CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/A., I. S. - (NIC N°3504 - NUF.N°32270).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los 27 días del mes de marzo de dos mil diecisiete, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la Sra. Juez de Cámara, **Dra. Carina Paola Estefanía**, en su carácter de Presidente, el **Dr. Alejandro Defranco** y la **Dra. Nelly García** a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ A., I. S.- (NIC N°3504 - NUF. N°32270)**, en la que tuvieron debida participación el **Fiscal General, Dra. María Bottini**, en representación del Ministerio Público Fiscal, y la **Dra. Carolina García, funcionarla de la Defensa Pública, en representación de la Sra. I. S. A.**

Y CONSIDERANDO:

Que el día 17 de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del C.P.P. presidida por la Dra. Carina Estefanía, en la que la Dra. Carolina García, ratificó los fundamentos de la impugnación ordinaria sostenidos en su expresión de agravios, contra la resolución dictada por el Hernán Dal Verme, el 4 de enero de 2017, que le denegó la Juez suspensión del juicio a prueba a su defendida I. S. A..

La Defensa en primer lugar realizó una síntesis de los antecedentes del caso y los fundamentos del magistrado.

En cuanto al dictamen del fiscal y en relación a la forma de calificar los hechos acusados, cuestionó la legalidad del mismo, por el modo de concursar los hechos como concurso real y no como delito continuado, como lo habla propuesto la defensa.

Dijo que el magistrado sostuvo que la defensa no cuestionó la calificación legal al responder la acusación pública y que no puede ingresar a un análisis de mayor profundidad porque es adentrarse en el examen de evidencias que se producirán en el juicio oral y que el art. 296 del

C.P.P. proscribe del ámbito de la audiencia preliminar la discusión de cuestiones propias del juicio oral.

Consideró que es contradictorio, porque afirma que era posible cuestionar la calificación al contestar la acusación y no explica, por qué tratarlo ahora, sería una cuestión propia del debate.

Citó el fallo del Superior Tribunal de Justicia Vega, Gustavo Osvaldo s/ homicidio y lesiones culposas en accidente de tránsito, que resuelve la necesidad de expedirse sobre la calificación legal, ya que es esencial para la concesión o no del recurso.

Sin perjuicio de ello, resaltó que con la calificación legal propuesta por el Ministerio Público Fiscal, el mínimo de la pena es un mes y no tiene antecedentes, por lo que es muy factible que la sentencia condenatoria sea en suspenso.

En cuanto a la razonabilidad del dictamen fiscal, y atendiendo a la características esgrimidas sobre la vulnerabilidad de las victimas, consideró que tales circunstancias de vulnerabilidad no eran de la gravedad que pretende la parte acusadora, porque la Sra. G. tenia su dinero resguardado en el sistema financiero y el patrimonio de la anciana y el de todos, quedó desprotegido porque los comerciantes no comprobaron la identidad de la persona que utilizaba la tarjeta.

Tampoco puede valorarse el aprovechamiento de una relación de confianza como agravante de la pena, porque está en el tipo de la estafa.

Alega que el magistrado hace alusión a criterios de prevención general y especial de la pena, ya que a pesar de la afectación de patrimonios particulares existe un interés público en la prosecución del proceso. Sin embargo no alcanza a justificar por qué razón resulta conveniente que la Sra. A. cumpla la pena bajo la modalidad de encierro. Citó el voto del Dr. Sarquis en el caso: Provincia del Chubut c/S., A. P.

Con relación a la reparación económica ofrecida afirma que es ilegal y arbitraria la argumentación de que la suma ofrecida no alcanza a cubrir el perjuicio patrimonial

ocasionado. Ya que la oferta de reparación económica se debe analizar en relación a las posibilidades concretas de la imputada y no al monto del perjuicio ocasionado. Y las víctimas fueron escuchadas, la representante de la Sra. G. dijo que no quiere plata, no quiere nada. Quiere que se porte bien. El representante del Supermercado L. A., dijo que no le interesaba recibir los $200 ofrecidos, ya que la mercadería se reintegró al salón de venta. O. aceptó los $500 ofrecidos. Las mismas victimas renuncian al reclamo reparatorio, el monto de la reparación no fue tema de controversia en la audiencia, no advierte con que razones descalifica la reparación ofrecida e invoca criterios de prevención general y especial en forma abstracta para fundar un eventual penal de cumplimiento efectivo.

