En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintitrés 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, Omar Florencio Minatta y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del primero, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"P., M. F. y otros p.s.a. robo doblemente agravado (tentativa) - Trelew" (Carpeta 6.616 Ofiju Tw – Legajo 63.699 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública en representación de M. F. P., contra la resolución Nro. 2395/16, del Juez Penal Dr. Darío Rubén Arguiano, de fecha 20/09/16, por la cual denegara el instituto de la suspensión del juicio a prueba en orden al delito de robo agravado por ser cometido mediante la utilización de un arma de fuego no apta para el disparo, en grado de tentativa y en el carácter de coautor (arts. 166, 3er. Párrafo, 42, 44 y 45 del C.P), por entender fundado en derecho y vinculante, el dictamen del Ministerio Público Fiscal para su procedencia.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 08/11/16 en la sede de este tribunal, intervino el coimputado M. F. P. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) y el Defensor Público, Dr. Juan Manuel Salgado.

Previo a dar por concluida la audiencia, cedido el uso de la palabra al imputado M. F. P., desistió de dirigirse al Tribunal.

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.- Se ha interpuesto impugnación ordinaria contra la resolución del Juez Darío Arguiano a través de la cual denegó la solicitud de suspensión del proceso a

prueba intentada a favor de M. F. P., en fecha 20 de septiembre del corriente año (Res. N° 2395).

Explica el abogado Salgado en su escrito recursivo, ampliando fundamentos en la audiencia celebrada ante estos estrados, que se agravia del *"apartamiento del principio de legalidad... al considerar fundada la oposición al pedido en base a consideraciones genéricas de política criminal que exceden los limites al poder punitivo establecidos en la ley penal..."*.

Manifiesta que las pautas legales para sancionar los delitos y la posibilidad de la condenación condicional son amplias y genéricas para permitir su adaptación al caso concreto, pero no contienen una indeterminación subordinada a la "conveniencia y oportunidad" del órgano acusador.

Alega sobre el fundamento de la *probation:* evitar la estigmatización que implica una condena condicional.

2.- Transcripta en lo que interesa la resolución oral que hizo saber en la audiencia, se desprende que el juez Arguiano entendió que "*...la oposición de la fiscal ha sido adecuada, fundada en las razones de política criminal que esbozó, justamente las que de acuerdo al molde constitucional que nosotros tenemos y que el ordenamiento procesal recoge y las leyes orgánicas del MPF también hacen eco, es resorte exclusivo y excluyente del MPF en cabeza del Procurador General, fijar la política criminal. Entiendo además que ajusta a derecho las circunstancias reseñadas, estamos aquí donde ya ha habido la utilización de un arma y, tal como lo ha señalado la Sra. Fiscal, el propio legislador ha dado señas claras, al incrementar las escalas penales en el caso del art. 41 bis e incluso en el agregado de lo que sería la subsunción del caso, art. 166, último párrafo, denota que hay un interés en que se tomen mayores recaudos respecto a este tipo de ilícitos... El 4to. Párrafo del art. 76 bis dice "si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento la*

aplicación de la condena", con lo cual ya está presuponiendo que, que no es el caso que la pena va a ser de efectivo cumplimiento en el que la oposición fiscal tendría relevancia, la apropia ley dice "aún cuando la pena pudiera quedar en suspenso, deberá haber un consentimiento del fiscal, y en esas condiciones se podrá otorgar la SJP, justamente el caso que nos toca. Es posible que una pena de 3 años como ha sido señalado por al Fiscalía como pretensión punitiva, no sea de efectivo cumplimiento, sin embargo a ésa circunstancia de la posibilidad de una pena en suspenso, debe agregarse en los términos del 4to párrafo, el consentimiento del MPF que desde mi punto de vista ha sido fundado, razón por la cual entiendo que la solicitud de la Defensa no puede prosperar...".

