En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los once días del mes de noviembre 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 primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"V., L. O. psa inf.art.189 bis CP" Carpeta Nro. 6503 OJTw-Legajo 62286MPF,** con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Público Dr. Javier Allende.

En los referidos autos el Ministerio Fiscal presentó acusación, contra L. M. O. V., imputándole la comisión del delito de Portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, en carácter de autor (Artículos 189 bis, 2do. 4to. párrafo y 45 del CP).

Al momento de realizarse la audiencia preliminar la defensa solicitó la suspensión del juicio a prueba, petición que fue rechazada por el Juez.

El defensor planteó su disconformidad con la calificación dada al hecho ya que, a su entender, no se trató de un arma de guerra sino de una de uso civil condicionada. Fundó su posición en que la fiscalía –no obstante el encuadre legal dado a los hechos- se refirió al arma secuestrada como de uso civil condicional. También trajo a colación la pericia realizada por Fernando Costa quién la catalogó como "de uso civil condicionado, conforme el art. 5 del Decreto Reglamentario 396/75"

Entendió el impugnante que corresponde realizar el cambio de calificación y suspender el proceso a prueba, ya que, de este modo, la escala de la pena a imponer en abstracto va de uno a cuatro años de prisión. Asimismo consideró que debe aplicarse la reducción prevista en el art. 189 bis, en atención a las características del caso y las circunstancias personales de su defendido, por lo que la pena en concreto pasaría a ser de 8 meses a 2 años y 8 meses de prisión, resultando innecesario el consentimiento Fiscal.

Agregó que, aun sosteniéndose la calificación originaria, al reducir la pena por las circunstancias descriptas, la escala penal a aplicar fluctuaría entre 2 años y 4 meses y 5 años y ocho meses de prisión, lo que hace aplicable el instituto.

La representante del Ministerio Fiscal sostuvo la calificación jurídica escogida argumentando que la Ley nacional de armas y su decreto reglamentario determinan las armas que se consideran de guerra, las de uso civil y de uso civil condicional y, en esta normativa, se encuentran equiparadas las armas de uso civil condicional a las armas de guerra. Adujo que en el presente caso se ha secuestrado un arma calibre 38 largo, que encuadraría en la referida normativa y, como consecuencia, la tipificación deberá ser la de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal. En función de esa calificación, debe enmarcarse la discusión en el art. 76 bis 4° párrafo del CP, que requiere consentimiento del Ministerio Fiscal. Asimismo sostuvo que, por razones de política criminal y en virtud de la proliferación de casos similares, los integrantes de la Fiscalía se encuentran obligados, por la Instrucción nro. 3 del año 2013, a oponerse a la concesión de la probation ante la comisión de delitos que impliquen tenencia de armas de guerra o portación de armas cuyo mínimo supere los 3 años. Por todo lo expuesto no prestará el consentimiento para suspender el proceso.

El magistrado actuante, Dr. Arguiano, fundó su negativa en el convencimiento de que se trata de un arma de uso civil condicional, equivalente a un arma de guerra, y adhirió a la calificación realizada por el Ministerio Público Fiscal. Consideró que el caso debía encuadrarse en la previsión normativa del párrafo cuarto del art. 76 bis del Código Penal, supuesto en el cual resulta dirimente el dictamen del representante de la fiscalía. Entendió además debidamente fundada y, por ende, vinculante para el Tribunal, la oposición del representante del acusador.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 27 de octubre ppdo. en la sede de este tribunal, el Defensor Público Dr. Javier Ángel Allende, sostuvo y amplió los fundamentos de su escrito.

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

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Arribó este legajo a consideración de la Cámara en lo Penal ante la impugnación ordinaria materializada por el abogado de la Defensa Pública Javier Allende, quien se agravió de la resolución del Juez Darío Arguiano, por la que denegó la solicitud de suspensión del proceso a prueba intentada a favor de su cliente, L. M. O. V..

