En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los dieciocho días del mes de noviembre del año dos mil trece, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Alejandro Gustavo Defranco, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"M., R. R. s/lesiones graves" (Carpeta 4450 OJ Tw – Legajo 42.607 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública, contra la resolución Nro. 2765/13 OJ Tw dictada en fecha 22/08/13.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 04/11/13 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. E. M. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron el Dr. Marcos Nápoli, abogado adjunto de la Defensa Pública, y el Dr. Sergio Ferrín en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción.

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Prologaré mi voto efectuando una síntesis de la expresión de agravios formulados por el recurrente en la impugnación ordinaria traída a conocimiento de este tribunal y el responde a los mismos por la parte acusadora.

La Defensa interpuso remedio ordinario -por escrito, con ampliación de fundamentos en la audiencia- contra la sentencia N° 2765/13, por la que la Jueza Penal, Dra. Patricia Susana Asaro, resolvió no hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba solicitada por el imputado, por entender que el caso debía encuadrarse en la previsión normativa del párrafo cuarto del art. 76 bis del Código Penal, supuesto en el cual el dictamen negativo del representante del Ministerio Público Fiscal resulta vinculante para el Tribunal, a los efectos de la aplicación del instituto al hacer suyo el fundamento de que la paz social en el conflicto familiar no se ha obtenido.

Al respecto señaló que en modo alguno se puede sostener tal objetivo desde el ámbito penal, por cuanto aplicar más pena en el caso implicará una mayor conflictividad; siendo más aún inexplicable sostenerse que existe un interés prevalente cuando el Ministerio Público Fiscal adelantara que la pena en expectativa –3 años de prisión- no sería de efectivo cumplimiento.

Sostuvo que conforme al monto punitivo pretendido en una eventual sentencia condenatoria, impone que el análisis del instituto que procura, debe ser de efectuado en el marco del primer párrafo del art. 76 bis del Código de Fondo, el que en modo alguno exige que concurra la opinión del titular de la acción Penal y, en el supuesto de no compartirse su postulación, su pretensión igualmente debe prosperar por cuanto la oposición fiscal se ha exhibido ilógica, desproporcionada e irrazonable por fundarse la misma en particularidades del caso y no en interés público alguno que responda a una política criminal, reiterando que la misma solamente se asentó en que el conflicto continuaba y que el denunciante debió mudar de domicilio.

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, destaco que la Magistrada valoró suficientemente el cuadro presentado, el importante grado de violencia que desplegara en el evento J. M. contra su tío, a quien acometiera con un caño ocasionándole lesiones en diversas partes del cuerpo. Que también basamentó la *A quo* su decisorio con la opinión de la víctima quien manifestara que el conflicto no había cesado.

Señaló que no comparte la postura que ante el pedido del imputado de la concesión del instituto, éste se debe conceder sin más, por cuanto el texto de la norma es clara en cuanto dispone que el Juez decidirá y en el caso, lo hizo razonada y fundamente por lo que solicitó que se rechace la impugnación incoada contra la resolución por considerarla ajustada a derecho.

Al hacer uso de la palabra el imputado, destacó que la presunta víctima es su padrino y que el conflicto se originó por estar ocupando la vivienda de su abuela y su tío quiere que se retire de la misma.

El Dr. Nápoli señaló que su asistido no cuenta con antecedente penal alguno y que respecto de la aplicación del principio de igualdad al caso que no comparte la Magistrada, destacó que en modo alguno equiparó la situación de su cliente con la de su hermano R., sino que el mentado principio su parte lo interpreta como la igualdad en iguales condiciones, en cuanto la paridad de tratamiento del caso con la de otras personas imputadas por igual delito.

2.- Como se dijo en el introito, en estos folios se denegó la concesión de la suspensión del juicio a prueba respecto de J. M., por entender la magistrado que se encontraba motivada la falta de consentimiento del Ministerio Público Fiscal fundada ella en que no se lograba la pacificación social en caso positivo.

Así, la Dra. Asaro, hace suyas las consideraciones de la acusadora y afirma que la aplicación del instituto no logra satisfacer el interés de la víctima.