3.- Previo a ello, la Fiscal General María Tolomei, ante el pedido de la defensa que se aplique la suspensión del proceso, había dictaminado que *"...(e)s cierto que P. carece de antecedentes condenatorios que pudieran impedir esta petición. También es cierto que el hecho por el que se está requiriendo la elevación a juicio que se le atribuye tanto a P. como a M., ha implicado la utilización de un arma, y en este sentido, encontrándonos en el 4to párrafo del art. 76 bis, me veo obligada a oponerme, es decir a no prestar el consentimiento para la aplicación del instituto, dado que en los casos que deben evaluarse, justamente si corresponde o no, si la fiscalía ha de prestar su consentimiento o no, es necesario hacer una valoración, un juicio de valoración o de conveniencia de oportunidad político criminal en el caso concreto, de que eventualmente esa oposición de juicio de conveniencia político criminal la que, eventualmente, podrá dar fundamento a la oposición del MP...".*

En un tramo de su alegato se refiere *"al criterio que aplican los jueces de la Cámara"*, interpretando que este Cuerpo sostiene *"que la única manera de que la falta*

de consentimiento fiscal sea fundada, es en los casos en que la fiscalía pueda justificar la aplicación de una pena efectiva”, entendiendo *“que esa no es la interpretación legal, no es lo que dice la ley, la ley dice otra cosa, la ley remite justamente a consideraciones de política criminal... y quien define la política criminal es el MPF, por lo que aclaro desde no es que en este caso ha de aplicarse o deba aplicarse el criterio de la fiscalía, una pena efectiva y que esa sea el fundamento, no; el fundamento es, por que en los casos donde hay armas de por medio y además su utilización para la realización de los hechos, no corresponde o excede digamos, a la lesión o la afectación del bien jurídico excede las posibilidades de una salida alternativa como la SJP...”*

4.- Puesto a analizar la resolución atacada, y mas allá de lo transcripto hasta aquí, debe dejarse asentado, desde ya, que no es cierto que la petición de suspensión del proceso a prueba deba enancarse en las mandas del párrafo cuarto del art. 76 bis del código sustantivo, sino, por el contrario, en el primer párrafo de tal dispositivo.

Que aunque la defensa no lo hubo advertido, es necesario repasar la acusación obrante en el legajo en la que se imputa a M. F. P. la presunta comisión del delito de Robo agravado por haber sido cometido mediante la utilización de un arma de fuego no apta para el disparo –por estar descargada- en grado de tentativa (sic, fojas 37). De acuerdo con ello, el funcionario de Fiscalía que realizó la acusación, estimó que la escala penal corre entre uno y cinco años de prisión.

5.- En primer lugar, es necesario decir que, mas allá de lo que se viene esbozando, existe una contradicción manifiesta entre la calificación escogida y el material probatorio ofrecido por la acusadora para el debate.

Ha subsumido el caso en una hipótesis de robo agravado por el uso de armas no apta, mientras que, a poco de continuar la lectura del libelo acusatorio se observa el ofrecimiento de una pericia balística que, por el contrario, afirma categóricamente que el arma se encuentra en perfecto estado de conservación y funcionamiento.

6.- Ahora bien, siguiendo con el razonamiento que iniciara antes, es necesario recordar, como ya he dicho, que *"...desde el plenario "Costas" (C.N.Crim. y Correc., (en pleno), 15/10/1986, L.L. 1986-E, 376), seguido de otros pronunciamientos en que se suscribieron los votos de su mayoría, ya no se discute que para que la calificante del robo con armas opere se debe dar en el caso la presencia simultánea de dos requisitos: el mayor poder intimidatorio del elemento agresivo utilizado (sin dejar de tener en cuenta que es de antemano un elemento configurador del robo simple) y que la eventual utilización del arma constituya para el sujeto pasivo un peligro real y concreto para su integridad física y/o vida..."* (AA.VV., **"Reformas Penales Actualizadas"**; Donna, Edgardo –director-; Rubinzal-Culzoni, 2006, pag. 277).