Sobre las razones de política criminal, expresó que dichas razones fueron invocadas por el Sr. Fiscal basándose en la instrucción N° 1/09 del Procurador General de la Provincia. Destacó que sin embargo esta invocación debe desecharse porque no es aplicable a la Sra. A., quien no es una delincuente habitual o profesional. Que aunque se la considerara habitual, dicha instrucción invocada por el fiscal sugiere prestar el consentimiento aunque sea una sola vez.

Respecto a los fundamentos de política criminal sugirió como una meta deseable, la aplicación de soluciones alternativas en los delitos cometidos sin grave violencia física o amenaza de ella y ejecutados por agentes primarios. Hizo mención a que dicho criterio fue aplicado en un sentido distinto por el Ministerio Fiscal, en un caso de similares características al presente, citó el dicho antecedente "Provincia del Chubut c / B., L.", en el mismo la imputada sustrajo la tarjeta de débito a un hombre de 64 años y realizó cuatro extracciones en un cajero automático.

Hizo mención a que deberla ser aplicado al caso un criterio sobre la política criminal de mínima intervención: dijo que las tres víctimas del caso están de acuerdo con la vía procesal propuesta, la representante de la Sra. G. sólo dijo que le interesaba que la imputada no siga molestando

ancianos y que se comprometa a portarse bien.

Ofreció como prueba los audios de la carpeta N° 3830, "Provincia del Chubut c/ B.".

Hizo reserva de caso federal y solicitó que se revoque la resolución apelada, y se le otorgue la suspensión del juicio a prueba.

En la audiencia ratificó el contenido de su escrito y aclaró que en este caso la calificación legal y la forma del concurso, incide en el máximo de la escala penal aplicable, que quedarla entre un mes y cincuenta y nueve años. Agregó que el caso que citó, la causa 3830 en que se aceptó la reparación económica, lo hace para remarcar que eran cuatro extracciones de un cajero automático y lo tomaron como hecho único y se aceptó la reparación por ser la mejor solución por su interés netamente patrimonial.

A preguntas efectuadas, dijo que en su presentación en la audiencia del 14 de noviembre de 2016, ofreció someterse a prueba por el término de un año y medio, y realizar 60 horas de trabajo comunitario y como reparación pagar $5000 a G. en 10 cuotas de $500, y a O. $300 que mejoró a $500, que aceptó.

A su turno, el Sr. Fiscal General, Dr. Fernando Rivarola, al responder dijo que el recurso debe ser rechazado.

Destacó que son requisitos fundamentales para la procedencia, el consentimiento fiscal y la posibilidad de que la pena a aplicarse sea de ejecución condicional.

Citó doctrina y jurisprudencia, y dijo que para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, se requiere a modo de a modo de sintesis, a) el consentimiento fiscal es un requisito previo que requiere la norma b) no es una facultad discrecional ni mucho menos graciosa del fiscal, debe hallarse debidamente motivada c) en punto a la negativa la motivación debe fundarse en la falta de un presupuesto de legalidad o admisibilidad, e) ese presupuesto puede estar referido a la imposibilidad de que la eventual condena fuere

de cumplimiento en suspenso y e) en la medida en que no fuere manifiestamente arbitraria, vincula al órgano jurisdiccional.

En el caso dio razones suficientes para sostener que la eventual condena no sería en suspenso. Resaltó que la sentencia en crisis ha sido debidamente fundada, y que el Juez dio respuesta a cada uno de los planteos propuestos por la Defensa. Remarcó que ésta es la postura de la Cámara de Esquel.

Ofreció como prueba los audios de las audiencias celebradas en esta carpeta; Y finalmente dijo que ampliará sus argumentos en la audiencia y solicitó que rechacen el recurso interpuesto.

En la audiencia, se hizo presente la Fiscal General Dra. Maria Bottini, quien ratificó el escrito presentado oportunamente por el Dr. Rivarola. Sostuvo que la resolución del Juez Dal Verme es ajustada a derecho y no es arbitraria, ya que rechaza el pedido por no contar con el consentimiento del Ministerio Fiscal, el que considera que es legal y razonable.

Dijo que no solamente está en juego un interés patrimonial, ya que involucra a victimas especialmente vulnerables y que su gravedad está dada además por la cantidad de hechos.

Que con relación a la calificación legal, manifestó que surge que fueron 9 hechos a los que se sumaron dos más, cada uno con distintas planificaciones y distintas unidades de acción, que en el plenario podría surgir un dolo único, que abarque a todas. Que aunque se acorte la escala entre un mes y seis años, la mitad nos llevarla a tres años y quince dias, lo que justifica una pena de efectivo cumplimiento. Además manifestó que la gravedad del caso es la cantidad de hechos, con un plan que previo la mejor manera de defraudarla.

