En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los ocho días del mes de marzo del año dos mil trece, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Alejandro G. Defranco, Mónica Rodríguez y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"L., C. A. p.s.a. hurto automotor - Rawson" (Carpeta 2.989 OJ Tw – Legajo 2.774 OUMPF Rw),** con motivo de la impugnación interpuesta por la defensa pública contra la resolución Nro. 2491/12 OJ Tw dictada en fecha 06/09/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 19/02/13 en la sede de este tribunal, intervino el Dr. Marcos Nápoli, por la Defensa Pública, en representación de su asistido C. A. L.

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

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Principiaré mi decisión, realizando un apretada síntesis de los antecedentes del caso, así como de los agravios que sustentan la impugnación que motiva la intervención de esta Cámara.

2. Mediante resolución Nro. 2491/12 de fecha 06/09/12, el juez penal Adrián Barrios resolvió rechazar un pedido de ampliación de la suspensión de juicio a prueba, dictada en fecha 07/12/10 en la Carpeta 2324 a favor de C. A. L., por entender que los hechos por los cuales se postulara dicha ampliación –de fechas 24/10/10, en Carpeta 2989, y 09/11/10 en Carpeta 3023-, resultaban ser posteriores a aquel que motivara el dictado la citada Suspensión de Juicio a Prueba –25/12/09-.

El letrado, en audiencia ante este Cuerpo, señaló que el pedido de acumulación de Carpetas y ampliación de la suspensión del juicio a prueba preexistente, fueron solicitados por el propio Ministerio Público Fiscal, con el acompañamiento de su parte y de C. R. L. -quien anoticiado suficientemente de los alcances del instituto y del derecho constitucional a un juicio oral y público, manifestó su conformidad-, consistente en ampliar en seis meses el plazo de dos años que expiraba en diciembre del año próximo pasado, con más diez horas de trabajos comunitarios.

Afirmó el defensor que la resolución que cuestiona es arbitraria por la errónea interpretación que el A quo efectuara del art. 76 ter del CP., del que claramente se desprende que el plazo de ocho años que fija la norma para una nueva aplicación del instituto, se debe computar desde la fecha de expiración del plazo de la anterior *probation* y no desde la del hecho que motivara su dictado.

En tal sentido, señaló que los sucesos por los que se postulara ampliar la suspensión del juicio a prueba concedida son de fecha anterior al dictado de ésta, lo que determina que el análisis deba retrotraerse a la fecha en que fuera concedida la suspensión del juicio a prueba, resultando procedente la ampliación por aplicación analógica del art. 58 del CP, en relación al art. 56 del mismo cuerpo legal. Cita, en abono de la interpretación que postula, el fallo “Acosta” de la CSJN.

Finalizó su intervención solicitando se revoque la resolución que cuestiona, devolviéndose el caso a la Oficina Judicial a fin de que se dicte la suspensión del juicio a prueba, en los términos en que fuera planteada por los Ministerios Públicos.

3. Tal lo señalado, en el presente caso el imputado y el Ministerio Público Fiscal solicitaron la

ampliación de la suspensión de juicio a prueba otorgada en la Carpeta N° 2324 (en fecha 7/12/2010), respecto de los hechos investigados en la N° 3023 y en estos actuados. Razonan que ambos episodios fueron anteriores a la fecha de la resolución que concediera la *probation*, por lo cual entienden procedente la aplicación del instituto en relación a estos últimos.

El Magistrado A-quo rechaza el pedido, indicando que acceder a la ampliación solicitada, habiendo transcurrido poco más de un año y medio desde aquella resolución, implicaría otorgar una segunda *probation* antes del cumplimiento del requisito temporal previsto por el art. 76 ter, penúltimo párrafo, del Código Penal.

4. Previo a toda otra consideración, es preciso recordar que constituye un deber inexcusable de los jueces velar por el respeto de las normas que tutelan las garantías constitucionales en el proceso, no sólo del imputado sino, también, de la persona ofendida por el delito. Sin que ello implique parificar las posiciones procesales al respecto, es claro que cuando un incumplimiento ritual afecta la posibilidad de participación que la ley les asegura, siempre que el defecto sea capaz de generar un perjuicio concreto, es imperativo jurisdiccional aplicar, aún de oficio, las correcciones procesales adecuadas para superarlo.

