A los cuatro días del mes de septiembre del año dos mil quince, los jueces de la Cámara en lo Penal de Trelew, integrada por los doctores Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos "**O., G. y otro (menor) psa robo agravado por el uso de arma-Tw y acumulada "C. M. s/dcia. Robo-Tw" (Carpeta 5057 y 4897 Legajo MPFTw 48136 y 45773)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la defensa pública contra la resolución Nro. 764/2015 OJ TW, dictada el 18 de marzo del 2015.

Por la resolución mencionada, el juez penal Cesar Zaratiegui, resolvió rechazar la petición de suspensión de juicio a prueba formulada por la defensa de G. O., imputado del delito de Robo con arma cuya aptitud para el disparo no fue acreditada, -dos hechos- (art. 166 inc. 2 último párrafo del CP).

Para fundar su decisión, el magistrado tuvo en cuenta que, encuadrándose el caso en el art. 76 bis - cuarto párrafo del CP, las circunstancias a observar para su procedencia son: la carencia de antecedentes del acusado, la reparación efectiva de la víctima y la conformidad prestada por el Ministerio Fiscal.

Consideró que, si bien O. no cuenta con antecedentes, la oposición del titular de la acción ha sido debidamente fundada, atento a que se trata de un delito grave que merecería una pena de efectivo cumplimiento –cinco años- lo que impide la concesión del beneficio, considerando que la norma en cuestión requiere la posibilidad de condenación condicional.

Respecto de la reparación ofrecida (realización de 30 horas de trabajo comunitario) consideró que no se ha detallado el modo ni lugar de su cumplimiento, amén de resultar poco claro como, ésta actividad, vendría a resarcir a los damnificados.

Contra esta decisión, la defensa interpuso remedio ordinario –por escrito- y amplió sus razones en la audiencia, basándose en la falta de fundamentación de la denegatoria de la suspensión de juicio a prueba.

Manifestó que los hechos imputados a su defendido permiten la imposición de una condena de ejecución condicional y, por ello, la petición de suspensión de juicio a prueba se encuadró en lo dispuesto por el art. 76 bis, cuarto párrafo del C.P.

Informó que el Ministerio Fiscal se opuso argumentando que, atento a la gravedad de los hechos, en caso de recaer condena ésta sería de cumplimiento efectivo.

Sostuvo que esta afirmación, es decir la imposibilidad de ejecución condicional, debió ser probada en forma contundente por el Fiscal y solo así el juez podría haber basado su negativa en ello, situación que no ha sido dada.

Agregó que, para reforzar su oposición, el Fiscal adujo que el acusado tenía varias causas en trámite y que el instituto en cuestión estaba reservado a individuos no reincidentes, sin ponderar que se daban en el caso los presupuestos objetivos y subjetivos del instituto.

Citó, en auxilio de su postura, el fallo “Squilario” de la Corte Suprema de Justicia y los votos de los jueces Minatta y Nieva en autos “Arce”.

En la audiencia de impugnación (art. 385 del CPP) realizada el 21/8/2015, estuvieron presentes el Defensor Penal Sergio Rey y el Fiscal General Osvaldo Heiber. Ambas partes sostuvieron sus planteos.

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

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. Vienen estos folios a consideración del Tribunal con motivo de la impugnación de la resolución que denegó la

solicitud de suspensión del proceso (art. 76 bis, C.P.) pedida oportunamente por G. E. O.. En su momento, entendió el magistrado interviniente que se encontraba motivada la oposición del Ministerio Público Fiscal a la aplicación del instituto, consentimiento que encuentra vinculante, fundada aquella, a la sazón, en que se ventila en el caso un concurso de delitos graves, presuntamente cometidos con violencia, que merecería una pena de efectivo cumplimiento –cinco años- lo que impide la concesión del beneficio, a estar al cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal, que requiere la posibilidad de condenación condicional, chance que no se vislumbra en el caso.

2. A fin de resolver la cuestión, en primer lugar, he de referirme, una vez más, al significado 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).