En definitiva solicitó que se rechace el planteo y se confirme la resolución atacada.

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P.- A esos fines el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: Ira.) ¿Debe admitirse o rechazarse la

impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de la Sra. I. S. A. contra la resolución que le denegó la suspensión del juicio a prueba? 2º)¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: García - Estefanía- Defranco.

La Juez Nelly García dijo: En primer lugar comparto la postura del Ministerio Público Fiscal, que para la concesión de la suspensión del juicio a prueba es necesario contar con el consentimiento del Fiscal, que no es un mero control de las condiciones de procedibilidad, sino que también aplica criterios de política criminal, en ejercicio de la acción pública, de la que es titular.

Comparto también, que cuando ese dictamen negativo es fundado en la norma y razonable en sus fundamentos, obliga al Magistrado.

En sintesis, la resolución del Juez Dal Verme niega la suspensión del juicio a prueba, por considerar vinculante la oposición fiscal que considera legal y razonable. Por ello, la cuestión a resolver en esta instancia, es revisar si el dictamen fiscal fue correctamente valorado por el Juez.

Asi, ' voy a considerar que según la acusación pública se le imputan a S. A. en el legajo N° 32270 contra la Sra. S. E. G. los hechos ocurridos: 1) entre el 27 de marzo y el 6 de abril de 20015, la sustracción de un teléfono marca Nokia modelo 1001 2) el 28 de marzo de 2015, se apoderó de la tarjeta de débito del Banco de la Provincia del Chubut y a las 10:49 hs. compró machimbre en "C. P." por $1082. 3) el 28 de marzo de 2015 a las 11:03 hs. con la misma tarjeta compró en M. prendas de vestir por $ 3.039. 4) el 31 de marzo de 2015 a las 16:53 hs. con la misma tarjeta compró en L. M. por $2.776. 5) el 1 de abril de 2015 entre las 17:20 y las 17:22 hs. compró en T. por $ 9.000. 6) el 2 de abril de 2015 entre las 9:14 y las 9:37 hs. con la misma tarjeta en el cajero 2703, hizo seis extracciones con la misma tarjeta, por un total de $ 1.800. 7) el 3 de abril de 2015, a las 8:46 hs. en el cajero 2715, hizo una extracción por $2000 8) el 4 de abril de 2015 a las 9: : 3 7 hs. con la misma tarjeta en el

cajero 2715 hizo una extracción por $2000 9) el 5 de abril de 2015 entre las 12:12 y las 12:15 hs. en el cajero 2715 hizo cuatro extracciones por un total de $ 1.700 9) el 4 de abril de 2015 entre las 10:33 y las 10:39 hs. en A. V., con la misma tarjeta compró prendas de vestir por $6.980 y 10) el 6 de abril de 2015 a las 9:50 hs. a las en A. V., compró por la suma de $3.800.

En el legajo N° 34680/16 se le imputaron dos hechos más: 1) el ocurrido en Trevelin, el 4 de enero de 2016 a las 14.00 hs, se apoderó ilegítimamente de un celular marca LG del Señor O. R. y 2) en Esquel, el 30 de agosto de 2016, a las 9:30 hs en el Supermercado L. A. en 9 de Julio y Roca se apoderó de cuatro cajas de chicle Top Line, un Kit Kat marca Nestle, siete sobres de jugo marca Tang y cinco paquetes de galletitas de chocolate marca Toddy, ocultos en una bolsa.

En primer lugar, considero que la audiencia preliminar es la oportunidad procesal para cuestionar la calificación legal y que cuando se trata de solicitar la suspensión del juicio a prueba, la calificación propuesta por el Ministerio Público es relevante para su procedencia. En este caso el planteo fue oportuno.

El magistrado sostuvo la legalidad del dictamen fiscal por la relación existente entre la descripción fáctica que sirve de objeto a la acusación y su subsunción jurídica provisoria y la ponderación de la escala penal aplicable a esa tipificación.

La legalidad no es lo cuestionable porque está fundado en la ley aplicable al caso; pero ello no es óbice para que se cuestione la razonabilidad del dictamen.

El cambio de calificación que propone la Defensora, como delito continuado, es también razonable; pero no cambia la situación de la imputada, ya que los hechos reprochados siguen encuadrando en el párrafo cuarto del art, 76 bis. Y es necesario que el Fiscal se expida sobre la posibilidad de aplicar una condena de ejecución condicional.

Tengo en cuenta que ha fijado una escala punitiva que va de un mes a cincuenta y nueve años de prisión y estima una pena de cuatro años. Precisamente como dice el Dr. Eugenio

Zaffaroni la doctrina ha creado el concepto de delito continuado para evitar estas consecuencias absurdas, cincuenta y nueve años por nueve defraudaciones reiteradas.