Es que para decidir, en el caso, acerca de la posibilidad de ampliación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, ha sido necesario analizar previamente si se han respetado las reglas que aseguran la intervención de la víctima en su tratamiento.

El señalamiento no es ocioso, en tanto y en cuanto la cuestión involucra el derecho a la jurisdicción y a

la tutela judicial efectiva (art. 8.1 y 25 CADH, art. 35 C.Ch, art. 15 CPP, entre otras). +6

5. Sentado lo anterior, es fácil advertir que la sustanciación del asunto en primera instancia ha prescindido de aquella participación, pese a que la víctima es un sujeto *esencial* en toda decisión de índole reparadora en el proceso penal. En autos no se garantizó la intervención de quienes sufrieran el daño directo provocado por los hechos punibles que se pretendieron englobar en una *probation* en curso.

Surge de los antecedentes del caso que en el marco de una audiencia de control de detención -dispuesta para evaluar la captura del acusado-, la representante del Ministerio Público Fiscal propuso la ampliación de una suspensión del juicio a prueba ya dispuesta, como salida alternativa al juicio respecto de dos hechos anteriores atribuidos al imputado L. Dicha postulación contó con la anuencia del acusado y de su defensa técnica.

La petición -favorable a la suspensión del ejercicio de la acción penal por parte de la representante de la vindicta pública- además de aparecer llamativamente desprovista de fundamentación fáctica y jurídica, se produjo en franca contradicción a mandas legales expresas destinadas, justamente, a hacer operativa la *tutela judicial* de las personas damnificadas.

Es sabido que toda pretensión fiscal en el proceso debe ser motivada, con adecuada justificación lógica y legal (art. 169, I, C.Ch., 25, 115 y ccdtes. del CPP). Aunque cierto es, también, que no siempre una irregularidad tan palmaria como la apuntada -no saneada oportunamente (art. 162 CPP)- genera una consecuencia invalidante en el proceso.

Sin embargo, no es tal déficit aquello que determina el sentido de mi voto, pese a su

señalamiento, sino la omisión ya adelantada de *citación* a las víctimas de los hechos por los cuales se peticiona la suspensión del proceso.

6. Es sabido que el digesto adjetivo ha consagrado una serie de normas tendientes a garantizar, en determinadas situaciones, que la víctima sea *oída*, responsabilizando de modo particular al Ministerio Público Fiscal por su fiel acatamiento. La que aquí analizamos era, justamente, una de aquellas situaciones.

El art. 268 CPP, además de instituir el genérico deber de los fiscales de proteger a las víctimas y de facilitar su intervención en el proceso, establece la obligación de realizar actividades específicas. Así, el inc. d), cuarto párrafo, ordena "(E)scuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa, dejándose constancia de la opinión de ésta".

A su vez, el art. 49 del Código Procesal, al regular el trámite de la suspensión del juicio a prueba, prevé en forma expresa que "si el ofendido no participare o no estuviere representado en el procedimiento, la audiencia se suspenderá para permitir su citación".

También el art. 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Provincia (Ley 5057, actual V-94), en cuanto reza: "Asistencia a la víctima. La víctima debe ocupar un lugar preponderante en el proceso penal, correspondiendo al Ministerio Público Fiscal brindarle asesoramiento e información, resguardando sus intereses y velando por la defensa de sus derechos en el proceso". Norma que encuentra correlato, a su vez, en el art. 9. inc. g) de la citada Ley.

7. Contrastando el referido marco conceptual con lo actuado en estos autos, se advierte que en la Carpeta N° 2989, la víctima, M. A. M., se encontraba individualizada desde el comienzo del proceso, así como determinado su domicilio real –conf. fs. 03 y 09 y vta.-, habiéndosele hecho entrega en forma definitiva, a su pedido, del automotor hurtado y siniestrado (fs. 16/22 del Legajo Fiscal), en donde consta, incluso, el número de teléfono móvil del nombrado. Con posterioridad –según constancias de fs. 43 vta. y 60 vta.- surge que habría mudado el domicilio real inicialmente denunciado.

En la Carpeta N° 3023 se produce una situación similar, por cuanto la víctima –M. D. C.- también se hallaba individualizada, así como su domicilio real, desde el inicio mismo del proceso (conf. acta de fs. 01/02 y denuncia de fs. 07/08, entre otras).

