En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veintisiete días de abril del año dos mil dieciocho, los Sres. Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, Doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta, bajo la presidencia del primero de los nombrados, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R., C. F. pto. robo agravado por el uso de arma blanca en grado de tentativa – Rawson" (Carpeta 66750 OJ Rw, Legajo 15761 OUMPF Rw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública, contra la resolución Nro. 8.194/17 dictada por el Juez Penal Dr. Fabio Monti en fecha 21 de diciembre de 2017, por la cual denegara la suspensión del juicio a prueba en orden al delito de robo agravado por el uso de arma blanca en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2, 42 y 45 del C.P.), por considerar que 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 la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 13 de abril del corriente año en la sede de este tribunal, intervino el Dr. Damian D'Antonio, abogado adjunto de la Defensoría Penal de Rawson.

En dicha audiencia el representante de la Defensa Pública reiteró los motivos y fundamentos expuestos en el escrito de impugnación, como asimismo el ofrecimiento que oportunamente se efectuara respecto del imputado, solicitando se revoque la decisión jurisdiccional impugnada y se otorgue la suspensión de juicio a prueba a C. F. R..

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.- Vienen estos folios en ocasión de haber impugnado el Sr. Defensor de C. R., Abogado D'Antonio, la resolución del Juez Penal Fabio Monti quien denegó el pedido de suspensión

del proceso a prueba solicitado a su favor, en fecha 21 de diciembre de 2017.

2.- En lo sustancial, se agravia el presentante en el hecho que *"…el Sr. Juez de grado, en la resolución atacada, deniega la aplicación de la suspensión del proceso a prueba por entender que la oposición fiscal resulta vinculante. Ahora bien, resulta arbitraria la propia contradicción en la que incurre el Juez Monti al solicitar e insistir a la Fiscalía para que funde y motive su oposición (cuestión que no sucedió), y luego en su sentencia sin ningún fundamento concreto manifiesta que la oposición del MPF resulta fundada, vinculante y de ello no se puede apartar…".*

*"El criterio que sustenta esta Defensa,* -continúa- *es que siendo el instituto de suspensión del proceso a prueba un derecho del imputado, la conformidad u oposición Fiscal y lo jurisdiccional importa exclusivamente efectuar un control de legalidad, consistente en la verificación de cumplimiento de las condiciones legales de admisibilidad. Toda oposición que se funde en otros aspectos es arbitraria, pues carece de sustento legal…".*

3.- Efectivamente, de la escucha integral de la audiencia en la cual se debatió el pedido, surge diáfano que el Juez debió interrogar al representante de la Fiscalía –en dos oportunidades- acerca de cuál era el motivo de la oposición.

Concretamente, el Sr. Fiscal Ferrín indicó que *"con relación a la cuestión subjetiva esto es a la mención de los antecedentes en los cuales ha arribado a salidas alternativas, desde ya la fiscalía ha dado en su momento la oportunidad para no volver a participar de los procesos penales, los cuales no han sido acogidos. Se dan porque el C.P.P. permite la aplicación de esos institutos a esas salidas alternativas pero a la fecha estamos aquí de nuevo y por cuestiones de política criminal del MPF, las instrucciones de no volver acceder a este tipo que no es vinculante para la Defensa… lo que entiendo Sr. Juez, el fundamento básico aquí es que obviamente por el principio de objetividad estamos obligados nosotros a cumplir las mandas constitucionales de lo fundamental que es la rehabilitación*

*de la persona que tiene contacto con el sistema penal. En este caso ya se han dado numerosas oportunidades que evidentemente no ha aprovechado, y si bien no ha habido una condena, es decir que no puedo decir que efectivamente ha sido condenado y que ha cometido el hecho, sí no se puede negar que ha tenido distintos, bastantes contactos con el sistema penal y en todas las oportunidades anteriores se le ha aceptado una salida alternativa al debate, hasta que llega a un cierto punto. Hasta cuándo vamos a seguir aceptando, ahora se lo quiere poner a prueba con una SJP, es decir que va a estar a prueba durante 2 años hasta que el acredite con las horas comunitarias que ya eh….yo entiendo que la prueba no ha sido superada porque se le ha dado ya 3 veces la oportunidad de enmendarse, de ser útil a la sociedad y conseguir un trabajo o un oficio y no volver a tener contacto con el sistema penal. Evidentemente no ha resultado, entonces por una cuestión de política criminal de la Procuración, entendemos que tiene un límite esto, hasta cuándo vamos a seguir dando oportunidades para…que no se cumplen evidentemente. Entonces ése es el motivo por el cual nos oponemos a la aplicación del instituto de la probation, luego de tres intentos de encauzar al joven que han sido infructuosos…".*

Preguntado concretamente sobre cuántas salidas alternativas ha gozado el imputado, contesta que "*uno de sobreseimiento de acuerdo reparatorio y tiene uno pendiente de resolución de sobreseimiento que fue presentado por cumplimiento del acuerdo, porque ya cumplió con las tareas comunitarias, son dos acuerdos…".*

4.- Luego de ello, el magistrado interviniente, como se dijo, rechazó el derecho a gozar de la suspensión del proceso al entender que la oposición de la fiscalía resulta vinculante y ser atendibles sus fundamentos.

