



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

REGISTRO N° 186/16.4

///la ciudad de Buenos Aires, a los 3(tres) días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 76/90 de la presente causa FGR 12000379/2009/3/1/CFC1, caratulada: "A , J Se s/recurso de inconstitucionalidad"; de la que **RESULTA:**

I. Que la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, provincia de Río Negro, en estas actuaciones y con fecha 5 de mayo de 2015, resolvió -en lo que aquí interesa- *"I. Declarar inconstitucional el cuarto párrafo del (...) art. 76 1) -ex 76 bis- del Código Penal, en cuanto dispone 'y hubiese consentimiento del fiscal', pues la intervención del fiscal en el caso ha sido contraria a los intereses del imputado; II. Revocar el rechazo de la solicitud de suspensión del proceso a prueba decidido en la audiencia de fs. 55/56"* (cfr. fs. 69/75).

II. Que contra dicha resolución interpuso recurso de inconstitucionalidad el señor Fiscal General, doctor Mario Sabas Herrera (fs. 76/90), el que fue concedido por el *a quo* a fs. 93/94 y mantenido a fs. 101 por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, doctor Javier Augusto De Luca.

III. Que la parte recurrente consideró errada la declaración de inconstitucionalidad efectuada en autos, toda

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA



#27127266#147917744#20160303145411279

vez que no se ajusta a las pautas elaboradas por el Máximo Tribunal de la Nación que rigen la cuestión.

En esta inteligencia, sostuvo que la decisión del *a quo* implicó adoptar una postura extrema que, además, no se condijo con el agravio introducido por el apelante que sólo cuestionó la opinión fiscal por estimarla carente de motivación.

Concretamente, discrepó con el juicio asumido por el colegiado anterior relativo a que el art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P. -en cuanto concierne a la exigencia de anuencia fiscal- lesiona la potestad jurisdiccional consagrada en el art. 116 de la Constitución Nacional. En esta dirección, sostuvo que dicha exigencia no vulnera garantía constitucional alguna, ya que tal disposición deriva del sistema de enjuiciamiento acusatorio que proclama el art. 18 de la Ley Suprema.

Al respecto, puso de relieve que, en el caso, la oposición fiscal fue equiparada a una decisión jurisdiccional, cuando corresponde al fiscal petionar, mientras que atañe al juez decidir. De allí, dadas estas diferentes funciones, sostuvo que la acusación pública no ejerce jurisdicción al formular su oposición, sino que sólo expresa la voluntad de proseguir con el ejercicio de la acción penal.

Recordó que en el caso "Acosta" la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo revisó la doctrina sentada *in re* "Kosuta" en lo atinente a la procedencia del instituto en función de la penalidad en abstracto computable; sin embargo, dijo, aquel fallo no modificó la postura plenaria que consagró el carácter vinculante de la oposición fiscal.

En tales condiciones, afirmó que la resolución





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

atacada pretende invalidar el rol que la Constitución Nacional y las leyes inferiores asignan al Ministerio Público que representa, amén de señalar que también soslaya la doctrina plenaria sentada por esta Alzada y su carácter obligatorio.

Profundizó su postura al sostener que el sistema legal regula el principio de oportunidad en cuanto a la suspensión del juicio a prueba y que, dentro de este esquema, la conformidad fiscal deviene indispensable para conceder dicho instituto, del mismo modo que la oposición resulta vinculante para el tribunal, pues la ley no se contenta con un mero traslado sino que exige consentimiento; en esta línea, indicó que rigen criterios de política criminal que hacen a la oportunidad de mantener la persecución penal y cuya instrumentación debe quedar dentro de la órbita del ministerio fiscal y no del órgano jurisdiccional.

En base a ello, expresó que la posición expuesta no implica otorgar a la acusación pública algún poder decisorio, sino que solamente respeta su derecho constitucional de continuar con el ejercicio de la acción penal pública -de la que es titular- en defensa de los intereses generales de la sociedad.

Por tal motivo, reiteró que la oposición fiscal no lesiona la garantía de defensa en juicio como consecuencia de una inhibición del ejercicio de la función jurisdiccional; por el contrario, dijo, la resolución recurrida conculca derechos y garantías toda vez que el tribunal se arroga facultades sobre el ejercicio y suspensión de la acción penal.