Sin embargo, la Fiscalía no demostró haber anoticiado a ninguno de ellos sobre la petición que iba a formular, ni realizó diligencia alguna que permitiera su citación, como era su deber. Tal temperamento persistió en esta instancia, a pesar de la advertencia formulada por este Tribunal a fs. 75.

8. Es sabido que la posibilidad de aplicación de la *probation* está prevista como una salida alternativa al juicio para quienes carecen de antecedentes penales computables, respecto de delitos de gravedad leve o mediana.

Uno de los requisitos de procedencia de la norma, expresamente reglado por la ley de fondo, es el *ofrecimiento de reparación del daño ocasionado* por parte del imputado. El tercer párrafo del art. 76 bis establece que "(L)a parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente".

Más allá de entender que la posición que adopte la persona ofendida no es vinculante para los jueces, es obligación de los funcionarios públicos recabar esa opinión antes de decidir sobre la procedencia o no de la *probation*. Ello es así, pues el nuevo paradigma reparador –alternativo a la pena de prisión- dentro del cual se encuentra este tipo de institutos, impone conocer acabadamente el daño causado por el delito y las pretensiones de la víctima en tal sentido, a fin de permitir evaluar aquel requisito legal habilitante, cual es la razonabilidad de la propuesta de compensación.

Es de toda evidencia que la posición adoptada por la representante de la Fiscalía, no saneada oportunamente por el Juez A-quo, ha soslayado indebidamente las normas que regulan la real y efectiva tutela de las víctimas.

9. Entiendo, a su vez, que no puede hablarse de *convalidación* en el caso (art. 163 CPP), toda vez que se trata de un defecto formal que, justamente, ha impedido la posibilidad a los afectados de reclamar su saneamiento. Es que no se advierte de qué manera podrían haber convalidado algo de lo que no tenían –y probablemente no tengan- conocimiento alguno.

Además, el déficit no puede ser saneado en esta instancia, en virtud de la naturaleza *revisora* de la competencia de este Tribunal.

Siendo que se trata de una invalidez absoluta, pues se funda en la violación de una garantía constitucional establecida en favor de la víctima, no queda otro camino que la nulidad y la consecuente retrogradación del procedimiento. Esta situación, entiendo, no compromete la prohibición de la *reformatio in pejus*, pues la decisión recurrida era denegatoria de la

pretendida aplicación del instituto, cuestión que deberá sustanciarse nuevamente en la instancia de origen.

Por ello, he de proponer se decrete la nulidad de la petición requirente de ampliación de la suspensión de juicio a prueba. No se trata de avanzar sobre el contenido sustancial de un acto del MPF, sendero absolutamente vedado a la jurisdicción. Tampoco es cuestión de señalar una mera discordancia con el trámite seguido en los presentes. Se trata, en cambio, de encauzar la legalidad del proceso, invalidando una pieza procesal formulada *contra legem*, violatoria de los intereses de una de las partes sustanciales del conflicto penal(arts.8.1 y 25 CADH, arts. 35 y 46 C.Ch, art. 15, 25, 49, 268 y ccdtes. del CPP).

Ello, sin perjuicio de advertir que la irregularidad observada en el comportamiento fiscal no es sino un eslabón más dentro de una cadena que muestra, cuando menos, un tratamiento descuidado o poco serio de los diversos procesos a los que se encuentra sometido el imputado.

10. Propicio, pues, decretar la nulidad de la postulación fiscal formulada en la audiencia de fs. 48 (de fecha 14/08/2012), así como de todas aquellas piezas procesales que sean su consecuencia, en particular el resolutorio de fs. 49. Corresponde remitir los autos a la Oficia Judicial a fin de que, por ante el juez penal que corresponda, se tramite la petición del imputado con arreglo al presente pronunciamiento.

11. Costas al Estado (art. 239 y 246 último párrafo), debiendo diferirse los honorarios correspondientes a la Defensa Pública, en los términos de los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y en el art. 59 y concs. de

la ley V-90 (antes ley 4920), hasta tanto se regulen en la instancia de mérito.