En el caso, la imputada sustrajo a la Sra. G. la tarjeta de débito del Banco del Chubut y obtuvo el dato del PIN para poder operar con la misma, hizo compras en comercios pagando con débito automático y extrajo dinero de dos cajeros, todos los dias entre el 28 de marzo de 2015 y el 6 de abril de 2015, causándole un perjuicio patrimonial del mismo tipo.

En el delito continuado, según el autor citado, hay varias conductas, pluralidad de acciones como en el concurso real, pero son dependientes entre si, por lo que jurídicamente se las computa como una sola acción.

Se debe verificar la existencia de un dolo unitario, factor final, no hace falta llegar a la etapa del juicio para afirmar que se apoderó de la tarjeta y quiso usarla. Hay repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, el patrimonio de la anciana. Denota la dependencia de las acciones, la realización de cada acción de forma similar, utilizar la tarjeta con las dos operaciones que permite, compras con débito y extracciones. Además hay identidad física del titular, es la misma victima. La dependencia está marcada porque los hechos merecen la misma calificación, defraudación con tarjeta magnética, (algunas consideraciones acerca de la teoría del **concurso de delitos**) www.pensamientopenal.com.ar/system/files/.../doctrina30625.pdf '

De esta manera concursarían realmente el hurto y las defraudaciones en perjuicio de G., el hurto a O. R. y la tentativa de hurto a "Supermercados L. A.", lo que reduce la escala aplicable entre un mes y 11 años y 4 meses de prisión.

En segundo lugar, las víctimas fueron escuchadas, O. estuvo de acuerdo y aceptó la reparación, el representante del Supermercado L. A. no tiene interés porque recuperó la mercadería y la nuera de la Sra. G. no aceptó la reparación porque no quiere dinero, solo pretende que no vuelva a cometer ese tipo de delitos. La cuestión patrimonial está resuelta.

La Instrucción 001/09 del Procurador Fiscal, permite a los reiterantes que accedan una sola vez a soluciones reparatorias o conciliatorias y luego una vez a la suspensión del juicio a prueba.

En tercer lugar, comparto y acepto que se aprovechó de victimas especialmente vulnerables, como G. y O., sin que el reproche desaparezca por la falta de control de los comercios, que hubiera disminuido el daño causado.

Que el abuso de confianza puede ser un agravante para los casos de la sustracción de los celulares y otros objetos. Y que además, sigue siendo reiterante por la comisión de varios hechos, más allá del tipo de concurso.

Sin embargo, la irrazonabilidad del dictamen fiscal se manifiesta en el monto de la pena ponderada, cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo.

Considero que se debe ingresar a la escala por el minimo como la interpretación más favorable a la imputada, que es un mes de prisión, con todos los agravantes aceptados, es ilógico que el cálculo supere los tres años de prisión, tres años, es treinta y seis veces el minimo, para hechos sin violencia en las personas y delincuente primario.

La suspensión del juicio a prueba, es también una respuesta al delito, que no queda impune, porque hay reparación del daño a la victima, reparación social por el trabajo comunitario y prevención especial, por la obligación de no cometer nuevo delito y por las reglas de conducta, que se le pueden imponer.

Por lo expuesto, la resolución del Dr. Dal Verme debe ser revocada y hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba, ya que en este caso el dictamen negativo del fiscal no es vinculante por su falta de razonabilidad.

Por último, estimo que la Cámara está en condiciones de asumir competencia positiva, evitando un reenvió, que genera demoras innecesarias y conceder la suspensión del juicio a prueba.

Considero que el término de tres años aparece como razonable, para atender a las razones invocadas por el Fiscal, obligándose S. A. a no cometer nuevos delitos durante

la suspensión, abonar $500 al Sr. O. como reparación económica, realizar 60 hs de trabajo comunitario en el Centro Comunitario.

Corresponde en esta instancia regular los honorarios de la Dra. Carolina García, como Funcionaría de la Defensa Pública, en representación de S. A.-, conforme el mérito de la labor realizada y el resultado obtenido en 20 **JUS.**

La Juez Carina P. Estefanía dijo: No queda mucho para analizar luego de lo expuesto por mi colega preopinante, ya en cuanto a la reseña del caso, ya respecto de las posiciones de las partes, o en orden a la interpretación del caso que corresponde tener aquí presentes.