De otro lado, 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).

3. Brevemente expuestas las teorías opuestas, debo recordar, tal he votado en autos "Márquez, Rafael Ricardo

s/lesiones graves", legajo fiscal 42607, que *"…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-Alagia-Slokar; Derecho PenalParte General, Ediar, 2000, pag. 973; Vitale, Gustavo; "Suspensión del proceso penal a prueba"; Editores del Puerto, 2004, pág. 259)…"

Dije también en aquella ocasión que: *"(e)n 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) y que *"…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)…".-*

4. Pero, en este caso, obviando por hipótesis el carácter vinculante o no del dictamen fiscal, se advierte que el Juez Zaratiegui resuelve la negativa argumentando en el sentido que *"…lo cierto es que en el caso concreto yo hallo que la conformidad del fiscal no solo es vinculante sino que ha sido debidamente fundada en el momento de hacer su exposición… "* y que *"… la conformidad del fiscal, resulta imprescindible para suspender el juicio y su oposición es*

vinculante para el tribunal porque la ley no se contenta con… el traslado al fiscal sino que exige consentimiento… en este caso no cuento con el consentimiento del fiscal que ha sido fundado y explicado en la audiencia…", recordando que la situación procesal del joven O. era de encontrarse acusado con una pretensión punitiva en principio estimada en cinco años y concretamente por dos hechos de robo agravado con arma, cuya aptitud no pudo ser acreditada (textual del audio respectivo).

Culmina su resolución oral en el sentido que los dos hechos imputados, por su entidad, deben ser ventilados en juicio y es la decisión que ha tomado el MPF por lo que, compartiendo los argumentos, deniega la solicitud de la suspensión del proceso a prueba.

5. Puesto a resolver, y como dije párrafos antes, independientemente del carácter vinculante o no del dictamen fiscal, como ya he dicho en "C. S. G. s/denuncia-Trelew", es necesario principiar declarando firmemente que *"…(l)a suspensión del proceso a prueba es un derecho del imputado y no una mera gracia del poder requirente, lo que 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 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, indefectiblemente debe concederse el instituto..."

Volviendo a los supuestos del caso, O. se encuentra imputado de un concurso de delitos que admite la posibilidad –en abstracto- de recibir –hipotéticamente- una sanción en carácter condicional.

Por otra parte, carece de antecedentes computables, más allá de las "causas en trámite" señaladas por la parte acusadora.

Tampoco puede tenerse en cuenta la alusión del Sr. Juez acerca de la escasa reparación ofrecida como otro impedimento para la concesión del instituto, toda vez que al no ser ni siquiera mencionada por el representante del MPF para la oposición, resulta a todas luces un exceso por parte del magistrado.

6. Por lo tanto, admitiéndose como hipótesis en abstracto la posibilidad que la pena a imponer pueda ser dejada en suspenso, a estar al mínimo de tres años de prisión legislada, el derecho a la suspensión del proceso debe acordarse, no siendo posible realizar un juicio en concreto sobre la sanción, por afectarse el principio de inocencia, en primer lugar y un caso de prejuzgamiento por el otro.

Ampliando mis argumentos, y sin perjuicio de lo sufragado en "Colombo, Javier Enrique psa lesiones graves", Carpeta 4395-Legajo MPF 41759, abandonando la teoría desplegada en dicha ocasión al acoger nuevos argumentos superadores, debo decir con Gustavo Vitale que *"en los casos de este tercer grupo -cuarto párrafo del art. 76-, entonces, es suficiente para que proceda la suspensión del proceso a prueba con que, en el hipotético caso de condena, sea abstractamente posible pronunciar esta última en forma condicional…"* y que *"…debe rechazarse, aquí la interpretación que restringe la posibilidad de condena condicional a un juicio en concreto, pretendiendo que el juzgador efectúe una ponderación de todos y de cada uno de los presupuestos exigidos en el art. 26 del Código Penal…"* ("Suspensión del proceso penal a prueba"; 2ª. Edición actualizada; del puerto, 2004, pág. 249).

