En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 14 días del mes de agosto de 2017, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Omar Florencio Minatta, Alejandro Gustavo Defranco y Leonardo Pitcovsky, con la presidencia del mencionado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"A., P. F. y otros s/denuncia defraudación-Trelew" (Carpeta 5075 Oficina Judicial Trelew, Legajo Fiscal 5075 Tw, y sus acumulados)** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por los defensores de los acusados contra la resolución Nro. 1454-OJTw dictada en fecha 12 de junio ppdo.

En la carpeta mencionada se imputó a J. O. y M. B. M. la comisión del delito de Estafa, en la modalidad del delito continuado, previsto en el art. 172 del CP. En febrero del año 2016, el Ministerio Fiscal calculó el perjuicio económico sufrido por las víctimas en 200.000 pesos.

Al iniciarse la audiencia de debate, el 12 de junio pasado, los defensores de O. y M. plantearon la posibilidad de dar, al presente, el trámite dispuesto en el art. 76 bis del CP, en el convencimiento de que se dan todos los requisitos exigidos por la norma (falta de antecedentes, posibilidad de que en caso de recaer condena, ésta sea de cumplimiento condicional), y ofrecieron, como modo de reparar el daño patrimonial, abonar a las víctimas, entre ambos, la suma de 5.000 pesos mensuales durante doce meses.

El representante del misterio fiscal se opuso a la concesión de la probation considerando insuficiente la reparación ofrecida, dando razones y fundando su negativa.

La jueza interviniente, Dra. Ana Laura Servent, rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba por entender

debidamente fundada la oposición fiscal, pieza que resultó impugnada por la defensa.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP), celebrada el día 31 de julio del corriente año, en la sede de este tribunal, estuvieron presentes los acusados J. O. y M. B. M., (cuyas demás circunstancias personales obran en autos) e intervinieron, el defensor, Dr. C. G. M., y el Dr. Arnaldo Ramón Maza en representación del Ministerio Público Fiscal.

El defensor ratificó los términos del escrito y sostuvo que concurren los presupuestos que habilitan la suspensión del juicio a prueba. Agregó que la jueza ha incurrido en una errónea interpretación y aplicación de la ley ya que no se cuenta, entre los requisitos normativos, el consentimiento fiscal en este supuesto.

Respecto de la situación económica de sus asistidos, señaló que, si bien ambos perciben salarios han incurrido en muchos gastos, a raíz de la enfermedad de la señora M., por lo que la propuesta realizada se ajusta a sus posibilidades.

Asimismo, afirmó que la reparación integral del daño no resulta ser un requisito del instituto, pudiendo canalizar dicha pretensión por la vía civil.

El Dr. Arnaldo Maza, representante del Ministerio Público Fiscal, adujo que el juez debe efectuar un análisis sobre la razonabilidad de la reparación ofrecida, ante la posibilidad de conceder una probation, y eso es lo que ha hecho la magistrada, al rechazar la vía intentada, entendiendo que la oposición Fiscal está fundada y que la oferta realizada es irracional. Citó jurisprudencia para avalar su postura.

El acusado O. hizo uso de su derecho a declarar en la audiencia.

Interrogados los acusados, por el vocal Dr. Pitcovsky, sobre la posibilidad de mejorar la reparación ofrecida, J. O. respondió que están evaluando llevarla a 90.000 pesos, pagaderos en 12 cuotas.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Dr. Alejandro G. Defranco, Dr. Omar Florencio Minatta y Dr. Leonardo Pitcovsky.

**El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:**

**1.** El Sr. Defensor de los imputados J. O. y M. B. M., abogado C. M., se agravia en esta sede de la denegatoria a la petición de suspender el proceso a prueba respecto a sus clientes.

En efecto, tal como surge de la transcripción de la audiencia de fecha 12 de junio de 2017, la Jueza Ana Laura Servent rechaza el pedido de SJP atento considerar fundada la negativa del representante del MPF, quien se opone por entender que no es razonable el ofrecimiento dinerario efectuado por los imputados.

**2.** Ya se ha dicho, en numerosos precedentes de este Tribunal, que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado a que se detenga el curso de la persecución penal y que, de presentarse los requisitos legales para su dictado, debe indefectiblemente concederse ese derecho, no pudiendo los operadores judiciales crear pretorianamente obstáculos para su dictado que no estén expresamente establecidos en la norma penal.