Al "...*empleo idóneo de un objeto susceptible de crear un peligro real para la víctima que torne atendible la agravación del desapoderamiento que fuera perpetrado en tales condiciones" decía Bonorino Però en el plenario aludido, alertando el Dr. Zaffaroni en su voto sobre la conjunción de ambos elementos descartando el conectivo 'o'"* (ob. cit., pág. 282).

7.- Entiendo que través de esa inteligencia se logró, por ejemplo, evitar la inclusión en la agravante –del "viejo" art. 166, inc. 2- de supuestos tales como desapoderamientos con armas descargadas, con aquellas que no funcionan, el empleo de armas simuladas, etc. salvo que se las utilice como "arma impropia".

8.- Es que debe tenerse en cuenta que ya Núñez explicaba que "*la amenaza con un arma a una persona para apoderarse de una cosa ajena no es una simple intimidación sino que constituye el despliegue de una energía física que, aunque no obra contra el cuerpo de la víctima, se dirige contra ella, y por su poder material, vence su resistencia... Por lo demás la ley considera expresamente que el uso de un arma... constituye una violencia propia del robo*" (Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Página 224).-

De allí creo entender que si bien la utilización de una arma descargada, falsa o aún la de juguete pueden ser una circunstancia idónea para configurar la figura básica del robo simple (art. 164), no es admisible que a su vez permita atrapar a la misma conducta también en la agravante que seleccionó el Fiscal, por cuanto, si estaba descargada, no puso en peligro real la integridad física de la víctima.

Recordemos también que la CSJN en autos **"S., Juan"** (La Ley, 1989-C, 535) entendió que "*si la acusación probó que el intento de robo fue cometido con armas que se hallaban cargadas y que resultaron aptas para ser disparadas, no parece razonable que, además, se ponga a su cargo la demostración de la idoneidad de los proyectiles que integran la carga, cuando ellos, por sus características y calibre, son los que corresponden para que el arma funcione*" y que el plenario "Costas" sólo rige para el caso del robo cometido mediante el empleo de un arma descargada.

9.- Por otro camino, no es posible interpretar que el arma "descargada" sea una de las hipótesis previstas en el párrafo 3 del art. 166, inciso segundo, tal seleccionara la fiscalía. Si bien prestigiosa doctrina así lo parece indicar (D'Alessio, Buompadre, entre otros), me inclino a pensar que otra explicación es posible.

Entiendo con Vismara que "*la terminología utilizada por el legislador ha sido muy poco feliz. Qué es lo que comprende "el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada"... ¿Qué ocurre si el arma se secuestra, se somete a peritaje y se determina que no es apta para el disparo? Este supuesto constituye un gran inconveniente que la ley no ha resuelto de manera precisa. En efecto, no cabe aquí alegar que estemos en presencia de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pueda acreditarse. Por el contrario, se puede acreditar, por el examen pericial correspondiente, que la aptitud para el disparo no existía en el arma en cuestión, por ejemplo, por presentar desperfectos mecánicos que impedían que fuera disparada".*

Continua diciendo que *"algo similar sucede si el arma secuestrada en poder del sujeto activo fuera apta para el disparo, pero se encontrara descargada. ¿Qué sucederá en estas hipótesis? ¿Deberá aplicarse la nueva figura legal? ¿O habrá que seguir entendiendo, como lo sostenía la jurisprudencia mayoritariamente, que se trata de un robo simple (art. 164 CP)?".*

"Una respuesta acorde a la interpretación taxativa que debe hacerse del texto legal sería que en estos casos debe calificarse el hecho como robo simple..." (Vismara, Santiago; "Nuevo régimen del delito de robo con armas"; LA LEY2004-D, 1080).

10.- Obviamente, entiendo que, a pesar de la intención que hubiera tenido el legislador de sancionar con una escala "intermedia" (entre el robo simple y el robo con armas "clásico"), lo cierto es que el texto de la ley se refiere exclusivamente a los casos de la utilización de instrumentos ofensivos que no se hayan podido peritar y no los que efectivamente se pudieron examinar y, menos aún, los que se encontraban descargados.

