-09-2003*).*

En conclusión, son los mismísimos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, amén de los citados fundamentos doctrinarios de corte constitucional, los que nos debe llevar a no predicar el acatamiento ciego de los fallos dictados por el alto tribunal, sino afirmar que es posible apartarse y abandonarlos, siempre y cuando se dieren nuevos y diferentes argumentos, serios, razonables y, especialmente, constitucionales que justifican tal cambio. Es decir, los fallos de la Corte y de los Superiores Tribunales de cada Provincia, conforman un sistema de precedentes que deben ser seguidos por los demás tribunales, tal como se sigue un precedente, es decir, en los límites de la "*ratio decidendi*", siendo posible abandonarlos, pero esto no puede hacerse graciosamente, sin una explicación clara de la razón del abandono. *(Cfr. BINDER, Alberto M.; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ad- Hoc- Bs As, 2013, pag, 193).*

5. En cuanto a las razones de política criminal sostenidas por el fiscal para oponerse el ejercicio del derecho reconocido al imputado en la ley de fondo, y acogidas por el juez, cabe adentrarnos brevemente en el concepto mismo de política criminal y los principios que ésta debe respetar mínimamente en un Estado democrático. Siguiendo esta senda, si la política criminal tiene por objetivo controlar el fenómeno de la criminalidad en base al mínimo de violencia, es parte de ella auspiciar la aplicación de institutos que puedan alcanzar ese objetivo con un instrumento distinto a la utilización de la pena, que es el máximo de violencia posible. En el

proceso penal, si bien es el fiscal el representante de las necesidades políticos criminales, buscando la eficacia de la persecución penal, este objetivo no puede alcanzarlo a cualquier costo, pues debe observar una serie de reglas o técnicas, todas desgajadas del principio de "*ultima ratio*" en sentido amplio. Esto significa, en primer lugar, un límite para el acusador, en tanto no puede calificar cualquier hecho como razón valedera, con el simple mote de "conveniente y oportuno". Asimismo, ello implica que el acusador debe demostrar que el hecho amerita la utilización de la pena como único recurso disponible, para lo cual deberá descartar la aplicación de los siguientes principios: *(a) principio de ultima ratio en sentido estricto y mínima intervención:* exige la prioridad de otros instrumentos no violentos o menos violentos que la imposición de una pena, como puede ser alguna salida alternativa o la suspensión del proceso a prueba:, *(b) principio de economía de la violencia:* significa que no existe un mote rígido de casos en que necesariamente se debe aplicar violencia, pues cada caso concreto tiene sus propias particularidades, y siempre se debe dejar un resquicio a una intervención no violenta, principio muy importante pues permite ajustar la generalidad del programa punitivo, todo lo cual impide que el caso sea calificado en abstracto- ej: delitos en que se utiliza un arma- como necesitado de pena, cuando el mismo puede ameritar otra alternativa*; (c) principio de utilidad:* válido para cualquier política estatal, también lo es para la política criminal, por lo que deberá demostrarse en el caso que la aplicación de una pena produce algún resultado útil, es decir, alguna reducción de la violencia social, no bastando con alegar genéricamente razones de prevención general o retribución, sino demostrar en el caso concreto que ello es así.

Todos estos principios- y otros que no podemos analizar en detalle- se derivan en última instancia del la idea de *última ratio*, y son principios internos que funcionan como reglas de eficacia de la política

criminal, es decir límites internos a ella, amén de los límites externos que provienen de todo el sistema de garantías, construidos por la dogmática penal y procesal penal. Por esto mismo, el juez, al controlar la legalidad de un dictamen fiscal, no solo debe observar si él puede afectar alguna garantía, sino también si cumple con aquellos principios que hacen a la eficacia de la política criminal democrática.

En definitiva, la política criminal, alegada por su representante en el proceso penal, debe siempre tender a relocalizar el conflicto siempre que sea posible, como exigencia directa del principio de *ultima ratio*. Esto se logra, flexibilizando el régimen de la acción penal, permitiendo su disponibilidad, con dos instrumentos centrales: uno viene constituido por todos aquellos casos en los que se puede suspender el ejercicio de la acción penal - el otro lo constituyen la conciliación y reparación, que no vienen al caso-, a condición de que el imputado realice ciertos actos y se comprometa a cumplir con determinadas condiciones, tal como surge del instituto de la suspensión del proceso a prueba. Esta figura, que en definitiva implica adelantar la condenación condicional antes del juicio, es un instrumento precioso de política criminal, pues a través de él se pueden lograr con mucha más eficacia los objetivos políticos criminales, siempre que se lo tome en serio y se efectúe un seguimiento estricto del cumplimiento de las condiciones impuestas, sobre todo de la reparación a las víctimas, evitando paralelamente el estigma del imputado y reduciendo así la violencia social. (Cfr*: para todo lo dicho respecto de la política criminal a: BINDER, Alberto; Análisis político criminal, Astrea, Bs As, 2011, pags. 13/238) y Derecho Procesal Penal, Tomo II, Ad-Hoc, Bs As, 2014, pags.219/247).*

