En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los cinco días del raes de diciembre de dos mil dieciocho, la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por los Sres. Jueces de Cámara, Dr. Alejandro Gustavo Defranco, en su carácter de Presidente, y Dr. Roberto Adrián Barrios y Dr. O. Florencio Minatta como vocales, todos jueces de Cámara de la circunscripción judicial de Trelew, dictan sentencia, luego de desarrollada la audiencia realizada a tenor del arto 385 del C.P.P., en el marco de las Causa caratulada: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ E., A. B. - J., E. N." NIC N° 3791, NUF N° 34989 y otros), en la que tuvieron debida participación el Dr. O. S. G., defensor particular del imputado A. E., la Dra. Alicia Fernanda Révori, en su carácter de Fiscal General y el Sr. J. E. L., en su carácter de victima.

---------- Y RESULTANDO----------

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C. P.P. el día 21 de noviembre del corriente año, en la que el Dr. O. S. G., en su calidad de defensor particular de E., sostuvo y ratificó, en todas sus partes, el escrito de impugnación ordinaria interpuesto oportunamente contra la resolución dictada en fecha 22 de agosto de 2018 por el Juez Martin O'Connor, la que fuera, registrada bajo el número 1408/2018, por la que denegó la suspensión del juicio a prueba postulada a favor del imputado.

En su momento el Dr. G., en su escrito impugnatorio, hizo la reseña del caso, explicando que en el curso de la audiencia preliminar, realizada el 07 de diciembre de 2017, el Dr. Criado -juez penal- rechazó el cambio de calificación legal propuesta por su parte y decretó el auto de apertura a juicio oral en base a la acusación fiscal.

Que, fijada la audiencia de debate, al momento de la apertura de la misma solicitó al Juez del Debate, Dr. O'Connor, la suspensión del juicio a prueba en el entendimiento de que se encontraban reunidos sus presupuestos de procedencia.

Para ello, afirmó que el hecho, tal cual fuera descripto en la acusación pública, se encontraba mal calificado. Que dicha mala calificación no requería siquiera de producción de prueba, puesto que surgía de la propia descripción de los hechos de la cual, de sus términos, se describen lesiones de las cuales el propio Código Penal describe como Lesiones Graves, habiéndolas calificado -erróneamente- como lesiones gravísimas.

Manifestó que el cambio de calificación legal resultaba importante por los distintos montos de pena que establecen los arts. 90 y 91 del Código Penal.

Sostuvo que su asistido ofreció una reparación económica adecuada a sus ingresos, propuso el compromiso de realizar trabajo comunitario y refirió que su asistido no tiene antecedentes penales condenatorios, y de allí que considerara viable su pretensión.

Continuó su reseña del caso mencionando que al conferírsele la vista del caso al MPF, este se opuso, señalando que el caso se encuadraba

en el cuarto párrafo del art. 76 bis del Código Penal, y consideró vinculante su dictamen.

Asimismo adujo el MPF que la calificación legal no se podía mutar al inicio del debate y que, aun haciéndolo y considerando el hecho como lesiones graves, igualmente la pena a imponer debería ser de cumplimiento efectivo, dando razones de ello.

Luego, el recurrente afirma que para que el dictamen fiscal se vinculante debía ser razonable y fundado, circunstancias que no se presentaban en este caso.

Respecto de la resolución por la que el Juez, en la audiencia de debate deniega la aplicación de la suspensión del juicio a prueba, indica que el Magistrado sostuvo que el auto de apertura a juicio oral se encontraba firme y que si bien la defensa puede solicitar él beneficio de la suspensión del juicio a prueba hasta el inicio del debate, debe ceñirse a la "base fáctica y a la calificación legal" allí establecidas, tratándose de un paquete cerrado no revisable.

Asimismo el Juez consideró razonables los fundamentos expuestos por la Fiscal en su dictamen, no resultando el mismo ni irrazonable ni infundado.

Agregó el magistrado que, aun en la hipótesis de que la conducta de E. fuera encuadrable en el molde típico de las lesiones graves del art. 90 CP, tampoco podría concedérsele el beneficio solicitado en virtud de la escala penal aplicable, lo dispuesto por el art. 76 bis cuarto párrafo del CP y el dictamen vinculante del Fiscal, el cual se opuso a la condicionalidad de la pena.

De tal forma, el recurrente se agravió en primer término por considerar que el juez O'Connor no trató el cambio de calificación legal que había solicitado ya en la audiencia preliminar y que se le había sido denegado por el juez de aquella audiencia. Sólo se limitó a decir que ello ya estaba resuelto y que se trataba de un paquete cerrado no revisable.

En segundo orden se agravió de lo resuelto por el Dr. O'Connor en relación a su decisión de sostener que el dictamen fiscal era fundado y razonable. Tal agravio se funda en que, a su entender, la resolución dice analizar un dictamen que se basa en un hecho que ha sido calificado como lesiones gravísimas pero su análisis es a partir de un hipótesis distinta en cuanto sostuvo que el hecho debió ser calificado como lesiones graves.

