En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los veintinueve días del mes de Octubre de dos mil catorce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER y Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 6543**, **Carpeta individual n° 1276**, caratulada: "P., J. A. s/ p.s.a. Portación de arma de guerra" de la Oficina Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal general, Dr. **Herminio González Meneses**, el Sr. Defensor de Confianza Dr. **C. A. C.** y el imputado **J. A. P.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 8 y 15 del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J. A. P., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de J. A. P. contra la resolución nº 382/14 (registro digital) que deniega la Suspensión de Juicio a Prueba?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- Ha concitado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del imputado **J. A. P.**, contra de la resolución Nº 382/2014 del 16 de mayo de 2014, por la que se denegara la suspensión de juicio a prueba al nombrado, a quien se atribuye el delito de Portación de arma de guerra sin la pertinente autorización (art. 189 inciso 2°, párrafo 4°, del CP), por el hecho acaecido en la ciudad de Sarmiento el 2 de noviembre de 2013.-

1) El recurrente, en su libelo impugnativo, expresó que en la decisión emitida el *Aquo*, aparatándose del esquema interpretativo que surge explícito del Ritual (arts. 31 y 35 del CPP) de de los Principios *Pro homine* y de *culpabilidad específica*, denegó la aplicación del instituto, al

acoger favorablemente la postura del Ministerio Público Fiscal que articuló su oposición en la calificación jurídica al ponderar que no estaría comprendido dentro del mínimo ni máximo de pena previsto para la concesión del beneficio, y además haciendo referencia a una directiva de la Superintendencia de la Procuración Fiscal de oponerse a la concesión de este beneficio en este tipo de delitos.-

Criticó por irrazonable tanto la oposición Fiscal como la resolución del órgano, en tanto están en franca contradicción tanto con la normativa precedentemente invocada y principio referenciado, como con la doctrina del fallo "Acosta" de la CSJN -que consagra la tesis amplia del instituto-, esgrimido oportunamente al expresar los fundamentos del pedido de beneficio, que dejó claramente sentado que puede prosperar en aquellos casos en que la pena en expectativa pueda superar ese valladar (tres años de reclusión o prisión).-

Señaló que en el caso bajo examen la imputación que pesa sobre su defendido es la contendida en el art. 189 bis inciso segundo del CP, que no autoriza la viabilidad de la probation con relación al art. 76 bis del cuerpo legal citado.-

Adujo que ponderar *ab initio* esta circunstancia, que no opera automáticamente sino que deber ser probada por el Ministerio Público Fiscal en el debate, como fundamento no sólo para obtener una condena sino

en este caso para denegar el instituto, implica agravar indebidamente la situación procesal del imputado de modo inconveniente e innecesario ya que si se tiene en cuenta la carencia de antecedentes de su defendido, sumado al tipo de delito que se le atribuye, en relación a otros casos en que, aún reprimidos con mayor pena mínima, se han aceptado, ello lo considera una desproporción que perjudicaría aún más la situación del mismo, habida cuenta además que se está en presencia de una diferencia de seis meses en la escala del mínimo.-

Objetó que el juzgador al correr traslado al Estado, sobre la reparación del daño ofrecida, lo hace en contradicción a los principios básicos que rigen en el ordenamiento procesal y de fondo, ya que al ordenar en dicho proveído que para el caso de silencio se debe interpretar la no aceptación de la propuesta, incurre en un error pues contrariamente a ello al no haber oposición por parte de la víctima la propuesta se debe resolver a favor del imputado en el entendimiento de que el silencio opera como sinónimo de aceptación o al menos de no oposición.-

Alega que, a su entender, el instituto debe prosperar toda vez que: a) se trata de un delito de acción pública; b) el encausado ha ofrecido reparar el daño en la medida de sus posibilidades; c) se comprometió a observar las reglas de conducta que decrete el órgano por el lapso temporal que determine.-

Adujo la inconstitucionalidad del art. 76 bis del CP.-

En sustento de ello, recordó que en los postulados de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Regla de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990, se advirtió la necesidad de que los Estados tiendan a la fijación coherente y flexible de penas de atención a las particularidades del caso y la persona priorizando la no prisionización de los condenados.-