Explicó en su escrito recursivo, ampliando fundamentos en la audiencia celebrada ante estos estrados, que la *probation* es procedente por dos razones. En primer lugar, por cuanto no resulta correcta la calificación dada al caso, portación de arma de guerra, ya que el arma en cuestión (revolver calibre 38) es un arma de uso civil condicionado, por lo que la escala penal se ve reducida a la que corre entre el año y los cuatro de prisión y que si a ello se le aplica la reducción de sanción prevista en el art. 189 bis, 2°, párrafo 6, Código Penal, la pena concreta sería de tan solo 8 meses a dos años y 8 meses.

En segundo lugar, teniendo por correcta la calificación dada por la acusadora, pero considerando la misma reducción, la pena sería de entre dos años y cuatro meses y 5 y 8 meses, por lo que la condenación condicional es posible y con ello la suspensión del proceso a prueba.

2. Que en concreto, el juez interviniente resolvió en dos tramos la contienda. Por un lado, rechazó el cambio de calificación por considerar que el revólver calibre .38 que tenía en su poder el acusado es un arma de guerra,

conforme lo dispone el decreto 395/75, reglamentario de la ley 20429.

En segundo orden admitió que, así y todo, con la reducción de pena aludida, podría enmarcarse la petición en las disposiciones del párrafo cuarto del art. 76 bis del Código Penal.

Ello así, es menester el consentimiento fiscal, el que no ha sido dado en este caso aduciendo el acusador cuestiones de política criminal contenidas en la instrucción general respectiva, y considerando dicho dictamen atendible denegó la aplicación del instituto.

3. Puesto a analizar la resolución atacada, es posible compartir con el Juez que, conforme el juego armónico de los arts. 4 y 5 del decreto nacional 395/75, reglamentario de la Ley de armas, nos encontramos ante un caso de arma de guerra, más allá de la posibilidad cierta de que sea dable la autorización para su uso civil, en ciertos casos allí previstos.

Sin perjuicio de ello lo cierto es, tal como dice el Sr. Defensor, y fue admitido por el Juez de la audiencia, es altamente cierto que en el caso opere la reducción del tercio de la pena prevista para el delito seleccionado por que *"… de las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos…"* (ver art. 189 bis, 2°, apartado 6, CP).

Ello así, debe, tal como hizo el magistrado, enmarcarse la petición en las mandas del párrafo cuarto del dispositivo aplicable del código sustantivo y, al presentarse todos y cada una de las condiciones de admisibilidad previstas, otorgarse el derecho a suspender el proceso respecto de V..

4. Debo recordar una vez mas que, tal como he dicho en autos **"C., S. G. s/denuncia – Trelew", carpeta 4119 OJ Tw, Legajo 30592 MPF,** *"…La suspensión del proceso a prueba… constituye el derecho a que se paralice temporalmente a su*

favor el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, a su pedido…" y que la *"…consideración del instituto como un derecho del imputado –y no de mera gracia del poder requirente- surge sin dudar de la previsión legal de las condiciones de admisibilidad las que de presentarse en el caso deben conducir indefectiblemente a la concesión de la suspensión…".*

También dije que *"…de presentarse en el caso la petición 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."*

5. En el caso, el Sr. Juez denegó la SJP porque no existe consentimiento fiscal, quien fundó su negativa en una Instrucción General de la Procuración Provincial.

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.

Puesto a decidir sobre el punto, y como ya he dicho en numerosos precedentes de esta Cámara, mal puede vincular al juez la opinión negativa del fiscal, 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-Alagia-Slokar; Derecho Penal-Parte General, Ediar, 2000, pág. 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 Público Fiscal se encuentra autorizado a delinear…” (“La probation…”; Aued, Norberto-Juliano, Mario; Edit. Universidad, Bs. As., 2001, pág. 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).

6. Pero a más de ello, obviando por hipótesis la cuestión del poder vinculante del dictamen fiscal, en el caso ventilado aquí se advierte que el Juez resuelve –de conformidad con el dictamen fiscal, al que encuentra motivado- denegar el derecho pedido porque los diseños de la política criminal del MPF lo impiden.

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 cuenta los montos de pena previstos en la parte especial) de que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, de acuerdo a las mandas del art. 26 CP, indefectiblemente debe concederse el instituto. La creación de requisitos no previstos en el dispositivo legal está vedada, 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, 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.