Por lo demás, expuso que el auto puesto en crisis encuentra sustento en una fundamentación aparente con la

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA

3



#27127266#147917744#20160303145411279

consecuente transgresión al derecho de defensa en juicio.

Para finalizar, solicitó a esta Alzada que haga lugar al recurso interpuesto en autos, que restablezca la vigencia de la norma invalidada y que resuelva el caso con arreglo a la doctrina fijada en el Plenario "Kosuta".

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentó el señor Defensor Público Oficial, doctor Juan Carlos Sambuceti (h), quien entendió que corresponde desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada (cfr. fs. 103/106).

Sostuvo que la opinión fiscal resulta vinculante para el tribunal en aquellos casos en que la decisión favorece al imputado e implica el propósito de no llevar adelante la acción penal cuyo ejercicio corresponde al Ministerio Público Fiscal; en sentido opuesto, dijo, dicho carácter no tiene lugar en los supuestos inversos, incluso en los casos de suspensión del juicio a prueba.

En esta inteligencia, consideró que compete al juez resolver sobre la procedencia del instituto según su sana crítica y no con motivo de la negativa del representante fiscal. Consecuentemente, concluyó en que asumir esta última postura acarrea una conculcación de los derechos de su asistido como puso de relieve el *a quo* y, a su vez, implica desconocer los principios *pro homine*, *mínima intervención* y *última ratio* del derecho penal.

Sin perjuicio de lo expuesto, la defensa alegó que el Fiscal de Juicio no se encontraba habilitado para recurrir y carecía de legitimación activa, toda vez que el derecho al recurso favorece principalmente al imputado, más allá de las construcciones referidas a la bilateralidad de los recursos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

que deben ser entendidas siempre en relación a las personas y no al estado.

A mayor abundamiento, indicó que la actividad jurisdiccional de esta Alzada ha brindado una nueva oportunidad al estado de perseguir a su asistido. En este sentido, con invocación del criterio del Máximo Tribunal según el cual para la afectación de la garantía contra la doble persecución basta el con el riesgo de que ello ocurra, estimó que el recurso sometido a examen debió ser declarado inadmisibile y, en subsidio, postuló el rechazo de la cuestión de fondo.

Reiteró reserva de caso federal.

En idéntica oportunidad procesal, el señor Fiscal General ante esta instancia, doctor Javier A. De Luca, presentó dictamen y solicitó a esta Sala que haga lugar a la vía recursiva intentada (fs. 107/110).

Calificó a la resolución atacada de arbitraria y, en esta dirección, indicó que si bien el *a quo* citó en sustento de su decisión la doctrina de Corte que establece que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio sólo puede verse autorizado en situaciones muy precisas, lo cierto es que tales circunstancias no concurren en el caso de autos.

En esta inteligencia, sostuvo que el pronunciamiento cuestionado presenta defectos de fundamentación que resienten su motivación lógica y desatiende, de este mono, la manda consagrada en el art. 123 del código ritual.

Al respecto, entendió que los fundamentos brindados por el colegiado de la instancia previa sólo esbozan las propias convicciones de los jueces intervinientes sobre



criterios de política criminal.

En cuanto al instituto legal en referencia, afirmó que su concesión no puede tener lugar sin consentimiento fiscal, ya que aquella implica la suspensión e, incluso, la eventual extinción de la acción penal pública cuyo ejercicio corresponde al Ministerio Público Fiscal.

En este sentido, puso de relieve que, por disposición de la Constitución Nacional, el Ministerio Público que representa es el órgano encargado de promover y ejercer la acción penal (C.N., art. 120) y cuando expresa su oposición a la concesión del instituto no ejerce jurisdicción, sino que manifiesta su voluntad de continuar con el ejercicio de la acción ya promovida. Consecuentemente, dijo, toda vez que la probation constituye la suspensión de dicha acción, el tribunal carece de poderes autónomos para hacerla cesar o suspenderla en forma autónoma.

Por lo demás, refirió que el criterio recién apuntado fue seguido en el plenario "Kosuta" de esta Cámara que, añadió, no fue modificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de fallo "Acosta".

A título conclusivo, expuso que la exigencia de conformidad fiscal no puede ser reputada inconstitucional, sino que encuentra fundamento en el propio texto constitucional.