Destacó que de nuestra legislación no surge disposición alguna que habilite al legislador a poner un límite mínimo al ejercicio del poder punitivo estatal, esto es la autorización para establecer una frontera por debajo de la cual una pena (ya sea en cantidad o en calidad) sería ilegítima, lo cual es una lógica derivación del principio de culpabilidad.-

Señaló que éste parte de una premisa que el nivel de reproche es susceptible de ser graduado de acuerdo a las características del caso, ello como lógica consecuencia que las personas no son todas iguales, que no todos tienen las mismas posibilidades de motivarse en las normas y adecuar su conducta a ellas, y que, muy por el contrario, presentan tantas diversidades como individuos habitan el planeta.-

Sostuvo que la idea de un reproche mínimo, fijo y tasado (en cantidad o calidad), es contraria al principio de culpabilidad, ya que para

aquellos supuestos donde la sanción se coloque por encima de aquel que es dable atribuir al individuo por su hecho, nos encontraríamos en presencia de una pena cruel, inhumana o degradante, prohibida por la ley.-

Consignó que si el fin de la pena debe implicar la situación del imputado, deviene evidente que los recaudos formales de la ley no pueden ni deben sobreponerse por sobre los aspectos subjetivos del caso particular que hacen aconsejable no imponer una pena efectivamente privativa de la libertad y como consecuencia de ello la aplicación de la probation.-

A título de colofón requirió que se revoque la decisión recurrida y se dicte resolución favorable en los términos expuestos.-

Formuló reserva del caso federal para el caso de una decisión adversa (art. 14 de la Ley 48).-

2) En respuesta a la vía recursiva interpuesta el Fiscal General, Dr. Herminio González Meneses, expresó que no se han configurado en la presente causa, los requisitos establecidos en la ley para su otorgamiento.-

Resaltó que el hecho descripto ha sido calificado legalmente como Portación de arma de guerra sin la debida autorización en los términos del art. 189 bis inciso 2°, párrafo 4°, del CP, cuya estimación mínima está fijada en tres años y seis meses de prisión y la máxima en ocho

años y seis meses de prisión.-

Destacó que para la procedencia del instituto, de acuerdo a lo normado en el art. 76 bis del citado cuerpo normativo, es necesario que la mínima prevista no supere los tres años de prisión y la misma norma, en su párrafo cuarto, requiere el consentimiento fiscal que en el presente caso ha sido el de oponerse.-

Hizo notar que en la audiencia fijada para tratar la incidencia deducida, se dispuso correr traslado del ofrecimiento reparatorio a la Administración Pública Provincial, quien debería aceptar o no la reparación y que en caso de no obtener respuesta, su manifestación de voluntad se interpretaría en sentido de no aceptación.-

Expresó haber invocado también, en apoyo de su tesitura adversa a la aplicación del instituto, las instrucciones emanadas desde la Procuración General de la Provincia -N° 003/13- que expresa que en los casos del artículo 189 bis del CP, cuya pena supere los tres años de prisión, necesariamente previos a la comisión de delitos más graves como homicidios, abuso de armas, robo con armas, dado el alto poder vulnerante e intimidatorio de las mismas, adopten como principio la oposición a la suspensión de juicio a prueba, citando en apoyo de su postura el precedente del Superior Tribunal de Justicia de la provincia “Vega”, de fecha 26/07/2011.-

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 76 bis

del CP introducido por la Defensa, dijo no tener en claro que responder toda vez que el planteo inicial es la aplicación de la suspensión de juicio a prueba por lo cual resulta contradictoria en sí misma la petición.-

Concluyó solicitando el rechazo de la impugnación deducida.-

3) Celebrada la audiencia prevista a tenor del artículo 385 del ritual, la Defensa mantuvo la postura expuesta en el escrito recursivo precedentemente reseñado y lo propio hizo el Fiscal General.-

Ante una pregunta aclaratoria formulada por el Presidente del Tribunal al Representante de la vindicta pública, en el marco de las facultades previstas en el art. 385, párrafo 3°, del CPP, acerca de si el arma en cuestión, al momento de su secuestro, contenía municiones, a lo que luego de consultar con las actuaciones y conforme surge de la acusación, respondió que el arma no estaba cargada.-