El Dr. Alejandro Gustavo Defranco dijo:

Que en fecha 6 de septiembre de 2012, por resolución 2491/12, el Dr. Adrián Barrios denegó la ampliación de la suspensión de juicio a prueba otorgada en la Carpeta N° 2324 (en fecha 7/12/2010), requerida a favor de C. A. L. en estos folios, por aplicación del art. 76 ter, penúltimo párrafo del Código Penal.

Que el magistrado razonó en el sentido que "*...con la ampliación del beneficio otorgado, en realidad se esta analizando la posibilidad del otorgamiento de un segundo beneficio al acusado... (mientras que)... el código de fondo expresamente ordena que deben pasar al menos ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior, el que, como se advierte, no ha transcurrido en este caso.*"

Que impugna el Sr. Defensor, Dr. Marcos Napoli, el resolutorio por entender que el Magistrado hace una interpretación absurda y arbitraria del dispositivo aludido y que su asistido seguirá sometido a un proceso penal por "simple capricho jurisdiccional" al no tenerse en cuenta la posibilidad de su concesión por ser los hechos ventilados en estos folios anteriores al dictado de la resolución que se pretende ampliar.

1.- Que entrando de lleno a la cuestión y sin rodeos debo decir que sería suficiente para decidir remitirme en un todo a lo manifestado por la Dra. Rodríguez en el voto que antecede. Mas por mandato constitucional debo expresar las razones de por qué me inclino hacia su tesis, expuesta en el acuerdo previo a la redacción de la sentencia.

En efecto, antes de poder decidir cualquier agravio que a las partes pudiera haber causado una decisión jurisdiccional, es menester extremar el análisis a fin de verificar que en el caso concreto no se hubieran lesionado garantías no solo del traído a juicio sino, como en el caso, de los ofendidos por el delito.

Sin entrar en la disquisición acerca de la bilateralidad de las garantías o de si unas prevalecen sobre otras, lo cierto es que todo ofendido por el delito tiene derecho a la "tutela judicial efectiva", a partir de que forman parte de la Constitución Nacional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN; art. 8.1 y 25 CADH). Tal como lo ha rotulado la Comisión Interamericana de DD HH en Informe 34/96 (caso 11.228), los Estados tienen el deber de "garantizar el derecho de justicia a las víctimas".

Que consecuentemente con ello, el rito provincial, de consuno con el mandato constitucional del art. 25, prevé numerosas situaciones en que se hace participar al ofendido en el procedimiento, incluso llevar adelante la investigación en contra de la pretensión fiscal.

En el caso del instituto de la suspensión del juicio a prueba, es claro el art. 49 cuando establece que "*si el ofendido no participare o no estuviere representado en el procedimiento, la audiencia se suspenderá para permitir su citación*", resolución que efectivamente tomara la Dra. González, en fecha, 6 de octubre de 2010, cuando presentada la postulación de las partes en el mismo sentido, supeditó la concesión a la presentación de la fiscalía del parecer de la víctima en autos.

Pero, en el caso, la Fiscalía, de común acuerdo con el imputado y su asistente técnico, solicita la suspensión sin existir constancia de la voluntad de los ofendidos por los injustos reprochados, lo que

convierte a la postulación en nula, lo que, a la sazón, no fuera advertido por el Juez interviniente quien resolvió por la denegatoria a pesar de tal vicio.

2.- Efectivamente, tal como lo reseña la Dra. Rodríguez en su voto, la víctima del hecho investigado en la Carpeta N° 2989, M. A. M., se encontraba individualizada desde el comienzo del proceso, así como determinado su domicilio real –fs. 03 y 09 y vta.-. En la Carpeta N° 3023, cuya víctima resulta ser M. D. C., también se hallaba determinado su domicilio real desde el inicio del trámite (ver acta de fs. ½).

Aun así, no son citadas a la audiencia ni recabadas sus pretensiones por parte del Ministerio Publico Fiscal, con lo que, evidentemente, se desoye el mandato procesal y con ello la posibilidad de participar activamente en la tramitación del instituto, por ejemplo, para alegar sobre la reparación del daño causado por el delito.