3.- El Sr. Defensor, se agravia por entender que corresponde el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba a su pupilo, por aplicación del primer párrafo del art. 76 bis del Código Penal –y no el cuarto- por que el mismo Ministerio Público ha ceñido sus pretensión punitiva, al momento de acusar, dentro de los tres años de prisión.

En la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P., amplia fundamentos y solicita, subsidiariamente, que aún enmarcandose en las disposiciones del cuarto párrafo del art. 76 bis, resulta procedente la suspensión del proceso por que los argumentos del Sr. Fiscal no son atendibles.

4.- En primer lugar, he de decir que el caso no puede encuadrarse en la hipótesis de los primeros párrafos del dispositivo del código sustantivo aludidos.

Por el contrario, es clara la ley cuando alude a dos supuestos bien diferenciados.

El uno, plasmado al principiar el articulado, se refiere exclusivamente a delitos cuya pena *en abstracto* no supere los tres años de prisión. Del apego estricto a la letra de la ley no puede interpretarse de modo alguno que el párrafo se refiera a supuestos en los que deba mensurarse la procedencia o no del derecho a suspender el debate teniendo en cuenta la estimación –provisoria, por cierto- de la pena que solicitará el Ministerio Publico Fiscal.

Es claro el dispositivo legal al establecer que el imputado podrá pedir la suspensión cuando se lo persiga por "*...un delito de acción pública reprimido con una pena de reclusión o prisión que no exceda de tres años...*", no dando el texto opción alguna para entender que el límite para la procedencia lo fije la pretensión punitiva del fiscal.

El otro supuesto, previsto en el cuarto párrafo, admite también la suspensión del proceso para cuando el hecho imputado sea un delito cuya pena supere los tres años en su máximo pero, a la sazón, sea admisible pensar que la condena que recaiga pueda ser de ejecución condicional, tal como el art. 26 dispone ("...*primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años...*).

5.- Resulta de evidencia entonces, de darse todos los requisitos legales, que para el caso del imputado M., deviene aplicable este segundo supuesto.

No tiene antecedentes el nombrado, por lo que entonces, aunque parezca obvio, sería esta, hipotéticamente, su primer condena; conforme la acusación obrante en el legajo, viene siendo perseguido por la presunta comisión del delito de Lesiones Graves, del art. 90 del C.P., que tiene prevista una pena de entre uno y seis años de prisión por lo que es admisible, en teoría, que la eventual condena sea dejada en suspenso.

Siguiendo la letra del cuarto párrafo del art. 76 bis, restaría, para la concesión del derecho solicitado, el consentimiento fiscal, requisito no previsto para los primeros casos mas si para este que se está analizando.

6.- Es menester entonces adentrarse en la significación o alcance que debe tener este requisito legal; cuál es –en definitiva- la interpretación que debe darse al "consentimiento fiscal" que la ley prevé.

Sabido es que, por una parte, se ha interpretado que "...*la oposición del Ministerio Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para otorgar la suspensión del juicio a prueba...*" (CNCasación Penal, en pleno, "Kosuta, Teresa R."; La Ley 1999-E, 165), o que, "...*a los fines de la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, la opinión del fiscal es vinculante para el tribunal cuando se opone, pero no cuando favorece la concesión del beneficio...*" (Idem, sala I, "Reynoso, Raúl Osvaldo s/rec. de casación", del 27/03/2009).

Por otra parte, y por el contrario, se ha dicho que "...*debe revocarse la sentencia de grado en cuanto, ante la oposición fiscal, denegó el beneficio de suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado... pues, la disconformidad del Ministerio Público no resulta vinculante en tanto no fue razonablemente fundada, sino que se limitó a esgrimir cuestiones de política criminal, sin relacionarla con los hechos de la causa...*" (Cpenal, Contravencional y Faltas de la C.A.B.A., sala I, "Palmesano, Fabian Armando", del 3/6/2009).

7.- Puesto a decidir sobre el punto, no abrigo dudas que la segunda tesis es la correcta.