4) La plataforma fáctica del suceso que diera origen al presente proceso, fue fijada por el órgano acusador de la siguiente manera: el día 2 de noviembre de 2013, siendo las 19,35 horas, se recibió un llamado telefónico en la dependencia policial donde se puso en conocimiento que en la calle R. C. del Barrio Progreso, de la ciudad de Sarmiento, se encontraban dos personas ingiriendo bebidas alcohólicas, una de ellas portando un arma de fuego con la que asustaba a los niños. Arribó personal policial y al bajar

del móvil, una de las dos personas, **J. A. P.**, huyó en sentido norte con un arma de fuego, la cual arrojó al patio de la vivienda ubicada en calle J. Á. I. (ex calle X) N° XXX antes de ser detenido. Momentos después y en virtud de una orden de allanamiento, se procedió a secuestrar una pistola calibre 9 mm marca "Browning" con numeración limada, con cachas de color negro, con un cargador sin munición y sin marca. También en la vía pública se secuestró una vaina servida marca CBC Lugen 9 mm (inscripciones que se encuentran en el culote de la misma) y que la misma fue percutada.-

El hecho fue calificado legalmente como constitutivo del delito de Portación de arma de guerra sin la correspondiente autorización, en calidad de autor (arts. 45 y 189 inciso 2°, párrafo cuarto del CP).-

II.- Me permito transcribir unos párrafos de Edgardo Donna referente a los tipos penales de Tenencia y Portación de armas de fuego, sin autorización legal:" En síntesis, entendemos que el problema se reduce a aceptar que se trata de una conducta peligrosa, pero que tiene relación con el bien jurídico, de modo que si se demuestra que no puede haber vinculación con este bien protegido, la conducta es impune. De manera que debe ser tratado como un delito de peligrosidad concreta, ya que los delitos de peligrosidad abstracta no serían viables dentro del ordenamiento jurídico, por afectar principios constitucionales como ser la presunción de inocencia y la culpabilidad". Y agrega:" Por lo expuesto, y si bien es

indudable que la Portación resulta claramente abarcativa de la Tenencia…….importa un plus a la simple tenencia, que puede ser definido como la acción de llevar, sin la debida autorización legal, el arma de fuego cargada en la vía pública (o sea, en condiciones de uso inmediato)“ (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-C, pags. 108 y 118, Ed. Rubinzal Culzoni). En igual sentido pero desde otros argumentos, Javier De Luca ha sostenido que tratándose de peligro abstracto, la vinculación entre la tenencia del instrumento (arma de fuego), y el bien jurídico tutelado viene dada por el Legislador al sancionar el Tipo, y será tarea del Juzgador determinar en cada caso la concurrencia de los elementos de la figura, descartando la tipicidad en el supuesto de ausencia de idoneidad para poner en peligro el valor protegido. Se trata de descartar la vigencia de delitos de “mera desobediencia al Estado” pero cuya conducta incriminada no puso en riesgo bien jurídico alguno (citado por Marcela De Langhe Código Penal comentado dirigido por Baigún y Zaffaroni, Tomo 8 pags. 246/247).-

Desde tal postura, de interpretación restrictiva del tipo en cuestión, que es la que hemos mantenido en las oportunidades en que tuvimos que analizarlo, P. fue sorprendido con un arma de fuego en su poder, en la vía pública, la que arrojó hacia una vivienda lindera cuando arribó la autoridad policial. Pero el arma no estaba cargada, y la munición hallada en cercanías de donde se encontraba el acusado no se correspondía con la

misma, por lo cual no representaba peligro alguno para el bien jurídico Seguridad común, lo que deriva en que el precepto invocado no compatibiliza con el hecho atribuido.-

El art. 291 incs. 1), 3) y 4) del CPPCh. ordena que en la Acusación se describa claramente el suceso que se atribuye al imputado, los fundamentos de tal atribución y los preceptos penales aplicables, en función de la plataforma fáctica que se relata.-