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia a fs. 113, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo:

I. Inicialmente, corresponde dar tratamiento al planteo relativo a la falta de facultades del Fiscal para interponer recurso de inconstitucionalidad en autos, esgrimido por la Defensa de _____ A _____ durante el término de oficina.

En la tarea propuesta, corresponde señalar, en primer lugar, que la facultad impugnatoria del Ministerio Público Fiscal se encuentra, por regla, restringida a los supuestos establecidos por los arts. 457 y 458 del C.P.P.N. Sin embargo, dicha regla debe ser excepcionada si en el caso el acusador invoca la violación de garantías sustanciales del debido proceso (cfr. esta Sala IV: causa Nro. 1480 "Rico, Pedro Mario y Maidana, Marcelo Oscar s/recurso de casación", Reg. Nro. 2458, rta. el 6/3/00; causa Nro. 14.080 "Bruna, Daniel Abel s/recurso de queja", Reg. Nro. 1318.4, rta. el 9/8/12; de Sala III: causa Nro. 11.730 "Ortiz, Adrián Ezequiel s/recurso de casación", Reg. Nro. 327/10, rta. el 25/3/10).

En dicho sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en el fallo "Arce" que *"el Estado -titular de la acción penal- puede autolimitar el ius perseguendi en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia ... por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público cuando se verifique un supuesto como el previsto en el art. 458 del Código Procesal Penal de la Nación en la medida en que, en las particulares circunstancias del sub lite no se ha demostrado que se haya afectado la validez de garantías constitucionales"* (C.S.J.N. "Arce, Jorge Daniel s/recurso de casación", A. 450. XXXII;

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA

7



#27127266#147917744#20160303145411279

rta. el 14/10/97).

Asimismo, cabe recordar que en el caso "Martino" la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto un fallo dictado por la Sala III de este Cuerpo que, por estimar aplicable el límite objetivo previsto en el art. 458, inc. 2º, declaró erróneamente concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la declaración de inconstitucionalidad de la accesoria contenida en el art. 12 del C.P.

En dicha oportunidad, el Máximo Tribunal de la Nación, en virtud del carácter federal de la cuestión planteada, reiteró la doctrina sentada en el caso "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108), ocasión en la cual se sostuvo que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de la Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por esta Alzada, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48 (considerando 13 del caso "Di Nunzio") - (C.S.J.N., "Martino, Santiago Marcelo y Chaves, Miguel Ángel s/tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes con fines de comercialización -causa N° 2544-", M. 1090. XLI., rta. el 27/12/2006, Fallos: 329:6002).

En consecuencia, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para interponer recurso de inconstitucionalidad en los supuestos previstos legalmente y en aquellos casos en los que, en ejercicio de su función de defensa de la legalidad (C.N., art. 120), alegue fundadamente





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

la violación al debido proceso (C.N., art. 18).

En el *sub examine*, el recurrente cuestionó la resolución dictada por el *a quo* en la que fue puesta en tela de juicio la validez de una ley nacional (C.P., art. 76, cuarto párrafo) por estimarla contraria al art. 116 de la Constitución Nacional, con afectación a la garantía de juez natural (C.N., art. 18).

Al respecto, el impugnante sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad objetada vulnera el rol que Ley Suprema (art. 120) y las leyes dictadas en consecuencia asignan al Ministerio Público que representa, amén de señalar que aquella deriva de una inobservancia de la normas rituales (C.P.P.N., art. 123) por carecer de la debida fundamentación, lo que descalifica al pronunciamiento a tenor de la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencias.

Por otra parte, el planteo en cuestión no podría ser reeditado por el Ministerio Público Fiscal en etapas ulteriores del proceso, pues de acuerdo a los fundamentos y al sentido de la decisión de la Cámara Federal de General Roca que resulta recurrida, su posibilidad de debatir la inconstitucionalidad allí declarada se agota en esta oportunidad (cfr. *mutatis mutandi* C.S.J.N., "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092, G. 61. XLVIII., considerando 3°, rta. el 23/04/14).

Además, el recurso de inconstitucionalidad cumple con los requisitos de temporaneidad y fundamentación exigidos por la ley adjetiva (C.P.P.N., art. 475, primer párrafo, en función del 463).