Pero los magistrados debemos,' cualquiera sea el orden de la votación que nos toque, - aunque diciendo lo mismo que los anteriores, pero en otras palabras-, por coincidir plenamente en sus exposiciones, fundar nuestra decisión. Tal es mi situación, por lo cual intentaré honrar el mandato constitucional, y con la mayor brevedad posible.

Entonces, en primer lugar, y con relación a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, digo que si bien para determinado sector de la doctrina la mera disconformidad Fiscal obsta su aplicación (conf. Gustavo Bruzzone "Fiscales y Política 'Criminal" Pág. 159), los actos del Ministerio Fiscal deben ser fundados {arts. 194 C.Ch. y 114 CPPCh.), deriva del sistema republicano de gobierno consagrado constitucionalmente, la imposición de que las decisiones estatales sean razonables. En ello no hay divisiones doctrinarias. Vítale "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).

En consecuencia, y en tanto la decisión del Juez Penal 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 Dr. Hernán Dal Verme.

La tarea del revisor, consiste en determinar si tal control fue correcto o no, de alli que el dictamen deba

necesariamente ser materia de estudio.

¿Qué deberla decir un Fiscal para oponerse a una *probation* sin desoír el mandato legal de fundar sus opiniones de manera objetiva?

Ya sea que se considere 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, o que obliga al Tribunal en el sentido de una estimación aprioristica respecto de la imposibilidad en el caso concreto del dictado de una condena de ejecución condicional como entiende Magariños, o que debe consistir en un análisis de la concurrencia de los presupuestos legales del instituto, como sostiene Vitale, las razones expuestas aqui por los sucesivos funcionaros actuantes - que han sido uniformes- no ingresan en ninguno de los tres conceptos.

Ahora bien, más allá de las facultades del MPF, existe una obligación jurisdiccional insoslayable de controlar la legalidad y logicidad de esa opinión, pues los actos de la Fiscalía, son actos de autoridad emanados de quien detenta el monopolio d la persecución pública, que requieren de la necesaria razón jurídica que lo justifique y no torne la actuación en arbitraria.

En esa faena, cabe resaltar que la Juez realizó un análisis de los fundamentos esgrimidos por la Fiscalía al formular su oposición y concluyó, que con las razones expuestas , enmarcadas en el concepto de cuestiones de política criminal, se encontraba satisfecho el extremo mencionado, esto es que se trataba de una oposición razonada y fundada y que cumplía con los recaudos de fundamentación suficiente para desechar la solicitud de la imputada de ser beneficiado con una solución alternativa al ejercicio de la pretensión punitiva.

La defensa se agravia de la resolución, señalando por un lado que el Juez no motivó correctamente su decisión de considerar fundamentado el dictamen fiscal, que a su criterio no solo no lo estaba, sino que además, esta posición de la Fiscalía, afectaba el derecho de igualdad de los hombres,

toda vez que evidenciaba un cambio de postura con relación a otros casos similares, que impedía en la actualidad que personas acusadas por hechos similares en algunos casos accedan al instituto y otras no.

Adelanto que la Instrucción del MPF Nro. 01-09 de ninguna manera impide que el Fiscal de su consentimiento en casos como estos, por el contrario, al tratarse de una persona sin antecedentes, autoriza a que se consienta por una única vez la aplicación de un criterio de oportunidad, ya sea los previstos en el CPP o la Suspensión de Juicio a prueba.

Respecto del problema de la calificación disiento sustancialmente con el magistrado a quo, en cuanto niega a la recurrente, el derecho a impugnarla en la audiencia preliminar, siendo dicha etapa procesal la idónea para tal discusión, e incluso, la defensa podrá ofrecer prueba -las evidencias reunidas por el acusador u otras- para acreditar el supuesto error del MPF, sin que ello, de ningún modo signifique un adelantamiento del debate. De alli, que la resolución del Juez, no debe ceñirse a los argumentos traídos por las partes sino que si estas lo requieren, para probar un extremo fáctico, que tiene relación con la calificación legal, deberán acceder a las evidencias ofrecidas.

Tampoco es correcto el argumento del Juez cuando afirma que la Defensa debe cuestionar la calificación en el responde escrito a la acusación pública y que de no hacerlo en esa oportunidad, no podrá luego hacerlo durante la audiencia. No surge del Código Procedimiento Penal, una norma prohibitiva en ese sentido.