Es decir, si se pretende la aplicación del precepto del art. 189 bis inc. 2) párrafo cuarto del CP., la descripción del hecho debe contener las circunstancias que lo habilitan, pues en caso contrario, no se da cumplimiento al mentado art. 291, vulnerándose el estado de inocencia en tanto garantía constitucional, y por ende el derecho de defensa, al que tutelan las normas que regulan la correcta formulación de la pieza acusatoria.-

Aquí se ha solicitado la Suspensión del Juicio a Prueba, y el argumento de la negativa del Ministerio Fiscal ha sido la escala del delito seleccionado, cuyo mínimo se ubica en los tres años y seis meses de prisión, por lo que, a priori, no admitiría el dictado de una condena de cumplimiento condicional, y por tanto el instituto peticionado.-

Pero, como hemos visto, la pieza acusatoria presenta el inconveniente aludido, el que se ha proyectado al dictamen del Representante de la Vindicta en cuanto a la “probation”, y siendo la denegatoria de esta una

hipótesis expresa de competencia de la Cámara Penal (art. 71 A) 1) CPPCh.), nuestro análisis también debe proyectarse necesariamente a aquel acto.-

III.- Como he dicho en trámites similares al presente (Sentencias 38/13 y 14714), aunque para determinada Doctrina la mera disconformidad Fiscal obsta a la concesión del beneficio de la llamada "probation" (conf. Gustavo Bruzzone "Fiscales y Política Criminal" pag. 159), los actos del Ministerio Fiscal deben ser fundados (arts. 194 C.Ch. y 114 CPPCh.), remedo del sistema republicano de gobierno consagrado constitucionalmente, que impone que las decisiones estatales sean razonables.-

En ello coinciden gran parte de los autores respecto del instituto en cuestión (Gustavo Vitale "Suspensión del Proceso penal a Prueba", Editores del Puerto pags. 183/184; Bovino, Alberto "La Suspensión del Procedimiento Penal a Prueba en el Código Penal Argentino" Ed. Del Puerto, pag. 155).-

Entonces, y en tanto la decisión del Juez penal se ha basado en el dictamen Fiscal, resulta imprescindible analizar las razones de la negativa del Funcionario del Ministerio Público, cuyo control de legalidad fue efectuado, y avalado en tal sentido, por el Magistrado indicado.-

Nuestra tarea, como Tribunal revisor, consiste entonces en determinar si tal control fue correcto o no, de allí que el dictamen deba

necesariamente ser materia de estudio.-

Aunque la cuestión se encuentra debatida, pues por un lado, se especula con que el dictamen Fiscal en su aspecto vinculante se debe referir a un "juicio" político-criminal que sustente la inconveniencia del otorgamiento del beneficio en el caso concreto, como sostiene Bovino (aquí el Sr. Fiscal ha referido a una Instrucción concreta del Procurador General en tal sentido, como quedara reseñado), mientras que por otro se dice que lo que obliga al Tribunal es la estimación apriorística respecto de la imposibilidad en el caso concreto del dictado de una condena de ejecución condicional como entiende Magariños (en definitiva el argumento fundante de la negativa en el sub-judice), o aún que debe consistir en un análisis de la concurrencia de los presupuestos legales del instituto, como sostiene Vitale.-

Aquí también nos encontramos, en principio, con la última de las opciones, pues el Ministerio Fiscal consideró de aplicación el art. 189 bis inc. 2) cuarto párrafo, del CP., injusto que no admite el instituto solicitado.-

En definitiva, esa fue la postura del Acusador Público, en ejercicio del control de legalidad al que alude Vitale, convalidada por el Juez actuante.-

IV.- Pero, hemos visto que el precepto jurídico propuesto no se condice con el hecho descripto, por lo cual de las tres hipótesis

mencionadas respecto de los potenciales contenidos de un dictamen Fiscal desfavorable, ni el segundo (la expectativa de pena que exceda la condena condicional), ni el tercero (la no concurrencia de los presupuestos legales del instituto), se ajustan al caso, por lo cual solo el primero, la no conveniencia político criminal de la concesión en el supuesto concreto debería ser analizada, lo que no fue materia de la evaluación por el A-quo.-

Esa es la razón por la cual procede revocar lo decidido y reenviar a la Ofijud Sarmiento las actuaciones a fines de que por intermedio del Magistrado que corresponda, se analice nuevamente la petición de la Defensa, previo determinación por el Fiscal del tipo penal aplicable al sub-lite.-