En ese entendimiento, el Juez toma los argumentos fiscales por los cuales, aún con una pena menor, la misma igualmente debiera ser de cumplimiento efectivo, sin tomar en consideración que los agravantes para aumentar la pena a más de tres años debieran ser importantes, todo lo cual no fue demostrado por el MPF.

Para finalizar refiere que la Suspensión del Juicio a Prueba se trata de un beneficio y un derecho para el imputado, y que ni el Fiscal ni el Juez pueden obturar con requisitos formales que la ley no prevé.

Como petitorio final, solicitó que se revoque la decisión impugnada

y se conceda la suspensión del juicio a prueba.

Asimismo, solicita que se tenga presente la reserva del caso federal.

De la impugnación se dio formal traslado al MPF, que, representado por la Dra. Alicia Fernanda Révori, se pronunció con fecha 06 de septiembre de 2018, requiriendo que se rechace la impugnación deducida, y que se confirme la resolución dictada por el señor Juez Penal interviniente.

En sustento de su oposición a la procedencia de la presente impugnación, la Dra. Révori indicó en su escrito, ratificado en audiencia en todos sus términos, que la calificación legal no podía ser discutida en esta etapa procesal -apertura de la audiencia de debate- ya que ya hablan sido tratados en una audiencia anterior ya clausurada.

Refiere la Fiscal general que nos hallamos en el supuesto del 4° párrafo del art. 7 6 bis del CP, con un dictamen contrario al beneficio, el cual se encuentra fundado y es razonable, y con la oposición expresa de la víctima a la concesión del beneficio.

Que el juez al rechazar la aplicación de la suspensión, apoyó sus alegaciones en las circunstancias concretas del caso, la gravedad de los hechos, la extensión del daño, la repercusión de los mismos en la vida de la víctima, la pretensión punitiva que, aún en la hipótesis de mínima, impediría una eventual condena en suspenso.

Ofrece como prueba, copia de los audios de las audiencias.

En la audiencia llevada a cabo el día 21 de noviembre de 2018, tanto el Defensora particular como la Fiscal General ratificaron sus respectivos escritos

Otorgada la palabra al imputado el Sr. E., el mismo manifestó que no tenía nada que decir.

A su turno se le dio la palabra a la víctima Sr. L., quien manifestó que los hechos fueron como los manifestó el representante de E., y refirió los problemas de salud que el hecho le trajo así como los problemas económicos que tuvo que sortear por el mismo.

---------- y CONSIDEIANDOO----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el arto 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal) se establecido el siguiente orden de votación: Barrios - Defranco - Minatta.

El juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Toda vez que en esta sentencia se ha efectuado un completo desarrollo de los agravios del recurso, pasaré sin más a dar los fundamentos de mi voto.

2. Comenzaré poniendo sobre la mesa una verdad que aunque de Perogrullo, es necesario destacar a modo de punto de partida: en materia de Suspensión de Juicio a Prueba (en adelante, SJP), el baremo que habilita o no la accesibilidad al beneficio se encuentra en la penalidad establecida en cada tipo penal, y los supuestos que el artículo 76 bis del código de fondo prevé; Por lo tanto, solo será admisible el

instituto cuando la ley cuando posibilite 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 articulo 76 bis.

En el caso, el Ministerio Publico Fiscal subsumió el hecho acusado a A. B. E., 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 las lesiones gravísimas contenida en el artículo 91, del código penal (pese al planteo de 1a. defensa, sobre la que he de volver), parte de un mínimo de tres años de prisión, que lo incluye en el catálogo de delitos cuya suspensión puede ser concedida; en abstracto, sería posible el cumplimiento condicional de una eventual condena que le sea impuesta al acusado, mas el máximo de la pena excede los tres años de reclusión o prisión.

Ello así, podemos concluir respecto a la consideración del otorgamiento del instituto, bajo éste supuesto que responde a la denominada tesis amplia, que han sido correctas.

3. Siguiendo el análisis del caso que nos ocupa, recordemos que previo a la apertura del debate, la defensa volvió a requerir la *probation,* ilustrando al juez penal Martin O'Connor, que el hecho tal cual había sido descripto por el acusador, estaba mal calificado e informándole que había planteado su modificación en la audiencia preliminar, sin obtener éxito en ese entonces.

Por su parte, la fiscalía ha dicho que cuando la defensa requirió al juez de debate la SJP, reeditó cuestionamientos referidos a la calificación legal de los hechos que ya habían sido discutidos y resueltos en aquella audiencia. Aseguró que en esa instancia dictaminó motivadamente en audiencia en sentido contrario a los postulados de la defensa, aludiendo a las imposibilidades de discutir en ésta etapa procesal la calificación legal de los hechos por los que debía abrirse el juicio, pero además, fundó su oposición en una serie de circunstancias relacionadas con el hecho objeto de juzgamiento, que impedían optar por ésta solución alternativa en favor del imputado.