5.- Puesto a resolver, tal como he dicho en autos "H." "*…más allá del carácter vinculante o no del consentimiento fiscal, lo cierto es que no puede el representante de la* vindicta pública *invocar razones para fundar su oposición al*

*ejercicio del derecho previsto en el art. 76 bis del Cód. Penal que no estén previstas en la ley…”*.

También he dicho que *“…es obvio que para gozar del derecho previsto en la ley será necesario que se presenten en el caso todas y cada una de las condiciones para su operatividad las que deberán ser verificadas por el juzgador, previo control de legalidad del Fiscal quien comprobará, precisamente, la existencia o no de dichas condiciones… En caso de no presentarse alguna de las condiciones de procedencia, así lo manifestará, opinión que por tratarse de la existencia o no de los requisitos legales no podría ser desoída por el Juez sin configurar una decisión arbitraria…”* (Autos “M.”).

6.- En este caso, el representante de la fiscalía se opuso a la SJP, por entender que ya había gozado en dos oportunidades de salidas alternativas –requisito no previsto para la denegatoria de la *probation*-, que con ello ha tenido la oportunidad de enmendarse lo que no ha resultado, entonces por una cuestión de política criminal de la Procuración, “entendemos que tiene un límite esto” –no explicando cuál es la política aplicable al caso-.

Evidentemente, la resolución del Juez Monti se basa en un dictamen fiscal que tiene una fundamentación aparente, basada en criterios subjetivos, en pareceres personales del acusador, quien estima suficientes las dos oportunidades que ha tenido de resolver otros conflictos mediante reparaciones, institutos que no son óbice para la concesión de la SJP por no encontrarse como pautas limitativas en la ley (art. 76 bis, C.P. y 49, CPP).

7.- En otro tramo de la resolución, el juez interviniente hace mención a la pretensión de la *vindicta publica* de una pena de prisión de tres años y tres meses de efectivo cumplimiento, fundado ello, a la sazón, en la gravedad del hecho.

A esto debo decir, tal como se ha dicho en numerosos pronunciamientos, que es necesario fundar –al menos en un pronóstico provisorio- cuales son las razones para que una

persona sin antecedentes condenatorios, ante su primer condena a pena de prisión, necesariamente sea de efectivo encierro y no se le permita pronosticar una condena condicional lo que, a la vez, le permitiría gozar del derecho a la suspensión del proceso.

8.- Por todo ello, corresponde revocar la resolución venida en crisis y reenviar estos folios para que un Juez competente conceda el derecho de la suspensión del proceso a prueba en los términos de este sufragio, debatiéndose las condiciones a que quedará sometido el encartado (art. 76 ter en relación al art. 27 bis del C.P.).

9.- En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto por diferir la cuestión hasta el momento en que se hayan fijado en la instancia anterior.

**El juez Roberto Adrián Barrios dijo:**

1. Esta sentencia ya posee un completo desarrollo de los agravios por parte del vocal que me precede en el el orden de votos, razón por la cual omitiré la reiteración de los mismos.

2. Nuestra tarea consistirá en verificar si las razones de la resolución jurisdiccional impugnada fundamentan, debida y racionalmente, la denegatoria que nos convoca.

Al control de la sentencia, se colige que el juez enmarcó el trámite del pedido, en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, y ello es correcto.

El legislador ha diseñado este instituto conocido como *probation* con la intención de maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves, descongestionando la Administración de Justicia de casos que, de acuerdo al *baremo* que lo da la penalidad establecida en cada tipo penal, puedan encaminarse por la vía de la SJP.

Esa *tabla de cálculo,* que hace de referencia a la admisibilidad del instituto, se encuentra en la letra de la ley cuando posibilita su goce: ante la comisión de delitos de acción pública reprimidos con penas de reclusión o

prisión cuyo máximo no exceda de tres años (primer supuesto del art.76 bis del código penal); en los casos de concursos de delitos, si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años (segundo párrafo), y cuando las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable (de acuerdo a las reglas del art. 26 del código penal), que es el supuesto del cuarto párrafo del mismo artículo 76 bis.

En el caso, el pretenso ha sido acusado por el delito de robo en grado de tentativa agravado por el uso de arma blanca (Art. 166 inc.2°, 42 y 45) y la fiscalía pretende una pena de 3 años y 3 meses de prisión.