Es que, de un lado, al realizar un juicio concreto no solo del monto de la pena a imponer sino, incluso, de su modo de cumplimiento, aunque mas no sea hipotético, el juez de este proceso se ha arrogado la competencia del juez del juicio que ni siquiera ha tenido ocasión de decretar la misma existencia del hecho; por otro lado, ha despreciado la posibilidad de condenación condicional sin otro argumento que el monto de la pena y la violencia desplegada en los

sucesos –que dicho sea de paso, son elementos del tipo objetivo ya tenidos en cuenta para su represión-, sin tener en cuenta los elementos subjetivos que sí podrían redundar a favor de no necesariamente enviar a esta persona presa –art. 26, contrario sensu; precedente "Squilario Adrián", CSJN).

Por último, nuevamente recurro al profesor neuquino para decir: *"…la condena a cumplir pena carcelaria en forma efectiva nunca podría tenerse por segura antes de culminar el proceso, pues ello importaría un ilegítimo prejuzgamiento sobre la modalidad del pronunciamiento de una hipotética sentencia condenatoria…"* (ob. Cit., pág. 251).

7. Por todo ello, siendo que en este caso se cumplen los requisitos previstos por el tercer caso de hechos susceptibles de ser suspendidos a prueba, en concreto, falta de antecedentes del imputado y que el mínimo de la pena del delito imputado sea de tres años, lo que a la sazón permitiría en abstracto la imposición de una pena en suspenso, entiendo que debió el Juez Zaratiegui haber concedido el derecho solicitado, por lo que propongo al pleno revocar el resolutorio impugnado.

Respecto de las costas y honorarios propongo al Cuerpo se difiera su tratamiento hasta tanto se regulen los correspondientes a la instancia de mérito.

El Juez Minatta Omar Florencio dijo:

1. La defensa impugna la sentencia que deniega la suspensión del proceso a prueba, argumentando que se dan todos los requisitos de forma y fondo para la operatividad del derecho que le asiste a su defendido, criticando la vinculación del dictamen fiscal que, a su juicio, no está fundado. Adelantamos que se propondrá en este voto la revocación de la sentencia, haciendo lugar a la suspensión del juicio peticionada por la defensa, disponiendo la remisión a otro juez que corresponda a los efectos de que, previa audiencia establecida por el artículo 50 del Código

Procesal Penal, fije las condiciones y tiempo a cumplir por el imputado.

2. No ahondaremos en la discusión acerca de la obligatoriedad o vinculación del dictamen fiscal para el juez, puesto que, previo a ello, debe efectuarse un control de legalidad sobre la decisión fiscal. 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, norma, aunque no estemos de acuerdo con ella. Es así que concluiremos, en el caso, en la falta de fundamentos de la oposición del fiscal, por lo que no puede ser ello un obstáculo para la aplicación del instituto, ya que debemos evaluar su irregularidad con los mismos efectos que produce un dictamen favorable y, de esta forma, acoger la propuesta de la defensa, por razones análogas a los casos en que un tribunal de impugnación absuelve.

3. En esta senda, 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 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).*

4. En suma, todo imputado de delito que pueda ser condenado condicionalmente tiene derecho a la suspensión del juicio, por lo que si se 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").

Si esto es así, si los objetivos pueden alcanzarse con alguno de los dos institutos, no tiene sentido llegar al juicio y obtener una sentencia, cuando el mismo imputado no quiere y está demostrado, mínimamente, que él es responsable en grado de probabilidad de su accionar.

5. Con este marco teórico, solo resta exigir para la operatividad del derecho a la suspensión del juicio, el cumplimiento en el caso concreto de los supuestos legales exigidos en el artículo 26 del código penal. Es decir, primera condena, montos mínimos que no superen los tres años de prisión e inconveniencia de cumplimiento efectivo para el imputado, extremo éste último que está debatido, pues ello podría implicar un juicio subjetivo basado en cuestiones aún no probadas y que podría así lesionar el principio de inocencia. De todas formas, en este caso es muy clara la concurrencia de "primera condena" y posibilidad de que el monto punitivo no sea superior a tres años, tal como lo permiten los tipos penales en juego.