No es necesario destacar que el principio básico de la interpretación legal es el sentido literal de sus expresiones; no es válido hacer decir al texto lo que no dice, tampoco siendo viable recurrir al presunto "espíritu del legislador".

11.- Y adviértase aún, una interpretación sistemática de las disposiciones de la parte especial del código, para entender que *"lo que justifica tal aumento de pena es, precisamente, el uso intimidatorio de un arma que, además de intimidar, pueda producir graves lesiones o la muerte de la víctima"* (Cr., Vitale, Gustavo; ¿ROBO CON ARMAS, EXTORSIÓN O COACCIÓN CON ARMAS?)

La simple amenaza se encuentra penada con prisión de seis meses a dos años (art. 149 bis, primera parte del primer párrafo, C.P.), mientras que la amenaza con armas tiene prevista en la ley una sanción de uno a tres años de prisión (es decir, el mínimo es el doble del caso anterior; conf. art. 149 bis, segunda parte del primer párrafo, C.P.). Igualmente, el delito de coacción tiene previsto un mínimo legal de dos años de pena carcelaria (prisión o reclusión de dos a cuatro años -art. 149 bis, segundo párrafo, C.P.-), mientras la coacción con armas un mínimo de tres años de la misma pena (conf. art. 149 ter, inc. 1, que establece la pena de tres a seis años de prisión o reclusión). En el caso del robo, la diferencia es todavía más notoria, ya que de un mes a seis años de prisión para el robo simple (art. 164) se contempla la pena de cinco a quince años de prisión o reclusión si el robo se cometiere con armas (art. 166 inc. 2, C.P.). Semejante aumento de pena requiere la comprobación de elementos típicos de los casos agravados que demuestren una muy notoria gravedad respecto del tipo básico.

12.- Sentada la correcta calificación jurídica, esto es Robo Simple (art. 164 del Código Penal), por ser cometido con arma descargada, se impone ahora apelar al

instituto amplificador de la tipicidad previsto en el art. 42 y, de conformidad con el 44, reducir la escala penal.

Si bien es cierto que la jurisprudencia mayoritaria ha optado por aplicar el criterio que reduce el mínimo a la mitad y el máximo en un tercio (por ej., C. N. Casación penal (en pleno), autos **"Villarino, Martín"**, del 21 de abril de 1995), es necesario reconocer, con Núñez, que la postura contraria, que postula la reducción del mínimo en un tercio y el máximo a la mitad, aparece como la mas compatible con la sistemática del código, que expresa en la parte especial primero el mínimo y luego el máximo de la pena, y, a la sazón, permite la habilitación de menor poder punitivo.

Ello así, nos encontramos con una escala punitiva de entre 20 días y 3 años, por lo que, es de toda evidencia, que la petición de suspensión del proceso a prueba debe analizarse según los parámetros del párrafo primero del art. 76 bis y no del cuarto como se hiciera.

13.- Según el dispositivo mencionado, no es requerido el consentimiento fiscal para su otorgamiento, por lo que, de ofrecer el imputado hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible y encontrarse la pena del delito dentro de ese límite, la concesión del derecho se impone.

Mas allá del análisis que debe realizar el Juez acerca de la razonabilidad del ofrecimiento (art. 76 bis, párrafo 3), no otro requisito se impone para su dictado, mas allá de su anuencia de quedar obligado a cumplir ciertas condiciones en el tiempo de prueba.

14.- Sin perjuicio de ello, para el caso que no se compartiera la calificación jurídica propuesta, admitiendo por hipótesis que el hecho se encuentre correctamente calificado, la suspensión del proceso respecto de P. también es procedente.