Por lo tanto, las reglas para la consideración del otorgamiento del instituto, bajo la norma referida han sido correctas.

3. Dice la Defensa que el juez penal, tras dar al menos dos oportunidades a la fiscalía para mejorar argumentos de oposición, finalmente le dio la razón a la acusadora, resolviendo en su sentencia tomarlos por válidos y vinculantes, denegando de esta forma la *probation* solicitada.

Acusa así a la sentencia de arbitraria, infundada, contradictoria y denegatoria de derechos, atento que el Juez Monti insistió a la Fiscalía para que funde y motive su oposición, y en su sentencia solo citó fallos para fundar el carácter vinculante de aquel dictamen, concluyendo que en realidad el *a quo* no consideró ni respondió a los hechos y circunstancias concretas del caso dado por las partes.

4. Puesto a decidir, he de comenzar con el control de la audiencia que precedió la sentencia que se revisa.

Se advierte allí que en su vista, el fiscal se opuso por las circunstancias graves del hecho, sumado ello a cuestiones de políticas criminales y que el Sr. R., si bien no tiene antecedentes condenatorios, sí tiene sobreseimientos por acuerdos conciliatorios concedidos y que obran en el sistema. Agregó a ello que en la acusación se solicitó 3 años y 3 meses como plazo de pena.

En su réplica, la defensa argumentó que el consentimiento de la fiscalía se debe referir estrictamente a las condiciones objetivas y subjetivas para la aplicación de la *probation*, y que en este caso, la proyección es que no se espera una pena de prisión de efectivo cumplimiento, ya que su cliente no tiene antecedentes. En los casos mencionados por el fiscal, ha sido sobreseído con el acuerdo del MPF.

De lo que ocurrió a partir de allí, no lo interpreto como que haya habido una insistencia sospechosa por parte del magistrado hacia la fiscalía para que mejore argumentos, como sugiere quien recurre.

Al estar a las instancias sustanciadas, creo que es el procedimiento normal de un sistema acusatorio que, ante una réplica, la contraria pueda contrarreplicar y aclarar algunos aspectos que no se hayan entendido.

Lo que se advierte es que, al tomar nuevamente la palabra el juez penal, pidió a la fiscalía que aclare concretamente el contenido de su oposición, procediendo el fiscal a aclarar y contrarreplicar a la defensa, que al final, tuvo la oportunidad de responder y culminar la instancia de sustanciación.

Por este sencillo control de la audiencia, y las constancias del proceso de tramite del pedido, no considero arbitraria la actitud del juez, y con ello su decisión.

Pasemos al siguiente punto.

5. En cuanto a la falta de fundamentos concretos de la fiscalía para la oposición al beneficio, y consecuentemente, la falta de fundamentos en el mismo sentido en la sentencia, al control de dicha pieza se evidencia que el magistrado consideró a los argumentos del fiscal, como valederos y fundados en derecho para fundar dicha oposición.

Dijo el *A Quo* que en el escrito de acusación, el titular de la acción pública ha postulado una pretensión punitiva de tres años y tres meses de prisión, y, en resumen, lo justificó.

Deliberado este punto con los integrantes de este Cuerpo, he de concluir que resulta infundado en la oposición fiscal, el motivo por el cual al acusado R. se le debe imponer una pena de prisión de efectivo encierro.

Ello así por cuanto, en caso de ser tenido por autor responsable, el delito imputado posee una escala penal cuyo mínimo, adunado a la carencia de antecedentes, podría posibilitar el beneficio del cumplimiento condicional de la condena.

Ya no son la cantidad y calidad de salidas alternativas previas otorgadas al ciudadano, las que influyen directamente como fundamento de políticas estatales que podrían justificar la denegatoria, sino el pronóstico de prisión efectiva de la condena, ante un marco legal y personal del acusado que sugieren exactamente lo contrario.

La invocación de la gravedad del hecho, clara referencia normativa que operaría como agravante, no parece ser razón suficiente para que R., concretamente él, deba cumplir el encierro efectivo ante una decisión condenatoria. El fiscal debió argumentar sobre este punto y no lo hizo.

6. Por otro lado, la invocación de la existencia de una directiva general del jefe de los fiscales de la provincia no puede impedir, por sí misma, su concesión.

En este caso, como se agraviara la defensa ante esta Cámara, y sin respuesta de ningún representante del Ministerio Publico Fiscal atento su insólita ausencia en la audiencia del art.385 del CPP, el juez penal describió el contenido de la oposición de la fiscalía y, con ello, habiendo encuadrado el caso en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, no hizo lugar al pedido de la defensa.