Se sostiene sobre este punto "La posición de la defensa en esta audiencia puede ser proactiva y controversial, porque es el momento en el' que puede adelantarse el contradictorio propio del juicio, sobre todo en los casos en los que la estrategia de la defensa es que el proceso no continúe en la siguiente etapa. Entre las opciones de la defensa se encuentra la posibilidad de cuestionar la legalidad de alguna prueba, la pertinencia de alguna prueba, solicitar un cambio de calificación o la absolución anticipada de su asistido". {Pág. 156, Audiencias preliminares al juicio oral. Alejandra

Alliaud, Colección Litigación y Enjuiciamiento penal adversaria, Director Dr. Alberto Binder, Ediciones Didot Ed. 2016)

Advierto que los nueve hechos calificados como estafa en concurso real, más allá que hayan sido realizados en diversos lugares y momentos, tienen en común la modalidad, la victima y una única intención. De modo que deben aplicarse las reglas del delito continuado. En cuanto al abuso de confianza, para estos hechos, nunca puede ser considerado un agravante, pues ello constituirla una doble valoración. Si en cambio para el delito de hurto en perjuicio del señor O..

Con respecto a la mayor vulnerabilidad de dos de las victimas, por su avanzada edad, considero que efectivamente puede ser apreciado como una agravante a la hora de estimar la pena aplicable, pero no como un obstáculo para conceder la suspensión de juicio a prueba, menos aun cuando ambas victimas no han manifestado su oposición a la concesión del instituto, ni han requerido una pena de encierro para la imputada. Se han limitado a expresar su deseo de que la imputada no cometa nuevo delito, lo cual puede ser logrado con las reglas de conducta y en cuanto a la reparación económica el señor Ojeda la aceptó, mientras que la señora G., dijo no interesarle.

Agrego, que la tercera victima, una empresa de supermercados, también manifestó su desinterés en la reparación, toda vez que la mercadería sustraída habla sido inmediatamente recuperada.

En este punto si bien el ofrecimiento a la señora de G. es mucho menor a la lesión patrimonial ocasionada, cabe señalar que el Juez no debió ignorar su desinterés por la reparación económica. Inevitablemente, dicha circunstancia debe ser considerada al verificar la razonabilidad de la reparación económica ofrecida, que sabido es no tiene como único parámetro el real daño ocasionado, sino las reales posibilidades de la imputada y en todo caso, cuando esta es razonable pero insuficiente, puede la victima no aceptar y recurrir a la acción civil.

Volviendo a la pretensión punitiva, entiendo que se debe

partir del mínimo de la escala penal -un mes de prisión- y luego de considerar los agravantes mencionados por el MPF -reiteración, daño patrimonial y mayor vulnerabilidad de las victimas- y • como único atenuante la falta de antecedentes penales de la imputada, -lo cual no significa que no existan otros- no es posible presumir que de acreditarse su autoría y la materialidad de los hechos descriptos, se le aplicarla a la imputada A. una pena que supere el mínimo referido, en más de treinta y seis veces y entonces habilitar una primera condena de cumplimiento efectivo.

Por otra parte, para que la primera condena no sea en suspenso se debe demostrar la necesidad de la pena de encierro, como un instrumento indispensable para la resocialización en el caso concreto, que incluye entre sus objetivos la internalización de las normas para evitar la nueva comisión de hechos delictivos.

De lo contrario, la pena se convierte exclusivamente en un medio de prevención especial negativa, esto es evitar mediante el encarcelamiento que durante ese periodo no cometa delitos.

La respuesta jurisdiccional, en cuanto afirma que la postura del MPF es una posibilidad en el universo jurídico y por ello es razonable, es una refutación meramente dogmática insuficiente para descartar la postura de la defensa, que también se encuentra inmersa en ese mismo universo jurídico. Para demostrar el error del argumento, digo que dicha respuesta puede servir -incluso- para justificar absurdos, como por ejemplo, que el MPF, conforme su postura solicite la aplicación de la pena máxima.

Por lo que llevo dicho, es evidente que tanto el dictamen fiscal denegatorio del beneficio, como el decisorio impugnado que lo siguiera, no están debidamente fundados en las condiciones legales propias del instituto, por lo que resultan arbitrarios, como lo sostuviera la Defensa, teniendo en cuenta que, se han configurados todos los requisitos para su concesión.

De alli que los agravios expuestos en tal sentido por la impugnante contra el resolutorio cuestionado, deben ser

acogidos, bastando ello para propiciar desde ya y por tales razones, la revocación del fallo. Adhiero en este caso, por encontrarse cumplidos todos los requisitos previstos para la concesión de la suspensión de juicio a prueba y a fin de evitar más demoras innecesarias, la postura de la Dra. García, en cuanto a que este Tribunal asuma competencia positiva y conceda la suspensión de juicio a prueba, por el término de tres años. Sobre el plazo de suspensión, entiendo que la propuesta de la defensa es insuficiente. Pues si bien los hechos expuestos no ameritan prima facie la aplicación de una pena de encierro, como propone el MPF, tampoco deben minimizarse a punto tal de suspender el juicio por un plazo tan exiguo como el sugerido por la recurrente.

