



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 50082/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 404/2015

///n la ciudad de Buenos Aires, a los tres días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, integrada por la jueza María Laura Garrigós de Rébora y los jueces Gustavo A. Bruzzone y Luis García, asistidos por la secretaria de cámara Paola Dropulich, a fin de resolver el recurso de casación deducido en la causa 50.082/2014 caratulada “

s/ portación de arma de guerra”, de la que **RESULTA:**

I) El Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 resolvió, el 10 de junio de 2015, no hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada respecto de .

Basó su decisorio en el carácter vinculante de la oposición fiscal cuando aquella es lógica y fundada, y, en el puntual caso de autos, consideró que su dictamen no fue arbitrario y se ajustó lógicamente al derecho vigente.

II) El defensor oficial Ariel Cagnola, alzó sus críticas contra el pronunciamiento a través de los argumentos volcados en el recurso de casación glosado a fs. 108/116, y el Dr. Claudio Martín Armando, Defensor Público Oficial titular de la Unidad de Actuación N° 1, los desarrolló en representación del imputado en el marco de la audiencia que se celebró a tenor de lo prescripto por el artículo 454, en función del artículo 465 bis, del Código Procesal Penal de la Nación.

Practicada la pertinente deliberación en los términos del artículo 455 del mismo cuerpo legal, el tribunal se encuentra en condiciones de emitir pronunciamiento.

Y CONSIDERANDO:

La jueza Garrigós de Rébora dijo:

Hay que tener presente, en primer término, que la causa tramitó en la etapa de instrucción bajo el procedimiento reglado por el artículo 353 bis del código adjetivo, y que la asignación jurídica en principio otorgada al caso, fue la de portación de arma de guerra en el supuesto del artículo 189 bis, apartado 2°, 5° párrafo del Código Penal (fs. 32). Por su parte, el fiscal de instrucción ninguna objeción formuló, y al

requerir la elevación a juicio del sumario, subsumió el hecho en el mismo tipo penal (fs. 68/69vta. y fs. 74).

De la reseña efectuada, surge con claridad que la conducta *prima facie* reprochada por el Ministerio Público Fiscal, comprende una escala penal de dos años y cuatro meses a cinco años y ocho meses de prisión, extremo que por sí solo ilustra que la premisa argumental en la que sustentó el representante de la vindicta su oposición al beneficio, esto es, el efectivo cumplimiento de la eventual sanción, fue errada y ajena a las constancias de la causa. Consecuentemente, la conclusión a la que arribó emerge también equivocada y sin sustento legal, pues la hipótesis delictiva está comprendida en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal.

Sin perjuicio de ello, lo que entiendo determinante para resolver el asunto, es la actuación contradictoria del Ministerio Público Fiscal.

Señaló el fiscal general en la audiencia que “no desconocía que el imputado era legítimo usuario y tenía la tenencia del arma, circunstancias que podrían ser saneadas en un debate para analizar la atenuante por esos motivos” (fs. 104/104vta.).

Ahora bien, la discusión que pretende ventilar en juicio relativa a la atenuante, si bien poco comprensible ya que no desarrolló aquello que se debía sanear, implica una alteración de la base fáctica de la imputación que resulta incongruente con la labor del fiscal de instrucción y su propia actuación, pues compartió los términos que surgen del requerimiento de elevación a juicio, y no aportó razones que eventualmente pudieran justificar su ampliación en los términos del artículo 381 del ordenamiento procesal.

En mi opinión, la circunstancia expuesta surge como un vicio insuperable que atenta contra la unidad de actuación y en defensa de la legalidad que emana del artículo 1 de la ley 24.946, ya que de aceptarse atentaría contra la coherencia e inmutabilidad que debe mantener la acusación, en aras del derecho de defensa del imputado.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 50082/2014/TO1/CNC1

Por ello, propongo al acuerdo declarar la nulidad del dictamen del fiscal producido el 25 de marzo pasado en la audiencia del artículo 293 del código de forma, y, consecuentemente, de la resolución impugnada.