4. Nos corresponde ahora verificar si las razones de la resolución jurisdiccional impugnada, fundamentan debida y racionalmente la denegatoria.

Como dijera el pretenso, y al control de sus afirmaciones, se certificó que en la audiencia preliminar del 7 de diciembre de 2017, solicitó al juez penal Jorge Alberto Criado, el sobreseimiento de E., y que subsidiariamente objetó la calificación legal por la que fuera acusado. En dicha instancia, aquel magistrado rechazó ambos planteos.

Esta circunstancia que excede la competencia de este Tribunal, ya que vale aclarar, no es posible revisar el auto de apertura a juicio como claramente lo prescribe nuestra ley (artículo 298, cuarto párrafo del CPP), tiene consecuencias en lo que sí fuimos convocados, puesto que la calificación jurídica que compone la teoría del caso de la fiscalía, tiene- particular incidencia con la denegatoria de la SJP decidida por el juez O'Connor.

En el punto a} de la resolución jurisdiccional impugnada, se advierte que el magistrado dijo que si bien en la ley se encuentra la facultad de instar el instituto hasta antes de iniciado el debate, no puede desconocerse que esta facultad no incluye la solicitud en diferentes oportunidades. a la espera de un criterio jurisdiccional favorable.

Si nos ponemos en los zapatos del juez O'Connor, toda la razón ha de dársele.

Nuestro procedimiento penal domestico permite una nueva solicitud del otorgamiento de una salida como lo es la SJP hasta antes de iniciado el debate, mas, en lo que respetuosamente disiento con la defensa, es en exigir al magistrado de ese debate, un temperamento modificatorio de la base jurídica de la acusación, que ya fue revisada.

El A Quo con suma prudencia, ha fundamentado por qué no puede ingresar a ese peldaño de la teoría del caso fiscal, y los fundamentos que ha dado son sumamente razonables y plausibles.

Así, ha fundado en principios de preclusión y progresividad, diciendo que las decisiones jurisdiccionales firmes no pueden ser desconocidas, retrotrayéndose a etapas ya transitadas, pues, se vería afectada la seguridad jurídica.

Considero que lo dicho por este magistrado asignado al juicio, es correcto en este punto.

Entiendo que lo decidido en el auto de apertura, es su punto de partida, su punto cero. Es la causa trabajada por la fiscalía, y controlada y tamizada por el juez penal de la instancia anterior. Un "paquete cerrado", según su propia metáfora, que recibe para que sea él quien la juzgue. Y solo puede juzgarla mediante la sucesión de las instancias que un debate importa: alegato de apertura, producción probatoria, alegatos de cierre, decisión final por la culpabilidad o no culpabilidad de determinado delito.

4. Sin perjuicio de lo que vengo analizando, debo decir que el Juez de la audiencia preliminar no ingresó en la cuestión de fondo de la calificación, y finalizó la audiencia dictando el auto de apertura a juicio.

Pero se impone hacer constar que la fiscalía mencionó en esa oportunidad, cuáles eran las razones por las que, a su criterio, correspondía la calificación inserta en su libelo. Es por ello que el juez consideró que tal planteo debía de ventilarse en el debate.

Si estimamos que entre los elementos que la acusación pública (lease, de los fiscales) debe contener los preceptos jurídicos

aplicables al caso (artículo 291, inciso 4 del CPP), y que la defensa podrá objetar esa acusación (artículo 294, inciso 1), no cabe duda alguna que es en el ámbito de la audiencia preliminar en donde el juez penal debe tratar y
resolver esas cuestiones (artículo 295).

Es más, la ley faculta al juez a proceder incluso de oficio, sobre la admisibilidad de la acusación, pudiendo indicar cuales son los defectos del acusador, a quien podrá darle un plazo razonable para que los corrija. Nuestra ley procesal prescribe que al término de la audiencia, dictará auto de apertura del juicio oral, que contendrá "la descripción de los hechos de la acusación por los cuales se autorizó la apertura del juicio y su calificación jurídica."(art.298 inciso 2 del CPP)

Por lo tanto, si como en este caso, la defensa objetó la calificación, y esa objeción se sustanció en la instancia intermedia, tras la cual el juez penal (en este caso el doctor Criado) decidió no hacer lugar a esa objeción: nada el juez de juicio puede hacer a este respecto.

Hasta este momento, de la interpretación de todo el proceso, se observa que existiría una teoría del caso de la fiscalía, lo suficientemente firme como para convencer al juez penal de la audiencia preliminar, a que le autorice un juicio por una calificación jurídica muy grave. Es al doctor O'Connor a quien le correspondía avocarse a ese juicio, quien no puede adentrarse en forma previa, a un elemento constitutivo de la teoría del caso fiscal, puesto que no solo ya fue revisada por el juez Criado, sino y lo que es más importante, porque no tiene competencia para ello.

Sobre estos puntos, el Ministro de la sala penal de nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dicho en autos "A., R. M. p.s.a. Retención indebida-ciento setenta y seis hechos" (Expte. 21.062-Folio 28-A-2007)"...Al respecto, señalo que no es factible discutir en el curso del trámite que aquí se trae la adecuación legal formulada por el Ministerio Público en el acto requirente. Por definición, el instituto no permite polemizar acerca de la certeza sobre los hechos o la culpabilidad del imputado, ni establecer debate respecto de la corrección o incorrección de la calificación legal que campea en la etapa en que la aplicación de la suspensión del juicio se plantea."

"El Juez al decidir se apegará a esos datos y no podrá generar un nuevo diálogo al respecto."

"Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, a través de la Sala Penal, que se ha pronunciado en el mismo sentido cuando en autos "López M.A. del 16/02/07 S.c. 1/07 ha sentado que "...El hecho que el Juzgador debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia de la suspensión de juicio a prueba es el descripto en la pieza acusatoria;y las circunstancias a las que remite al 4to. Párrafo de la citada regla, son las relativas al hecho descripto en la acusación..." (ver JPBA síntesis de Fallos, F. 160, páginas 92/93)

Por todo ello, siendo como es que el auto de apertura del juicio oral dictado por el juez Criado, mantuvo la calificación jurídica sostenida por la acusación pública, esta es la calificación por la cual el juez O'Connor debe ponderar el pedido de la defensa, vale decir, la de lesiones gravísimas.

5. Decidida esta primera cuestión, corresponde continuar nuestro análisis, específicamente a lo que hace a la posible pena a aplicar en caso de recaer condena.

Se advierte aquí que el A-Quo ha ponderado las razones que en su oposición, el Ministerio Público Fiscal desarrolló para colegir de ellas, que en caso de recaer condena sobre E., la misma no sería de ejecución condicional.

Sabido es que para que la suspensión del juicio pueda proceder, es necesario sí y solo sí, que la pena que en caso de condena, pueda ser dejada en suspenso. Es uno de los pilares del instituto, que, siguiendo la jurisprudencia desarrollada a partir del leading case "Acosta" de la CSJN, habilitan su concesión.

Teniendo como válida la consideración que mantuvo la calificación jurídica del auto de apertura, la oposición del Ministerio Publico fiscal fue para el juez, seria y engloba razones plausibles de oposición.

Es con respecto a este tópico en donde he de disentir con el magistrado.

En primer lugar, porque en el punto b de su fallo, en cierta forma contradijo lo que sostuvo en el punto a del mismo, es decir, que el marco legal continente de análisis para conceder o no la SJP, debía ser es la de lesiones gravísimas. Sin embargo en su sentencia, no existe referencia concreta alguna a la consideración de la pena sobre esa calificación.

Considero que la fiscalía debió mantenerse en el punto concreto de su acusación para fundar en el caso, la imposibilidad de condenación condicional, y sobre ella basarse el juez.

Ello así, aun para el caso que sigamos la lógica que empleó el juez, de tener en cuenta de la oposición fiscal, las características basadas en la gravedad del hecho, y los cuantiosos daños en la salud y económicos a la víctima, no justifican una penalidad por encima del mínimo de la escala. Estimo que esas razones no son suficientes como para hipotizar que en este caso, se anule la posibilidad de su cumplimiento condicional.

Como he expresado varias veces, las razones que pueda invocar el Ministerio Publico para fundar una oposición no pueden constituir en la magistratura *per se*, óbice suficiente como para negar el otorgamiento de la SJP. El órgano judicial

> que decidirá, además de analizar la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto, deberá analizar también los fundamentos que sostienen esa oposición. Solo en la particularidad de esas razones puede estar un motivo que justifique una denegación.
>
> Tengo para mí que la gravedad del hecho está contenida en la

misma calificación inserta por la fiscalía en su acusación, y que los daños en su salud se refieren a la misma cosa. En cuanto a los daños económicos que irrogara su recuperación, son bases indudables de reclamo civil, por ante otro fuero, más no una variable que amerite mayor reproche.

Es más, sin pretender que para su decisión, el magistrado realice un fallo equiparable al de una cesura de pena, cierto es también, como alega quien recurre, que no fueron considerados en su decisión, las variables atenuantes de pena.

Es por está única razón que estimo que la resolución merece ser revocada.

6. El legislador ha diseñado la probation con la intención de maximizar los recursos estatales en la persecución de los delitos más graves. Pero no es solo una forma de ahorrarse trabajo. Es un procedimiento que prevé su aplicación para ciertos casos, para ciertas personas, y en determinadas condiciones, a la espera de prevenir actitudes similares del acusado.

Como dice Gustavo L. Vitale en su obra "SUSPENSION DE PROCESO A PRUEBA" Editores del Puerto, "(p)or medio de este mecanismo sustantivo, se busca (...) la disminución de la irracionalidad selectiva de nuestro sistema penal, con el objeto de tornarlo mas idóneo en la persecución y penalización de los delitos de elevada gravedad social.." (página 75).

Es decir que son razones de economía, de prevención especial y de racionalidad, las que fundan el instituto en nuestra ley.

Sin embargo, que se entienda, la SJP no es una condena ínfima ante el injusto, ni es un sobreseimiento, una absolución o un perdón.

De manera alguna se desprecia a la víctima ni a la sociedad en la concesión de la suspensión de juicio, pese a la mala imagen que se tiene de ella.

No es la solución al delito, es una alternativa de proceder ante él.

La SJP si se quiere es un paréntesis que, sin trastocar el estado de inocencia de la persona, lo somete por un tiempo a una serie de reglas de conducta que debe cumplir. Su naturaleza es coactiva, a modo de advertencia: *cumple..., no lo vuelvas a hacer..., o iras a juicio.*

Esa naturaleza del instituto es lo que debe tenerse en cuenta para poder interpretarlo correctamente. Con la aplicación de la suspensión del proceso penal a prueba en algunos casos se suelen obtener pronto y mejores resultados que con una pena, si es que ella se logra tras costosos juicios.

"... (L)a solicitud de suspensión importa para el imputado la asunción de un enorme responsabilidad, por lo que en muchos casos deberá ponderar seriamente la conveniencia de tal petición, ya que con ella estará renunciando -en primer término- a la posibilidad de

obtener una sentencia absolutoria (en el debate oral que, de otro modo, se llevarla a cabo) y, en segundo lugar, se estará comprometiendo a reparar el daño a una víctima que tal vez no sea tal (o que el imputado no reconozca como tal) y, eventualmente, a cumplir con ciertas reglas de conducta que le demandarán tiempo y esfuerzo adicionales (en un mundo ya muy difícil para muchos)". Obra citada, pagina 277.

7. Es por todo ello, que considero que la suspensión del juicio puede ser otorgada; lo que me determina a votar por revocar la sentencia venida en revisión, y remitir el presente al tribunal competente mediante la oficina judicial de Esquel, a efectos que emita sentencia completa del instituto, previa sustanciación de las reglas de conducta del artículo 27 bis del código penal que corresponda imponer.

8. En punto a las costas y honorarios de la Defensa, debe diferirse su regulación para que se establezcan en la instancia de mérito.

Así lo voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Que vienen estos folios a consideración, luego que la Defensa de A. B. E. impugnara la resolución de fecha 22 de agosto de 2018, por la que se denegó la suspensión del proceso a prueba solicitada a su favor.

2. - El primero de los agravios, alrededor de la calificación legal aplicable, transitó este sendero: "...el Juez ni siquiera consideró que esta parte había realizado un planteo en la etapa procesal oportuna y que el Juez Criado, con un criterio restringido y con una postura minoritaria que no se compadece con la sostenida por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, en cuanto ha resuelto que la audiencia preliminar es la etapa idónea para solicitar el cambio de calificación, rechazó in limine el planteo de esta parte. Se limitó a decir que esto ya había sido resuelto y que se trataba de un paquete cerrado al que no estaba habilitado a ingresar. Su resolución, producto de un excesivo rigor formal, desconoció que la modificación solicitada por esta parte, no necesitaba siquiera de la producción de prueba, pues la propia descripción fáctica daba cuenta que la conducta estaba atrapada por el delito de Lesiones Graves y no de Lesiones Gravísimas. Allí radica la arbitrariedad, pues aun cuando la Fiscalía utiliza los términos con los que el Código Penal define una conducta como lesiones graves, luego lo subsume en un tipo penal más grave. Sin embargo, a pesar de lo evidente, el Juez opta por sostener que la calificación legal se encuentra firme, aunque aclara que esa firmeza es parcial, y valida solo al momento de darle tratamiento al pedido de suspensión de juicio a prueba, pues luego afirma que es provisoria, ya que sí podría modificarse...".

3. - Breve será mi sufragio respecto a este agravio.

En efecto, de la lectura del voto del colega O'Connor, surge diáfano el tratamiento correcto que ha dado a la cuestión.

Ha referido el magistrado del caso que las decisiones jurisdiccionales firmes no pueden ser desconocidas y que la decisión del juez que dicta un auto de apertura de juicio oral adquiere grado de firmeza hasta el inicio del debate.

En esto lleva razón. No solo no se encuentra previsto recurso alguno contra la decisión del Juez de la Audiencia Preliminar, si dicta el auto de apertura a juicio -art. 298-, sino que, efectivamente, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar hasta el inicio del debate la probation, va de suyo que debe el paso ceñirse a la acusación autorizada oportunamente, no teniendo competencia el juez del debate para revisar lo decidido -fundadamente- por el de la Preliminar.

Es que es en el ámbito de la audiencia preliminar donde puede el defensor objetar la calificación jurídica propuesta por el Fiscal.

Una vez resuelto ello -tal como efectivamente se hizo en la audiencia a cargo del Juez Criado, quien dio razones de por qué era una cuestión a ventilar en el debate-, adquiere firmeza para iniciar el juicio, sin perjuicio, claro está, que el resultado de la producción de prueba en aquel, obligue al cambio de la subsunción por un hecho más grave o, incluso, uno más leve, lo que será resuelto de acuerdo a las mandas de los arts. 322 o 332, CPP, según el caso.

En ese sentido, permítase citar la doctrina del fallo "López M.A." del 16/02/07 en el que se ha dicho que "...El hecho que el Juzgador debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia de la suspensión de juicio a prueba es el descripto en la pieza acusatoria; y las circunstancias a las que remite al 4to. Párrafo de la citada regla, son las relativas al hecho descripto en la acusación..." (ver JPBA síntesis de Fallos, F. 160, páginas 92/93; Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal).

4. - En cuanto al agravio principal, es bueno recordar que el a quo, luego de sentenciar "...que el suscripto no tiene facultades para revisar y, en su caso, modificar la calificación asignada por el juez de la audiencia preliminar al momento de decidir el auto de apertura de juicio", denegó la suspensión del proceso a prueba solicitado a favor de E., haciendo suyos los argumentos de la Fiscalía por los cuales no prestó su consentimiento, en los términos del cuarto párrafo del art. 76 bis, Código Penal.

Concretamente, dijo que "...en la hipótesis de admitirse el cambio de calificación legal, juzgo que el instituto requerido devendrá improcedente, de todos modos... en virtud de i) la escala penal aplicable; ii) lo dispuesto en el art 76 bis, 4 párrafo del C.P.; y iii) la postura fiscal, que resulta vinculante para el juez...".

Desarrolla sus fundamentos, siempre en vía de hipótesis,

explicando las razones por las cuales aun calificando el hecho como contenido en las mandas del art. 90 (lesiones graves) la suspensión no deviene ajustada.

5. - Empero, más allá de lo correcto o no de sus conclusiones en ese sentido, lo que se abordará más adelante, lo cierto es que el magistrado interviniente no se expide –ni en un renglón siquiera- acerca de si procede o no la SJP en el caso concreto, de acuerdo a la calificación que entiende es la que debe respetarse.

Me explico.

El colega O'Connor explica las razones por las cuales debe respetarse la calificación jurídica resuelta por el Juez de la Audiencia Preliminar; decide, correctamente, tomar como un "paquete cerrado" lo resuelto por el magistrado de la etapa anterior a fin de respetar, entre otros, el principio de preclusión y progresividad.

Ahora bien. Se contradice el magistrado interviniente por cuanto no decide la procedencia o no de la probation respecto al delito de Lesiones Gravísimas -art. 91, C.P.-, sino que lo hace respecto a la imposibilidad de concesión del hecho calificado como lesiones graves -art. 90, C.P.-.

6. - Tal vez influenciado por el dictum de la Fiscalía, que tampoco se expide sobre la procedencia en caso de mantener la calificación; quizá en la creencia que no procede en forma automática la suspensión del juicio en los casos previstos por el art. 91, CP, lo cierto es que no brinda fundamento alguno acerca de la no procedencia.

Literalmente sentencia el a quo: "...No puede obviarse que, al descartarse por vía de hipótesis la lesión gravísima del art° 91 del CP, la magnitud de la lesión puede ser considerada a la luz de los arts. 40 y 41 del Código Penal, pues el arto 90 establece un piso de un mes de incapacidad laborativa...".

7. - Y debió hacerlo, para continuar la coherencia de su sistema de pensamiento.

Si bien fue correcta la alusión a la "hipótesi"" de encuadrar el hecho en lesiones graves -amén de compartir o no la solución-, lo cierto es que debió recurrir solo a ella luego de haber resuelto la oposición considerando el delito mayor.

8. - 0o lo hizo el Juez y, adelanto, era viable el reconocimiendo del derecho a la SJP aún en ese caso.

Ya he dicho en autos "Márquez, Rafael R. s/lesiones graves" (Carpeta 4450-Legajo 42.607), que "...de existir la petición concreta del imputado y, para los supuestos del cuarto párrafo del art. 7 6 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 Publico Fiscal- requisitos no previstos en el dispositivo legal, so riesgo de afectar el principio de legalidad...".

En este caso, manteniendo la calificación más gravosa, la escala penal esperada tiene un mínimo de prisión de tres años que, en abstracto, permitiría la condenación condicional y, con ello, la concesión de la probation.

Además, en ningún momento del proceso se ha debatido, confrontado o merituado siquiera ni la existencia del hecho, la autoría material del acusado y mucho menos, nuevo juicio mediante (art. 304, CPP), la medida de la pena de acuerdo al reproche.

Ya se ha expedido la CSJN en autos "Squilario" (Fallos 329:3006, sent. del 8 de agosto de 2006) en el sentido de la necesidad de fundamentar el carácter efectivo del cumplimiento de la pena a imponer, al decir que, "...si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26, Cód. 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 estaría 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...".

Por último, hago mías las expresiones de la Dra. Mónica Rodríguez, in re, ""Tecay, Norberto Alejandro p.s.a. abuso sexual simple en concurso real con violación de domicilio - Año 2010 - Trelew", cuando ha dicho, con la claridad meridiana de su pluma que "... (e) ntiendo que resulta inapropiado en este estado del proceso y a los fines de decidir la aplicación de la probation atender a argumentos conjeturales acerca de la pena esperable, con base en una información provisoria que toma como datos objetivos y ciertos aquellos que sólo pueden surgir del tratamiento de la prueba en un juicio. Resulta erróneo asimilar la tarea que debe realizar la parte acusadora al fundar su concreto pedido de pena en el debate (acto que completa la acusación), o aquella que realiza el juzgador al individualizar la sanción a imponer -sobre la base de datos surgidos luego de sustanciada la prueba en el debate) con la valoración que cabe realizar para decidir los límites del derecho del imputado a ejercer su derecho a la probation...".

9. - En definitiva, permitiendo la escala penal aplicable, considerada en abstracto la condenación condicional -art26-, no teniendo antecedentes el nombrado, habiendo hecho un ofrecimiento reparatorio razonable y más allá del carácter vinculante de la opinión fiscal -que no lo hubo respecto a la calificación más gravosa- correspondía conceder el instituto.

10. - Ahora sí, dicho esto, veamos como resolvió el Juez la instancia que le tocó dirimir.

Teniendo en cuenta la oposición fiscal, que fundó su expectativa de pena de efectivo cumplimiento en la gravedad del hecho y "los daños importantes en la vida y la salud" de la víctima, denegó la probation.

Concretamente dijo el Juez: "...el Sr. L. habría sufrido múltiples heridas. habría sido trasladado a Buenos Aires y habría sido intervenido en varias oportunidades. Habría sufrido una incapacidad laborativa de importancia, así como una dificultad al caminar permanente. Estos daños en la salud. los traslados que habría abonado L.. el que se haya tratado de dos agresores, son condimentos que descartan irrazonabilidad o irracionalidad en la postura de la Fiscalía, pues son circunstancias que permiten avizorar una pena superior a los tres años de prisión, en una escala que va desde 1 año a los seis años. La cantidad y calidad de los presuntos daños a la salud ya son de tal magnitud que alejan la presunta conducta del mínimo legal."

11. - Ahora bien. también ante esta hipótesis, debe ser revocado el fallo venido en crisis.

La gravedad del hecho y los daños en la salud, ya están contenidas en la calificación, precisamente por ello son graves; los gastos de traslado aludidos, y económicos de cualquier índole que haya sufrido la víctima, es sabido que son consecuencias extra típicas que, si bien podrán ser materia de reclamo ante la vía resarcitoria, no pueden habilitar mayor reproche por la culpabilidad por el hecho; el hecho de haber participado dos personas no influye, necesariamente, en la mayor penalidad al solicitante.

Pero, además, tal como se ha agraviado la Defensa, no se ha tenido en cuenta uno solo de los posibles atenuantes que pudieran acreditarse en el caso, tal, por ejemplo, las razones por las cuales el imputado emprendiera contra la humanidad de la víctima en clave de cuales han sido "los motivos para delinquir".

Además, aun sosteniendo lo que se dijo antes respecto a la imposibilidad del juez de esta etapa de subrogar al magistrado de la pena -aun cuando hubiera sido el mismo pero luego de producirse la prueba-, lo cierto es que tampoco se ha explicado la necesidad concreta de que la pena que pudiera sufrir el acusado sea de efectivo cumplimiento (doctrina fallo "Squilario", ya referida; más recientemente, "Arce Ponce, Germán s/recurso extraordinario", fallo del 14 de mayo de 2015).

12. - Por todas las razones apuntadas, voto por la revocación de la resolución venida a estudio, a través de la cual se rechazó el pedido de suspensión del proceso a prueba respecto de A. B. E., debiendo volver estos folios al Colegio de Jueces Penales para que, en nueva audiencia, se conceda la suspensión del proceso a prueba en los términos del presente voto y, asegurando el contradictorio sobre

cada uno de los extremos que se invoquen, se establezcan las condiciones a las que quedará sometido el imputado.