7. Entonces, corresponde revocar la resolución del Juez Arguiano por haber sido fundada en un dictamen fiscal que, más allá de su carácter vinculante o no, presenta a todas luces una fundamentación aparente al negar el consentimiento por cuestiones ajenas a las disposiciones legales al respecto.

En definitiva, voto por la revocación de la resolución en crisis, por la concesión de la suspensión del proceso a prueba y, tal como he votado asumiendo competencia positiva en autos: **"S., N. p.s.a. de robo agravado por el uso de arma - Trelew"**, sentencia del 11 de diciembre de 2014, corresponde, por razones de economía procesal, a fin de no recargar la agenda de audiencias de los Jueces Penales y por no causar agravio alguno al haber solicitado la defensa las condiciones a que deberá ser sometido el imputado en la audiencia respectiva, habrán de fijarse en esta instancia las pautas del art. 27 bis.

En concreto, además de cumplir con las mandas del art. 76 bis y ter del CP, quedar sometido por el plazo de un año a la fijación de domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control; quedar sometido

a la observación de dicha dependencia debiendo presentarse ante sus autoridades semestralmente; realizar tareas no remuneradas para la comunidad, en su localidad de origen, por el tiempo mínimo de 20 horas (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Toda vez que esta sentencia ya posee un completo desarrollo de los agravios, pasaré sin más a dar los fundamentos de mi voto.

2. En primer lugar, se impone destacar que el pedido de la defensa incluye un posible cambio de la calificación jurídica por la cual su cliente fuera acusado. Ello así ya que, a su criterio, calificar el hecho como portación de arma de guerra sin la debida autorización legal sería incorrecto, atento las constancias obrantes en la causa, que no solo justificarían la recalificación del evento a un tipo penal menos gravoso sino que, a partir de ello se podría acceder, en otras condiciones, a la petición de suspensión de juicio que se revisa.

3. Sin adentrarnos en el planteo relativo al cambio de calificación, circunstancia que luego retomaré, nuestra tarea consistirá en verificar si las razones de la resolución jurisdiccional impugnada fundamentan, debida y racionalmente, la denegatoria que nos convoca.

Al control de la sentencia dictada oralmente en audiencia se constata que, a partir del minuto 16.04, la representante del Ministerio Público Fiscal invocó una orden de la procuración por la cual, en función a razones de *política criminal*, se deben oponer a la concesión de las *probation* en delitos en los que se utilicen armas, y el mínimo de la pena a imponer supere los tres años ya que, en los últimos tiempos, ha proliferado la portación y la tenencia de armas y los delitos son muchos más violentos.

A partir del minuto 19.06 el juez comenzó con su resolución, enmarcando la cuestión en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal. En ese contexto legal, (a partir del minuto 20.06) mencionó las razones

invocadas por la fiscalía y, con ello, estimó inviable la concesión del pedido.

La suspensión del juicio a prueba es un beneficio y debe aplicarse teniendo en cuenta los principios constitucionales de reserva de jurisdicción, de legalidad, de defensa, de igualdad.

Con ello, la invocación de la existencia de una directiva general del jefe de los fiscales de la provincia no puede impedir, por sí misma, su concesión.

En este caso el juez penal describió el contenido de la oposición de la fiscalía y, con ello, habiendo encuadrado el caso en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, no hizo lugar al pedido de la defensa.

Los verdaderos requisitos pilares del instituto están en la letra de la ley que, siguiendo la jurisprudencia desarrollada a partir del leading case "Acosta" de la CSJN, habilitan la concesión del beneficio. 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, en casos de petición de suspensión de juicio a prueba, en los cuales el núcleo de la oposición fiscal constituye la existencia de una directiva basada en razones de política criminal, debería al menos generar una resolución de la magistratura con suficientes fundamentos que den apoyatura a una resolución negativa y justifiquen la decisión final por una oposición fundada, razonable y justa. Ello no se logra con solo detallar el contenido de la oposición.

Además sabido es que la portación se refiere a que una persona lleve consigo un arma de fuego, y no otra cosa, en condiciones de su efectiva utilización en lugar público y,

en consideración al orden del código penal, está incluida entre los delitos de peligro contra la seguridad pública. Así considerado, bajo el temperamento que, en serie, darían los fiscales, los acusados de este delito no podrían nunca obtener el beneficio legal imponiéndose, mediante una decisión política, un requisito más de los establecidos por el legislador nacional, lo que a todas luces no puede admitirse.