En síntesis, a tenor de los parámetros antes reseñados, se advierte que la resolución impugnada, por sus efectos, ocasiona al recurrente un perjuicio de tardía

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA



reparación ulterior (sentencia equiparable a definitiva) e involucra una cuestión federal suficientemente fundada que habilita a la parte para ejercer su facultad recursiva ante esta instancia y, correlativamente, a este Tribunal a intervenir en el presente caso en su calidad de tribunal intermedio (cfr. C.S.J.N., *in re "Di Nunzio"*, ya citado).

Por lo demás, cabe indicar que la defensa no ha logrado demostrar en su presentación durante el término de oficina la afectación de la garantía del *non bis in ídem* invocada, habida cuenta de que el ejercicio de la actividad recursiva respecto de un hecho es parte integrante de un único proceso penal. Por ello, no se advierte afectación alguna de la garantía invocada mediante el ejercicio de dicha actividad por parte del Ministerio Público Fiscal, razón por la cual, dicho planteo debe ser desestimado.

II. Resuelta la admisibilidad formal del recurso y previo a cualquier consideración sobre el fondo, resulta pertinente reseñar los antecedentes relevantes del presente caso.

El Juzgado Federal de Primera Instancia de General Roca, provincia de Río Negro, con fecha 11 de diciembre de 2013, resolvió rechazar la solicitud de suspensión del juicio a prueba deducida en favor de A. (fs. 55/56).

Para así resolver, el magistrado actuante afirmó - en lo medular- que la oposición fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación, resultaba vinculante para la jurisdicción y que, en el caso, el dictamen negativo fiscal se encontraba motivado, que en consecuencia resultaba vinculante y, sobre esta base, rechazó la solicitud efectuada por la defensa.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

Contra dicha resolución, la asistencia técnica de
A dedujo recurso de apelación (fs.
59/62), el que fue concedido a fs. 63.

A su turno, la Cámara Federal de General Roca resolvió: I. Declarar inconstitucional el cuarto párrafo del "art. 76 1) -ex 76 bis- del Código Penal", en cuanto dispone "y hubiese consentimiento del fiscal", pues la intervención del fiscal en el caso ha sido contraria a los intereses del imputado; II. Revocar el rechazo de la solicitud de suspensión del proceso a prueba decidido en la audiencia de fs. 55/56; III. Devolver las actuaciones al juzgado de origen para dicte una decisión sobre el fondo del asunto (cfr. fs. 69/75).

Dicha resolución del *a quo* constituye el objeto del recurso de inconstitucionalidad en examen.

III. Reseñado cuanto precede, corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las funciones más delicadas del ejercicio de la jurisdicción y por su gravedad debe estimarse como *ultima ratio* del orden jurídico (cfr. Fallos: 305:1304, entre otros), toda vez que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución, únicamente cuando la contradicción con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual



se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (cfr. Fallos: 226:688; 242:73; 285:369; 314:424, entre otros).

En atención a ello, el Superior Tribunal de la Nación ha expresado, en numerosas ocasiones, que resulta ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). De tal forma, la Corte se ha fijado a sí misma una valla en lo que atañe al control de las decisiones del legislador, la que -según explica Juan Francisco LINARES- constituye "*...un aspecto de la regla de autolimitación o presunción de constitucionalidad, que implica los siguientes aspectos: a) la necesidad de que **la contradicción entre la ley y la Constitución sea absoluta, palmaria, clara** [...]; b) la necesidad de que antes de declarar la constitucionalidad de una ley el juez debe tratar de darle una interpretación que sea compatible con la Constitución (interpretación constructiva); c) la carencia de atribuciones de los jueces para juzgar la oportunidad, conveniencia, utilidad o eficacia social de la ley*" (cfr. aut. cit., *Razonabilidad de las leyes. El 'debido proceso' como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1970, págs. 136/137. Con cita a Fallos: 14:125; 89:20; 112:63; 136:161; 147:402; 160:247; 171:348; 199:483; 242:73; 244:309; 251:53; 256:235 y 270:374 -énfasis añadido).

En tal contexto, es menester dilucidar si "el consentimiento fiscal" previsto en el art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P., entra en colisión con el art. 116 de la Ley Suprema, con la consecuente afectación a las garantías de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

defensa en juicio y debido proceso; puntualmente, a la garantía de juez imparcial.

En esta tarea, cabe resaltar que la acción penal debe ser ejercida por el Ministerio Público Fiscal y que ella no puede ser interrumpida, ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos en la ley.