En cuanto a esto último, este Cuerpo carece de facultades de control respecto del procedimiento intermedio, que se abre con la Acusación, y se cierra con el Debate, excepto citaciones como la que aquí se configura, en la cual se advierte que el precepto penal de fondo propuesto no sintoniza con el hecho a tribuido, y al solo efecto del análisis de la concesión de la "probation", decisión denegatoria que sí forma parte de la competencia de la Cámara.-

En virtud del tenor de lo que se resuelve, carece de relevancia expedirse respecto del resto de las argumentaciones del recurrente. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

Los antecedentes del caso traído a conocimiento ya han sido desarrollados por mi colega preopinante no obstante ello entiendo pertinente resaltar algunas cuestiones que abordamos en el proceso deliberativo a partir de las manifestaciones del Sr. Fiscal en torno al suceso endilgado a J. A. P. cuando fue consultado en relación a la subsunción legal que había efectuado en la acusación.-

1.- Estrictamente el rechazo de la solicitud de suspensión del juicio a pena obedece a que la escala penal prevista para el delito atribuido, Portación de arma de guerra (art. 189 bis, inc. 2do., 4to. párrafo del C.P.), excede en su mínimo los tres años de prisión y por ende es inviable la imposición de la pena en suspenso ante el eventual de condena como claramente se extrae del art. 76 bis del sustantivo.-

Cabe aclarar que los argumentos del impugnante tal los ha presentado a primera vista, no tienen entidad para conmover el pronunciamiento en crisis, pero la cuestión se suscita a partir que advertimos que la adecuación legal de la conducta por el Titular de la Acción en la acusación no guarda relación con el hecho que se le endilga y sobre tal condición le es negado el beneficio.-

En dicha pieza procesal se atribuye al imputado la portación de un arma de fuego, pistola 9 mm. marca FW Browing con un

cargador sin munición mencionando también el fiscal, sin marcar relación, que en la vía pública se secuestró una vaina servida marca CBC Luger 9 mm.; al ser consultado en la audiencia del art. 385 del C.P.P. por mi colega, el Dr. Montenovo, que vinculación tenía con la imputación, reconoció que ninguna, dado que la pericia que se practicó no la estableció y que en definitiva el arma de fuego se encontraba sin municiones, por ende tal encuadramiento resulta manifiestamente erróneo e impidió al imputado la posibilidad de acceder a la suspensión de juicio a prueba.-

Sabemos que es unánime y pacífica la doctrina y la jurisprudencia en cuanto la portación de arma de fuego requiere que ésta se lleve consigo, en condiciones de funcionamiento y apta para el disparo, cargada y en lugar público; se extrae entonces de la pieza acusatoria que el hecho descripto dista sensiblemente del tipo seleccionado que ha impedido en el caso, como ya dijera, acceso al beneficio solicitado en razón de la escala penal prevista para el mismo en función del requisito del ar. 76 bis. del C.P..-

2.- No escapa a este análisis que la solicitud fue presentada luego de dictado el auto de apertura a juicio y que en la audiencia preliminar no fue debatida la cuestión admitiendo el Juez la acusación en todos sus términos. Sobre el particular ya nos hemos pronunciado en el sentido de la conveniencia de que tal instancia no se reduzca solo a un control formal, sino también sustancial a fin de que la decisión de someter a juicio el

imputado no resulte apresurada, ni superficial y menos arbitraria; el problema se suscita en relación a la competencia de este Tribunal que advierte el error y a partir de ello si puede revisar lo actuado en tal instancia (sentencia nº 14/2014, del 10/06/2014, autos "cariacedo, Rodolfo Daniel s/ Lesiones leves y graves culposas", Carpeta Nº 952 O.J.S.).-

En principio parecería que no, considerando también la imposibilidad de avanzar indebidamente sobre el poder de la acción, pero en el caso no resulta una mera discrepancia o desacuerdo con el criterio del Fiscal sino de un error esencial que ha impedido al imputado acceder a un beneficio.-