He dicho en autos "R. M. psa de lesiones leves con arma blanca y abuso de arma - Trelew" caso Fiscal N.58935, carpeta judicial Nro. 6216, que *"…las razones que pueda invocar el Ministerio Público, fundadas en temas de política criminal, no pueden constituir en la magistratura per se, óbice suficiente como para negar el otorgamiento de la SJP.*

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

En este caso, no existieron esas razones.

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

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

4. Dicho lo dicho debo agregar que la audiencia preliminar es la instancia intermedia del proceso, de gran importancia puesto que las partes sustancian allí todos los elementos que hacen a un caso que el Estado pretende llevar a un juicio. Entre las cuestiones que importan a la decisión del magistrado, está la de ponderar la descripción de los hechos de la acusación y su calificación jurídica y esas decisiones son irrecurribles (art.298 del CPPCHT).

Por otra parte existe una posibilidad legal de recurrir la denegatoria de una suspensión de juicio a prueba que, válidamente, puede desarrollarse en esa instancia preliminar. En estos casos, en cierta forma se habilita transitivamente a las Cámaras Penales a revisar ese extremo referido a la calificación legal del caso, pese a que, como se ha dicho, no estaría habilitada *a priori* la posibilidad de recurso sobre ese punto.

Creo que hay que ser cautos en estos casos.

La *probation* puede ser requerida, incluso, antes del inicio del debate y puede ser preferible, su concesión, al desarrollo de un juicio. Este instituto fue diseñado para maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves, descongestionando la Administración de Justicia de casos que, de acuerdo al *baremo* dado por la penalidad establecida en cada tipo penal, permita su concesión.

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.

Es así que el tipo penal del caso puede impactar en la resolución jurisdiccional.

Por ello, a fin de evitar la intromisión de un Poder del Estado sobre otro, desnaturalizando la pretensión del legislador, considero que la guía por la cual debemos orientar la labor de los jueces es la de evaluar si, efectivamente, el posible cambio de calificación jurídica repercute en forma directa contra la pretensión del recurrente y solo ingresar a la evaluación de esa calificación si la conclusión es positiva. Inversamente, si la solución no necesariamente importa esa ponderación, entonces se debe resolver la cuestión sin esa intelección previa.

5. Por todo lo dicho, voto por la revocación del resolutorio impugnado y adhiriendo a la postulación realizada por el Dr. Defranco en el punto 7 de su dictamen, conceder la suspensión del juicio a prueba a favor de L. M. O. V., por el término legal de un año, e imponerle –además del cumplimiento de las reglas establecidas en los incisos 1 y 3 del art. 27 bis del CP- el abandono del arma secuestrada y la realización de 20 horas de tareas comunitarias en sitio a determinar y controlar por la Oficina de Control de Ejecución. Así lo voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la resolución jurisdiccional que deniega a su defendido el goce del derecho a obtener la suspensión del proceso a prueba, argumentando, esencialmente, que se dan en el caso todos los presupuestos de fondo para su otorgamiento, debiendo descartarse la calificación jurídica realizada y la denegatoria del fiscal, el que basa su oposición en razones de política criminal.

2. Adelanto desde ya que lleva la razón, en lo pertinente, la defensa, puesto que al hecho imputado debe agregarse la reducción prevista en el antepenúltimo

párrafo del artículo 189 bis, toda vez que así fue alegado por la defensa y no refutado tal extremo por la fiscalía, amén de que aparece casi evidente en el caso, por las circunstancias del hecho -llevaba el arma a simple vista- y las características personales del autor, que hay que presumir ante la falta de evidencia en contrario.

3. Si esto es así, aplicable el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, el que exige, amén de la posibilidad de una eventual condena de ejecución condicional, el consentimiento del ministerio fiscal.

