En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los treinta y un días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, doctores Omar Florencio Minatta, Roberto Adrián Barrios y Alejandro Gustavo Defranco, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"D., J. y otros p.s.a. robo agravado - Tw" (Carpeta 7.412 Ofiju Tw – Legajo 72.537 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública en representación de J. J. D. y F. G. G., contra la resolución de la Jueza Penal, Dra. Ivana González de fecha 16/08/17 y registrada digitalmente bajo el Nro. 2025/17, por la cual se les denegara la concesión de la suspensión del juicio a prueba, en orden al delito de robo doblemente agravado por ser en poblado y en banda con la utilización de arma de utilería, en el carácter de coautores (art. 167, inc. 2do. y 166 inc. 2, último párrafo y 45 del C.P.) por cuanto, siendo de aplicación el art. 76 bis en su cuarto párrafo, el titular de acción penal fundó suficientemente su negativa a la aplicación del citado instituto, resultando vinculante su dictamen para la judicatura. En igual oportunidad, la Defensa Pública al momento de concretar el pedido de suspensión de juicio a prueba ofreció por cada uno de sus asistidos, la realización de cincuenta (50) horas de tareas comunitarias y en el carácter de reparación al Sr. E. G. C., la suma de pesos dos mil ($2000), por el período y demás condiciones que dispusiera la Magistrada.

La Defensa Pública al momento de concretar la impugnación contra el citado decisorio señaló que agravia la resolución que impugna, por cuando la Magistrada convalidó el apartamiento del principio de legalidad por parte del Ministerio Público Fiscal, al considerar fundada la oposición del mismo, en base a argumentos que exceden los límites del poder punitivo fijados por la Constitución en cuanto a los fines

resocializadores que la misma impone y el ordenamiento penal en orden a los límites máximos y mínimos de punición del delito y la posibilidad de la condenación condicional.

En tal sentido señala que las pautas de fundamentación admisibles están establecidas en el art. 5.6 de la C.A.D.H., y en los arts. 26 y 41 del Código Penal, sumando a ello que la denegatoria también debe ser motivada de acuerdo a dichos extremos, conforme así lo sentara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Squilario". Al respecto, aduna que aquéllos parámetros deben ser lo que deben guiar la actuación del Ministerio Público Fiscal y no el "interés público prevaleciente", cual resulta indeterminado y librado a la interpretación que dé el mismo efectúe el propio órgano acusador para dictaminar si en el caso procede o no la aplicación del instituto que se procura.

Afirma que el instituto de la suspensión del juicio a prueba logra individual y socialmente los mismos efectos que una condena condicional, siendo conteste con ello la remisión expresa que efectúa el art. 76 ter a las reglas de conducta para el supuesto de una condena condicional, siendo la única diferencia con ésta el antecedente condenatorio.

Con citas del voto del Dr. Minatta en el caso "Oñate y otros" de fecha 04/09/15 de esta Cámara y del Fallo "Acosta" (Fallos 331:858), solicita se revoque la decisión que impugna y se conceda el instituto en los términos que oportunamente postulara.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 13/10/17 en la sede de este tribunal, intervinieron los imputados J. D. y F. G. G. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), ambos asistidos técnicamente por la Abogada adjunta de la Defensa Pública Dra. Flora Mollard y la Defensora de confianza, Dra. M. L. M. respectivamente y, en representación del Ministerio Publico Fiscal de esta

circunscripción Judicial, el Sr. Fiscal, Dr. Fabián Moyano.

En dicha audiencia la abogada adjunta de la Defensa Pública reiteró los motivos y fundamentos expuestos en el escrito de impugnación, como asimismo el ofrecimiento que oportunamente se efectuara respecto de cada uno de los imputados.

Seguidamente hizo uso de la palabra la Dra. M. L. M. en representación de F. G. G., adhiriendo a los fundamentos de la Defensa Pública.

A su turno el Fiscal, Dr. Fabián Moyano principió su intervención señalando que en la audiencia en la que se tratara la salida alternativa que se denegara, fue sobre la calificación provisoria que se adjudicara y sobre la cual la Dra. Ivana González resolviera, por cuanto la Acusación que impone el art. 291 del rito fue en fecha posterior.