Que no debe olvidarse aquí que uno de los requisitos de la ley de fondo para la concesión del derecho a la suspensión del proceso a prueba es, precisamente, el ofrecimiento de reparación del daño por parte del imputado, lo que podrá ser aceptada o no por la víctima, pero para ello, resulta obvio decirlo, tendría que ser escuchada en la audiencia puesto que en caso contrario, como ha sucedido aquí, se traduce en letra muerta la disposición legal (art. 76 bis, tercer párrafo, Codigo Penal).

Afectada así las garantías de acceso a la jurisdicción de la víctima en el actuar del Ministerio Publico Fiscal, al no citar ni requerir información respecto a la aplicación del instituto –repito-, es que considero que debe nulificarse la postulación fiscal hecha saber en la audiencia de fecha 14 de agosto de

2012 y todos los actos posteriores que sean su inmediata consecuencia, remitiéndose el legajo a la Oficina Judicial para la prosecución del trámite por parte del Juez Penal competente.

3.- Es que mal podría convalidarse un acto del Ministerio Publico realizado contra las previsiones expresas de la ley –art. 49- que ordena la suspensión de la audiencia para que la víctima pueda participar, o, en su defecto, escucharla *antes de solicitar* el instituto, *dejándose constancia de su opinión*, conforme manda el inc d) del art. 268 del CPP.

Que ninguna de ambas opciones fueron atendidas por el agente fiscal interviniente y ello acarrea sin mas su insanable nulidad por las razones expuestas antes.

Por ello, sin más, voto en la forma manifestada en el punto que antecede.

4.- En materia de imposición de costas y honorarios, acompaño la propuesta formulada por la colega preopinante.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1.La defensa se agravia porque el juez le deniega la suspensión del proceso en base a argumentos absurdos y arbitrarios, pues estima la sentencia que no se trata de una ampliación o prórroga del plazo de prueba, sino de un nuevo pedido para el cual deberán transcurrir ocho años de expirado el plazo anterior. Sostiene la defensa que no habían transcurrido aún los dos años de la suspensión otorgada con anterioridad, sino un año y medio, aproximadamente, por lo que corresponde la petición y revocación de la citada resolución jurisdiccional.

2.Adelantamos que lleva razón la defensa, toda vez que se trata de un caso de imputación de dos delitos penados con una pena de prisión superior a los tres años, siendo su mínimo mayor menor de tres años y sin que obren antecedentes penales computables que impidan

la posibilidad de condenación condicional, amén de consentimiento fiscal. Asimismo, es muy claro que al momento de la petición, aún no había vencido el término de dos años fijado como período de prueba en la suspensión otorgada en la carpeta nro. 2324, por lo que es a todas luces inaplicable lo dispuesto en el artículo de fondo citado por el juez para denegar la suspensión, ya que el mismo dispone expresamente que para conceder una nueva suspensión deberán haber transcurrido ocho años desde la expiración del plazo anterior y éste era de dos años en el caso concreto y no de un año y medio, tal como lo afirma el juez en una afirmación manifiestamente contraria con la letra clara y expresa de la ley, constituyendo el caso una errónea aplicación de la ley sustantiva por ausencia de los supuestos fácticos que la sustentan. En este sentido, el juez debió limitarse a verificar si se daban todas y cada una de las condiciones de admisibilidad comunes para todos los casos de suspensión del proceso establecidos en el artículo 76 bis y las propias que trae el párrafo cuarto, las que, adelantamos, se presentan en el caso con manifiesta claridad, situación que sostiene el argumento para conceder la petición del imputado.

3. Entrando al análisis de las citadas condiciones, comencemos por la elemental, tal como la petición expresa del imputado en cuanto al ejercicio del derecho, lo cual en el caso no hay duda, puesto que las misma partes estuvieron de acuerdo con la aplicación del instituto. Continuando con las citadas condiciones, también se presenta un ofrecimiento más que razonable de reparación, pues sabemos que ella puede consistir en trabajos comunitarios, sobre todo en el caso de imputados carentes de recursos, como es de suponer

aquí, extremo que queda demostrado con el mismo ofrecimiento de trabajos públicos que hiciera en la suspensión del proceso anterior. Asimismo, se trata de suspender el proceso por dos delitos de acción pública, en los que existe una posibilidad abstracta de condenación condicional, toda vez que su concurso real nos indica un mínimo de prisión inferior a tres años y un máximo superior a tal monto, no obrando absolutamente ningún antecedente computable de sentencia condenatoria anterior que impida la aplicación del artículo 26 del Código Penal.