6. Por todo ello, corresponde hacer lugar a la impugnación, revocando la sentencia y concediendo la suspensión del proceso, disponiendo la remisión de la presente a la Oficina Judicial a fin que se dé intervención al juez competente para que, en debida audiencia, las partes discutan las condiciones pertinentes.

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

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa de la resolución dictada por el juez penal Cesar Zaratiegui, el pasado 18 de marzo de 2015, corresponde ahora decidir dicha impugnación, basada en la falta de

fundamentación de la resolución del magistrado que denegó la suspensión del juicio a prueba a favor de O..

1.1 El agraviado entiende que su cliente posee los requisitos necesarios para que le sea otorgado el beneficio denegado ya que, no solo está en libertad, sino también que está trabajando, ésta sería su primera condena y no posee antecedentes previos, por lo que los fundamentos de la fiscalía, tenidos en cuenta por el juez penal, no estaban fundados como para derivar en una resolución como la que ataca.

Dijo también que la gravedad del hecho y los pormenores del evento no fueron los tenidos en cuenta por el legislador para la procedencia del instituto.

De otra parte, dijo que la fiscalía, en su oposición, agregó que el encartado posee 3 o 4 causas en trámite, circunstancia que no debería incidir en la decisión jurisdiccional.

Concluyó la defensa que el juez denegó el petitorio aduciendo el carácter vinculante del dictamen fiscal y por estimarlo bien fundado, y denunció de esta manera la falta de la fundamentación de su decisión. Agregó que para denegar una *probation*, el MPF debe basar su oposición en la palmaria posibilidad de que la condena a imponer al acusado sea de efectivo cumplimiento. Citó para ello precedentes judiciales en los que, con similares características, se resolvió la cuestión en el sentido que exige el recurrente, como así también en el caso del CJNS "S*quilario"*, que prescribe la necesidad de fundar el carácter efectivo de la pena de encierro.

1.2 Por su parte, el fiscal general ilustró que a O. le fueron acusados dos casos, uno de ellos por el robo agravado por el uso de armas cuya aptitud para el disparo no puede acreditarse y por ser cometido en lugar poblado y en banda, de los arts. 166 inciso 2 último párrafo, 167 inciso 2, y 45 del código penal, correspondiente al legajo fiscal 48136, carpeta de la

OfiJud 5057; y el correspondiente al legajo 45773, carpeta OfiJud 4897, calificado por la fiscalía como robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse de los arts.166 inciso 2 último párrafo, 45 del código penal. En este último caso pretende cuatro años de prisión y en el primero, cinco.

Dijo el fiscal que las pretensiones punitivas califican el hecho e imponen, al pedido de la defensa y su cliente, la consideración del cuarto párrafo del 76 bis del código penal, circunstancias en las que se requiere el consentimiento del fiscal.

Que la fiscalía se opuso a dicha concesión, ya que estimó que los hechos son graves, fueron cometidos con armas de fuego y, en caso de recaer condena, la misma será de cumplimiento efectivo. Que si bien los mínimos prevén la pena de tres años de prisión, por la gravedad de los hechos, la pena será de cumplimiento efectivo. Esa fue una previsión de la fiscalía que compartió el juez al denegar el beneficio.

Estimó también que la falta de antecedentes del imputado solo acercará la pena al mínimo, mas no la hará condicional, lo que sumado al hecho de que posee muchas causas en trámite, determinaron su oposición a la concesión del pedido, provocando la resolución del juez penal que entiende está motivada y es lógica, requiriendo de esta manera que sea confirmada.

2.1 Tras deliberar con los distinguidos colegas con quienes integro este Cuerpo, no me es posible acompañar su posición, por lo que mi voto quedará en minoría.

La pretensión involucra la denuncia de una resolución judicial infundada, lo que llevaría a la posible vulneración de garantías de raigambre constitucional.