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, y vuelvo a insistir con ello, 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."*

15.- En el caso, se advierte que el Sr. Juez resuelve que no puede otorgarse la SJP porque hay oposición del agente fiscal, fundada ella en *"un juicio de valoración o de conveniencia, de oportunidad político criminal en el caso concreto"*, según el cual, *"...en los casos donde hay armas de por medio y además su utilización para la realización de los hechos, no corresponde o excede digamos, a la lesión o la afectación del bien jurídico excede las posibilidades de una salida alternativa como la SJP..."*.-

Pero, como viene diciendo este Cuerpo en numerosos pronunciamientos, la consideración de la SJP como derecho del imputado, impide la creación de requisitos no previstos en la letra de ley, siendo el consentimiento fiscal requerido un control de legalidad y no pareceres

personales, cuestiones de política criminal, o apreciaciones subjetivas, que si bien pueden ser diseñadas del modo que la Procuración estime, deben ser ponderadas por el magistrado interviniente y analizada su razonabilidad.

16.- Entiendo que el Ministerio Publico Fiscal está legitimado para diseñar sus criterios de persecución de los ilícitos de los que tenga conocimiento (art. 195, Const. Pcial.); diseñar su política criminal de acuerdo a sus intereses y los de las víctimas; velar por la correcta aplicación de la ley penal y formular sus requerimientos de acuerdo a este criterio (art. 114, CPP) y podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a criterios de oportunidad (art. 44, CPP).

Empero, en el sistema que nos cobija, dicha actuación se encuentra limitada a la existencia de motivación, con adecuada fundamentación lógica y legal (art. 25) siendo misión del Juez Penal controlar el cumplimiento de tales exigencias.

Así lo ha dicho el ministro Jorge Pfleger, de la Sala Penal del Excmo. Superior de Justicia local, al referirse a los requerimientos de la *probation*, en autos **"V., G. O. s/homicidio y lesiones culposas en accidente de transito s/impugnación"** (21774(2009): "*...la norma en cuestión establece claramente los requisitos. Entre ellos considera especialmente el monto y la naturaleza de la pena del delito de que se trata, la reparación del daño causado y el consentimiento del MPF que –para mi- siempre ha de ser fundado y sometido al control de razonabilidad por los Jueces, que la otorgarán estableciendo reglas de cuyo cumplimiento dependerá la suerte del proceso...*".-

17.- Por ello, de existir la petición concreta del imputado y, para los supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis, la inexistencia de antecedentes y la posibilidad (teniendo en cuanto los montos de pena previstos en la parte especial) que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, de acuerdo a las mandas del art. 26, CP, indefectiblemente debe concederse el instituto, no pudiendo crearse requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad.

Entiendo que por mas atendible –y loable- que sea el interés de la Procuración Fiscal de prevenir y erradicar el uso de armas de fuego en la comisión de ilícitos, mas allá de la probada eficacia o no de la estrategia, lo cierto es que no es un requisito legal para la concesión del instituto que el delito se haya cometido con tales instrumentos, tal como se ha dispuesto, por ejemplo, para los delitos cometidos por funcionarios públicos o cuando el injusto prevea pena de inhabilitación.

Evidentemente, al crearse vía pretoriana –al aceptar el *a quo* el criterio fiscal-, una causal no prevista para su denegatoria no solo se afecta el principio de legalidad, sino, a la vez, el de igualdad ante la ley, al crearse un listado de delitos que no permiten la SJP tal como fuera moneda corriente respecto a delitos "no excarcelables" (técnica de dudosa constitucionalidad, por cierto) o, en el presente, respecto a delitos por los cuales no es posible conceder la libertad asistida del art. 54 de la ley 24.660 –ver art. 56 bis, de la ley).

18.- Por todo ello, sea por la aplicación de la primera hipótesis del art. 76 bis, sea por la inteligencia que deba dársele a la tercera, 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 que se refieren las disposiciones legales al respecto.

Es que, a contrario de lo manifestado por la Fiscal General interviniente, no es a cuestiones de política criminal que se refiere la ley cuando requiere el consentimiento fiscal; dicha falta de aquiescencia solo puede referirse, necesariamente, a la imposibilidad cierta, fundada y razonable de que la pena esperada sea de cumplimiento efectivo y que, por el contrario, no permita ser una condenación condicional que habilitaría la aplicación del instituto en este párrafo.