En este sentido, de la redacción del art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P. y del art. 5 del C.P.P.N. se desprende que el dictamen del agente fiscal resulta, en principio, vinculante, sujeto al control jurisdiccional de logicidad y fundamentación (art. 69 del C.P.P.N.), en base a las facultades que aquel posee en su carácter de titular del ejercicio de la acción penal pública.

Ahora bien, particularmente a partir de la reforma constitucional operada en el año 1994, por la cual se incorporó el artículo 120, puede decirse que el sistema penal nacional tiende a una clara separación funcional entre juzgador y acusador, separación que, a más de brindar mayor intensidad a la garantía de imparcialidad del juez, constituye el rasgo distintivo del sistema acusatorio.

En este sentido, la C.S.J.N. tiene dicho que no puede haber ninguna duda en cuanto a que la introducción del art. 120 de la ley fundamental señala una modificación del paradigma procesal vigente hasta ese momento; puesto que, al establecer la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, indica una clara decisión a favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación estricta de las funciones de jueces y fiscales (cf. "Quiroga, Edgardo O.", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/12/2004).

En este marco el art. 76 bis, cuarto párrafo, del

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA

13



#27127266#147917744#20160303145411279

C.P. dispone que si "hubiese consentimiento fiscal" el Tribunal puede suspender la realización del juicio, pues el Ministerio Público es quien representa a la sociedad agraviada por el delito y a quien, por ello corresponde verificar la razonabilidad y el cumplimiento de los requisitos requeridos por la ley.

Si bien no es el único órgano garante de la legalidad, el Ministerio Público Fiscal tiene como objeto constitucional específico y puntual garantizar dicha legalidad en beneficio de la comunidad (cf. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Buenos Aires, 1999, p. 631 y ss.).

Lo expresado hasta aquí en modo alguno significa que la concesión del beneficio vaya a quedar sometido a la libre voluntad del órgano acusador público, debido que ningún funcionario dentro de un estado de derecho cuenta con un margen de acción ilimitado. El sistema republicano de gobierno, contemplado por el artículo 1º de la Constitución Nacional, obtura el ejercicio arbitrario del poder y exige que los actos estatales sean razonables. En dichas condiciones, el tribunal de juicio no quedará vinculado por la opinión fiscal si advierte que aquella carece de razonabilidad o no se encuentra debidamente fundamentado (art. 69 C.P.P.N.); extremos que deberán explicitarse y demostrarse.

En definitiva, el interés del Ministerio Público Fiscal en el cumplimiento de las exigencias legales dispuestas por el art. 76 bis del C.P. deriva de su función de salvaguarda de los intereses de la sociedad y garante de la legalidad del proceso.

En base tales argumentos, no se advierte -a





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

contrario de cuanto sostiene el a quo- que el recaudo regulado en el art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P. ("consentimiento fiscal") afecte el ejercicio de la función jurisdiccional que compete a los jueces (C.N., art. 116) ni garantía constitucional alguna.

Por el contrario, dicho recaudo resulta compatible con el modelo de enjuiciamiento acusatorio caracterizado - como fuera dicho- por la separación y diferenciación de funciones entre juez y fiscal, ya que el fiscal, al expresar su negativa, manifiesta su voluntad de continuar con el ejercicio de la acción penal pública de la que es titular (C.N., art. 120 y C.P.P.N., art. 5º) sin que ello pueda confundirse con el ejercicio de función jurisdiccional, la que queda en cabeza de los jueces quienes tienen asignado el control de logicidad y fundamentación de dicho dictamen (C.P.P.N., art. 69), a resultas del cual, deberán resolver el caso sometido a su examen.

En breve, cuando el fiscal no presta consentimiento (como ocurre en la especie), dicho dictamen deberá superar un test de razonabilidad a tenor de lo prescripto por el precitado art. 69 del código ritual. Ese test, claro está, deberá ser llevado a cabo por los jueces y, en caso de no ser superado exitosamente, la oposición fiscal no podrá restringir la potestad de los magistrados de decidir el caso a tenor de la normativa que regula el instituto de la suspensión del juicio a prueba.