En efecto, mal puede vincular al juez la opinión negativa del fiscal a la concesión del derecho a suspenderse el proceso, en primer lugar, pues existe un reparo de índole constitucional. Si de los arts. 5 y 121 de la C.N. surge con claridad que las provincias ejercen el poder no delegado a la nación y organiza, entre otras funciones, su administración de justicia, no puede la ley de fondo inmiscuirse en el sistema procesal elegido por cada estado y establecer reglas procedimentales(Ver Zaffaroni-AlagiaSlokar; Derecho Penal-Parte General, Ediar, 2000, pag.

973; Vitale, Gustavo; “Suspensión del proceso penal a prueba”; Editores del Puerto, 2004, pág. 259).

En segundo orden, se desplazaría la facultad jurisdiccional hacia una de las partes, transformando al fiscal en el árbitro final en la aplicación del derecho “...el cual podrá verse sometido a los avatares de la política criminal que el Ministerio Publico Fiscal se encuentra autorizado a delinear...” (“La probation...”; Aued, Norberto-Juliano, Mario; Edit. Universidad, Bs. As., 2001, pag. 46).

Conceder facultades jurisdiccionales al acusador, obligando al magistrado interviniente a denegar el derecho a suspender el juicio por la simple negativa del fiscal, compromete a todo el sistema procesal pretendidamente acusatorio que se ha dado en esta provincia y desvirtúa los principios fundantes de la lógica adversarial, tal como la separación de las funciones de investigar y juzgar (art. 18, CPP).

8.- Pero a mas de ello, obviando por hipótesis la cuestión del poder vinculante del dictamen fiscal, en el caso ventilado aquí se advierte que la Sra. Juez resuelve – de conformidad con el dictamen fiscal, al que encuentra motivado- denegar el derecho pedido porque no se ha logrado la pacificación social y que subsisten las agresiones entre víctima y victimario.

Es en este aspecto por el cual también debe revocarse la resolución en crisis.

La suspensión del proceso a prueba es un “derecho” del sometido a proceso. Constituye el derecho a que se paralice temporalmente a su favor el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, a su pedido, quedando sometido al cumplimiento de ciertas condiciones que en caso de ser observadas satisfactoriamente logrará que la acción penal se extinga o, por el contrario, seguir sometido a proceso en el caso de incumplimientos reiterados y maliciosos.

Esta 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.

En concreto, de existir la petición concreta del imputado y, para los supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis, 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 y menos de la mano del Ministerio Publico Fiscal- requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad.

Va de suyo de lo dicho, que mal puede alzarse como óbice para la concesión del derecho a suspenderse la persecución penal, 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.- Dándose por cierto incluso –solo a forma de hipótesis, pues es conocida la imposibilidad fáctica que la respuesta punitiva logre resolución alguna de los conflictos suscitados entre los protagonistas- que no se haya logrado en el caso la pacificación social, rechazar la petición del imputado por ello viene a transformarse en la creación pretoriana de un requisito de admisibilidad que la ley no prevé lo que resulta suficiente para descalificar la resolución examinada.

10.- Pero aún mas. Tal como se ha deliberado extensamente en el acuerdo previo a este voto, no sólo no es dable denegar la suspensión del proceso por la razón señalada, sino que, además, hubiera sido un útil instrumento para intentar –al menos- la tan ansiada solución del conflicto –art. 32 del rito provincial-.

En efecto, sin olvidar el carácter netamente punitivo del instituto, que reemplaza a la prisión –es cierto- pero

somete al solicitante a reglas de conducta que limitan y condicionan derechos de manera rigurosa, quedando sometido al riesgo de reiniciarse la persecución, no menos cierto es que resulta un campo propicio para que a través de la búsqueda de la reparación, el diálogo con el afectado por el injusto, la imposición de condiciones acordes a la problemática concreta, etc., se logre una respuesta adecuada para todos los involucrados.

No puede soslayarse que en el caso, tal como han manifestado los protagonistas en la audiencia celebrada y surge de los antecedentes del caso, nos encontramos ante una imputación de un delito contra las personas, que ha ocasionado un demérito importante en la salud de R. M., que tiene como antecedente una disputa por la ocupación de un inmueble y que, atento el estado de las cosas, no tiene visos de solución al menos en lo inmediato sin brindar herramientas para ello.

Rechazar la posibilidad de suspensión del proceso y apelar a la vía de la continuación del proceso punitivo, no deviene razonable en el caso, debiéndose, por el contrario, instar a una solución composicional, teniendo en cuenta los requerimientos de la víctima y las posibilidades concretas del imputado para cumplirlas.