Hace a la objetividad y legalidad con que debe actuar el Ministerio Público Fiscal (art. 194 C.Ch.) verificar si en el caso particular esa conducta humana exteriorizada ha quebrantado la vigencia de la norma penal. En el caso no descartamos un quebrantamiento pero no en los términos de la norma seleccionada y nada impide discutir nuevamente la cuestión partiendo de la correcta adecuación.-

Por otra parte no podemos dejar de atender que el Titular de la Acción tiene amplias facultades para modificar en el curso del proceso el significado jurídico de la imputación, lo que por ejemplo ocurre habitualmente en el procedimiento abreviado cuando aún superada la etapa preliminar ya admitida la acusación, se presentan las partes ante el tribunal de

juicio designado y presentan acuerdo en base a una calificación jurídica distinta fundamentada por el Fiscal.-

Volviendo sobre el rol de los Jueces penales en un proceso adversarial, como ya dijera es necesaria una intervención pro activa y no podemos dejar de controlar la observancia de las garantías y derechos que asisten a las personas sometidas a proceso, y en el sub-judice ha resultado evidente que el encartado sostuvo su derecho de acogerse a la suspensión de juicio a prueba pero le fue negado por un error manifiesto en la significación jurídica asignada a la conducta lo que no puede convalidarse en esta instancia y por ello adhiero a lo propuesto por mi par que lidera la votación en cuanto revocar el decisorio atacado para que en una nueva audiencia se aborde debidamente la solicitud sobre el análisis de la adecuación jurídica que corresponde a la conducta en base los hechos fijados en la acusación, lo que así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Teniendo en cuenta que, conforme el resultado de la etapa de deliberación, mi postura hubo de quedar en minoría respecto a la procedencia de la impugnación, en el presente caso; solo procuraré, en el presente voto, dejar a salvo en lo esencial dicha opinión disidente, de modo suscinto.-

II.- Recientemente, en el precedente de la sentencia n°

14/2014 –también voto minoritario-, se tuvo en cuenta que como lo ha enseñado desde siempre la doctrina nacional, la etapa recursiva es considerada como el "reducto" del principio dispositivo en el proceso penal; o también se la concibe, como el "imperio" del mismo (cfme. Clariá Olmedo: "Tratado", t. IV, pág. 444; y D'Albora: "Código Procesal Penal de la Nación …", pág. 561). Todo lo cual implica que el tribunal *ad quem* puede conocer solo en la medida que existe un recurso, y en la extensión que este lo plantea; y además, es menester también observar las disposiciones rituales acerca de la impugnabilidad objetiva de las decisiones de los tribunales (art. 370 CPP).-

Añadimos que, inclusive, alguna doctrina procesal califica a esta restricción del conocimiento del tribunal *ad quem*, que se establece en todo régimen recursivo (v. art. 369 del CPP), como una de aquellas circunstancias "tradicionales", que de modo habitual son consideradas como un auténtico "impedimento procesal" (cfme. Pastor, Daniel R.: "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales"; en la obra colectiva: "Homenaje a Claus Roxin. Nuevas formulaciones en las ciencias penales", edit. Lerner, Córdoba, año 2001, págs. 793 y ss.).-

A mayor abundamiento, también merece recordarse en relación a la referida categoría de "impedimento procesal", que la misma ha sido denominada como "ausencia de un presupuesto procesal", o "presupuesto procesal en sentido negativo"; definiéndose a los "presupuestos

procesales", como aquellas circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él, y distinguiéndose entre "presupuestos procesales positivos y negativos, estos últimos también llamados impedimentos procesales" (cfme. Roxin, "Derecho procesal Penal", edit. del Puerto, Bs. As., págs. 165 y ss.).-

III.- Por otra parte, también se recordaba en aquel voto de la sentencia ya citada -14/2014-, el inveterado criterio según el cual "… el hecho que el juzgador debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba es el descripto en la pieza acusatoria …" (Trib. Sup. de Justicia de Córdoba, sala Penal, autos: "Bengio, Néstor H.", sentencia de fecha 18/4/2011, public. en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", edit. AbeledoPerrot, enero 2012, págs. 106 y ss.; entre otras). Asimismo, puso de resalto dicha jurisprudencia, que la petición de la suspensión del proceso supone que, tanto la defensa como el fiscal y el tribunal hayan alcanzado el consenso en base al relato acusatorio, "sin objetar su legalidad" (cfme. Frascaroli, María Susana: "Suspensión del juicio a prueba. Estándares fijados por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", en la obra colectiva: "Proceso penal: nuevos estándares y controversias", citada en mi voto de la sentencia n° 03/2010).-