En ese sentido, he sufragado en autos "C., S. G. s/denuncia - Trelew (Carpeta 4.119 OJ Tw – Legajo 30.592 OUMPF Tw) 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.*"

"*En concreto, de presentarse en el caso la petición del imputado y, para los supuestos del cuarto párrafo del art. 76 bis, la inexistencia de antecedentes y la posibilidad (teniendo en cuenta 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 Público Fiscal, requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad."*

**3.** Tal como en el caso resuelto hace solo cuatro días, en autos "O. C. J. s/lesiones graves a/transito Trelew", en este caso tampoco registran antecedentes condenatorios los imputados, el delito enrostrado prevé una escala penal que admite, en abstracto, la posibilidad de condenación condicional y, por ello, la admisión de la suspensión del juicio a prueba.

Ha propuesto la defensa un período de prueba y ha ofrecido, a modo de reparación del presunto daño causado, una suma de dinero que, incluso, fue ampliada en la audiencia a tenor del art. 355, CPP.

**4.** Ello así, se encuentran reunidos todos y cada uno de los requisitos exigidos por el art. 76 bis para que la suspensión proceda de puro derecho, no encontrándose previsto como causal para el rechazo del derecho la no aceptación de lo ofrecido.

Por el contrario, el ritual admite expresamente la posibilidad que la víctima no esté de acuerdo, caso en el que podrá suspenderse de todos modos el procedimiento, dejándose habilitada la acción civil para reclamar lo que considere justo y equitativo (Ver art. 76 bis, tercer párrafo, ultima oración).

**5.** Además, nótese que es advertida esta cuestión por la magistrada interviniente pero, aún así, deniega el derecho de suspensión tomando para sí el dictamen fiscal que se funda, a la sazón, en el presunto conocimiento que posee acerca de la situación económica de los traídos a juicio que les permitiría realizar un mejor ofrecimiento.

Tales hechos no se encuentran acreditados en este caso, resultan ser afirmaciones dogmáticas de la Fiscalía, por lo que no pueden fundamentar una estimación válida acerca de la razonabilidad del ofrecimiento y, por otra parte, es necesario tener en cuenta que de tener por cierto que el demérito es de aproximadamente 260.000 pesos, y han ofrecido en esta instancia una reparación de 90.000, rondando el treinta por ciento de lo afectado, no puede afirmarse, sin más, que tal ofrecimiento no sea razonable y mucho menos irrisorio.

**6.** Por ello, de acuerdo a la interpretación que ha realizado este Cuerpo desde siempre, y por las razones dadas, corresponde revocar el resolutorio aludido, otorgar la suspensión del proceso a prueba, reenviando estos folios al Colegio de Jueces a fin que se debatan las reglas de conducta a que quedará sometido el imputado –art. 27 bis, CP-, teniendo especial consideración con el nuevo monto reparador ofrecido ante estos estrados.

Respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios, propongo sean diferidos hasta que sean fijados los correspondientes a la instancia anterior.

**El juez Minatta Omar Florencio dijo:**

**1.** La defensa impugna la sentencia denegatoria del derecho a suspender el juicio a prueba, argumentando que la oposición fiscal acogida por el juez, es infundada, toda vez que la ley solo exige respecto del ofrecimiento de reparación por parte de los imputados que ella sea razonable en la medida de sus correspondientes posibilidades económicas.

**2.** Previo a decidir resulta necesario realizar una serie de consideraciones teóricas indispensables desde el marco teórico constitucional- procesal para comprender el sentido de nuestro voto.

En esta senda, entendemos afectado aquí uno de los principios constitucionales básicos, cual es el estado de inocencia, recogido por nuestra máxima normativa

nacional y provincial en forma expresa o a través de los pertinentes instrumentos internacionales, el cual como norma superior inderogable no solo es de aplicación directa y prevalece sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa, sino que debe informar toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal, cuya inobservancia no puede ser hecha valer en perjuicio del imputado, tal como en forma clara y contundente lo expresa el artículo primero de nuestro código procesal penal.