El juez Bruzzone dijo:

Que adhiero al voto que antecede.

El juez García dijo:

1.- En la audiencia celebrada a tenor del art. 293 C.P.P.N. el Fiscal General había negado su consentimiento para la suspensión del proceso a prueba respecto de . Afirmó que, la calificación de portación de arma de guerra en el requerimiento de elevación a juicio tenía una escala punitiva que conducía a que la pena a imponer fuese de cumplimiento efectivo. Entendió que la reparación ofrecida era “casi simbólica” y relevó que “el imputado estaba en una marcha y portaba un arma de guerra, lo que daba al hecho ciertas características, sumadas a la calificación, de gravedad, pues no era una portación simple, sino que había un contexto determinado”, concluyendo que “[p]or lo tanto, la reparación debería ser mayor”. Según surge del acta, el fiscal “[a]claró que no desconocía que el imputado era legítimo usuario y tenía la tenencia del arma, circunstancias que podrían ser saneadas en un debate para analizar la atenuante por ese motivo” (fs. 104 vta.).

El Tribunal Oral denegó la suspensión por considerar que el Fiscal General había presentado “en tal dictamen [...] elementos lógicos y fundados que no colisionaron con la legalidad, y que cumplen acabadamente con los requisitos exigidos por el art. 69 del C.P.P.N. [...]”. Al respecto afirmó que “las argumentaciones del fiscal, que constituyen válidas razones de política criminal, convierten de esa manera su dictamen en un vínculo más que indisoluble para este Tribunal para expedirse por la negativa, independientemente de lo que pueda suceder en el juicio contradictorio” (fs. 105/106).

Contra esa decisión la defensa del imputado ha interpuesto recurso de casación.

El Defensor Público se agravia sosteniendo que el Fiscal General se ha apartado inmotivadamente de la calificación que surgía del requerimiento de elevación a juicio, en cuanto el representante que lo había

presentado, a instancias de la defensa, había declarado aplicable el art. 189 *bis*, apartado segundo, párrafo quinto, C.P. Sostiene que ello constituye una *reformatio in pejus* prohibida, sostiene la existencia de analogía con la sentencia de la Corte Suprema en Fallos: 329:4634 (“Sircovich, Jorge Oscar”). Pretende que correspondía de modo inevitable aplicar la escala atenuada de la disposición citada, y alega que la negativa afecta su derecho a que se defina de una vez la situación del imputado frente a la ley, con cita del precedente de Fallos: 272:188 (“Mattei, Ángel”).

La defensa advierte que en el presente no se trata de un caso en el que se deba definir el alcance de la oposición fiscal por cuestiones de política criminal, y que por ende no es un caso de los considerados en la sentencia de la Sala 2ª. de esta Cámara *in re* “Gómez Vera, Pedro Iván” (rta. 10/04/2015, Reg. n° 12/2015). En otro orden, alega que la negativa de la fiscalía es arbitraria, y discute que corresponda exigir un ofrecimiento de reparación cuando se trata de un delito sin víctima que afecta bienes jurídicos colectivos o difusos. *Ad eventum*, si se opusiese como obstáculo la pena de inhabilitación conjunta conminada en el art. 189 *bis*, inc. 2, párrafo séptimo, C.P., anuncia que debería recabarse la voluntad de su defendido para realizar algún estudio o práctica, o para “auto-inhabilitarse” para poder acceder a la suspensión del proceso a prueba.

La defensa ha pedido, en definitiva, que se revoque la decisión impugnada y que se dicte u ordene dictar una conforme a derecho que conceda al imputado la suspensión del juicio a prueba.