En particular, en el presente caso, se aprecia que la Defensa si bien recurre la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba,

sin embargo en modo alguno cuestiona en esta instancia la legalidad de la acusación pública que le precede, ni ha intentado modificar la calificación del hecho, como presupuestos o antecedentes lógicos de su petición a favor del beneficio –que es incompatible con el enfoque típico de la acusación fiscal-. En tales condiciones, la impugnación resulta claramente inadmisible en lo sustancial, teniendo en cuenta además que el Ministerio Público Fiscal ha invocado la vigencia de la Instrucción nº 003/13 de la Procuración General de la Provincia del Chubut.-

La jurisprudencia en la materia respalda esta solución, concluyendo que en supuestos como el que nos ocupa, el dictamen negativo del Ministerio Público resulta vinculante para el órgano jurisdiccional. Así lo viene sosteniendo la Cámara Federal de Casación Penal, v.g. acogiendo recursos del Ministerio Público Fiscal contra resoluciones que admiten la suspensión de juicio a prueba, pese a la oposición fiscal (cfme. entre muchos otros, el precedente de la causa: "M. R.", del 23/5/2014, de la sala 4ª., sumario publicado en la "Actualidad en la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal 3/2014", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, edit. AbeledoPerrot, setiembre 2014, págs. 1793 y ss.).-

Por su parte, la Sala Penal del STJ de la provincia de Córdoba, entiende que "… para que el dictamen fiscal negativo vincule al juez que debe resolver un pedido de suspensión de juicio a prueba, éste debe

reunir, determinadas condiciones. Ello es así, pues una denegatoria carente de debida fundamentación configura un ejercicio arbitrario de la aludida potestad por parte del Ministerio Público, el cual autoriza a prescindir del mentado requisito legal. En ese contexto, se ha dicho que el análisis del representante del Ministerio Público Fiscal **deberá versar sobre si se trata de un caso excluido del beneficio –v.gr., por el monto y clase de pena**…-, o si, por las condiciones del imputado y del hecho acusado, no sería procedente la condena condicional. Cumplidos tales requisitos de fundamentación y verificados por el tribunal los extremos invocados por el fiscal, el dictamen se erige en **vinculante** para el órgano jurisdiccional y en **fundamento bastante** para el rechazo del beneficio solicitado ("R. R. A.", rta. el 4/11/2013, v. "Actualidad en la Jurisprudencia de la Provincia de Córdoba 2/2014", publicada en Revista Derecho Penal y Procesal Penal, edit. AbeledoPerrot, julio 2014, págs. 1428 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

En la doctrina procesal, Ferrajoli ha sostenido que la separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás (cfme. "Derecho y razón", edit. Trotta, Madrid, 1997, pág. 581 y 567). Y Maier destaca que la nota de imparcialidad o neutralidad, no es un elemento inmanente a cualquier organización judicial,

sino un predicado que necesita ser construido, para lo cual operan tanto las reglas referidas a esa organización como las reglas de procedimiento (cfme. "Derecho Proc. Penal", t. I, edit. del Puerto, año 2004, págs. 741/2).-

IV.- No pongo en duda la conveniencia de una instancia de contralor no solo formal, sino también sustancial, que debería darse en la etapa penal preparatoria, por sobre todo a fin que la decisión de someter a juicio al imputado, no sea apresurada, ni superficial, y menos todavía arbitraria –como lo enseña Binder (citado por la jurisprudencia de la C.Apel. y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, sala 1ª, sent. de fecha 19/12/2013, autos: "R., J. E.", public. en "Revista de Derecho Penal …" ya citada, mayo 2014, págs. 1085 y ss.)-; el problema es que la competencia de este tribunal de impugnación, no puede comprender la revisión de oficio de otras cuestiones propias de la etapa preparatoria, y ajenas a la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba en sí misma –ni siquiera podría ser materia de ningún otro tipo de recurso (ausencia de impugnabilidad objetiva), ya que no lo admite el ordenamiento ritual de la provincia del Chubut (arts. 61, 68, 71, A, 1, 298, 5° párr., 363, 369, 370, 374 y ccs. del CPP)-, a diferencia de otras legislaciones locales (v.g. a título comparativo: Córdoba, Provincia de Buenos Aires, etc.).-

