En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los diecinueve días de junio 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 **"D., A. A. s/dcia. lesiones - Rawson" (Carpeta 6825 Ofiju Rw, Legajo 16115 OUMPF Rw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por la Defensa Pública en representación de V. C. M., contra la resolución registrada digitalmente bajo el nro. 151/18 dictada por el Juez Penal Dr. Marcelo Nieto Di Biase en fecha 22 de marzo de 2018, por la cual denegara la suspensión del juicio a prueba en orden al delito de lesiones graves en el carácter de autor (arts. 90 y 45 del C.P.), por falta de razonabilidad en el ofrecimiento que a modo de reparación efectuara la imputada, conforme a lo postulado y acreditado por la querella.

Se deja constancia que las condiciones que postulara la Defensa en su pedido de aplicación al presente caso del instituto de la suspensión de juicio a prueba, resultaron ser: fijar en un año el plazo de la suspensión de juicio a prueba; treinta (30) horas de tareas comunitarias y una reparación simbólica del pago de un pago de PESOS QUINIENTOS ($ 500).

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 05/06/18 en la sede de este tribunal, intervino V. C. M. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos-, con la asistencia técnica de la Abogada Adjunta, Dra. J. S. D. y, la querellante, Sra. A. A. D. con el patrocinio letrado de la Dra. C. I. J..

En dicha audiencia las partes ratificaron la impugnación impetrada y la contestación a los mismos, glosados en los presentes.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Sustanciada que fuera en audiencia la pretensión impugnativa de la defensa, con la presencia de la querella y la lamentable ausencia de algún representante del Ministerio Público Fiscal, corresponde ahora decidir sobre la denegación jurisdiccional del beneficio de la suspensión del juicio a prueba instado por C. V. M..

Se agravió la defensa de dos cuestiones: la primera, que el Sr. Juez de garantías le denegó el derecho al imputado a acceder a la suspensión de juicio a prueba, por entender que el *quantum* de reparación ofrecido no resultaba razonable.

La segunda, porque el magistrado ha realizado una errónea interpretación de la postura del Ministerio Público Fiscal, puesto que, representado en audiencia por la funcionaria Dra. Eugenia Domínguez, esa parte no ha emitido dictamen alguno, y el juez aseveró que la fiscalía se había opuesto a la aplicación del beneficio solicitado, cuando ello no fue así.

Atento el orden de importancia de los agravios, y la consecuencia que tras su análisis se impone, invertiré el orden dado por la pretensa.

2. Comenzaré por el trámite impetrado desde la jurisdicción, al pedido de suspensión de juicio a prueba.

2.1 Nuestro legislador (evocado así como un ente unipersonal, pese a que los representantes del Parlamento integran un cuerpo colegiado) ha diseñado este instituto conocido como suspensión de juicio a prueba o *probation* (en adelante, SJP) con la intención de maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves.

Los presupuestos para el análisis de la admisibilidad del instituto, como no puede ser de otra manera, se encuentran en la letra de la ley.

La misma dice que se habilita la posibilidad de 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 Ministerio Público Fiscal subsumió el hecho acusado a M., en una calificación cuya escala penal impide encuadrar el análisis en el primer párrafo del art.76 bis, pero sí en el cuarto, puesto que la penalidad prevista en el artículo 90 del código penal, prevé una pena que excede en su máximo, la de tres años de prisión, pero por su mínino e incluso por la pretensión punitiva de la acusadora, lo incluye en el catálogo de delitos cuya suspensión pueden ser concedidas.

Por lo tanto, las reglas para la consideración del otorgamiento del instituto, sin dudas debe ser las del cuarto párrafo del artículo 76 del código penal.

2.2 Ahora bien, la que recurre dice que el Magistrado no interpretó la posición del Ministerio Público. Que en la audiencia en donde fuera sustanciado su pedido, al momento de tomar la palabra la funcionaria de fiscalía, Dra. Domínguez, manifestó que como la aplicación del Instituto significaba el cese de la acción penal, era necesario el dictamen del Fiscal, por lo que solicitó un cuarto intermedio a esos fines, cuarto intermedio que no fue otorgado.

Al control de la audiencia del día 22 de marzo del corriente año, con la reproducción del soporte que la contiene, se confirma que a partir del minuto 3.33 la Dra. Domínguez, previo a adelantar la oposición de la víctima,
dijo que como el dictamen del pedido involucraba un posible cese de la acción penal, solicitaría un cuarto intermedio para que concurra a la audiencia el fiscal Osvaldo Heiber. Sin interrupción de la audiencia, tras la oposición de la querella, la Defensa volvió a tomar la palabra y requirió al juez otorgue la *probation*, una vez que se escuche la palabra del fiscal (minuto 9.45).

A partir de este tramo de la sustanciación, es en donde se evidencia una irregularidad en el procedimiento, que determina ineludiblemente a declarar nula la resolución judicial.

Así es, en una audiencia sin solución de continuidad, a partir del minuto 10.35 el juez penal resolvió por no hacer lugar al beneficio, y como dice quien se agravia, faltó el dictamen fiscal.