He dicho que un acto de gobierno como lo es una sentencia judicial, por imperativo supremo, debe contener, sí y solo sí, los fundamentos que la motivan para asegurar su conocimiento al justiciable, y garantizarle la posibilidad de requerir su revisión ante un órgano superior.

Nuestra ley ordena que todas las decisiones judiciales deben ser motivadas, *"…con adecuada fundamentación lógica y legal…"*, fórmula que contiene nuestra Carta Magna Provincial en su artículo 169, como así también, en idénticos términos, el código de rito en su artículo 25.

A tal punto el constituyente deseó que ésta específica actividad de los jueces sea llevada a cabo con estricto cumplimiento de dicha condición, que expresamente prescribió considerar como falta grave, a los efectos pertinentes, la ausencia de motivación suficiente e individual de dichas piezas judiciales.

2.2 Analizada en detalle, tras la necesaria escucha de la resolución atacada, he de adelantar que lejos está de no ser fundada.

Así es, tengo para mí que la decisión del magistrado cumple con los recaudos legales exigidos por la ley.

En el introito de su decisión, producida oralmente en la audiencia del día 18 de marzo de 2015, reservada en el soporte respectivo de la OfiJud, el juez reprodujo las circunstancias sustanciadas en la incidencia, y a partir del minuto 4:47 comenzó a desarrollar los fundamentos en que basó su resolución.

En esa alocución, el juez penal ha incluido las consideraciones que lo determinaron a concluir en la decisión que, a posteriori, fuera atacada por el recurrente. Si bien es cierto que se basó en el dictamen de la fiscalía, presente en la audiencia, se advierte que el A-Quo ha desarrollado en detalle el análisis de la pertinencia de la concesión del instituto y lo que es más importante, los motivos que consideró relevantes para denegarlo.

2.3 En primera instancia hizo una descripción del instituto requerido, su naturaleza y sentido, y su ubicación dentro del derecho positivo.

Luego describió los elementos necesarios para que pueda ser concedido, que detalló: primero, en el caso de O., su circunscripción a las previsiones del cuarto párrafo del artículo 76 bis; segundo, la carencia de antecedentes

penales, condición que el acusado posee; tercero, la reparación ofrecida a la víctima, y por último, la conformidad del fiscal.

Criticó los dos últimos elementos.

Respecto de la reparación, dijo que es esencial para la procedencia de este instituto, sobre todo por el protagonismo central en el proceso de las víctimas. Concluyó que en el caso concreto, no fue informado dónde y cuándo se realizarían las 30 horas de trabajo comunitario y, sobre todo, cómo ello podría reparar el daño producido a las víctimas.

Esta consideración del magistrado excedió al marco de fundamentos expuestos por el fiscal en su oposición. No existió una sola referencia de la acusadora en ese sentido, pese a que este cuerpo colegiado en la audiencia del art.385 del CPP fue ilustrado sobre la oposición de los damnificados a la concesión del instituto.

En cuanto al carácter vinculante del dictamen fiscal ha mencionado el juez que, por imperativo constitucional, debe ser fundado para que realmente posea aquella consecuencia en la decisión jurisdiccional.

En el caso concreto analizó los fundamentos del titular de la vindicta pública y le dio el carácter legal vinculante, pues lo halló debidamente fundado. Estimó que la oposición fundada del fiscal es vinculante en la decisión del juez, por ser aquel a quien incumbe la promoción y el ejercicio de la acción penal pública por mandato de la Constitución Nacional en su artículo 120.

Ello así, es a esa parte a quien compete dar expresa anuencia a un beneficio como lo es el previsto en el art.76 bis del código penal, o bien oponerse cuando decida mantener la continuidad del ejercicio de la acción penal. En estos casos, el juez verificará los fundamentos de la oposición y no podrá resolver en forma contraria a la voluntad del titular de la acción.

Creo que este es el caso traído a nuestro conocimiento.