11.- En definitiva, voto por la revocación de la resolución registrada bajo el número 2765/13 a través de la cual se rechazó el pedido de suspensión del proceso a prueba respecto de J. M., concediendo el derecho a gozar de la misma, en los términos del cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal, debiendo volver estos folios al Colegio de Jueces Penales para que, en nueva audiencia, y asegurando el contradictorio sobre cada uno de los extremos que se invoquen, se establezcan las condiciones a las que quedará sometido el imputado.

12.- 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 Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa se agravia ante la denegatoria del pedido de suspensión del proceso a prueba dispuesta en la sentencia, en base a argumentos que fueron suficientemente detallados por mis colegas preopinantes, por lo me avocaré directamente a fundar mi decisión en orden a sostener la postura defensista en cuanto a la procedencia del derecho que alega.

2. En primer lugar, cabe no encuadrar el caso en la primera parte del artículo 76 bis, pues ella debe interpretarse en forma literal, reservando el supuesto fáctico para todos aquellos delitos de acción pública que no superen en abstracto- *reprimidos*, dice la ley- el máximo de tres años de prisión. Esto es así, puesto que de lo contrario pierde sentido el segundo párrafo, que se refiere al concurso de delitos, caso en el cual sí hay que estar a la pena concreta que se conjetura, tal como se desprende la palabra ""*aplicable*", que denota una pena en concreto.

El supuesto del párrafo cuarto, en cambio, se reserva para aquellos casos excluidos de los señalados en los dos primeros, puesto que si se trataran de los mismos supuestos fácticos, no tendría ningún sentido el mismo. Es decir, el párrafo se reduce a todos aquellos delitos que sean más graves, superiores a tres años en abstracto – si se trata de un delito- o en concreto, si se trata de un concurso. Este es el ámbito de aplicación de este párrafo cuarto, con la salvedad que su mínimo no supere los tres años, ya que si así fuera, no podría concederse la condenación condicional, tal como expresamente también lo exige el párrafo.

3. Ahora bien, el delito imputado a M. 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. Solo 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 dictámen 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 cabe sostener la denegatoria en la negativa de la víctima, 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 mi voto en una reciente causa en la cual decimos que *"...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.(“Colil, Mirian Edith s/denuncia-Trelew” (Carpeta 3.524 OJ Tw –Legajo 31.735 OUMPF Tw), 16/10/12 – Sent 14/12).

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 preopinante en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios al letrado interviniente.

La Jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. La cuestión a decidir, tal como quedara expuesto más arriba, pasa por determinar si la resolución impugnada resulta ajustada a una correcta interpretación del instituto de la suspensión del juicio a prueba o si, en cambio, ha consagrado una hermenéutica indebidamente restrictiva del derecho del acusado a transitar una salida alternativa al juicio oral.

Sintéticamente, la Magistrada de grado rechaza el pedido del imputado de someterse a la suspensión del proceso a prueba por entender, en sintonía con el dictamen fiscal, que la aplicación del instituto no contribuiría a consolidar la paz social. Ello así, pondera, toda vez que la situación de

violencia suscitada entre el imputado y la víctima subsistiría en la actualidad, escenario –incluso- que habría obligado al damnificado a mudar su domicilio.

2. Si bien la revisión que estamos llamados a realizar debería agotarse en el examen de los argumentos dados por la Jueza en el resolutorio en crisis, es preciso delinear previamente el marco teórico al que habremos de atenernos. Ello, fudamentalmente, porque la imperfecta redacción del art. 76 bis CP ha generado las más diversas interpretaciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, en cuanto a los requisitos que viabilizan la aplicación del instituto en los casos concretos.

El norte interpretativo del defectuoso texto debe partir de los parámetros sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Acosta". Así, ha dicho 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)

Se impone, pues, la interpretación más amplia posible por parte de los jueces en la aplicación de este instituto, pues resulta de toda evidencia que implica una respuesta penal que compatibiliza, en mucha mayor medida, la reacción estatal frente al presunto delito, con los postulados fundantes que la habilitan.