19.- 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 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 las condiciones a que deberá ser sometido el imputado en la audiencia respectiva la defensora, habrán de fijarse en esta instancia las pautas del art. 27 bis.

En concreto, quedar sometido por el plazo de un año (art. 76 ter) a la fijación de domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control; quedar sometido al control de dicha dependencia debiendo presentarse ante sus autoridades semestralmente; realizar tareas no remuneradas para la comunidad por el tiempo de 40 horas y abandonar a favor del Estado el arma secuestrada (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

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

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. En oportunidad de la audiencia preliminar, la defensa de M. F. P. pretendió se conceda la Suspensión del Juicio a Prueba (en adelante, SJP), para la cual ofreció la realización de 40 horas de tareas comunitarias, y sin ofrecer propuesta de reparación económica, puesto que a su criterio, no ha habido daños en los hechos atribuidos. Fundó su pedido en el cuarto párrafo del arto 76 bis, y en que la pretensión punitiva del Fiscal ya presuponía la posibilidad de ejecución condicional de una eventual condena.

El Ministerio Público Fiscal, aunque reconoció que en caso de condena ésta no sería de cumplimiento efectivo, se opuso con fundamento en consideraciones genéricas de "conveniencia y oportunidad" de la política criminal, en la Instrucción 3/13 del Procurador General y la circunstancia de que el hecho ha implicado la utilización de un arma de fuego.

El Sr. Juez Penal Darío Arguiano no hizo lugar al pedido de la defensa. En su resolución dijo que la fiscal ha dado una adecuada y fundada oposición basada en razones de política criminal, las que de acuerdo al molde constitucional que tenemos y *"…que el ordenamiento procesal recoge y las leyes orgánicas del MPF también hacen eco, es resorte exclusivo y excluyente del MPF en cabeza del Procurador General, fijar la política criminal…".* Agregó el magistrado que *"Entiendo además que se ajusta a derecho las circunstancias reseñadas, estamos aquí donde ya ha habido la utilización de un arma y, tal como lo ha señalado la Sra. Fiscal, el propio legislador ha dado señas claras, al incrementar las escalas penales en el caso del art. 41 bis e incluso en el agregado de lo que sería la subsunción del caso, art. 166, último párrafo, denota que hay un interés en que se tomen mayores recaudos respecto a este tipo de ilícitos"*

En su impugnación, la defensa dijo que la decisión recurrida la agravia puesto que convalida el apartamiento del principio de legalidad sostenido por el

Ministerio Público Fiscal, al considerar fundada la oposición al pedido en base a consideraciones genéricas de política criminal que exceden los límites al poder punitivo establecidos en la ley penal. Que es el código penal el que determina las formas y los extremos dentro de los cuales el órgano acusatorio puede realizar sus requerimientos en base a criterios de política criminal, y en lo que resulta relevante al caso, aquellos son por una parte los límites máximos y mínimos de punición del delito y por otra la posibilidad de condena condicional. En el primer caso las pautas de fundamentación legalmente admisibles están establecidas en el art. 41 del C.P. y en el segundo en el art. 26 del C.P., entendiéndose además que la denegatoria de la condicionalidad también debe ser motivada en tales parámetros, de acuerdo al precedente de la C.*S.J.N.* "Squilario". Que las pautas legales son amplias y genéricas, mas no contienen una indeterminación subordinada a la "conveniencia y oportunidad" del órgano acusador, que el código penal impone límites legales a la motivación de los aspectos centrales de la fijación de la pena y sus modalidades, determinando pautas específicas, y no se puede pretender que se ha dejado al arbitrio indeterminado del fiscal la posibilidad del derecho del imputado a suspender el proceso.

Nadie de la fiscalía concurrió a la audiencia de impugnación para contestar la vista a los agravios del pretenso.