4. En cuanto a la posibilidad de la condenación condicional, no cabe duda de que se encuentra tal situación satisfecha en el caso, toda vez que estamos ante un autor primario, sin antecedentes penales vigentes y el hecho que se le imputa lo permite en su mínimo de prisión. Amén de ello, no alegó ni probó la acusación, alguna circunstancia que demuestre la conveniencia del cumplimiento efectivo de la pena de prisión, punto esencial para disponer esta forma de cumplimiento de pena, tal como se desprende claramente del artículo 26 de nuestro código penal, a contrario sensu. Esto último ya fue expuesto claramente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Squilario", al que nos referimos en el punto siguiente.

5. 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 dispone que procederá tal condena cuando se demuestre la inconveniencia de aplicar efectivamente la prisión.

Esto es así por la estrechísima relación, en cuanto a los fines, de la condenación condicional y la *probation*. La primera, se funda en el carácter deteriorante que necesariamente conlleva la privación de libertad, por lo que se la trata de evitar dejando en suspenso su ejecución concreta. Nuestro código penal original siguió al modelo francés que dejaba en suspenso la condena, es decir, se tramitaba el juicio y se condenaba -aunque en suspenso-, a diferencia del modelo anglosajón o *probation* que suspende la condena o el mismo juicio, el cual se estima preferible porque así se evitan las prisiones preventivas que tienen igual o peores efectos que las penas cortas, lo que se trata de evitar con la *probation*. Como puede observarse, la finalidad de la suspensión del proceso a prueba es similar a la condenación condicional, solo que aquel instituto tiene la ventaja de no estigmatización que acarrea el desarrollo de todo un proceso y una eventual condena, a la par que se pueden destinar esos recursos a las causas más graves, además de considerarse un instrumento de simplificación procesal y de alternativa al encierro tradicional, todo lo cual nos autoriza a sostener

que la *probation* es el equivalente de la condenación condicional para la etapa del juicio. *(Cfr. ZAFFARONI, E.R.; Derecho Penal, Ediar, Bs As, 2000, págs. 921/930).*

En suma, todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a la suspensión del juicio, por lo que si quiere denegar deberá fundarse expresamente la conveniencia concreta del cumplimiento efectivo en caso de eventual sentencia condenatoria.

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

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

sentencia, lo cual la descalifica como acto jurisdiccional válido.

6. 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, agregamos, 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 en todos los casos, 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 aneja 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. De todas formas, en el caso concreto, el imputado, materialmente, se lo priva del derecho al arma, pues ofrece el abandono de ella, amén de los trabajos comunitarios que, en su cantidad de horas-hombre, compensa la afectación de bien jurídico afectado.

Tampoco puede aceptarse como criterio razonable de oposición, la circunstancia de que es el titular de la acción penal quien fija discrecionalmente 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 fundada en razones político-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. Habiéndose ya propuesto y discutido las reglas de conducta, no importa afectación de garantía constitucional alguna la asunción, en este caso, de competencia positiva, por lo que habrá de revocarse la sentencia y declarar el derecho del imputado a que se suspensa el proceso, debiendo cumplir tanto con el abandono, como con los trabajos comunitarios prometidos, todo lo cual será controlado por el departamento judicial competente.

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 del imputado L. M. O. V., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a su favor en orden al delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización, por el término de un año (art.189 bis inc. 2 4to.párrafo y 76 bis y ter del CP)

3) Imponer al probado, mientras dure el tiempo de la suspensión, las siguientes condiciones: **a)** la realización de 20 (veinte) horas de trabajo comunitario, a llevarse a cabo en lugar a determinar y verificar por la Oficina de Control de Ejecución, **b**) el abandono del arma secuestrada a favor del estado, **c)** fijar y mantener su domicilio actualizado **d)** abstenerse de usar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas, **e)** no cometer nuevos delitos y **f)** presentarse ante la Oficina de Control Ejecución Penal semestralmente; todo ello bajo apercibimiento de revocar

la presente decisión (arts. 76 bis y ter y 27 bis, incs.1, 3 y 8 del CP).

4) Regístrese, protocolícese, notifíquese y remítase a la Oficina Judicial para el cumplimiento de la presente.

Roberto Adrian Barrios

Alejandro Gustavo Defranco **Omar Florencio Minatta**

Registrada con el Nro. /2016 de la Cámara en lo Penal de Trelew.