3. Preliminarmente el impugnante sostiene que el supuesto planteado en los presentes debe analizarse a la luz del primer párrafo del art. 76 bis y, por ende, afirma que resulta irrelevante en el caso la oposición fiscal por no resultar un recaudo legal para la aplicación del instituto. Es sabido que la posibilidad de aplicación de la *probation* está prevista como salida alternativa al juicio para aquellos imputados que carezcan de antecedentes penales computables,

respecto de delitos de gravedad leve o mediana. La ley establece dos grupos diferenciados de casos: por un lado aquellos que tienen prevista una pena máxima que no exceda los tres años de prisión (criminalidad leve) y otros que, si bien su pena máxima excede de aquel monto, es posible la aplicación de una pena de ejecución condicional (criminalidad mediana), pues se trata de delitos que admiten como posible una sanción de tres años de prisión –tope para la posibilidad de aplicación condicional de la pena-.

Es claro, pues, que el primer párrafo de la norma citada se refiere a delitos cuya pena en *abstracto* no supere los tres años de prisión, como surge del propio texto de la ley. El supuesto de autos claramente está fuera de ese espectro de aplicación.

4. No obstante, aún encontrándonos dentro de una hipótesis ubicada en el párrafo cuarto del art. 76 bis, el interrogante acerca del alcance que cabe atribuir a la facultad fiscal de oposición a la *probation* merece un análisis particular.

Cabe, en principio, recordar que la posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba, en las circunstancias que fija la ley, es el *derecho* de la persona sometida a un proceso penal (como lo recuerda la Corte en "Acosta"), de no transitar –a su requerimiento- la etapa del juicio, evitando de ese modo la estigmatización que puede implicar la audiencia de debate y una eventual sentencia de condena. No se trata de un simple beneficio y mucho menos un privilegio y, como tal, su aplicación debe ser garantizada por los jueces en las condiciones de su vigencia.

En ese contexto es claro que respecto de los parámetros que delimitan el alcance del derecho –requisitos de procedencia- rige el principio de "reserva de ley", lo cual significa que aquellos deben surgir de modo expreso del texto legal. Ello así, pues sólo el legislador puede establecer criterios generales que garanticen idéntica aplicación para los iguales en igualdad de circunstancias. No es admisible, pues, sostener que puedan *crearse* otros requisitos distintos a aquellos previstos por el legislador. Es claro,

también, que tales parámetros legales de admisibilidad deben ser respetados tanto por los fiscales como por los jueces.

En tal marco, el "consentimiento fiscal" que menciona el cuarto párrafo del art. 76 bis CP no debe entenderse como un requisito de admisibilidad *extra* para este tipo de supuestos, pues -como bien señala la jueza Asaro- la decisión necesariamente debe ser jurisdiccional.

Cuando la negativa fiscal se basa en la *comprobada* ausencia de alguno de los requisitos legales de procedencia del instituto, es claro que la opinión es vinculante para el juez, quien no podría desoírla pues estaría basada en argumentos que surgen del texto claro y expreso de la norma.

Ahora, no ocurre lo propio cuando la denegatoria se funda en consideraciones generales de política criminal -propias de la competencia legisferante-, o en ponderaciones que excedan los límites previstos en la ley. Si se interpretara que la denegatoria fiscal basada en criterios tales como gravedad del hecho, interés público comprometido, razones de política criminal, etcétera, pudiera ser legítimo obstáculo para el ejercicio del derecho en cuestión sus límites ya no serían legales, sino que pasarían a ser los discrecionales criterios que cada uno de los representantes del MPF, o cada magistrado, considerara razonables y suficientes, en base a los particulares diseños de política criminal que cada uno de ellos considerara más adecuado. Adhiero, pues, a una posición restrictiva del alcance de la facultad fiscal de oposición, interpretando -en idéntico sentido al postulado por un importante sector de la doctrina- que "...la exigencia inserta en el párrafo 4to. del art. 76 bis del C.P. –consentimiento fiscal- ha de interpretarse como el cumplimiento del rol de control inherente al Ministerio Público, que en el caso se extiende a verificar que se conforme la posibilidad de condena condicional en el caso concreto: que el mínimo de la pena previsto en el tipo penal no supere los tres años de prisión y que el imputado no registre condenas penales computables que impidan su condicionalidad". (DEVOTO Eleonora A., *Los*

límites de la intervención del fiscal en la suspensión del juicio a prueba, L.L., Supl. Penal 2010, p. 132).