Los verdaderos requisitos pilares del instituto están en la letra de la ley que, siguiendo la jurisprudencia desarrollada a partir del *leading case* "Acosta" de la CSJN, habilitan la concesión del beneficio. Ha dicho nuestro Alto Tribunal que *"… el principio de legalidad (art. 18 de la CN) exige priorizar una exégesis restrictiva, dentro del límite*

*semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la "última ratio" del ordenamiento jurídico, y con el principio "pro homine" que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal"* (Fallos 331:858).

Con este claro horizonte, en casos de petición de suspensión de juicio a prueba, en los cuales el núcleo de la oposición fiscal constituye la pretensión punitiva de la acusadora publica y razones de política criminal, debería al menos generar una resolución de la magistratura con suficientes fundamentos que den apoyatura a una resolución negativa y justifiquen la decisión final por una oposición fundada, razonable y justa.

Ello no se logra con solo detallar el contenido de la oposición, y el carácter vinculante de la misma.

He dicho en autos "R. M. psa de lesiones leves con arma blanca y abuso de arma - Trelew" caso Fiscal N.58935, carpeta judicial Nro. 6216, 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."*

*(…)*

*"Se ha dicho que la primera finalidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba es lograr una solución del conflicto más eficaz en términos de prevención general y especial, y, en relación al ideal de resocialización previsto constitucionalmente, evitar la estigmatización que también la condena de ejecución condicional supone."*

*"Considerar que la oposición puede basarse en motivos que no se encuentran previstos en la ley, contraría la*

*interpretación restrictiva de las normas penales y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue marcando, como horizonte de otorgamiento del beneficio, el principio pro homine, y de ultima ratio, en casos tales como Lorenzo (L.90.XLII), y Norverto (N.326.XLI)…"*

7. Por los fundamentos expuestos, voto por la revocación del resolutorio venido en revisión, y en consecuencia reenviar la carpeta a la oficina judicial para que se proceda en consecuencia.

En cuanto a las costas y honorarios de la Defensa, coincido en diferir la cuestión tras la realización del procedimiento ante el *A Quo* por corresponder.

Así voto.

**El juez Omar Florencio Minatta dijo:**

**1.** La defensa se queja porque la sentencia deniega al imputado el ejercicio del derecho a suspender el proceso a prueba, sosteniendo que la razón de la negativa es ilegal al tomar al dictamen fiscal como vinculante y ser éste infundado.

**2.** Lleva razón la defensa, puesto que la pretensión de vinculante de un dictamen fiscal supone un debate previo sobre la motivación del mismo por exigencia del control de legalidad que en todos los casos la jurisdicción debe realizar sobre los dictámenes del Ministerio Público Fiscal, adelantando que si el mismo no es positivo deberá considerarse como asentimiento.

En el caso el fiscal se opone porque el imputado había gozado de salidas alternativas anteriores, lo que implica crear un obstáculo legal para ejercer del derecho que no está en la ley, convirtiendo así en infundada su opinión y por lo que deberá estimársela como conformidad.

En efecto, el fiscal en los dictámenes que se le pide sobre el ejercicio del derecho del imputado a suspender a prueba el proceso, lo único que ´puede traer como obstáculo para ello es la falta de algunos de los requisitos legales establecidos en el código penal , estos es, que se trata de

una persona que tiene antecedentes penales vigentes o que la pena a imponer va a ser mayor a tres años de prisión, o bien de un monto de tres o menor, pero de cumplimiento efectivo, amén de opinar sobre la razonabilidad de la reparación ofrecida por el peticionante. Estos son los únicos extremos que el fiscal y/ o los jueces pueden aducir como para oponerse a una suspensión del proceso a prueba, sencillamente porque son los únicos que la ley trae como óbices, no pudiendo ningún sujeto procesal inventar otro.

**3.** Sentado lo anterior y dándose en el caso todos y cada uno de los presupuestos que la ley requiere para el derecho denegado, deberá ello declararse así en el dispositivo que se emita, haciendo lugar a la impugnación y remitiendo el conflicto al juez penal competente para que en audiencia con respeto del principio contradictorio, decida sobre las reglas de conducta y detalles sobre el cumplimiento de la reparación ofrecida.

**4.** Respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios, coincido con mis colegas preopinantes.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

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

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa técnica del imputado C. F. R., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Remitir estos folios a la Oficina Judicial de la ciudad de Rawson para que el magistrado competente, conceda la *probation* en los términos establecidos en esta resolución, estableciendo las reglas de conducta que estime corresponder de conformidad con lo prescripto en el art. 76 ter en relación al art. 27 bis, ambos del Código Penal;

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

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

**Alejandro Gustavo Defranco**

**Roberto Adrian Barrios** **Omar Florencio Minatta**

Registrada con el Nro. 48/2018 de la Cámara en lo Penal de la

Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-

**Carlos Enrique Pedelaborde**

**Secretario de Cámara**