Por último, existe el consentimiento fiscal, puesto que es el mismo Ministerio quien propuso la aplicación del instituto. A nuestro entender, ya con esto bastaría para conceder la suspensión, toda vez que si el titular de la acción pública no mantiene su ejercicio, no puede la jurisdicción opinar lo contrario, puesto que ello implicaría un avance sobre la independencia de los fiscales y borraría de un plumazo el principio elemental del proceso acusatorio, que prohíbe el ejercicio de jurisdicción sin previa excitación de la acción por parte de otro órgano distinto al tribunal. Es decir, así como el tribunal no puede en el plenario condenar sin previa acusación, no puede el mismo afirmar la conveniencia de continuar con la persecución, cuando el titular de la acción penal opina lo contrario, pues implicaría subrogarse en sus funciones. En este caso, lo único que pueden hacer los jueces es controlar la legalidad, es decir, si se presentan en el pedido no persecutorio del fiscal, las condiciones legales de procedencia que, ya vimos, se dan palmariamente en el caso.

4. Podría pensarse, como lo sostienen mis ilustrados colegas, en fulminar con sanción de nulidad la audiencia en la que el juez decide denegar la suspensión al imputado- por no estar presentes las

víctimas-, cayendo también, como efecto extensivo, la resolución en crisis. Sin embargo, a nuestro entender, ello no es posible, puesto que para la nulidad, o renovación de un acto que se llevó a cabo afectándose un derecho de la víctima, deberá comprobarse antes que tales soluciones no afecten alguna garantía constitucional que ampara al imputado, ya que de lo contrario deberá considerarse como convalidación, lo que implica que tal defecto deberá se asimilado o absorbido por el proceso penal en aras de preservar otros principios que amparan al imputado. *(Cfr. Binder, Alberto M.; El incumplimiento de la formas procesales, Ad- Hoc, Bs As, 2000, pags. 125/131).*

Esto es así, si partimos del convencimiento que nuestro código procesal penal introdujo, para los casos en que un acto se cumpla inobservando formas procesales, un sistema de tratamiento muy distinto al tradicional, el cual tenía como característica la sanción de nulidad de los actos defectuosos como regla.

En efecto, nuestro código es categórico en cuanto a que no todo incumplimiento de una forma procesal lleva inexorablemente a privar de efectos jurídicos a tal acto, pues tales formas cumplen distintas funciones, debiendo distinguirse, en primer término, aquellas que se prescriben como garantías o protección de un principio constitucional que ampara al imputado, de otras que protegen la tutela judicial de las víctimas, amén de las que solo ordenan la actividad del fiscal, la cual en este caso no interesan.

Sin embargo, un acto defectuoso realizado sin respetar el derecho de las víctimas, no puede tener como solución una afectación de un derecho que ampara al imputado, pues en tal caso, prevalecen siempre los de éste. Esto es así, si se tiene presente que la

posición de las víctimas en un proceso penal no es la misma que tiene el imputado, ya que el respeto de los principios constitucionales que lo amparan constituye el núcleo de las condiciones de legitimidad estatal ,y es por esta razón que se idea un conjunto complejo de garantías para hacerlos efectivos. No se puede entrar aquí a profundizar las razones históricas que llevan a esa conclusión- por lo demás, conocidas por todos-, pero que podrían sintetizarse afirmando que la memoria de la arbitrariedad y del sufrimiento provocado por el poder punitivo justifican que el sistema de garantías del imputado tenga valor superior al sistema de garantías de las víctimas *(Cfr. Binder, Ob.Cit. pag. 129).*