Por último, agrego que los operadores del sistema y particularmente los fiscales y jueces, debemos tomar los recaudos necesarios y extremar la prudencia en el ejercicio de tales roles al analizar cada caso individual, tratando que las soluciones que se adopten sean lo más previsibles que se pueda, en resguardo tanto del valor justicia, como de la seguridad e igualdad jurídicas.

La selección de una calificación legal no apropiada al caso, con la solapada intención de evitar la aplicación de un criterio de oportunidad o una salida alternativa del juicio, como mínimo, no se corresponde con el deber de objetividad del MPF que debe guiar su actuación y debe provocar la alerta del Juez de Garantías, que está obligado a controlar ese extremo cuando -como en el caso- la contraparte la cuestiona.

Mientras tanto, no podremos soslayar los principios *"pro homine"* y de *"última ratio"* del Derecho Penal, consagrados en los fallos "Squilario", "Acosta" y "Norverto" citados, a la hora de decidir, respecto de si las razones que sustentan la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, son o no suficientemente idóneas para negarle a un imputado/a el consentimiento requerido para acceder al beneficio previsto por la legislación penal sustantiva. En este caso, por las razones expuestas hemos concluido que no.

Con relación a los honorarios adhiero sin más al monto fijado por mis colegas preopinantes. Asi voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo: 1.- Que vienen estos folios a consideración de este Cuerpo a raiz de la impugnación materializada por la Defensa Pública, a través de la Abogada Adjunta, Carolina Garcia, contra la resolución registrada bajo el número 18/2017, del 4 de enero del corriente año, por la cual se deniega la petición de aplicar al caso la suspensión del proceso a prueba respecto de la imputada I. S. A..

2.- Es bueno recordar que en sucesivas audiencias se solicitó la SJP respecto a la nombrada, a quien se le imputa la presunta comisión de los delitos de Hurto y Hurto en grado de tentativa en concurso real con Estafa mediante el uso de tarjeta magnética reiterado en nueve hechos (concursados materialmente a su vez), de los arts. 173, inc. 15, 162, 42, 45 y 55 del Código Penal en carácter de autora (sic, acusaciones de fojas 6/14 y 32/36).

3.- Que en su libelo impugnativo, la quejosa explica que se ha denegado el derecho a suspender el proceso a prueba a su pupila procesal, en primer lugar, porque el Fiscal en su dictamen sostuvo que si bien el minimo de la escala penal aplicable permite la aplicación de una pena en suspenso, la reiteración de hechos ratifican la pretensión de una pena de efectivo cumplimiento, habiendo cuestionado la Defensa el concurso real planteado, lo que reducirla sensiblemente la escala penal aplicable, pero el Juez escogió la tesis fiscal, con el fundamento de que en el universo jurídico la misma es viable.

"Lo cierto es -remata la Defensora- *que el mínimo de la escala penal de los delitos reprochados es un 1 (un) mes y la imputada no cuenta con antecedentes penales condenatorios. Puede afirmarse, entonces, que ante la eventualidad del dictado de una sentencia condenatoria, la misma podría ser de cumplimiento condicional. Admitida ésta hipótesis en abstracto debe por lo tanto otorgarse la suspensión del juicio a prueba. Ya que no se han dado razones suficientes para sostener la conveniencia de que la Sra. A. sea sometida a pena de efectivo cumplimiento...*

4.- El Juez Dal Verme, efectivamente, y por entender

vinculante al dictamen fiscal en ese sentido, deniega el derecho a suspender el proceso a prueba en razón de que la legalidad del dictamen viene dada por la relación existente entre la descripción fáctica que sirve de objeto a la acusación y la subsunción jurídica provisoria y su razonabilidad se vincula "a *la naturaleza de los criterios de política criminal esgrimidos para sostener que la condena a aplicar será de cumplimiento efectivo...".*

5.- 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 -del imputado- 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...".

Además expresé 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."

Como en esa ocasión, repito ahora, que mal puede alzarse como óbice para la concesión del derecho a suspenderse la persecución penal consideraciones de política criminal, de ingeniería procesal o pareceres personales y subjetivos de los intervinientes, tan lejanos a los términos legales como a la' posibilidad de confrontación en un debido proceso contradictorio.