2. En primer lugar, he de marcar, como lo hiciera el doctor Defranco, que existe objeciones en la calificación jurídica endilgada al imputado por parte del Ministerio Publico Fiscal.

Pero, a diferencia del revisor preopinante, y pese a que podría incidir en el supuesto del tramite de la decisión que vino en revisión, no he de ingresar al yerro o acierto por parte del acusador publico de dicha calificación, toda vez que no ha sido motivo de agravio.

En ello, mantendré la cautela que merece ser mantenida, como lo he desarrollado recientemente a partir del punto 4 de mi voto en el precedente **"V., L. O. psa inf.art.189 bis CP" (Carpeta Nro. 6503 OJTw-Legajo 62286MPF).**

Solo indicaré que la acusación fiscal del caso que nos ocupa ha detallado en el punto 4 referido a la calificación jurídica, que el hecho imputado a M. P. y L. M. se subsume en robo agravado por haber sido cometido mediante la utilización de arma de fuego no apta para el disparo (por estar descargada) en grado de tentativa, cuando un par de acápites antes, en la descripción del hecho imputado, se dijo que el arma si era apta para el disparo, pero estaba descargada al momento del evento.

Como dije, acaso estas circunstancias merecen a mi criterio, un ámbito de sustanciación previa a decidir sobre su pertinencia; ámbito que constituye la audiencia preliminar y que es ajena a esta instancia de revisión.

3. Dicho ello, corresponde ingresar ahora al planteo de la defensa, preludiando la decisión, diciendo que es sabido que el legislador ha diseñado este instituto conocido como *probation* con la intención de maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves, descongestionando la Administración de Justicia de casos que, de acuerdo al *baremo* que lo da la penalidad establecida en cada tipo penal, puedan encaminarse por la vía de la SJP.

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, a saber: 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.

Nuestra tarea consistirá en verificar si las razones de la resolución jurisdiccional impugnada fundamentan debida y racionalmente la denegatoria.

4. A 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 la inexistencia de antecedentes del pretenso probado y la posibilidad que la condena a aplicar pueda ser dejada en suspenso, de acuerdo a las mandas del art. 26 del mismo plexo normativo, el instituto *puede* ser concedido. Al estar a la vista que se le cursara al pedido original al Ministerio Publico Fiscal, se colige que la misma fiscal general ha reconocido que en caso de condena, no sería de cumplimiento efectivo.

5. Siguiendo el hilo argumental de la decisión atacada, vemos que el juez además de haber tenido en cuenta positivamente la oposición fiscal, consideró otras características del delito enrostrado al imputado que lo determinaron a denegar lo requerido. Así, dijo que el propio legislador ha dado señales claras que denota que hay un interés en que se tomen mayores recaudos respecto a este tipo de ilícitos, al incrementar las escalas penales en el caso del art. 41 bis, e incluso en el agregado de lo que sería la subsunción del caso, art. 166 último párrafo del código penal.

Considero que las circunstancias merituadas por el juez hacen al tipo penal de trato, y no pueden por ello justificar su decisión, puesto que las particularidades del hecho tenidas en cuenta por el legislador, al prescribir las penas y su incremento, inciden al momento de ponderar el reproche en el juicio de conocimiento, y, en el proceso de evaluación de las SJP, se consideran en el baremo del que referí mas arriba, mas no incide en la conveniencia (o inconveniencia) de su concesión en forma directa.

En otras palabras: pudo el legislador haber estimado mas graves un robo cometido con armas, y mas aún si ellas con las de fuego, por eso aumentó las penas. Pero por más aumento de pena que se haya establecido, no se deduce de ello que también el legislador quiso denegar los beneficios que si son procedentes, corresponden conceder.