Asimismo, para garantizar este estado de inocencia, la doctrina sostiene determinadas reglas básicas que deben ser inexorablemente respetadas en el proceso penal, constituyendo el contenido de una de ellas el deber del fiscal de probar los hechos que afirma en perjuicio del imputado, indicando el valor asignado a cada medio de prueba, siendo el responsable, en definitiva, de arrimar al proceso las pruebas de cargo, expresiones todas que pueden leerse textualmente en los artículos 25, primer párrafo,113 y 114 de nuestro código procesal penal. Así Maier trata la exigencia como una de las repercusiones de la inocencia bajo el tema "*onus probandi*", en tanto Ferrajoli la enuncia como uno de los axiomas o principios básicos del modelo garantista o acusatorio con la máxima latina *Nulla accusatio sine probatione*, es decir, la carga de la prueba o de verificación por parte de los acusadores.*(Cfr. Maier, Julio B.J.;Derecho Procesal Penal, Fundamentos, Tomo I, Ed. Del Puerto, Bs As, 2004, Págs. 505/510 y Ferrajoli,Luigi; Derecho y Razón, Trotta, España, 1995, Págs. 93 y 150/155).*

**3.** Si observamos con este prisma constitucional nuestro caso, la afirmación anterior en cuanto a que se afectó el principio constitucional de inocencia es muy claro, toda vez que el ministerio público fiscal alega hechos perjudiciales para el imputado y determinantes

como fundamento de su negativa a la suspensión, sin ningún respaldo probatorio y solo sostenido en sus propias afirmaciones, las que fueron rotundamente negadas por la defensa. En efecto, obsérvese que el acusador incluso reconoce expresamente que no cuenta con prueba alguna de activos patrimoniales de ninguno de los imputados y solo efectúa una estimación de los daños que infiere de instancias originales a partir de las denuncias, monto que también fue negado en la audiencia por los imputados, agregando incluso que han compuesto la situación en su totalidad o en parte con algunas de las víctimas, todo lo cual debe ser refutado por el acusador mediante pruebas concretas, intentando, al menos la comparecencia a declarar sobre el punto a las víctimas.

**4.** En suma, basándose la sentencia en hechos alegados y no verificados por el acusador que perjudican al imputado, afecta ella la garantía constitucional citada, por lo que en principio estaríamos ante un acto jurisdiccional inválido. Sin embargo, al fundarse la invalidez en una violación de una garantía establecida a favor del imputado, el procedimiento no puede retrotraerse a etapas anteriores, tal como expresamente lo indica el segundo párrafo del artículo 162 del Código Procesal Penal, salvo petición expresa del imputado, por lo que deberemos directamente resolver en esta instancia la cuestión, circunscribiéndonos a decidir sobre la discutida razonabilidad del ofrecimiento.

**5.** Sabemos que el instituto exige, además de la posibilidad de condenación condicional, que los imputados ofrezcan hacerse cargo de los daños en la medida de lo posible, es decir, conforme a cada una de sus potencialidades económicas, lo que indica que la reparación ofrecida puede ir desde una integral respecto de los daños y perjuicios hasta un simple perdón o reparación no necesariamente económica, ya que la

víctima puede no aceptar la reparación porque la considera insuficiente, –aunque, conforme a las posibilidades del imputado ella sea razonable- o porque no tenga interés alguno en ella. Por esto, además, la víctima puede o no aceptarla y en éste último caso tiene habilitada la acción civil, por lo que así se le garantiza su derecho constitucional al acceso jurisdiccional. En esta senda conviene también recordar que uno de los fines del instituto, amén de evitar las penas de prisión de corta duración y estigmatización de los imputados y descargar del atolladero endémico de causas a la burocracia judicial, es dar la posibilidad a las víctimas de que consigan su reparación extrapenal, pero se trata solo de una posibilidad, con el límite de la razonabilidad decidida por la jurisdicción penal conforme las pautas que ya señaláramos, no de una reparación que ellas estiman satisfactoria.

Como pude observarse, la razonabilidad de un ofrecimiento reparatorio depende del caso concreto y, en nuestro caso, tratándose de un resarcimiento de contenido económico, la pauta para decidir debe necesariamente referirse a las posibilidades económicas de los imputados, las que actualmente son las que ellos mismos dicen, toda vez que el extremo contrario pretendido por el fiscal no ha sino verificado.

En este contexto el ofrecimiento de cubrir mínimamente casi el 30 % de los daños estimados por la fiscalía deviene razonable, calificativo éste último que no depende de la aceptación o no de las víctimas, quienes pueden acudir, repetimos, al fuero civil en caso de considerar que el ofrecimiento no las satisface.

**6.** Por todo lo anterior, entendemos que no existe obstáculo alguno para el ejercicio del derecho a suspender éste proceso, por lo que deberá hacerse lugar a la impugnación presentada, revocando la sentencia en crisis y disponer la vuelta al juez competente para que previa audiencia se discutan o debatan las reglas de

conducta a imponer a ambos imputados, conforme las reglas del artículo 27 bis del código penal, aceptándose como ofrecimiento reparatorio el monto económico propuesto en esta sede, sin perjuicio de que las partes lleguen voluntariamente a otro acuerdo superador para las víctimas.