Por último, también debemos tener presente que todo control judicial de la legalidad y razonabilidad de un dictamen fiscal, nunca

debe derivar en un avance indebido sobre el poder de la acción y, en consecuencia, sobre la imparcialidad judicial. Así lo ha advertido la jurisprudencia, quitándole su aval a declaraciones de nulidad, que revelaban "una mera discrepancia con el criterio de quien es titular de la acción pública"; o "un mero desacuerdo" con la propia intelección del órgano jurisdiccional (cfme. C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sentencia del 8/11/2011, causa n° 45.736, entre muchas otras, en "Actualidad en la Jurisprudencia de la Justicia Federal 2/2012", publicada en "Revista de Derecho Penal …", ya citada, noviembre de 2012, págs. 1937 y ss.).-

En consecuencia, si se halla debidamente fundada la denegatoria de la Suspensión de Juicio a Prueba, sobre la base de un dictamen fiscal negativo, y a su vez también motivado, de acuerdo al contenido de la acusación pública, que es su presupuesto lógico, por razones de interés público como la Instrucción nº 003/13; el recurso contra tal decisión -basado en una futura reforma del C.P., que podría llegar a autorizar al Juez a determinar la pena, en el caso concreto, por debajo de los mínimos legales-, carece de adecuado sustento, y no debiera receptarse favorablemente. Lo mismo cabe predicar de la alusión genérica, a "otros casos", en que se habría resuelto por la afirmativa, "aún con mayor pena mínima", lo que provocaría una "desproporción" respecto a P..-

V.- A título meramente ilustrativo, también merece

recordarse el precedente de la resolución interlocutoria n° 05/2011 de esta Cámara en lo Penal; mediante la cual se rechazó, por inadmisible, una impugnación similar dirigida contra una denegatoria de suspensión del juicio a prueba, y sin llegar a celebrarse la audiencia del art. 385 CPP; precisamente, con el argumento de que el tribunal del recurso debía ceñirse al encuadre jurídico asignado en la acusación –que preveía una pena mínima superior a los tres (3) años de prisión-, y mal podía adentrarse en el análisis de la calificación en la presente etapa procesal, por tratarse de materia propia del debate.-

VI.- Por todo lo expuesto, me pronuncio por la negativa.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

En orden al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. A. P., contra la decisión interlocutoria que deniega la Suspensión del juicio a prueba; revocar la mencionada denegatoria de Suspensión de Juicio a Prueba y remitir la carpeta debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial de Sarmiento la realización de una nueva audiencia a los efectos de tratar la Suspensión de Juicio a Prueba.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha llegado en la cuestión

precedente, adhiero a lo propuesto por mi colega es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. A. P., contra la decisión interlocutoria que deniega la Suspensión del juicio a prueba; revocar la mencionada denegatoria de Suspensión de Juicio a Prueba y remitir la carpeta debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial de Sarmiento la realización de una nueva audiencia a los efectos de tratar la Suspensión de Juicio a Prueba.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En atención al resultado al que se arribara por mayoría, adhiero al dictado del pronunciamiento que proponen los colegas que me preceden en el orden de votación.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. A. P., contra la decisión interlocutoria que deniega la Suspensión del juicio a prueba (arts. 49, 71 inc. A 1, 329 y ss., 370, 374, 382 y ss. y cc. del CPP).--

---

2º) REVOCAR la mencionada denegatoria de Suspensión de Juicio a Prueba y **REMITIR** la carpeta debiendo disponerse por intermedio de la Oficina Judicial de Sarmiento la realización de una nueva audiencia a los efectos de

tratar la Suspensión de Juicio a Prueba.----------

3º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Sentencia nº 33/14

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Múller. Daniel Luis María Pintos.-