5. Es así que no cabe asimilar este derecho a un mero criterio de oportunidad en la persecución penal, de aplicación reglada pero discrecional para el MPF y, por ende, tampoco resulta discrecional para los jueces su otorgamiento. Se trata de una facultad *sustancial* del acusado y, como tal, debe ser garantizada por los magistrados cuando se den las condiciones legales de procedencia del instituto.

6. Lleva razón la Defensa, pues, cuando sostiene que la *probation* no es un beneficio para el imputado. La importante restricción de derechos que autoriza la aplicación del instituto, si bien marca su sentido preventivo y composicional, no deja de tener una clara naturaleza sancionatoria, aunque sólo proceda frente a un pedido expreso de la persona imputada pues, en caso contrario, se vulneraría el principio de inocencia.

La doctrina lo recuerda al afirmar que "...desde un enfoque teleológico, de sentido y de objetivos,... el instituto habilita una *sanción* alternativa a la prisión..." (DEVOTO Eleonora A., op. cit, p. 132. La cursiva me pertenece).

Pero, sin desconocer el cariz punitivo de la *probation*, considero que significa una respuesta institucional de mayor calidad que la mera condena de ejecución en suspenso pues, al tiempo que evita dispendio de recursos y estigmatización para el acusado, no impide la investigación del hecho y exige al solicitante el ofrecimiento de reparación a la víctima, en la medida de sus posibilidades económicas, contemplando –a la vez- la fijación de pautas conductuales durante un lapso de uno a tres años. A todo ello debe sumarse la amenaza de continuación del trámite ante el incumplimiento de las condiciones (en determinados supuestos la pena conminada es de encierro efectivo).

7. Por ello, entiendo que la postura que sustento en modo alguno implica un cercenamiento de derechos de la víctima

pues, como he sostenido antes, "... la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de la víctima de un hecho ilícito, pero que debe conjugarse con las garantías judiciales del sometido a proceso. Aquel derecho, por otra parte, no es absoluto ya que reconoce límites muy estrictos dentro del marco del proceso penal, toda vez que al ser una vía segura pero estrecha para la obtención de respuesta a los legítimos intereses de los damnificados, su satisfacción debe ceder en cuanto resulte -como en este caso- inconciliable frente a una garantía constitucional del imputado. Estoy convencida de que la facultad estatal de perseguir la realización del derecho penal sustantivo sólo es legítima bajo estrictos presupuestos de admisibilidad que, a manera de límites autoimpuestos por el Estado, cumplen la función esencial de preservar los derechos básicos de las personas" (autos caratulados "D. D., N. J. s/ dcia. – Tw", carpeta 649 OJ Tw – legajo 5.716 OUMPF Tw, sentencia definitiva Nro. 23/2010 de fecha 03/09/10).

8. Además de lo expuesto, no cabe olvidar que la *probation* es una útil herramienta normativa de carácter preventivo especial, que si bien puede sustituir a la pena de prisión, permite propiciar soluciones composicionales o reparatorias entre los protagonistas del conflicto penal. Es, justamente, esa trascendente función del instituto aquello que no ha sido dimensionado en el caso, pues ha surgido de modo evidente –como bien ha valorado la Magistrada de grado- que el hecho investigado traduce un grave conflicto familiar, vinculado a cuestiones patrimoniales, que aparenta subsistir en la actualidad.

Lo anterior ha quedado plasmado en la audiencia del art. 385 CPP, llevada a cabo en esta Sede. Por eso, al momento de deliberar la solución a adoptar en el caso, hemos tenido particularmente en cuenta la necesidad de optimizar la intervención judicial en este fuero, a partir de una herramienta como la que aquí se analiza, para que pueda darse un mayor y acabado cumplimiento a la función primordial de la magistratura, cual es la de restablecer la armonía entre

sus protagonistas y la paz social, en los términos del art. 32 CPP.