En cuanto a los honorarios y costas en esta etapa adhiero a lo propuesto, precedentemente, por el Dr. Defranco.

**El Juez Leonardo Marcelo Pitcovsky dijo:**

Llegó la presente Carpeta a esta instancia en virtud de la impugnación ordinaria deducida por los Sres. Defensores de confianza de M. B. M. y J. O., Dres. C. G. M. y G. D. C..

Los antecedentes del recurso han sido descritos al principio de la sentencia, por lo que a ellos me remito en honor a la brevedad.

En apretada síntesis, diré que la Juez Penal rechazó el pedido de aplicar la Suspensión del Juicio a Prueba a favor de los imputados, en virtud de la oposición presentada por el Sr. Fiscal –dictamen a tenor del párrafo 4° del art. 76 bis-, el que consideró vinculante para la procedencia del Instituto solicitado.

Refirió en ese sentido que la negativa del Fiscal se basó, principalmente, en la suma ofrecida en concepto de reparación por los inculpados -el pago de $5.000 en 12 cuotas-, monto que apreció irrisorio frente al perjuicio ocasionado a las víctimas del delito.

Analizada que fue la queja traída por la Defensa en el Acuerdo de Ley, adelantaré, tal la coincidencia con los Jueces que me preceden con su voto, que le asiste razón a los impugnantes y que por ello deberá ser revocada la Resolución de la Magistrada Servent.

Para comenzar el voto y en lo sustancial, he de reiterar lo que ya he dicho en situaciones análogas respecto de la aplicación de la Suspensión del Juicio a

prueba, por caso en autos: "C. R., I.…", Carpeta N° 2332OFIJU PM; Expte. N° 20/10CPPM, en "A., J. M.…" Carpeta N° 2627OFIJU PM; Expte. N° 03/2011CPPM, "M., E.…" Carpeta N°3456, Expte. 12/2011, "G., F. C. p.s.a. Estafa s/impugnación" Expte. N° 19/2011 C.P.P.M., Carpeta N° 2737 OFIJU, que a su vez se repite lo expresado en Carpeta "P., P. E. s/ Denuncia abuso sexual en rep. Hija menor", Carpeta Nro. 2190 OJ Tw., cuando expresara*: "(…) De los criterios ejemplares sentados en el fallo "Acosta" de la CSJN, cabe destacar, dentro de los principios allí consagrados en relación a la aplicación del instituto, la intervención de la ley penal como ultima ratio y el de pro homine cuando se trata de privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerda al ser humano frente al poder estatal; de allí la restricción al imperio fiscal cuando instala su oposición."*

El citado fallo "Acosta" ha venido a señalar lineamientos insoslayables respecto de cuál ha de ser la interpretación del Instituto en cuestión, marcando, de forma irrestricta, la exigencia de la máxima taxatividad interpretativa de la ley penal cuando coarte derechos y la interpretación más amplia de ella cuando los acuerde.

Siguiendo esa posición he dicho también en autos "F., R. p.s.a.de abuso de armas-Tw" (Carpeta 3.518 OJ Tw- Legajo 29.878 OUMPF Tw) que: *"No puede escapar al estudio de la presente que nuestros legisladores, al incorporar al sistema procesal penal de nuestra Provincia los institutos de solución alternativa de conflictos, implementaron como modo de apartarse del modo punitivo de ciertas conductas ilícitas los criterios de oportunidad, tales como la disponibilidad de la acción -Arts. 44 y 45 del C.P.P- reparación y conciliación -Arts. 47 y 48-, agregando el capítulo de la suspensión del juicio a prueba -Art. 49- como otro de los derechos ya consagrados en el orden nacional, creación de antigua fecha por ley 24.316. Soslayar este dato aparece al menos*

*comprometido con los derechos que se le han otorgado al ciudadano para evitar la estigmatización de una condena penal, superando previamente el control de legalidad."*

Es en este sentido que la razonabilidad y la legalidad deben ser parámetros centrales en la oposición que presente la fiscalía y la posterior decisión judicial.

Empero, en el presente caso se advierte que, si bien desde lo formal, la oposición de la Fiscalía se presenta correctamente, no lo es desde lo material ni desde lo legal, pues no resulta factible ni razonable que el dictamen negativo solamente considere que la suma ofrecida como reparación es insuficiente, en tanto la exigencia del texto legal es superior.