Señaló que la oposición del Ministerio Público se centró particularmente en cuestiones de política criminal y específicamente en las características del hecho, el que está doblemente agravado, consumado y con la comisión de un arma que en su momento la fiscalía determinó como "cuya aptitud para el disparo no se podía demostrar, pero luego se estableció que se trataba de un arma de utilería. Destacó que las características del hecho residieron en la violencia ejercida sobre el empleado quien atendía el establecimiento y al que arrastraron y con el arma en su cabeza, lo llevaron por diversos sectores del local, como así también la distribución de roles. Ello, afirmó, determinaron para su Ministerio Público un interés en que el caso se resolviera a través de una sentencia y no de una salida alternativa.

Adunó que de conformidad con la expectativa de pena que determinan el tipo penal agravado que sostuviera, la pretensión de la Defensa debe encuadrarse en el supuesto del 4to. párrafo del art. 76 bis y siendo ello así, la oposición razonablemente fundada por parte de la

fiscalía es vinculante. En tal dirección, con citas al voto del Dr. Jorge Pfleger en el fallo "Puertas" (Expte.: 100.217 –fo.: I – año 2016 – La: P) de fecha 12 de septiembre del corriente año/09/17, señaló que cuando el Ministerio Público Fiscal no solamente invoca una instrucción del Procurador General de perseguir y llevar el caso a debate oral y público, sino también cuestiones de interés prevalente en la persecución penal y estando fundada y razonada esta oposición, corresponde que el Juez rechace la suspensión del juicio a prueba y permita a su Ministerio, cumplir con su rol que es la persecución e investigación y represión de delitos graves, por lo cual, concluyó se rechace la impugnación planteada y se confirme la decisión de primera instancia.

Antes de dar por concluida la audiencia, se invitó a los imputados a dirigirse al Tribunal, quienes manifestaron que no deseaban hacerlo.

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.- Puesto a resolver el tema por el que fuera convocado este Tribunal, en concreto, la denegatoria de la suspensión del Juicio a prueba respecto de J. J. D. y F. G. G., debo decir, tal como adelanté a la hora de emitir mi sufragio oralmente al finalizar la audiencia del día 13 del corriente, que más allá del carácter vinculante o no del consentimiento fiscal (previsto como necesario para las hipótesis encuadrables en el párrafo 4 del art. 76 bis), lo cierto es que, tal como han votado de consuno los Sres. Ministros del STJ local, en el fallo citado por el Sr. Fiscal ("Puertas, Facundo y otros", Expte.: 100.217 – Fo.: I – Año 2016 – La: P), es necesario, en primer lugar, tal como es menester en cualquier acto funcional, que la opinión fiscal se encuentre debidamente fundada y, luego, será menester un

juicio de logicidad por parte del magistrado interviniente.

2.- En el caso, tal como se oralizó en su momento, funda el representante de la vindicta publica su oposición a la concesión de la probation en la gravedad del hecho imputado, lo que, tal como resulta obvio ya ha sido previsto por el legislador en la grave escala penal que corre entre los tres y diez años de prisión.

También opina acerca de la denegatoria a partir del número de personas partícipes en el evento, pero, como se advierte, ya ha sido tenido en cuenta al calificarlo como cometido por una banda, aunque no se explica en la acusación cuales de los requisitos del art. 210 se presentan en el caso, según las exigencias requeridas de acuerdo a mi interpretación sobre la calificante.

Por otra parte, aludió el fiscal a la utilización de un arma pero ello se encuentra contenido en la segunda agravante seleccionada en la acusación, por lo que nada podría sumar al disvalor del injusto así como tampoco la presunta violencia ejercida contra el empleado, ya que, precisamente, tal accionar contra la víctima es un elemento constitutivo del delito de Robo sin la cual sería un mero Hurto simple del art. 162.