Más merece destacarse que fue esa Defensa quien también contribuyó a que esa irregularidad se produzca.

En la audiencia, se colige que la abogada J. ha consentido

que el juez resuelva, omitiendo el temperamento del fiscal; por lo que en cierta forma, contribuyó a causar la nulidad que nos ocupa.

Dijo la funcionaria de la Defensa "*si S.S. lo dispone, sin el consentimiento del fiscal, obviamente estoy de acuerdo. Me interesa que se disponga.*". (a partir del minuto 10.25 del soporte).

Pese a esta conformidad, es deber de la Magistratura sustanciar debidamente este tipo de beneficios, toda vez que no puede resolver el pedido (ya sea en forma afirmativa o negativa), sin que se obtenga la vista del titular de la acción penal.

Como enseña Alberto Bovino en: "*La suspensión del procedimiento penal a prueba en el código penal argentino*", uno de los principios estructurales que ha contribuido a provocar la crisis del sistema, es el de la persecución
penal pública obligatoria de hechos punibles. Dice el autor que "*...el principio de legalidad impone a los órganos estatales correspondientes, el deber de promover la persecución penal en todos los casos, (..) una vez promovida la persecución penal, ésta no se pued(e) suspender, interrumpir o hacer cesar.*" *(Ob. Cit, Editores del puerto, pagina 17)*

La SJP es una excepción a ese principio, es una salida alternativa del conflicto en procura de una respuesta más inteligente que la pena.

Este marco conceptual en donde lo ubicamos, trae inmediatamente el rol del Ministerio Público, que es el titular de la acción penal. "*El principio de legalidad implica que la promoción de la acción penal constituye un imperativo para el Ministerio público" (Ob. cit., página 18).*

Es por ello que para resolver suspender o no un proceso previamente excitado, se exige el temperamento de la Fiscalía. Cualquier disposición jurisdiccional que omita la debida sustanciación de las partes sobre este punto, vicia insalvablemente la resolución.

La consideración del juez para justificar este procedimiento, en cuanto solo sería necesario el dictamen fiscal cuando la SPJ se otorga, mas no cuando se deniega, resulta arbitraria, puesto que se arroga y ejerce facultades que le están prohibidas (artículo 18 del CPP).

A ello se ha de agregar que el Magistrado afirmó que

tuvo en cuenta para resolver lo que dijo la querella, lo que dijo la defensa, "*...y lo que dijo la funcionaría...,* cuando en realidad la funcionaria no se expidió sobre el pedido, solo requirió un cuarto intermedio para que asista el fiscal general.

Esta particular circunstancia, torna nulo el acto jurisdiccional revisado, y toda vez que el mismo no admite saneamiento ni convalidación, tras la declaración de nulidad, corresponde reenviar esto folios a la Oficina Judicial, para que ante el Juez competente que corresponda, eventualmente se reedite el pedido de la pretensa y, bajo el estricto cumplimento de las formalidades de ley, resuelva la cuestión referida a la suspensión del proceso a prueba pretendida.

4. 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.

Así voto.

El juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. - Escueto será mi sufragio en este caso, toda vez que, adelanto, la solución de la contienda transitará por la declaración de nulidad de la resolución impugnada.

2. - Para ello es necesario explicar, brevemente, el trámite que la ley de fondo asigna al procedimiento de suspensión del proceso a prueba, en el art. 76 bis y ss. del repertorio sustantivo.

En efecto, el Código Penal dispone en el artículo citado, en su primer párrafo, que en los casos de imputación de un delito de acción pública cuya pretensión punitiva no exceda los tres años de prisión, a petición del imputado y luego de ofrecer una reparación del daño (en la medida de lo posible), podrá dejarse en suspenso el proceso, si el Juez estimare que el ofrecimiento ha sido razonable.

Que en este supuesto, nada se dice acerca de la conformidad o no del representante de la Fiscalía, por lo que se deduce que el magistrado interviniente resulta soberano en su decisión.

3. - Más por el contrario, en los supuestos que la pena supere aquél tope, y "*las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena*", también podrá ser dejado en suspenso el juicio pero, en este caso del cuarto párrafo del art. 76 *bis*, resulta necesario el consentimiento fiscal.

4. - Ahora bien. En el caso ventilado aquí, el *a quo* enmarca el supuesto de hecho que se le presenta a consideración en uno de los previstos en la segunda hipótesis y deniega la solicitud porque *"no solamente la víctima no está interesada sino que la fiscalía se opone en orden las pautas del párrafo 4to.."*, además de entender que la suma ofrecida no es suficiente (registro de audio, minuto 17:34).

En el minuto 10:40 ya había adelantado sobre la opinión fiscal que *"por eso pregunté si usted requería al fiscal, porque obviamente si lo hubiese otorgado, sí necesito que esté el fiscal presente, pero con el fundamento que dio la funcionaría y lo que dio la querella... para mi es suficiente como para resolver."*.