En suma, el lineamiento central de una respuesta frente a un acto defectuoso deberá ser, en principio, la reparación del vicio, mediante el saneamiento del acto, se trate del incumplimiento de una forma que ampara al imputado o de una que ampara a la víctima. Ese es el principio a seguir establecido para todos los casos en nuestro artículo 161, párrafos primero y segundo, y 162, primer párrafo. La excepción a tal respuesta viene dada cuando exista una inobservancia que afecte la tutela judicial de la víctima y ella ha sido convalidada, conforme expresamente lo prevé el segundo párrafo del artículo 161. Esta última se presenta- conforme expresa previsión de nuestro artículo 163 que regula el procedimiento a seguir en caso de actos defectuosos que afecten al fiscal o a las víctimas- no solo en los casos de aceptación expresa o tácita de los efectos del acto que se llevó a cabo incumpliendo una forma que lo protegía, sino también cuando no se haya solicitado su saneamiento mientras se realiza el acto, o dentro de los tres días de practicado el mismo si no hubiese estado presente, dejando a salvo la impugnación de nulidad. Asimismo, si

por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente el defecto, el interesado deberá reclamar su saneamiento dentro de las veinticuatro horas en que hayan cesado las circunstancias que hicieron imposible el conocimiento. Esta regulación, es una palmaria expresión de que la defensa del derecho de las víctimas a la tutela efectiva es importante, pero no se encuentra en el mismo nivel o dimensión de los derechos constitucionales que ampara al imputado, respecto del cual, huelga decirlo, la convalidación no tiene papel alguno, adquiriendo en este último caso una importancia liminar el saneamiento, en tanto sea posible, como remedio anterior a la nulidad. Como puede observarse, en el campo de las afectaciones a las formas que amparan el derecho de las víctimas, la idea que campea es la tradicional que corresponde a las nulidades relativas, aunque el codificador no utilice esta terminología para no confundir el sistema de nulidades correspondientes a los negocios jurídicos con las que se regulan en un proceso penal. Adviértase, por añadidura, que tal semejanza excluye ya de plano la postulación de oficio de una nulidad basada en el incumplimiento de una forma que afecte a las víctimas.

Este es el marco normativo propio de nuestro enjuiciamiento penal en materia de respuestas a los actos defectuosos. Ahora bien, deberemos, decidir en qué lugar ubicaremos el incumplimiento formal consistente en no haber citado a las víctimas o tomar una decisión sin su presencia. En esta senda, va de suyo que existió un acto defectuoso porque la solución se adoptó sin la presencia de ellas, tal como expresamente lo exige nuestro rito. Comprobada la irregularidad, podría disponerse el saneamiento del

acto, mandando renovar el mismo, pero a esto se opone el hecho de que tal solución afectaría una garantía constitucional del imputado, cual es la prohibición de agravar su situación como consecuencia de un recurso por él interpuesto, lo cual se conoce como " *reformatio in pejus"*, reconocida garantía del imputado que se deriva del derecho de defensa y que integra, así, el debido proceso legal. En efecto, la citada garantía es especial y propia del ámbito de los recursos contra las sentencias y ella significa, básicamente, la prohibición para el tribunal que revisa la decisión de modificar la resolución en perjuicio del recurrente, cuando éste es el imputado y el recurso ha sido interpuesto sólo por él o por otra persona autorizada en su favor. A ello, debe agregarse que, tal como lo enseña el maestro Maier, la garantía se vincula indirectamente al principio de defensa, pues se trata también de la prohibición, por parte del tribunal revisor, de fallar por fuera de las cuestiones que han sido motivo de agravio, principio liminar inderogable cuando se trata de modificar una resolución por una cuestión no planteada por el recurrente, máxime cuando tal modificación implique una agravante para el imputado que nadie planteó y que, a fuer de ser abundantes, no compromete las condiciones de legitimidad de un proceso penal. *(Cfr. Maier, Julio B.J., D.P.Penal, TI, Ed. Del Puerto, Bs As, año 1996, pags. 590/594).*

En conclusión, en el caso estamos ante la dicotomía de nulidificar o mandar sanear el acto por haberse afectado un derecho reconocido a la víctima, o bien de revocar la resolución y conceder la suspensión del proceso a prueba. Si seguimos la primera solución, se afecta la citada garantía constitucional del imputado, por lo que ello no es viable, debiendo decidirnos por la segunda que, si bien importan una afectación a las

víctimas, tal defecto debe ser asimilado o absorbido por la primacía que ya estudiáramos y que lleva a tener por convalidado el defecto.