En estas condiciones, la declaración de inconstitucionalidad aquí objetada carece de la debida fundamentación. Pues el a quo no demostró la existencia de una manifiesta, clara e indudable contradicción con las garantías constitucionales invocadas y tampoco que se

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA

15



#27127266#147917744#20160303145411279

configure en autos un supuesto extremo que imponga declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal en juego, por no admitir ésta una interpretación que la haga compatible con la Ley Fundamental (doctrina de Fallos: 147:286; 308:647 -consid. 8°- y 312:2467 -consid. 9°-).

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde descalificar a la resolución puesta en crisis como acto jurisdiccional válido y remitir las actuaciones a la instancia de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento, sin que ello implique abrir juicio sobre la procedencia o improcedencia del instituto solicitado.

IV. En virtud de los fundamentos que anteceden, propicio al Acuerdo: HACER LUGAR al recurso de inconstitucionalidad deducido en autos, DECLARAR la CONSTITUCIONALIDAD del art. 76 bis -cuarto párrafo- del C.P., DEJAR SIN EFECTO la resolución obrante a fs. 69/75 y REMITIR las presentes actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda y con la celeridad del caso, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Sin costas en la instancia (C.P.P.N., arts. 474, 475, segundo párrafo, 530 y 531). Tener presente la reserva de caso federal efectuada por la Defensa Pública Oficial ante esta instancia.

El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo:

Comparto en lo sustancial los fundamentos expuestos por el distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Mariano Hernán Borinsky.

En efecto, es doctrina del Alto Tribunal que *“la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241; 1087; causa E. 73. XXI, 'Entel c/Municipalidad de Córdoba s/sumario', fallada el 8 de septiembre de 1987, entre otros). Por otra parte, debe demostrarse de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional (C.S.J.N., Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros). Sabido es que resulta ajeno al control judicial el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (Fallos 253:362, 257:127, 300:642, entre otros).

Es así que, la potestad de dictar normas que la Constitución Nacional le otorgó al Congreso constituye una facultad privativa de dicho órgano de gobierno y escapa, en principio, a la revisión judicial, salvo casos de manifiesta y grosera inconstitucionalidad.

De tal suerte es que los operadores judiciales debemos aplicar las leyes vigentes a los hechos que se nos presentan en juzgamiento, empero el análisis de razonabilidad de una norma y, en tal caso, su debate y discusión debe ser realizado en el ámbito correspondiente, por respeto al principio republicano de división de poderes.

Sentado ello, a mi juicio, la normativa puesta en tela de juicio resulta sumamente razonable en su regulación puesto que el fundamento en que aquella se apoya deriva del sistema de enjuiciamiento acusatorio que proclama el artículo 18 de la Ley Suprema, no evidenciándose, por tanto, afectación alguna al ejercicio de la función jurisdiccional que sustente la declaración de inconstitucionalidad del

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA



artículo 76 bis -cuarto párrafo- del del C.P..

Es que lejos está, la normativa cuestionada, de pretender equiparar la oposición del fiscal a la decisión jurisdiccional, en tanto corresponde al fiscal peticionar mientras que al juez decidir. La acusación pública no ejerce jurisdicción al formular su oposición, sino que sólo expresa la voluntad de proseguir con el ejercicio de la acción penal.

Por otro lado, como ya he sostenido en otras oportunidades, lo dictaminado por el Fiscal, sujeto al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, resulta vinculante para el otorgamiento o la denegación del beneficio.

En tal sentido se ha dicho que *“si el fiscal se opone a la concesión de la medida por razones legítimas de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada por el tribunal y, en consecuencia, impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto. Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal estatal: el ministerio público...”* (Bovino, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pags. 161/162).

En definitiva, la opinión del Fiscal es de suma importancia puesto que en su cabeza pesa el ejercicio de la vindicta pública como así también el velar por la legalidad del proceso siendo que, al consentir la concesión de la suspensión del juicio a prueba, está renunciando a continuar con el ejercicio de la acción penal (art. 120 de la C.N.).

En esta inteligencia, es dable recordar que en las sociedades organizadas según el principio de la libertad,





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

esto es, en aquellas que dejan librado a cada quien la organización de su vida, sus bienes etc. -en orden a lo cual no pueden caber dudas sobre la Argentina-, el correlato necesario a ello está constituido, entre otras prestaciones estatales, por el diligente proceder del Ministerio Público Fiscal, toda vez que él resulta recipiendario, según el mandato constitucional de legalidad-seguridad del derecho humano de todos los argentinos a vivir en libertad según los modelos de la ley, con la garantía de que si esa libre organización personal fuera cercenada mediante la agresión de un con-ciudadano, definido como delito, el mismo habrá de ser pertinentemente sancionado.

Y así como en numerosos precedentes he criticado el proceder licencioso de los responsables de la vindicta pública, en casos como el de autos no puedo dejar de señalar que cuando el ejercicio jurisdiccional deviene arbitrario e irracional, se genera la misma incerteza sobre la efectiva vigencia de la protección estatal y sobre la organización de la vida social según la definición de la ley, esto es, anomia.

En conclusión, la justicia debe saber mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. En otras palabras, el control a ella encomendado sobre las actividades ejecutiva y legislativa, en resguardo del texto constitucional, debe efectuarse con especial rigorismo a los efectos de preservar el principio de división de poderes.

Por lo expuesto, considero que la resolución impugnada carece de motivación suficiente a los fines de sustentar la declaración de inconstitucionalidad dispuesta, en consecuencia adhiero a la propuesta del distinguido colega

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA



que me precede en el orden de votación.

Tal es mi voto.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que, el recurso de casación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, es formalmente admisible en los términos del art. 457 del C.P.P.N. en virtud de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Menna, Luis s/recurso de queja". En dicha oportunidad, nuestro más Alto Tribunal sostuvo que la resolución que hace a lugar a la suspensión del juicio a prueba resulta "[e]quiparable a definitiva puesto que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior. Ello es así dado que la citada decisión impide que el proceso continúe hasta el dictado de la sentencia definitiva, con la consecuencia de que se extinguirá la acción penal al cumplirse las condiciones establecidas en el cuarto párrafo del citado art. 76 ter." (C.S.J.N., "Menna, Luis s/recurso de queja", causa M 305; T. XXXII, rta. el 25/09/1997). Asimismo, se encuentra satisfecho el requisito de temporaneidad que exige el art. 463 del C.P.P.N.

II. En relación a la cuestión planteada respecto a la declaración, por parte de la Cámara de Apelaciones de General Roca, de la inconstitucionalidad del cuarto párrafo del art. 76 1) -ex 76 bis- del Código Penal, en cuanto dispone "*y hubiese consentimiento del fiscal*", corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las funciones más delicadas del ejercicio de la jurisdicción y por su gravedad debe estimarse como última





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

ratio del orden jurídico (cfr. Fallos 305:1304), toda vez que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución, únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73, 285:369; 314:424, entre otros).

En virtud de ello, nuestro más alto Tribunal, en numerosas oportunidades, ha expresado que resulta ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 300:642; 301:341; 314:424).

Así, quien alega la inconstitucionalidad de una norma, debe demostrar de manera concreta y específica de qué modo la norma viola garantías y derechos constitucionales.

Ahora bien corresponde recordar que el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de establecer que "para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304: 1820; 314: 1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no



puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312: 802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310: 937; 312: 1484)."

En el caso, el *a quo* sostuvo que "cuando el cuarto párrafo del art. 76 1) -ex 76 bis- del CP establece, contrario sensu que la opinión negativa del fiscal impide al juez otorgar la suspensión del proceso a prueba, lesiona irreversiblemente la garantía de defensa en juicio pues inhibe de modo inadmisibile la jurisdicción acordada en el art. 116 de la CN, pudiendo alterar de ese modo la garantía del juez natural ya que no sería éste, sino el fiscal, quien ejercería la potestad de dirimir un conflicto de intereses planteado entre un particular sometido al proceso penal y un representante del poder estatal que es su adversario en el litigio" (cfr. fs. 69/75). Por ello, declaró la inconstitucionalidad de oficio del cuarto párrafo del art. 76 1) -ex 76 bis- del Código Penal, en cuanto dispone "y hubiese consentimiento del fiscal".