5. - Empero, contra lo afirmado por el magistrado en cuestión, la Funcionaria de Fiscalía, Abogada Eugenia Domínguez, nunca se expidió a favor o en contra del otorgamiento del derecho de suspender el proceso; solo estimó que sería necesario un cuarto intermedio, ya que si *".hablamos de un cese de la acción, requiere el consentimiento fiscal en su caso, por el máximo de seis años que requiere el delito. en caso de considerarlo voy a solicitar un cuarto intermedio para que se presente el fiscal de la causa."* (registro de audio, minuto 03:41).

6. - Resulta entonces de toda evidencia, que además de haber denegado el pedido por la insuficiente reparación ofrecida (obviándose que en caso de oposición de la víctima puede concederse de todos modos, quedando expedita la acción civil), lo cierto es que obvió el requisito ineludible del art. 76 *bis*, cuarto párrafo, Cód. Penal, esto es, la necesidad de escuchar a la Fiscalía en un sentido u otro, con lo que la resolución resulta nula por no haberse cumplido con uno de los requisitos que exige la ley de fondo.

7. - Por todo ello, corresponde revocar la resolución venida en crisis y reenviar estos folios para que un Juez competente resuelva la cuestión luego de escuchar al titular de la acción pública y que se expida acerca del consentimiento o no para disponer la suspensión del proceso a prueba.

8. - En cuanto a las costas y honorarios de la Defensa, coincido en diferir la cuestión tras la realización del procedimiento que se dispone ante el Juez competente que se designe.

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Vienen los autos a conocimiento de este tribunal a los efectos de resolver la impugnación sobre la sentencia que deniega la suspensión del proceso a prueba al imputado. Sin embargo, no trataremos tal punto, puesto que la pretendida sentencia no tiene los efectos de tal acto procesal, pues no podía el juez decidir materialmente sobre el asunto, cuestión que pasamos a tratar.

2. Existen condiciones o requisitos que la ley impone como necesarios e imprescindibles como para decir que existe un proceso judicial y que podemos caracterizar como esenciales y englobarlas bajo el nombre de presupuestos procesales.

Si bien el alcance y contenido de éstos se encuentra discutido en doctrina, existe acuerdo en considerar así a las formas básicas del proceso -imparcialidad del juez, publicidad del debate, etc.- que son impuestas no solo como protección para el imputado sino también como presupuestos de la expresión de la voluntad estatal para que ésta no sea producto de un método arbitrario sino consecuencia de un procedimiento legal que la evite.

En este sentido se pueden distinguir exigencias legales que hacen al objeto del procedimiento -instancia privada, por ejemplo-, a la capacidad del tribunal -competencia e imparcialidad- y a la participación y asistencia tanto de los acusadores -separación estricta de roles con la jurisdicción- como de los imputados, tal como la presencia de los defensores técnicos en todos los actos fundamentales del proceso. En fin, pueden agregarse todas las formas esenciales del debido proceso, pero no solo las que vienen impuestas como garantías exclusivas del imputado, sino también las impuestas como condiciones de legitimidad por el mismo Estado como método de actuación del poder punitivo.

Sin embargo, en tanto las formalidades establecidas como presupuestos procesales estén establecidas solo a favor del imputado, no pueden sostener ninguna decisión en contra del mismo, por lo que su inexistencia no impide para nada una solución desincriminatoria, por ejemplo una absolución o sobreseimiento cuando ello implique retrogradar el procedimiento, lo que no sucede con otras formas sin cuya presencia no pueden los jueces resolver ni en un sentido ni en el otro.

Dentro de estas últimas formas están las que hacen a la participación efectiva y esencial de los acusadores como medio

para garantizar la imparcialidad del juez y que se ocupe éste exclusivamente como tercero de la decisión, sin que intervenga en la persecución que queda a cargo de otro órgano, el acusador, además de garantizarle al acusado un contradictor objetivo. *(Cfr., para el concepto, clasificación y consecuencias de los presupuestos procesales a MAIER, Julio B.J.; Derecho Procesal Penal, Parte General, Sujetos Procesales, Del Puerto, Bs As, 2004, págs. 102/139.)*

3. En fin la falta de participación del acusador es un presupuesto procesal impuesto como condición de legitimidad del debido proceso penal- y no exclusivamente como garantía del imputado-, por lo que ella determina la imposibilidad del juez para decidir, debiendo entonces declarar la nulidad del acto y mandar renovar el acto, previa audiencia en la instancia y con la presencia de todas las partes.

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) Declarar la nulidad de la resolución dictada en fecha 22/03/18 y registrada digitalmente bajo el nro. 151/18, por los fundamentos dados;

2) Remitir estos folios a la Oficina Judicial de la ciudad de Rawson para que, por intermedio del magistrado que corresponda desinsacular, se fije nueva audiencia para el tratamiento de la cuestión;

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

Los Dres. Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta no suscriben materialmente la presente por encontrarse en uso de licencia al momento de la lectura de la presente. Registrada con

el Nro. 64/2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.-

Carlos Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara