

///ANA, 22 de mayo de 2023.-

AUTOS y VISTOS:

En el Legajo OGA N° 25323 caratulado "VEGA SERGIO MAXIMILIANO s/ ROBO", se celebró audiencia el 19/05/2023 con motivo del Recurso de Apelación impetrado por la Defensa contra la Resolución de fecha 12/05/2023 del Sr. Juez de Garantías N° 5 de Paraná Dr. Pablo Zoff, y

CONSIDERANDO:

I.- Que la Resolución puesta en crisis rechaza el pedido de la Defensa de otorgar la Suspensión de Juicio a Prueba en favor del encartado por considerar que el mismo no reúne las condiciones subjetivas para otorgarle el beneficio, fundamentando la decisión en la interpretación sistemática del art. 76 bis del CP conforme lo realizara la Cámara de Casación Penal de Paraná en el precedente "Lopez Alonso" de fecha noviembre de 2022.

Cabe recordar que la pretensión esgrimida por la Defensa, se encuentra vinculada a la atribución a Vega del siguiente Hecho: *"El 7 de abril de 2023 alrededor de las 13:30 horas, Sergio Maximiliano Vega ingresó intempestivamente al domicilio de la Sra. Olga Ordieres sito en calle Enrique Carbó N° 936, Dpto. C de esta ciudad, arrojándola al piso y exigiéndole dinero mientras le pegaba, logrando que le diera su billetera con la suma aproximada de pesos ochenta (\$80), mientras le seguía pegando a la Sra. Ordieres, tomando luego una caja con bijouterie de fantasía, elementos con los cuales intentó huir del lugar siendo aprehendido por un vecino del lugar"*. Que el HECHO las partes entienden que resulta captado por la figura de ROBO EN GRADO DE TENTATIVA, art. 42 y 164 del C.P., cuya escala penal en abstracto prevé una pena de veinte días a tres años.

1.- ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Realizando el exámen respecto de la admisibilidad formal del recurso impetrado, entiendo que se trata de una resolución que causa gravamen irreparable por la definitiva -art. 502 CPP- y que a su vez, el recurrente ha relacionado los motivos de agravio, por lo que entiendo que corresponde el tratamiento del mismo.

2.- AGRAVIOS DE LA DEFENSA

El Sr. Defensor se alza contra la Resolución del Juez de Garantías que deniega el otorgamiento de la Suspensión de Juicio a Prueba en favor de su asistido, sosteniendo que la misma es Nula por echar mano a una fundamentación aparente para justificar el rechazo.

Asimismo, afirma que la resolución puesta en crisis es Arbitraria, aunque reconoce que la misma tiene la virtud de adentrarse en la cuestión de fondo.

Refiere que el a-quo realiza un profuso derrotero jurisprudencial para culminar basándose en el caso “Lopez Alonso”, más precisamente en el voto del Vocal Dr. Pimentel -cuyos fundamentos hace suyos en honor a la brevedad- que en dicho precedente concluye que dicho caso no podría subsumirse en el Primer Párrafo del art. 76 bis del C.P., que como se sabe captura la constelación de supuestos de hecho único castigados con pena de prisión de hasta tres años y cuyo otorgamiento no requeriría el consentimiento del titular de la acción penal.

Ahora bien, el Sr. Defensor entiende que el núcleo de la fundamentación de aquél voto, hay que hallarlos en los antecedentes de condena del incurso y ya que dicho precedente es aplicado al sub-lite, el fundamento son los antecedentes condenatorios de Vega.

Para llegar a tal acerto, se esgrime que no puede realizarse una interpretación fragmentaria de las normas sino que conforme a una interpretación gramatical, sistemática, teleológica y principialista puede concluirse que no se puede acordar el

beneficio de la probation a quién no podría obtener un beneficio como la condenación condicional. Realizando la crítica, el defensor sostiene que una interpretación sistemática tal, dejaría afuera muchos supuestos de hecho, que la ley no dice.

Por lo que sintetiza el argumento: beneficio mayor condice con probation; beneficio menor condice con condena de ejecución condicional. El recurrente se agravia sosteniendo que en orden a la naturaleza jurídica del instituto no se trata de un beneficio de graciosa concesión sino que se trata de un derecho; por lo que en base a una interpretación teleológica se accede o no conforme se satisfagan los requisitos del instituto dado que es un derecho.

Sucesivamente, relaciona cuatro hipótesis de hecho que según su óptica echarían por tierra la interpretación que realiza la Cámara de Casación en el citado precedente "Lopez Alonso". Así desgrana una serie de hipótesis posibles, principiando por el caso de agotados los plazos de ocho y diez años para delitos culposos y dolosos respectivamente, el imputado podría obtener una nueva condena condicional y por tanto, la probation. Así también, refiere la posibilidad de obtener una segunda probation sin que hayan transcurrido los ocho años, como lo demostró el precedente del STJ "Ovando", "Cabrera", etc.. Relacionó primera condena en delitos culposos. También fustigó el fallo plenario "Kosuta" que abrigó la tesis restrictiva y por fin, afirma que se veda el acceso al instituto a personas que fueron condenadas pero que no tuvieron un primer beneficio de probation. Remata sus agravios sosteniendo que la resolución recurrida desconoce el criterio interpretativo "pro homine" que es de aplicación obligatoria. Cita fallo Acosta de la CSJN. También la opinión consultiva N° 585 de la Corte IDH con voto del juez García Ramirez.

A mayor abundamiento, critica el rechazo del juez a-quo de la solicitud, por el argumento que no se consultó a la víctima. Estima que es un fundamento aparente ya

que se podía haberla consultado, para ello el juez solo debía ordenar un cuarto intermedio y disponer que la fiscalía la entrevistara y consultara. A fortiori argumenta que un debate plenario podría resultar perjudicial para la víctima, ya que se la citaría como testigo con el riesgo de revictimizarla.

A su vez, retoma la naturaleza y fines del instituto, rebatiendo lo que entiende como argumento prejuicioso de la sentencia, refuta la afirmación de que resulta imposible evitar la estigmatización de quién ya fuera condenado en tres oportunidades anteriormente. Coloquialmente expresa que se argumenta ¿que le hace una mancha más al tigre?, por el contrario, entiende que sí que afecta, que a ése tigre [individualizado] le afecta [una nueva condena con encarcelamiento] sobremanera.

Concluye, que en el caso que nos convoca y desde la perspectiva de la comunidad, la aplicación de la probation para solucionar el conflicto, garantizaría mejor los intereses de ésta, toda vez que el incurso debería realizar tareas en favor de aquella, en vez de una condena corta donde la persona solo pierde la libertad pero no repara nada.

3.- POSICION DE LA FISCALÍA

El Dr. Martín Wassinger en representación de la Fiscalía adelanta su oposición a la aplicación del instituto y solicita que se rechace la Nulidad requerida por la Defensa y en consecuencia, que se confirma la resolución puesta en crisis.

Comienza al fundar su posición, expresando que el precedente “Lopez Alonso” difiere del presente, en que el imputado perpetró el hecho por el que se solicitó la probation, habiendo transcurrido cuatro años de la condena condicional, es decir que en virtud del art. 27 CP no podría haberselo encarcelado en virtud de aquella condena sin perjuicio, aclara, que quedan subsistentes los demás efectos previstos en el art. 27 CP [entendiéndose que refiere al transcurso de los ocho y diez años (nuevo delito culposo o doloso) para gozar de una nueva condenación condicional.

En el presente caso, el imputado Vega cuenta con cuatro antecedentes condenatorios por lo que transitó prisión efectiva, relaciona dichos antecedentes dando cuenta que el primero data del 11/11/2013 a cuatro años de prisión y el último del 1/11/2018 a cuatro años y que venció en octubre del año pasado. Trata de subrayar que hace apenas unos meses que el incurso Vega retomó la vida en libertad.

Estima que la resolución del a-quo se asienta sobre los criterios jurisprudenciales actualmente vigentes de los precedentes "Osuna" y "Roda" que dan cuenta de la noción de delincuente primario en relación al mentado fin del instituto de evitar la estigmatización de una condena de corta duración, y por medio de los cuales, el STJ dejó atrás los criterios sustentados en los fallos "Zair", "Almada", "Gutierrez".

Razona que no resulta coherente que una persona acceda a la probation no pudiendo acceder a la ejecución condicional. En éste sentido infiere que los jueces Firpo y Garzón en sus respectivas sentencias, que motivó la sentencia casatoria de "Lopez Alonso", no tuvieron en cuenta al momento de fallar, los fines del instituto de la probation. También refiere a lo manifestado por el Sr. Defensor en cuanto al provecho para los intereses de la comunidad en caso que se aplique el instituto, alegando que dicho razonamiento nos lleva a que cualquier hecho, por ejemplo un homicidio, pueda ser solucionado por medio de la probation.

Concluye solicitando que se rechace el planteo defensorista y se confirme la resolución del Dr. Zoff.-

4.- ANALISIS Y DECISIÓN SOBRE LA CUESTION DEBATIDA

Habiendo recortado de ésta manera las posiciones de las partes corresponde ingresar a la cuestión a decidir.

En principio, a fin de analizar la resolución atacada cabe manifestar que en el precedente **Santa Cruz** apoyado en jurisprudencia de la CSJN, se dice que la diferente

interpretación de una norma de derecho común no acarrearía per sé la invalidez de la decisión, siempre que el pronunciamiento se limite a admitir una de las posibilidades que ofrece el texto legal y cuyo criterio interpretativo **no resulte imposible, inconcebible o manifiestamente irrazonable**. Allí también se afirmó la libertad de interpretación de la ley que tienen los jueces bajo la única condición que exhiban **razonabilidad y fundamentación**. También se dijo que **la arbitrariedad no consiste en mera disconformidad con la interpretación** que hacen los tribunales de las leyes que aplican, en tanto **no excedan las facultades de apreciación de los hechos y el derecho** que son propias de su función, salvo supuestos de omisiones o desaciertos de gravedad extrema que aparejen la descalificación de las sentencias como actos judiciales.

Fallo SANTA CRUZ, parte atingente: "Si bien es cierto que la sentencia del Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Concepción del Uruguay se apartó de la inveterada jurisprudencia que ha seguido este Superior Tribunal de Justicia sobre el tema (cfrt. Casos: "MILESSI", del 30/03/1993, "LANFRANCO", del 2/09/1993, "PALACIOS -ALVAREZ -PORTILLO -TABORDA -ANDINO" del 25/04/1999; "RIVERO", del 11/08/03 y "CASALA", del 12/3/2008, entre otros), la diferente interpretación de una norma de derecho común no acarrearía *per se* la invalidez de la decisión y la C.S.J.N. no ha considerado pertinente intervenir para descalificar pronunciamientos que se limitan a admitir una de las posibilidades que ofrece el texto legal (cfrt. Fallos 234:655, 233:22, 244:491, 246:383, 253:181) y cuyo criterio interpretativo no resulta imposible (245:86), inconcebible (253:66) o manifiestamente irrazonable (244:309 y 238:566), lo que no ocurre en el caso en análisis, toda vez que el juez de grado justificó suficientemente las razones de su decisión, optando por una de las posibilidades interpretativas que surge del propio texto legal.-".

Bajo éste prisma entiendo que corresponde analizar la resolución puesta en crisis, habida cuenta que respecto a la concreta aplicación del instituto de la probation, se verifican distintas interpretaciones desde su introducción por la Ley 24316 (año 1994) como art. 76 bis y ss. Dichas interpretaciones tal como se debatió en las sucesivas audiencias abrigan posturas contrarias puesto que existen las que amplían la aplicación del beneficio y las que la restringen.

En relación a la concreta arbitrariedad de la resolución del a-quo afirmada por la recurrente, corresponde señalar tal como lo reconoce el apelante que el juzgador estableció correctamente las líneas interpretativas divergentes o antagónicas del instituto, con expresa invocación de los fallos jurisprudenciales que las avalan, señalando que la resolución emanada si bien resulta arbitraria, tiene la virtud de adentrarse en el fondo de la cuestión.

Estas corrientes jurisprudenciales a nivel local producidas en la década del 90 y 2000 resultan plasmadas en los precedentes "Barreto", "Zair" (que es el paradigma ya que allí se dijo que no es óbice para el otorgamiento de la probation la imposibilidad de condenación condicional), "Pujol", "Dreiszgacker" y "Gutierrez", que son las receptoras de la tesis amplia de aplicación, por cuanto desbroza el artículo 76 bis, en los supuestos de casos atrapados por el 1er. Párr. que son para delito único cuya pena máxima en abstracto llega a tres años; los del 2do. Párr. que corresponde al concurso de delitos que también en su máximo llega a tres años y los del 4to. Párr. que capta la constelación de delitos o concurso de delitos q por su escala mínima en abstracto admiten la condicionalidad de la pena siempre que hubiere consentimiento fiscal. Sin embargo, dicha jurisprudencia se pronunció sosteniendo que, para los casos de los párr. 1ro. y 2do. no se requería el consentimiento fiscal ni era óbice para la aplicación del instituto, la existencia de condenas anteriores que impedirían una condenación

condicional.

Esta línea en cuanto a receptación de la tesis amplia (respecto de la constelación de casos captables en el 1er/2do Párr. y en el 4to. Párr.) se vió reflejada en el **fallo "Acosta" (año 2008) de la CSJN.**

Sin embargo, dicha línea jurisprudencial fue modificada a partir de los precedentes **"Roda-Ayala" (año 2007)**, sosteniéndose como argumento la necesidad de revestir la calidad de **delincuente primario y que proceda la condencación condicional** para acceder al beneficio. Le siguen en esta línea **"Pucheta" (2011)** que se pronuncia diciendo "que el encartado no tenga una condena anterior computable". Le sigue **"Osuna" (2011)** donde se reitera Roda-Ayala adunándose como recurso argumental, que el objetivo del instituto es evitar que se sancione y estigmatice a los delincuentes primarios pero no a aquellos que exhiben una foja prontuarial computable. Tanto en Pucheta como en Osuna se verifica el voto en disidencia del Dr. Carubia que sostiene lo afirmado en Barreto año 1996, en cuanto a que los casos captados por el 1er, 2do Párr. no requieren la procedencia de la condenación condicional ni el consentimiento fiscal. Esta modificación jurisprudencial se vió reflejada en **"Gimenez" (año 2016)** precedente de la Cam. Casación de Paraná, que recepta la categoría de delincuentes primarios y resuelve que sea aplicable a quienes no tengan una condena anterior computable.

En efecto, con éstos planteos, me refiero a "Lopez Alonso" y el caso de marras se actualiza la interpretación para la aplicación del instituto y entran en juego estas líneas jurisprudenciales como apoyatura. Es que es dable recordar que con Roda-Ayala modificó su interpretación de la norma aplicable el Vocal que había votado en sentido contrario en el precedente "Zair", por lo que realizando un abordaje de dicha modificación, más allá de la afirmación que se sostenía en el voto, en cuanto se

clarificaba y profundizaba el criterio interpretativo sostenido en los precedentes "Zair", "Almada", "Gutierrez", lo cierto es que no se desconocía los efectos de dicha modificación interpretativa, en cuanto a utilizar algún elemento que limite el acceso al instituto como expediente pragmático, habida cuenta que se tenía en miras el efecto no deseado de imputados que obtenían *probation tras probation*, cuestión que alimentaba un reclamo social respecto de la presunta desnaturalización del instituto. Sin perjuicio de ello, puede advenirse que existe acuerdo respecto de que la ley debe interpretarse en principio en su literalidad es decir lo que ella dice (método gramatical) pero si resultara insuficiente, debe acudir a una interpretación sistemática, es decir desentrañar su sentido y alcance armonizándola con el conjunto del ordenamiento jurídico (método sistemático), considerando a su vez los fines de la norma propuesta por el legislador (teleológico) sin desmedro de los principios generales del derecho penal, última ratio, in dubio pro reo, pro hómine, (principialista), métodos que han sido consagrados por nuestra CSJN en innumerables fallos.

Reseñado de esta manera el panorama jurisprudencial, que ha sido invocado por las partes y por el a-quo, cabe señalar que la Resolución puesta en crisis, directamente hace suyos los fundamentos del precedente "Lopez Alonso", por lo que en rigor no puede ser tachada de arbitraria vía fundamentación aparente, sino de dogmática, puesto que opera un reduccionismo, que consiste tan solo en aplicar las categorías de Roda-Acosta, de delincuente primario para su procedencia y de la imposible evitación de la estigmatización a quienes ya han sido condenados anteriormente, en simetría con el criterio aplicado por la casación paranaense en el fallo "lopez Alonso", pero sin considerar ningún dato atinente al imputado Vega (salvo los que operarían como límite), tampoco consideró seriamente la perspectiva de la víctima ni de la

comunidad.

Ahora bien, entiendo que la cuestión debe ser resuelta con especial atención a las concretas circunstancias de la causa. En éste sentido no es un dato menor que no se haya consultado a la víctima acerca de la aplicación del instituto. Esto se explica dado que la Fiscalía sostiene el punto de vista de Roda-Acosta como cuestión de política criminal a juzgar por su inveterada repetición, no obstante, entiendo que el juez de garantías cuyo rol es diferente, debe enfocar su mirada al conflicto social provocado por el hecho/delito para resolver el caso y esto nos remite a cuestiones de hecho y también al análisis de la necesaria racionalidad que deben detentar las posiciones partivas. Así cabe preguntarse, el fallo "Barreto", "Zair", etc. ¿pueden ser tachados de quebrantar una interpretación gramatical, sistemática, teleológica y principialista?. La respuesta negativa aparece a todas luces conforme se ha manifestado supra en relación a como deben interpretarse las leyes y lo dicho por la CSJN en el fallo "Acosta" per o también porque dicha jurisprudencia fue aplicada pacíficamente durante muchos años. Con esto estoy advirtiendo que los cambios de paradigmas debido a los constantes cambios de la realidad confirman la ciencia del derecho cuyos postulados deben ser falsables, sometidos a verificación, caso contrario nos encontraríamos en el terreno de lo religioso.

En éste sentido el precedente "Lopez Alonso" es una de las interpretaciones posibles que armoniza con la doctrina de Roda-Acosta, no resultando óbice una interpretación disímil en base a las concretas circunstancias de la causa apoyado en idéntico método interpretativo. Por ejemplo, poner en relación respecto del primer párrafo, "el mayor premio" me refiero a la probation respecto de la condena condicional, so pretexto de interpretación sistemática, también nos puede precipitar en hacer decir a la ley lo que ella no dice y que quizá el legislador tuvo en miras solucionarlo de esa manera,

tópicamente.

Es el propio Claus Roxin quién ha reflexionado sobre el método sistemático en relación a la tónica, inclinándose por el primero pero, conforme analiza la cuestión Jesús M. Silva Sanchez, "en sus orígenes, la preocupación de Roxin es 'práctica' y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la tónica. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema, haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tónico, por otro, se llama 'sistema abierto' de orientación teleológica", cfr. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires. Ed. BdeF, 109, del citado autor español. Sin perjuicio del método que se emplee para desentrañar el sentido y alcance de la norma, conviene tener presente lo apuntado por la CSJN en el fallo "Acosta" en orden a no poner en pugna las disposiciones de una norma, conciliar sus preceptos encaminados a alcanzar una armonización integral de sus preceptos. Asimismo considerar los principios que informan al derecho penal, de legalidad, de última ratio, pro hómine que ordena al juzgador realizar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

En relación a los fines de la norma, no se explica de donde surge que los mismos se reducen únicamente a evitar la estigmatización que provoca una condena. Además está decir que el legislador tuvo en miras otros fines más relevantes, como los de evitar la prisionización a penas cortas, cuestión que venía siendo debatida en la década del 90' dada la decadencia del predicamento de los fines preventivo especiales de la pena, más precisamente de la teoría del tratamiento penitenciario, alentando salidas alternativas a la prisionización.

Aludimos a prisionización, sobre todo por períodos cortos relativos a infracciones

penales de menor intensidad, que actualiza la virtualidad del principio *pro hómine*, sin lugar a dudas, conforme la debida consideración de los tratados de DD.HH. constitucionalizados.

Así, debe desecharse arbitrariedad en la resolución puesta en crisis, conforme al excursus sobre métodos, entiendo que debe admitirse interpretaciones disímiles que no resulten absurdas, imposibles o irracionales, que se resguarde la libertad de pensamiento del juzgador exigiendole fundar racionalmente sus decisiones y por fin que aprecie hechos y derecho en los lindes de sus facultades, todo ello en aras de la seguridad jurídica.

Habiendome pronunciado en relación a que estimo que la resolución atacada adolece de anclaje a las concretas circunstancias de la causa -salvo las formales en relación al sujeto que operarían como obstáculos no mencionados en la ley- concluyo que dicha resolución no debe ser confirmada como acto judicial válido, al no advertirse que se relacione con el universo de datos que concierne a la perspectiva del sujeto imputado, de la víctima y de la comunidad.

Por lo que es dable concluir en la revocación de la misma, a fin de posibilitar que las partes recaben los datos que se han ponderado como relevantes para decidir la aplicación o no del instituto.

Por dichos fundamentos,

RESUELVE:

I) REVOCAR la resolución de fecha 12 de mayo de 2023, dictada por el señor Juez de Garantías N°5 de Paraná, Dr. Pablo Zoff.

II) DISPONER que las partes de forma conjunta se entrevisten con la víctima y se recabe su opinión en relación a la solución del caso por medio de la *probation*. En el

mismo sentido, instar a las partes para que incorporen mayor cantidad de datos sobre las circunstancias personales de Vega y su comportamiento luego del hecho.

III) Fecho, prosigan los autos según su estado.

IV) Notifíquese .-----Fdo: *Dr. MAURICIO M. MAYER Vocal de Juicio y Apelaciones*
Nº 7- ES COPIA FIEL.-