2.- La Defensa Pública pretende se encuentra involucrada una cuestión federal, afirmando que el Fiscal General ha incurrido en una *reformatio in pejus* prohibida. En este punto encuentro que la alegación no satisface, siquiera mínimamente, la exigencia de fundamentación que se extrae del art. 463 C.P.P.N. En particular porque no explica, con arreglo a algún esfuerzo de deducción normativa, cuáles son los alcances de esa prohibición, y por qué el Ministerio Público habría incurrido en infracción a esa prohibición. Tampoco da suficiente explicación que demuestre que el caso de Fallos: 329:4634, en el que pretende sustentarse, guarde analogía con las vicisitudes procesales del presente caso, o que en él se haya



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 50082/2014/TO1/CNC1

establecido un principio general que también sería operativo en casos diferentes a aquél.

En otro orden, no puede sino causar perplejidad la queja que se trae de la mano del precedente de Fallos: 272:188 (“Mattei, Ángel”). Allí se trataba de desconocimiento de los principios de progresividad y preclusión, cuestión que en este caso no se encuentra en juego, porque lo que la defensa pretende es que el proceso no progrese. La Corte había declarado que esos principios “reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento a los valores que entran en juego, en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia constitucional con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal” (consd. 10). En el presente, en cambio, la defensa pretende impedir que se realice el juicio, y que se establezca por una sentencia, “de una vez y para siempre” la situación del imputado frente a la acusación, o en otros términos que se suspensa el proceso, por un plazo de entre uno y tres años, sin que su situación se defina sino al cabo de la suspensión. El agravio, pues, no aparece sustanciado.

3.- Los restantes agravios de la defensa remiten al alcance que cabe dar al art. 76 *bis* C.P., en cuanto condiciona la suspensión del proceso al “consentimiento” del Ministerio Público. Según la tesis de la defensa la ley requiere que el Ministerio Público dé fundamento de su negativa a consentir la suspensión del proceso, y ese fundamento debe estar libre de arbitrariedad, tesis que requiere examinar el texto del art. 76 *bis*, cuarto párrafo, del Código Penal que establece que: “[...] Si las circunstancias del caso permitieren dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y *hubiera consentimiento del fiscal*, el tribunal podrá suspender la realización del juicio [...]”.

Sobre el punto me he pronunciado *in extenso* a partir de mi intervención como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación

Penal (Sala II, causa n° 9516, “Rolón, Luis Alberto”, rta. 16/10/2008, reg. n° 13.323), y en esta Cámara (Sala II, causa n° 27370/2013, “Bendoiro Diéguez” decisión de 22/04/2015, Reg. n° 30/2015) a cuyos términos he de remitirme por razón de brevedad.

Allí concluí que el consentimiento al que se refiere el art. 76 *bis* C.P. es un presupuesto procesal de la suspensión, y que en defecto de ese consentimiento la suspensión no puede ser concedida. También expuse allí las razones por las cuales entiendo que la ley no requiere que el Ministerio Público presente de un dictamen o requerimiento sujeto a las exigencias de fundamentación del art. 69 C.P.P.N., sino una simple manifestación de voluntad que no necesita de expresión de razones.

Desde esa perspectiva, la inexistencia de consentimiento de la fiscalía era suficiente para denegar la suspensión del proceso a prueba pedida por la defensa del imputado . Todo intento de examinar si las razones dadas por la fiscalía al negar su consentimiento superan un escrutinio de logicidad o fundamentación es, a mi juicio, fruto de una interpretación legal que vacía de contenido al término “consentimiento”, y asigna a la intervención del fiscal una función que lo despoja de la soberanía en el ejercicio de la acción pública, en un caso en el que la ley le da cierta discreción para mantener o suspender ese ejercicio.

Pues, como lo he señalado, la razón de la exigencia de que medie consentimiento de la fiscalía está en la naturaleza misma de la suspensión del proceso a prueba. Se trata de un instituto que está íntimamente vinculado con el principio procesal de oportunidad. Este principio da cabida a la confrontación con el principio de legalidad de la persecución penal (arts. 71 C.P. y 5 C.P.P.N.), que lleva a limitaciones de persecución guiadas por criterios de política criminal que hacen a la cuestión de decidir cuándo resulta necesario mantener el ejercicio de una acción penal que ha sido promovida por imposición de la ley. Este criterio de necesidad, que es instrumental al carácter subsidiario -principio de *ultima ratio*- del derecho penal y de la persecución penal (BINDER, Alberto, *Legalidad y oportunidad*, en “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier”, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 205, esp. ps. 212 y ss.). Desde esa perspectiva, el órgano de la persecución penal puede



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 50082/2014/TO1/CNC1

prescindir de ésta cuando están a disposición, según su criterio, mejores alternativas para la solución del conflicto que las que ofrece la realización del juicio y la obtención de una condena.

El art. 76 *bis* C.P. refleja estas ideas. Desde este punto de vista, la cuestión no es preguntarse si la oposición del Ministerio Público es “vinculante” para los jueces, antes bien, de lo que se trata es examinar si está satisfecho un presupuesto procesal de la suspensión: el consentimiento de la fiscalía.

En la audiencia la defensa y la fiscalía han asignado un sentido distinto al término “consentimiento”.

Más aún, la inteligencia que propone no sólo trastoca “consentimiento” por “oposición”. En definitiva termina por asignarle un alcance que permite al tribunal prescindir de la oposición misma, porque sostiene que el tribunal debió haber concedido la suspensión no obstante la falta de consentimiento. Para la defensa no basta que dé fundamentos, los fundamentos deben ser correctos conforme a los hechos y a la ley. La estrategia de las alegaciones no es pues que el Tribunal examine si el Fiscal General ha dado fundamentos razonables de la oposición, sino que rechace esos fundamentos porque son incorrectos de hecho o de derecho. Reduce así la intervención del Fiscal General a la de un mero dictamen, que no produce efecto alguno, y conduce a que se prescinda del consentimiento de la fiscalía porque ella tiene mejores razones para refutar sus fundamentos. Pide así que se conceda la suspensión cuando la fiscalía expresamente se ha negado a dar consentimiento, pero no ofrece alguna interpretación conciliable con el art. 76 *bis*, cuarto párrafo, C.P. que pone al consentimiento como condición de la suspensión.

Aquella interpretación lleva a sostener algo que la ley no dice, porque reduce la intervención de la fiscalía a la mera intervención en la audiencia, en la que debe presentar un requerimiento con fundamentos que satisfagan el art. 69 C.P.P.N. Me remito a mis votos en las sentencias que cito al inicio en punto a la inaplicabilidad de esta disposición procesal a una regla sustantiva del Código Penal.

Sentado ello, no corresponde examinar en esta instancia de casación la corrección de las razones que exteriorizó la fiscalía al negar su

consentimiento a la suspensión en punto a la exigencia de reparación y la insuficiencia de la ofrecida.

Frente a la posible objeción de que la interpretación que aquí propongo deja un amplio campo de discreción al Ministerio Público, sólo he de recordar aquí que esta seria objeción no se supera transfiriendo, mediante la excusa del control judicial, el mismo campo de discreción a los jueces. Al contrario, plantea problemas adicionales frente a los arts. 120 y 116 C.N. de los cuales se deriva la separación entre las facultades requirentes o persecutorias y las facultades de decidir sobre el objeto de las pretensiones requirentes o persecutorias. Con la excusa del control judicial lo que se hace es entronizar a los jueces en la apreciación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Porque si se da la razón a la defensa, son los jueces los que terminan decidiendo si la acción debe continuar o suspenderse, sobre la base de apreciaciones vinculadas a una solución alternativa del conflicto que prescinda del juicio. Pone a los jueces a examinar si vale la pena realizar el juicio, o si hay otros medios alternativos.