6.- La exigencia de fundar expresamente la prisión

efectiva cuando resulta procedente la condenación condicional, y también cuando de ello depende el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, ha sido establecida por la Corte Nacional en "Squilario, Adrián- Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de' participe primario - Smoldi, ' Néstor Leandro s/ defraudación especial en gdo. de participe secundario", de fecha 8/8/2006. I

En su párrafo 6 de la sentencia se lee: "Es que si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debia ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estarla 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...". .

7.- Ello asi, la fundamentación de la fiscalía y la resolución del Juez son solo aparentes puesto que, de mas esta recordarlo, no se ha motivado adecuadamente las razones por las cuales se escoge la posibilidad de que la pena a aplicarse, en caso de recaer condena, fuera a ser de efectivo cumplimiento mientras que, en abstracto, cabe la posibilidad, rayana en la certeza, que la misma lo sea en los términos del art. 26, máxime teniendo en cuenta la falta de antecedentes de la acusada.

8.- Se agravia también la recurrente en el hecho que *"el Sr. Juez Dal Verme considera que el hecho de que dos de las víctimas sean personas de edad avanzada constituye un*

agravante la hora de ponderar la pena esperadle" y en que *"la circunstancia de que se afectara el patrimonio particular de las víctimas, no obsta que pueda existir interés público en la prosecución del proceso".*

Entiendo que ambas circunstancias se inscriben en mi critica anterior, esto es, la inclusión por parte del magistrado, como óbices para la concesión del derecho, de requisitos no previstos, ni por asomo, en la ley sustantiva, a la vez que, adelantándose a la competencia del Juez del debate, mensura la pena a aplicar.

9. - Que, por último, cabe dar razón a la Defensa en cuanto a que, más allá de la vinculación o no del Juez a las ordenativas de política criminal de la Procuración General a través de sus Instrucciones, el contenido de la Nro. 1/09 citada, no es aplicable al caso, tal como de la comparación de su texto con el *pragma* aqui debatido se puede colegir fácilmente.

10. - Por todo ello, es que debe revocarse la resolución en crisis, por haberse denegado la misma en causales no previstas expresamente en la ley y concederse el derecho a la suspensión del proceso a prueba en los términos planteados y en la inteligencia tenida en cuenta en la presente.

Por todo lo expuesto, por unanimidad la Cámara en lo Penal con asiento en la Ciudad de' Esquel,

RESUELVE:

1) REVOCAR la resolución dictada por el Juez Penal Dr. Hernán Dal Verme, del 4 de enero de 2017, que le denegó la suspensión del juicio a prueba a I. S. A., registrada bajo el Nro. 18-2017.

2) CONCEDER la suspensión del juicio a prueba por el término de tres años, el que deberá computarse desde el dia que la imputada se notifique personalmente de la presente resolución, plazo en el cual deberá cumplir las siguientes reglas de conducta:

a) No cometer nuevo delito.

b) Fijar domicilio real y comunicar dentro de los 5 dias, al Juez de Ejecución, cualquier cambio que se produzca del mismo.

c) Realizar 60 (sesenta) horas de trabajo comunitario que deberá cumplir en el Centro Comunitario del Barrio Estación, dentro de los primeros seis meses del plazo de

suspensión, debiendo presentar mensualmente la constancia de cumplimiento en la Oficina Judicial Penal de Esquel, suscripta por el funcionario responsable de dicha institución.

d) Pagar a la victima Señor R. O. R., en concepto de reparación la suma de quinientos Pesos ($500), que deberá abonarlos en la Oficina Judicial Penal de Esquel antes del 30 de mayo de 2016.

3) REGULAR los honorarios profesionales de la Dra. Carolina García en su calidad de Defensora Pública, en el 30% de lo regulado en primera instancia, (arts.1,3; 5, inc. b, c, d y f; 7; 44 y ccdtes. de la ley XIII N° 4).

4) Hacer saber a las victimas: J. M. H., representante de la Empresa L. A. S.A y S. E. G. S., que la no aceptación de la reparación económica ofrecida, deja expedita la posibilidad de iniciar la acción civil.

5) Protocolícese y comuniqúese a las partes, a las victimas y a la imputada.

6) Dejar constancia que el Dr. Alejandro Defranco remitió su voto por correo electrónico con firma digital el que se ha incorporado al cuerpo de esta Sentencia.

7) Vuelva a la OFIJU y fórmese incidente de Suspensión de Juicio a Prueba y dese intervención inmediata al Juez de Ejecución de esta Circunscripción Judicial.

FIRMADO: Carina P. Estefanía – Nelly García – Alejandro Defranco.

REGISTRADA BAJO EL N° 498 DEL AÑO 2017