Ahora bien, ya he tenido oportunidad de señalar que el dictamen fiscal sobre el pedido de suspensión del juicio a prueba no resulta de carácter vinculante (cfr. causa n° 10.858, "Soto García, José María y otros s/ recurso de casación", rta. el 12/08/09, reg. n° 12.100) en tanto el órgano judicial siempre debe analizar de manera independiente la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto, a los fines de efectuar el control de legalidad del dictamen del Ministerio Público Fiscal que imponen los artículos 69, 123 y ccdtes. del C.P.P.N.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

Y es que, sostuve, describir al dictamen fiscal como "vinculante" para el Tribunal soslaya el hecho de que existen limitaciones legalmente impuestas -v.gr., los requisitos de procedencia y admisibilidad estipulados en el art. 76 bis del C.P.- dentro de las cuales la actuación del Ministerio Público debe estar circunscripta, y cuya observancia, logicidad y adecuación a las circunstancias del caso concreto corresponde al órgano jurisdiccional controlar mediante el apartamiento, cuando correspondiera, de aquellos dictámenes fiscales que desconocen las prescripciones legales -ya sea por introducir requisitos que la ley no prevé o por omitir considerar aquellos que sí forman parte del ordenamiento jurídico-. Ello no es sino una consecuencia necesaria del esquema de estricta separación funcional entre fiscales y jueces (cf. "Quiroga, Edgardo O.", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/12/04).

Ello así, pues el predominio de las características acusatorias de nuestro proceso penal (conf. art. 120 de la C.N.) no puede implicar la consagración de una actuación decisoria del fiscal, sino que su potestad está limitada a la adopción de una postura frente al caso desde su rol de parte, si bien revestida de cierta ecuanimidad y siempre ceñida a la determinación legal de los criterios de admisibilidad de la suspensión del proceso a prueba.

Por su parte, si bien el artículo 5 del digesto ritual establece que el ejercicio de la acción penal no puede *"...suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley..."*, no es menos cierto que el artículo 65 del mismo cuerpo consagra el principio según el cual *"...el ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la*

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA

23



#27127266#147917744#20160303145411279

ley...”, de modo que si la facultad denegatoria que en última instancia recae sobre el órgano judicial es entendida sólo como un segundo control de legalidad, dicha intervención constituye un control razonable que no desnaturaliza la potestad del Fiscal requirente (cfr. en similar sentido mi voto en la causa n° 897 “Lirman, Roberto s/ recurso de casación, reg. n° 1594.4, rta. 23/11/03 y sus citas).

Ahora bien, sentado cuanto precede, resulta erróneo, entonces, el análisis efectuado por el *a quo* a los fines de declarar la inconstitucionalidad de oficio de la norma puesta en crisis, pues ha omitido interpretar la ley cuestionada a la luz de cláusulas constitucionales aplicando a tal fin un criterio que las concilie. En definitiva no se ha fundado adecuadamente que la mencionada normativa resulte violatoria de principios de orden constitucional invocados.

Es que, a diferencia de lo sostenido por el *a quo*, no se vislumbra en el caso de qué manera se han visto lesionados las garantías de defensa en juicio y juez natural, toda vez que, conforme a la interpretación a la que se arribada en los párrafos precedentes, puede afirmarse que existe plena armonía entre lo estipulado en la Constitución y lo previsto en el cuarto párrafo del art. 76 1) -ex art. 76 bis. De esta manera, la norma puesta en crisis no vulnera, en el caso, la división de roles que le compete a cada uno de los agentes intervinientes del proceso judicial, al igual que el debido proceso, respetándose así el diagrama de organización republicana de nuestro sistema de gobierno.

III. Por lo expuesto, adhiero entonces a la solución propuesta por el colega que lidera el acuerdo. Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FGR 12000379/2009/3/1/CFC1

Tribunal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de inconstitucionalidad deducido en autos, **DECLARAR la CONSTITUCIONALIDAD** del art. 76 bis -cuarto párrafo- del C.P., **DEJAR SIN EFECTO** la resolución obrante a fs. 69/75 y **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda y con la celeridad del caso, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Sin costas en la instancia (C.P.P.N., arts. 474, 475, segundo párrafo, 530 y 531).

II. TENER PRESENTE la reserva de caso federal efectuada por la Defensa Pública Oficial ante esta instancia.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada N° 15/13 C.S.J.N. -Lex 100-) y cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

JUAN CARLOS GEMIGNANI

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO HERNÁN BORINSKY

Fecha de firma: 03/03/2016

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: JUAN CARLOS GEMIGNANI, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: MARIANO HERNÁN BORINSKY, JUEZ DE CÁMARA DE CASACIÓN

Firmado(ante mi) por: HERNAN BLANCO, SECRETARIO DE CAMARA

25



#27127266#147917744#20160303145411279