Asimismo, puede agregarse que existió convalidación del acto, pues el fiscal no solo asistió al mismo sin queja alguna por la ausencia de las víctimas, sino porque, en el caso, la convalidación del fiscal puede entenderse como si fuera las de las víctimas, ya que el ministerio fiscal tiene como una de sus funciones esenciales fortalecer la necesaria tutela judicial efectiva de las mismas, bajo distintas formas y variantes, dentro de las cuales está la función señalada que, debe suponerse, tuvo en cuenta al momento del acto, a punto tal que la propuesta partió de su ministerio.

En todo caso, el incumplimiento por parte de un organismo estatal de sus funciones de representación, jamás puede afectar la situación del imputado que no tuvo ninguna injerencia en el defecto, debiendo recordarse que el incumplimiento de una forma por parte del Estado- no interesa si son fiscales, oficinas judiciales o jueces- solo puede salvarse mediante el saneamiento, si éste es inocuo para el imputado, en el sentido no solo de que no le cause ningún daño efectivo, sino también que no lo prive de una ventaja concreta y efectiva dentro del proceso, tal como sería la concesión de la suspensión del proceso en esta instancia. En este contexto, debemos también recordar que el principio de progresividad de un proceso penal es una de las manifestaciones más directas del *"ne bis in idem"*, el cual, sabemos, impide en todo momento tomar decisiones que aumenten el riesgo de una nueva persecución por los mismos hechos dentro de un mismo proceso. *(Cfr. Binder, Ob. Cit. Pag. 139).*

4. Recapitulando todo lo expuesto, puede concluirse que, en el caso, se dan todas las condiciones comunes y propias establecidas por el derecho de fondo para la procedencia de la suspensión del proceso a prueba, pues existió petición del imputado, ofrecimiento de reparación razonable de trabajos comunitarios en una persona con escasos recursos, se trata de delitos de acción pública, no es funcionario publico el imputado que haya cometido el acto en ejercicio de sus funciones y existe la posibilidad de condenación condicional en abstracto, por delitos que concursan en forma real, amén del consentimiento expreso del fiscal ya analizado. Entendemos que nada más puede pedirse para su procedencia, ya que estando reunidas en su totalidad, en el caso, las condiciones de procedencia establecidas por la ley de fondo para el caso, no puede ser un obstáculo el incumplimiento de una forma de un acto procesal anterior, cuyo saneamiento- vía repetición del mismo-, o nulidad, afectaría al imputado, al ponerlo en una situación procesal desventajosa ante la eventualidad de que se le vuelva a rechazar el planteo, amén de violarse las garantías ya citadas y principios elementales del proceso acusatorio.

Consecuentemente, soy de la opinión que debería revocarse la resolución impugnada y concederse la suspensión del proceso a prueba que peticionaran tanto el fiscal como el imputado, cumpliéndose de esta forma con las finalidades esenciales del instituto, tal como la descongestión del sistema de justicia y la evitación de estigmatización del imputado, así como los efectos deteriorantes de las prisiones de efectivo cumplimiento *(Cfr. Zaffaroni- Alagia-Slokar; Derecho Penal; Ediar, Bs As, año 2000, pags. 926/930 y Vitale, Gustavo; Suspensión del proceso a prueba, Ed. Del Puerto, Bs As, 2004)..*

5. Costas: En orden a la regulación de los honorarios que corresponden fijar a la Defensa Pública por su intervención en esta etapa, de conformidad con los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y en el art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920), corresponde diferir la misma hasta tanto se regulen en la instancia de mérito.

De conformidad con los votos precedentes, por mayoría, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1. Declarar la nulidad del dictamen fiscal formulado en la audiencia de fs. 48 (de fecha 14/08/2012), así como de todas aquellas piezas procesales que sean su consecuencia, en particular el resolutorio de fs. 49 (arts. 8.1 y 25 CADH, arts. 35 y 46 C.Ch, art. 15, 25, 49, 268 y ccdtes. del CPP).

2. Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial a efectos de que, por ante el juez penal que corresponda, se tramite la petición del imputado con arreglo al presente pronunciamiento.

2. Imponer las costas al Estado (art. 239 y 246 último párrafo), difiriendo los honorarios correspondientes a la Defensa Pública, en los términos de los arts. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200), y en el art. 59 y concs. de la ley V-90 (antes ley 4920), hasta tanto se regulen en la instancia de mérito.

3. Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro G. Defranco

Omar Florencio Minatta **Mónica Rodríguez**

Registrada con el Nro. 06/2013 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.