9. Cabe recordar que la imputación que recae sobre R. R. M. encuadra en la figura de Lesiones Graves (art. 90 del Código Penal), cuya amenaza de pena tiene un mínimo de un año de prisión. El pedido fiscal de pena en la acusación, aún provisorio, fue de tres años de prisión. Careciendo el acusado de antecedentes penales existe la chance cierta de que la modalidad de ejecución de una eventual condena sea *condicional.*

Siendo así, la posibilidad de suspensión del juicio a prueba resulta evidente. No sólo por ausencia de impedimentos legales, sino por que en el caso –entiendo- resulta un instrumento de mucha mayor utilidad para la solución del conflicto entre las partes que una condena de ejecución condicional, institutos cuya estrecha vinculación no viene al caso profundizar aquí.

10. Corresponde, pues, inclinar la balanza a favor de una solución alternativa que contemple la reparación, el cumplimiento de reglas o condiciones conductuales por parte del imputado y que, si bien no siempre garantiza la solución integral y definitiva del conflicto, cuando menos significa una manera menos violenta de reconducirlo y, por tanto, más útil en términos sociales.

Los parámetros individualizadores deberán ser debatidos en la instancia de origen, y habrá de fundamentarse razonadamente la graduación de la salida alternativa teniendo en cuenta las aristas concretas que presenta el conflicto-, en tanto el presunto ilícito aparecería como un eslabón dentro de un *crescendo* que es preciso, cuando menos, contribuir a neutralizar.

La calidad de la respuesta institucional que se brinde, considerando las particulares características del conflicto suscitado, deberá tener en cuenta los intereses y necesidades de la parte damnificada. Por ello, si bien la comprensible oposición de la víctima no impide la solución que propicio respecto del recurso incoado, la discusión acerca de las

condiciones de la *probation* deberá tener específicamente en cuenta la situación de aquella, garantizando adecuadamente su derecho a ser oída, y las medidas a adoptar deberán tender especialmente a disminuir su actual situación de vulnerabilidad.

No es posible olvidar que el objeto de la reparación –requisito expresamente previsto en el art. 76 *bis* CP- debe pivotear en las necesidades de la parte afectada, sin desconocer las posibilidades económicas reales del imputado. En este punto cabe recordar que si bien la compensación puede tener un valor simbólico o de reparación no pecuniaria tal temperamento debe ser subsidiario, pues en la mayoría de los casos éste es el único ámbito al que pueden acceder los damnificados, por lo cual adquiere máxima relevancia agotar los esfuerzos para arribar a una solución razonable antes de obligarlos a transitar otras vías.

Por ello deberán examinarse detallada y exhaustivamente las condiciones de otorgamiento del instituto en cuestión, básicamente en punto a la duración de la medida, condiciones a cumplir durante el período de prueba y reglas vinculadas a la reparación del daño ocasionado que, sabemos, no es sólo aquel de contenido patrimonial. Todas ellas deberán vincularse, lógicamente, con el hecho atribuido y resultar adecuadas a la finalidad composicional que se visualiza como necesaria en el caso de autos.

11. Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde revocar la resolución recurrida y conceder a R. R. M. la suspensión del juicio a prueba, prevista en el art. 76 bis del Código Penal, en las condiciones que deberán debatirse y decidirse –con apego a los parámetros fijados en la presente- en la instancia de origen, según lo dispuesto en el art. 50 del CPP. Así voto.

12. En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios de la Defensa Pública por la tarea desempeñada en esta etapa, corresponde diferir un pronunciamiento al respecto hasta tanto los mismos sean establecidos en la instancia de mérito.

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

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a favor del nombrado respecto del hecho por el cual fuera sometido al presente proceso penal;

3) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, ante otro juez penal, se dicte resolución con arreglo a la presente, bajo las condiciones que deberán debatirse y decidirse –con estricto apego a los considerandos expuestos- en los términos del art.50 del C.P.P.;

4) En cuanto a las costas y honorarios profesionales, corresponde diferir su regulación hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y

5)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Mónica Rodríguez **Alejandro Gustavo Defranco**

El Dr. Omar Florencio Minatta no firma materialmente la presente por impedimento ulterior al acuerdo (art. 331, último párrafo del C.P.P.). Registrada con el Nro. 16/2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.