3.- Que a pesar de tales reparos, todas esas circunstancias llevan al acusador a estimar que la pena a imponer en el caso sería de efectivo cumplimiento pero no explicando, tampoco, por qué razón dos jóvenes de 23 y 25 años de edad, respectivamente, sin antecedentes computables, deberían cumplir efectivo encierro, tal como se exige a partir del fallo "Squilario" de la CSJN.

Sabido es que, así como el art. 26 del Código Penal exige la debida fundamentación para *"que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena"*, no menos cierto que, a la inversa, también habrá de fundarse (art. 25, CPP) la decisión acerca del efectivo encierro. En palabras de la Corte, "...*no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga, con el fin de asegurar una debida defensa en juicio, a*

dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión...".

4.- En resumen, repito, más allá del carácter vinculante o no del dictamen fiscal en las hipótesis delictivas del art. 76, párrafo cuarto, y en un todo respetuoso de la competencia del Ministerio Público Fiscal para el diseño de políticas criminales, y emitir Instrucciones Generales respecto a los delitos que considere graves, lo cierto es que el Fiscal del caso concreto no puede obviar el requisito ineludible de debida fundamentación y exposición clara de sus motivos.

5.- Por su parte, la Jueza del caso, fiel a su temperamento acerca del carácter vinculante del dictamen fiscal en estos supuestos legales, rechaza la petición de Suspensión del juicio a prueba limitándose a dejar sentado que *"acá hay una oposición que es fundada"* (textual), mas no explica las razones por las que la considera motivada y, tampoco, por qué sería aconsejable una pena de efectivo encierro, subrogando, a la sazón al juez del juicio que debería expedirse no solo sobre el monto de la hipotética pena sino sobre su forma de cumplimiento.

Por todo ello, entiendo que ni el dictamen fiscal ni la resolución atacada tienen adecuada fundamentación por lo que corresponde la revocación de esta última.

6.- De otra parte, tal como sufragué en autos "Sánchez Nelson p.s.a. robo agravado" (Carpeta 4566), corresponde asumir competencia positiva en el asunto para no dilatar la cuestión atento la calidad de detenidos de los imputados y como se resolvió en "Guelfand, Cyntia s/denuncia", caso 54097, habiéndose expuesto las condiciones a que quedarían sometidos los prevenidos, corresponde no solo otorgar el derecho de la Suspensión del Juicio a Prueba, sino establecer desde estos estrados las pautas a que quedarán sometidos; en concreto, el efectivo abono de la suma de pesos dos mil ($ 2000) cada uno dentro de los diez días hábiles desde

la notificación de la presente, la realización de 50 horas de trabajo comunitario dentro del plazo de la suspensión que se fija en tres años, plazo dentro del cual no podrán cometer delitos, fijaran domicilio del que no se podrán mudar sin conocimiento del juez de ejecución, presentarse mensualmente a la oficina de control para verificar el cumplimiento de las condiciones y disponiéndose la prohibición de acercamiento al domicilio del empleado del comercio víctima, todo ello bajo apercibimiento de reanudarse el proceso a sus respectos.

7.- Por último, atento que se ha dispuesto la paralización del proceso respecto de los prevenidos, quedan sin sustento los peligros procesales que se hubieran tenido en cuenta al momento de dictarse sus respectivas prisiones preventivas por lo que deberán recuperar su libertad desde estos estrados en forma inmediata.

8.- En punto a las costas y honorarios de las Defensas, voto por diferir la cuestión hasta tanto sean fijados en la instancia de mérito.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. No he de volver sobre los antecedentes del caso, que ya se encuentran completa y prolijamente desarrollados en la sentencia, por lo que habiendo ya decidido la cuestión al finalizar la audiencia de impugnación, ingresaré derechamente a los fundamentos de lo decidido.

2. Como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, la competencia de las instancias revisoras se circunscribe a verificar si las razones de una resolución jurisdiccional impugnada, en nuestro caso la denegar una suspensión de juicio a prueba, se encuentra debida y racionalmente fundada.

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

Este instituto fue diseñado para maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves, descongestionando la Administración de Justicia de casos que, de acuerdo al *baremo* dado por la penalidad establecida en cada tipo penal, permita su concesión.