13. - En punto a las costas y honorarios de la Defensa, debe diferirse su regulación para que se establezcan en la instancia de mérito. Así lo voto.

El juez Minatta Ornar Florencio dijo:

1. La defensa impugna la decisión que deniega a su defendido la suspensión del proceso a prueba, estimando que el dictamen fiscal opositor es infundado, toda vez que no fundó el cumplimiento efectivo de la condena.

2. Lleva entera razón la defensa por varias razones que pasamos a analizar.

En primer lugar, el ilícito enrostrado al imputado permite, sin duda alguna, que la eventual sentencia condenatoria quede en suspenso, puesto que no solamente lo permiten los mínimos, sino que el imputado carece de antecedentes penales computables que impida tal forma de cumplimiento, puntos que no se debatieron aquí, pero sí un tercero consistente en que existen elementos suficientes como para considerar que la pena de prisión será de cumplimiento efectivo, por lo que la suerte de la impugnación depende exclusivamente de la decisión que se adopte sobre el punto.

3. En este camino, el fiscal, y la sentencia que recoge su parecer porque estima que no es infundado, consideran que el caso amerita el cumplimiento efectivo de la pena eventual de prisión que podría corresponderle, basado todo ello en la modalidad del hecho y en la circunstancia de que son dos agresores, puntos que deben descartarse de plano, no solo porque la modalidad del hecho no es inusual u ordinaria, a lo que hay que agregar que no se sabe a ciencia cierta quién de los dos causó realmente las lesiones, sino porque aún así la fiscalía no probó ni alegó la conveniencia de la ejecución efectiva de una pena de prisión superior a tres años, tal como lo exige el artículo 26 del Código Penal, lo que pasamos a argumentar.

4. En efecto, obsérvese que el artículo 26 de nuestro código penal estipula que el juez sentenciante podrá dejar en suspenso la condena a prisión, pero siempre que funde la inconveniencia del encierro en el caso concreto, lo que sin mayor trabajo de la inteligencia significa tanto como decir lo contrario, es decir, cuando quiere el juez condenar a efectivo cumplimiento, deberá necesariamente fundar lo contrario, esto es, la conveniencia de la cárcel. Claro que debe agregarse que, tal como lo exige nuestro sistema adversarial, ello no lo podrá hacer de oficio, sino previo pedido no solo, fundado en palabras del fiscal, sino en pruebas de hechos ciertos y certeros que demuestren la conveniencia de la cárcel en el caso concreto, lo que aquí ni siquiera se intentó.

5. En definitiva, independientemente del carácter vinculante de la opinión fiscal, lo cierto es que le corresponde a la acusación alegar y probar la conveniencia de la prisión en el caso concreto como

para estimarse su dictamen fundado, por lo que ante la ausencia clara de razones en tal sentido, corresponde considerar que no se opuso.

Esta interpretación hace años que la venimos sosteniendo e inclusive es la de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso " Squilario", en el que al analizar las modalidades del cumplimiento de las penas de prisión, expresamente sostuvo que la prescripción del articulo 26 al estipular que el juez deberá fundar la condena de ejecución condicional no implica que no deba fundarse la contraria, es decir, la de ejecución efectiva, toda vez que la defensa no tendría a mano los argumentos como para impugnar, amén de no dar las razones de prevención especial necesarias.

6. Todo lo anterior nos lleva a postular la revocación de la denegatoria del derecho del imputado a suspender el proceso a prueba, declarando que debe permitirse al imputado ejercer tal derecho al llenarse todos los requisitos estipulados en el artículo 76 bis del código penal, debiendo volver estos actuados a la oficina judicial para que el juez competente torne operativo el mismo, disponiendo las medidas pertinentes. Así lo voto.

Por todo ello la Excma. Cámara en lo Penal de Esquel, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- CONCEDER el recurso ordinario interpuesto por la Defensa Particular de A. B. E..

IX. REVOCAR en todos sus términos la resolución registrada bajo el Nro. 1408-2018, dictada por el Dr. Martín O' Connor, con fecha 22 de agosto de 2018 (art. 76 ter, párrafo VI, del Cód. Penal).

III.- DIFERIR la regulación de honorarios y la imposición de costas para la instancia de mérito.

IV. - REMITIR a la Oficina Judicial Penal, para la continuación del trámite procesal, debiéndose designar un Juez competente para la tramitación del beneficio de Suspensión de Juicio a Prueba.

V. - REGÍSTRESE, digitalícese, comuniqúese y ténganse por notificadas las partes con la lectura de la presente (Art. 331, párrafo 5° del CPP).-

ROBERTO ADRIAN BARRIOS

OSCAR FLORENCIO MINATTA

ALEJANDRO GUSTAVO DEFRANCO

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el Nº 2231
del AÑO 2018
Conste.-

María Cecilia Bagnato
Jefe de Departamento
Unidad de Atención y Trámite