6. También el magistrado receptó como suficiente fundamento, la invocación por parte del titular de la acción penal, de la posición del Ministerio Publico Fiscal y su postura en hechos cometidos con armas de fuego, de lo cual tiene que ver -por ejemplo- la Instrucción General de la Procuración N°3/13-P.G., por la que el titular de dicha institución instruyó a los fiscales a adoptar como principio único de actuación, el de procurar la sanción de los responsables y oponerse fundadamente al otorgamiento de la SJP u otras salidas alternativas a la pena, en casos en donde se utilicen estos elementos.

He dicho en casos similares, y aquí sostengo, que las razones que pueda invocar el Ministerio Publico, 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.

Se ha dicho que la primera finalidad del instituto de la SJP 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, como de "conveniencia y oportunidad" de la política criminal, 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). Por ello, incluir más requisitos para el otorgamiento de la probation que los previstos en la norma, constituye pedir más de lo que la ley pide, y obran *in malam partem* a la legalidad del proceso.

7. Por todo lo dicho, voto por la revocación del resolutorio impugnado, y a fin de no perjudicar la agenda de los Jueces Penales ni sobre todo, por no causar agravio alguno al haber sido sustanciadas debidamente todas las cuestiones pertinentes, voto por la concesión de la SJP.

En consecuencia, el probado quedará sometido por el plazo de un año (art. 76 ter) a la fijación de domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control y demás pautas de conductas ya detalladas por el colega preopinante (art. 76 bis y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

En punto a las costas y honorarios de la Defensa, adhiero a lo propuesto por mi colega preopinante.

El Juez Minatta Omar Florencio:

1. La defensa se queja porque el juez deniega la suspensión del proceso a prueba, discutiendo los argumentos de la sentencia que acoge el dictamen fiscal que deniega el derecho en base a razones de política criminal. Funda la impugnación, en la incorrección que significa alegar la política criminal para anular un derecho expresamente concedido por la ley, cuando se dan todos los presupuestos, citando al respecto jurisprudencia ya consolidada de este tribunal.

2. Antes de decidir sobre los agravios, corresponde recalificar los hechos, ya que la cuestión cambia sustancialmente, en beneficio del imputado, el tratamiento del caso.

Así, tengamos presente que la utilización de un arma descargada por parte del imputado, sirvió para intimidar a la víctima mediante el despliegue de una energía suficiente, parificadora a la violencia que exige el tipo penal del robo simple, pero que no resultó peligrosa para la vida o integridad física del damnificado, que es el otro elemento que funda el injusto del robo con armas.

Con estos fundamentos y otros, detalladamente desarrollados en forma erudita en el voto del Juez Defranco, deberá calificarse al hecho como constitutivo del delito de robo simple, lo que tiene implicancia en el tratamiento del derecho que se está aquí discutiendo, toda vez que, en tal caso, no resulta necesario ningún dictamen del acusador público, ya que la situación se corresponde con el párrafo primero del artículo 76 bis que, sabemos, no lo exige.

3. Con lo anterior, entonces, resulta más que suficiente como para revocar la sentencia denegatoria y, toda vez que se trata no solo de un autor primario, sino que el hecho permite la condenación condicional desde lo objetivo, por lo que no vemos obstáculo legal alguno para la operatividad plena del derecho que le

corresponde al imputado, el que se concederá en las condiciones y por el término propuesto por mis colegas.

4. Costas: Adhiero a lo manifestado por el colega que lidera el acuerdo en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios a la letrada interviniente.

Así lo voto.

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 Pública en representación del imputado M. F. P., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a su favor en orden al hecho imputado, por el término de un año (arts. 166, 3er. Párrafo, 42, 44, 45, 76 bis y ter, 1er. Párrafo del C.P);

3) Imponer al probado, mientras dure el tiempo de la suspensión, las siguientes condiciones: **a)** la realización de cuarenta (40) 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 C.P);

4) Diferir la fijación de las costas y regulación de honorarios profesionales hasta tanto sean fijados en la instancia de origen; y

5) Regístrese, protocolícese, notifíquese y remítase a la Oficina Judicial a sus efectos.

Roberto Adrián Barrios

Omar Florencio Minatta **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada bajo el Nro. 32/2016 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-