Como bien desarrollara el juez penal, no contó aquí con la conformidad del fiscal general puesto que el enrostrado fue acusado por dos hechos en los que la pretensión punitiva, de cinco años de prisión, enmarcó el pedido en el supuesto previsto en el cuarto párrafo del art.76 bis del código penal. Que la acusación versó sobre dos hechos de robo agravado, hechos que en su resolución el juez penal leyó para mejor ilustración y coincidió con el fiscal que por la violencia desplegada en ellos, por su gravedad y multiplicidad, no sería aplicable la condicionalidad de la pena y merecen ser ventilados en juicio. Agregó incluso el decisor, que los inspiradores de la suspensión del juicio a prueba no imaginaron este tipo de supuestos para su aplicación.

No he constatado en la revisión de la pieza judicial, que el magistrado haya considerado la existencia de causas en trámite para la denegatoria, como alega la defensa. Tampoco considero que haya ponderado doble e ilegalmente la violencia de los eventos, puesto que dicha circunstancia constituye, por un lado, un elemento objetivo del tipo penal que lo califica como robo, y por el otro, integra una variable legal para la labor de la mensuración de la pena.

Como ya dijera más arriba, cierto es que los argumentos del juez se basaron en el dictamen fiscal, mas soy de la idea que no por ello, dejan de tener peso como fundamentos propios del magistrado.

A mi modo de ver la crítica que en este sentido ensayara la recurrente no puede prosperar, pues la decisión impugnada contiene fundamentos suficientes, sustentados en las constancias de la causa y en las normas aplicables al *sub judice* que, por opinables que resulten, no alcanzan para su descalificación como acto jurisdiccional.

El A-Quo decidió sobre la previsibilidad de la no condicionalidad de la pena a aplicar en los casos, que fue en donde basó su oposición la fiscalía.

Considero que no opera en contra de esta circunstancia, la jurisprudencia del precedente del 8 de agosto de 2006,

"Squilario Adrián, Vázquez Ernesto Marcelo S/ Defraudación Especial en grado de Participe Primario – Smoldi Nestor Leandro S/ Defraudación Especial en Grado de Participe Secundario" (S579.XXXIX), en donde nuestro más Alto Tribunal Nacional, descalificó la aplicación de una pena, por falta de una adecuada fundamentación.

En efecto allí se trató de una sentencia, a la que estimó definitiva, proveniente del superior tribunal de la causa, y en la que consideró que la enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas de los arts.40 y 41 del código penal, desprovistas de ponderación y relación, dan carácter aparente al pronunciamiento de la sentencia, que calificó como arbitraria.

Como vemos no es la misma situación que la que ahora nos convoca en la que el juez penal fue puesto a resolver un pedido de suspensión de juicio, la pena posible es la pretendida por la fiscalía, y su evaluación pasa por un proceso analítico de probabilidad, o no, de su ejecución condicional.

Habiéndose cumplido entonces con el recaudo legal previsto para este tipo de decisiones, voto por la confirmación de la sentencia atacada.

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, coincido con la solución propuesta por mis colegas.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal, por mayoría, dicta la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensora penal del imputado G. O. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 703/15 OJ Tw;

2) Revocar la resolución Nro. 703/20151-OJTw dictada en fecha 13/3/2015 y, en consecuencia, hacer lugar a la suspensión de juicio a prueba;

3) Ordenar la inmediata remisión de las actuaciones a la Oficina Judicial de Trelew para que, por ante el Juez

que corresponda, se debatan las condiciones de aplicación del instituto que se acuerda;

4) Imponer las costas al acusado (arts. 241 CPP), y diferir la regulación de los honorarios de la Defensa hasta tanto sean fijados en la instancia de mérito; y **5)** Protocolícese, regístrese y notifíquese.

Los jueces Omar Minatta y Alejandro Defranco no firman la presente por ausencia posterior al acuerdo. (art. 331 in fine CPP)

Registrada bajo el número 13 del año 2015.

Pilar S. Maza
Secretaria de Cámara