3. Al control de la sentencia venida en revisión, de acuerdo a la calificación jurídica de la teoría del caso fiscal, el pedido de los imputados deben llevar el trámite previsto en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal.

Del caso contra D. y González, podemos fácilmente advertir que, en abstracto, sería posible el cumplimiento condicional de una eventual condena que les sea impuesta, ya que el mínimo de la escala es justamente de tres años de prisión.

Por lo tanto, las reglas para la consideración del otorgamiento del instituto, bajo éste supuesto que responde a la denominada tesis amplia ha sido correcta: la del cuarto párrafo del artículo 76 bis del código penal.

4. Dicho esto, y adentrado al centro mismo de la cuestión, debo decir que en la sentencia no se mencionan los argumentos relativos a la necesidad de imponer a los acusados, una condena que no sea de cumplimiento condicional.

En realidad, tras la revisión de la audiencia respectiva, e incluso en consideración a los argumentos escuchados por el acusador público ante este Cuerpo en la audiencia del artículo 385 del CPP, tengo para mí que esas razones no fueron invocadas en forma concreta.

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

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

En 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 del Ministerio Publico Fiscal, tenidas en cuenta por la *A-Quo*, no advierto cuales son concretamente las razones de interés público prevalente que justifiquen la imposibilidad de que, en el caso de condena, los encartados no gocen de condicionalidad en el cumplimento de la misma.

Y ese es el nudo neurálgico sobre el que debió girar la sustanciación del pedido y su posterior decisión.

5. Para poder confirmar una denegatoria del beneficio, es necesaria una decisión jurisdiccional que justifique las razones por las cuales no es procedente una condenación condicional.

Es necesario que las particularidades del hecho concreto sean consideradas por el juez, y razonablemente incidan al momento de ponderar el reproche.

Ello así, en sintonía con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando en autos "García, José Martín s/ causa n° 97.999", del 4 de mayo de 2010, (con remisión a la opinión del Procurador) dijo que: *"en casos donde la condenación condicional podría ser aplicada, la decisión denegatoria debe ser fundada, puesto que de otro modo se estaría privando a quien sufre el encierro de la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle*

un trato más favorable, y 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 (Fallos: 329:3006, considerando 61).

Sobre el punto de los fundamentos de la decisión referida a condenas en el límite de los tres años, también dijo la CSJN en el *leading case* "Squilario, Adrián, Vázquez, Ernesto Marcelo s/ defraudación especial en gdo. de partícipe primario-moldi, Néstor Leandro s/defraudación especial en gdo. de partícipe secundario",8/8/06, *"Que si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga "con el fin de asegurar una debida defensa en juicio" a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión"*.

6. Por todo lo dicho, que en resumidas cuentas tiene que ver con la ausencia de los fundamentos necesarios para sostener la dificultad en el caso de aplicar una condena condicional, como ya se adelantara oportunamente, 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, los probados tras recuperar su libertad, quedarán sometido por el plazo de tres años (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 de ley, entre las cuales se incluye la de abonar cada probado a la víctima, la suma de $ 2.000,00 (pesos dos mil), otorgando un plazo máximo para su cumplimiento, de diez días hábiles a partir de la notificación de la presente. Así también se impone la obligación de realizar a favor del Estado, la cantidad

de cincuenta horas de trabajos comunitarios (art. 76 *bis* y 27 bis, inc. 1, 3 y 8, Cód. Penal).

Quedarán obligados por el plazo de suspensión, a evitar todo tipo de contacto con la victima de autos, todo bajo apercibimiento de revocación inmediata del beneficio otorgado.

7. En punto a las costas y honorarios de las Defensas Pública y Particular, adhiero a la propuesta del vocal que me precede en el orden de votación.

Así lo voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Haremos lugar a los agravio de las defensoras técnicas, toda vez que la resolución impugnada, al acoger una opinión fiscal infundada, lleva el mismo vicio y merece el mismo calificativo.