Veamos. Los imputados ofrecieron, junto a la solicitud de la Probation, la suma de sesenta mil pesos ($60.000) pagaderos en doce cuotas de cinco mil ($5000) en concepto de reparación del daño cifra que, en principio, podría ser insuficiente en relación al monto reclamado pero en modo alguno irrisoria, tal cual lo consigna la Jueza en su decisión.

Lo antes dicho encuentra basamento en que, si bien los imputados deben alcanzar una propuesta razonable en concepto de reparación del daño a la parte damnificada, ello de ninguna manera puede ser considerado como un requisito legal que obture el otorgamiento del Instituto en cuestión. El mismo artículo 76 bis del Código Penal consigna la solución en caso de no aceptación: "*La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiera, tendrá habilitada la acción civil correspondiente*".

Por otro lado, y en relación a la oposición de la víctima, cierto es que el Legislador provincial incorporó en el último párrafo del art. 49 del CPP la posibilidad de su oposición, pero ello no puede ser

tenido como requisito legal y superior a lo establecido en la ley de fondo –art. 76 bis del CP-. En efecto, en relación a la verticalidad de la aplicación de las leyes, el artículo 31 de la Constitución Nacional es sumamente claro al establecer el principio de supremacía constitucional y el de la jerarquía de las fuentes del derecho. Así Hans Kelsen en su obra *Teoría Pura del Derecho Introducción a la ciencia jurídica*
Buenos Aires-1960, citado por María Angélica Gelli en *Constitución de la Nación Argentina*, Comentada y Concordada. Tercera Edición año 2006. Ed. La Ley, página 364 señala: *"un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación –y en consecuencia la validez– de una norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto."*

Por ello, siendo el art. 76 bis del Código Penal Ley Nacional, ésta debe aplicarse pues, conforme la jerarquía de las leyes, resulta ser norma superior a la del ordenamiento procesal penal de la Provincia del Chubut.

Encontrándose cumplidos a mi juicio los requisitos legales estipulados por el art. 76 bis del CP, es decir, no contando los imputados con antecedentes penales y conforme el delito que les ha sido atribuido, Estafa en la modalidad de delito continuado, art. 72 del CP, ante la posibilidad de una eventual condena a prisión la misma sería de ejecución condicional, por lo que advierto que no existe impedimento para otorgar el beneficio de la Suspensión del Juicio a prueba conforme fuera peticionado.

Tengo en cuenta además que, interrogados en la misma audiencia –art. 385 del CPP-, los imputados mostraron voluntad de mejorar la oferta dineraria a noventa mil

pesos ($90000), con la clara intención de llegar a una solución alternativa del conflicto.

Acorde a lo expuesto propicio la revocación de lo resuelto por la Sra. Juez Penal, debiéndose remitir la presente Carpeta a la OFIJU de Trelew a fin de que otro Juez otorgue la Suspensión de Juicio a prueba a los imputados, teniendo en cuenta el nuevo ofrecimiento en concepto de reparación, no menor a noventa mil pesos ($90.000), pagaderos en doce cuotas iguales y consecutivas, más discurrir sobre las condiciones del art. 76 ter en relación al 27 bis del del CP a imponer. Así voto.

Respecto de los honorarios y costas, comparto lo establecido por el Juez preopinante. Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, ésta Cámara en lo Penal, por mayoría dicta la siguiente

**S E N T E N C I A:**

**1)** Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de los imputados J. O. y M. B. M. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- y revocar la Resolución nro. 1454/17 dictada en fecha 12 de junio ppdo.

**2)** Conceder la suspensión del juicio a prueba en favor de J. O. y de M. B. M. en orden al delito de Estafa, en la modalidad del delito continuado, previsto en el art. 172 del CP.

**3)** Remitir la presente Carpeta a la OFIJU de Trelew a fin que, ante el juez que corresponda, se debatan las condiciones de aplicación del instituto que se acuerda.

**4)** Diferir la imposición de costas y la regulación de honorarios hasta tanto sean fijados los correspondientes a la etapa anterior.

**5)** Regístrese y notifíquese.

**OMAR FLORENCIO MINATTA** **ALEJANDRO GUSTAVO DEFRANCO**

El Dr. Leonardo Pitcovsky no firma la presente por ausencia posterior al acuerdo (art. 331 CPP). Registrada con el Nro. 63 de la Cámara en lo Penal de Trelew. Conste.

**Pilar Sofía Maza**
**Secretaria de Cámara**