Es conveniente insistir en estas finalidades que puede cumplir el instituto, para deshacernos de la idea de que la *"probation"* es una especie de perdón para el imputado, cuando ello no es así, pues a través de las

condiciones impuestas se pueden alcanzar más rápidos los objetivos de la condenación condicional, con la ventaja adicional, además, de economizar recursos. También cabe destruir la idea -también instalada en la sociedad y, lo que es peor, en algunos operadores judiciales- de que el instituto es una especie de cheque en blanco para delinquir, pues, tal como también ocurre con la condenación condicional, no solo si el imputado comete un nuevo delito la pena que se imponga no podrá dejarse en suspenso, sino que el incumplimiento de las reglas impuestas impide que el imputado pueda ejercer en el futuro otra vez el derecho. Obsérvese, con todo esto, como el instituto no tiene nada de olvido, perdón o puro beneficio para el imputado, sino que su funcionamiento implica restricciones de derechos, que nos habla de la dimensión punitiva del mismo, atento sus efectos jurídico-penales, que la aplicación de otros institutos, como la conciliación o reparación, no tienen.

En definitiva, si los mismos objetivos se pueden alcanzar con la suspensión del proceso a prueba, sin necesidad de realizar el juicio, no se observa cuál es el beneficio o ventaja para la sociedad o el imputado de realizarlo, sobre todo hoy cuando el mismo sometimiento a un proceso penal funciona ya como una pena, por lo que tampoco es un argumento la visibilización de la persona sentada en el "banquillo de los acusados" para que haya una supuesta condena social, ficción que, en todo caso, se cumple hoy antes del juicio con la difusión en los medios de comunicación de una simple imputación.

6. Con todo lo anterior, la consecuencia necesaria es que la única forma o modo de denegar el derecho del imputado a suspender el proceso- en tanto se den todas las condiciones de la ley de fondo-, es que el fiscal funde y demuestre la conveniencia, en el caso concreto, del cumplimiento efectivo de la pena, tal como lo establece el artículo 26 de nuestro código penal, *contrario sensu*. No habiendo el fiscal fundado la oposición en tales extremos en el caso traído para

decidir, cabe revocar la sentencia, y declarar operativo el derecho del imputado a que se suspenda el proceso, debiendo el tratamiento del caso volver al juez competente, para que en audiencia las partes puedan debatir las reglas de conductas idóneas para establecer un equilibrio entre los fines políticocriminales y las garantías constitucionales del imputado.

7. En cuanto a la opinión de las víctimas, no consta jurídicamente en el caso la misma, aunque sabemos que la ley no exige su conformidad, por lo que con esto ya basta para desechar cualquier argumento en ese sentido.

No obstante, adviértase que su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva no se encuentra enervado por la aplicación del instituto, ya que el sistema judicial le da otras vías suficientes y más eficaces de satisfacción, amén de que el contenido de aquel derecho no implica que ellas tengan la facultad de exigir en todos los casos la aplicación del instrumento más violento, como es la pena. Como dice Binder, la víctima tiene derecho a la tutela judicial, no al uso de los instrumentos violentos, según las aplicaciones del principio de última ratio, que también se aplican a ellas. *(Cfr. BINDER, ob.cit. TII, pag.559).*

8.*Costas*: En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo votado al respecto por mis colegas preopinantes.

De conformidad con los votos precedentes, con la disidencia del Dr. Omar Florencio Minatta esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Rechazar la impugnación deducida por la Defensa Pública en representación de L. F. P. cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la

resolución digital nro. Nro. 2322/16 OJ Tw dictada en fecha 13/09/16;

2) Confirmar la resolución Nro. 1007/14 OJ Tw, de fecha 13/09/16);

3) Diferir la regulación de los honorarios de la Defensa Pública, por la labor desempeñada en esta instancia, hasta tanto los mismos sean fijados en la instancia de origen; y

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Roberto Adrian Barrios

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada con el Nro.36 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.