Esto es así en tanto el dictamen fiscal no aprueba el mínimo indispensable como para considerarse fundado, toda vez que se limita a sostener como sustento del cumplimiento efectivo de la pena no solo parámetros absolutamente incorrectos – como la pluralidad de personas, amenaza con el arma de utilería,- al estar ya contemplados en el tipo penal correspondiente al mínimo, sino que en forma abstracta sostiene una inusitada violencia que no surge absolutamente de ningún elemento probatorio.

2. Con esto, no necesitamos ahondar en la discusión acerca de la obligatoriedad o vinculación del dictamen fiscal para el juez, puesto que, previo a ello, debe efectuarse un control de legalidad sobre la decisión fiscal. Recordemos que el control de legalidad por parte de los jueces no implica sustituirse en las valoraciones e interpretaciones del Ministerio Público, so pena de invasión de facultades constitucionales propias de los fiscales, sino que tal control implica sólo verificar si la posición del acusador está sustentada dentro de una interpretación posible de la ley, norma, aunque no estemos de acuerdo con ella. Es así que concluiremos, en el caso, en la falta de fundamentos de la oposición del

fiscal, por lo que no puede ser ello un obstáculo para la aplicación del instituto, ya que debemos evaluar su irregularidad con los mismos efectos que produce un dictamen favorable y, de esta forma, acoger la propuesta de la defensa, por razones análogas a los casos en que un tribunal de impugnación absuelve.

3. En esta senda, recordemos que el único modo de denegar la suspensión del juicio a prueba -en los casos que corresponde condena de ejecución condicional o sea, mínimo de tres años de prisión o inferior y primera condena- es demostrar, en forma acabada y fundada en pruebas empíricas, que el encarcelamiento efectivo del imputado es conveniente, postura que se extrae, a *contrario sensu*, de los parámetros establecidos por el artículo 26 de nuestro código penal, el cual establece que procederá tal condena cuando se demuestre la inconveniencia de aplicar efectivamente la prisión.

4. En consecuencia, deberá revocarse la sentencia denegatoria y declarar la operatividad inmediata del derecho de los imputados a suspender el proceso, debiendo los mismos cumplir, en el plazo máximo de tres años, no solo con la promesa de no cometer delitos, sino también de abonar en el término de diez días hábiles contados desde la presente notificación la suma de pesos dos mil a la persona de Gabriel Cofré en concepto de reparación, cumplir a favor de la comunidad con cincuenta horas de trabajo con más la prohibición de acercamiento al nombrado, puntos todos que serán controlados por el juez de ejecución competente.

5. Costas: Adhiero a lo manifestado por el colega que lidera el acuerdo en cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios a las letradas intervinientes.

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 las Defensas técnicas de los imputados J. D. y F. G. G., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Declarar procedente la suspensión del juicio a prueba a favor de los nombrados respecto del delito por el cual fuera sometido al presente proceso penal;

3) Imponer a los probados por el plazo de TRES AÑOS, las siguientes condiciones (art. 76 ter del C.P.): **a)** fijar domicilio del cual no podrá mudarse sin conocimiento de la Oficina de Control; **b)** no cometer nuevos delitos; **c)** quedar sometido al control de dicha dependencia debiendo presentarse ante sus autoridades en forma mensual; **d)** abonar cada uno de los probados, la suma de dos mil pesos ($ 2000), cada uno de los probados en el término de diez (10) días hábiles, a partir de la presente y a favor del Sr. E. G. C.; **e)** prohibición de acercamiento a la víctima y al lugar del hecho y **f)** realizar tareas no remuneradas para la comunidad por el tiempo de cincuenta (50) horas, dentro del plazo de suspensión. Todo ello, bajo apercibimiento de revocar la presente decisión (art. 76 ter del CP);

4) Disponer la libertad de los imputados, la cual recuperan en estos estrados (art. 386, 2do. párrafo del C.P.P.);

5) Remitir las presentes actuaciones a la Oficina Judicial para la instrumentación y control de las condiciones impuestas;

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

7)Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Omar Florencio Minatta

Roberto Adrián Barrios **Alejandro Gustavo Defranco**

Registrada con el Nro. 90/2017 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-