Y finalmente estimo pertinente recordar que la fijación del alcance del término “consentimiento”, o de las condiciones legales de suspensión, releva siempre de los jueces y no de lo que opine la fiscalía, y esto vale incluso cuando el fiscal presta su consentimiento, que sólo puede ser dado en los supuestos que establece la ley (art. 5 C.P.P.N.). Tampoco se le da al fiscal el poder de declarar la existencia de los presupuestos de la pretensión punitiva. En efecto, su dictamen de oposición nada dice sobre la existencia del hecho, de sus eventuales responsables, ni sobre la subsistencia de la acción penal. El Ministerio Público es el órgano encargado por la Constitución Nacional para promover y ejercer la acción penal (art. 120), cuando expresa su oposición no ejerce jurisdicción, sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo actualmente una acción ya promovida. Y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el Tribunal que carece de poderes autónomos para la promoción y ejercicio, tampoco tiene poder autónomo de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende del consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 50082/2014/TO1/CNC1

Suele objetarse que una negativa a dar consentimiento despojada de toda fundamentación sería contraria al principio republicano del art. 1 C.N., que impone la razonabilidad de los actos de los poderes públicos. La razonabilidad de la persecución penal por delitos de acción pública no reposa en el art. 76 *bis* C.P., sino en las exigencias de fundamentación de todos los actos requirentes (arts. 180, 347, 381, 393 y 415 C.P.P.N.). Todos esos actos requirentes tienen instancias de control que impide que nadie pueda ser llevado a juicio arbitrariamente, o por la nuda voluntad persecutoria del Ministerio Público. En el presente caso la cuestión es distinta. El Ministerio Público ha logrado que se lo autorice a llevar a juicio a _____ por la imputación de portación de arma de guerra sin autorización en el marco de una manifestación pública, hecho que ha calificado como grave. La circunstancia de que puedan presentarse circunstancias precedentes que harían aplicables una escala atenuada, a tenor del art. 189 *bis*, inc. 2, párrafo quinto, C.P. y de que no esté excluida en abstracto la posibilidad de aplicación de una pena en suspenso, no afecta en lo más mínimo los elementos constitutivos de la acción atribuida, pues se trata de circunstancias que por definición son anteriores al comienzo de ejecución del hecho.

Si el Fiscal General pretende la realización de un juicio por ese hecho, aunque pudiese en definitiva concluir con una pena de prisión en suspenso, no veo razones legales para privarlo de la facultad de sostener la acusación y de que ésta sea decidida en un juicio.

No se trata, como pretende la defensa, de que el Fiscal no ha sostenido razones político criminales concretas, de lo que se trata es de que los jueces no pueden sustituirse al criterio de la fiscalía y privar al Ministerio Público del juicio, por considerar ellos que no hay razones político-criminales que lo justifiquen, porque el ámbito de las apreciaciones político-criminales está vedado a los jueces.

En fin, observo que el consentimiento no ha sido dado en el caso por el Ministerio Público, y que con ello basta, a mi juicio para revocar lo decidido.

Con estas razones dejo sentada mi disidencia, pues entiendo que correspondía rechazar el recurso de casación y confirmar la decisión de fs. 105/106, con costas (arts. 471, 530 y 531 C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

En virtud del resultado de la votación que antecede, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional por mayoría **RESUELVE:**

DECLARAR LA NULIDAD del dictamen fiscal producido el 25 de marzo de 2015 en la audiencia del artículo 293 del código de forma que fue documentado a fs. 104/104vta., y de la resolución a través de la cual no se hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba respecto de

obrante a fs.105/106vta. (artículos 69, 454, 455, 456, 465 bis y 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex100), y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota envío.

El Dr. Mario Magariños no intervino en la presente por encontrarse en uso de licencia. La Dra. María Laura Garrigós de Rébora lo hizo en su lugar conforme la regla práctica 18.11 del Reglamento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Acordada n° 9/2015).

María Laura Garrigós de Rébora

Gustavo A. Bruzzone

Luis M. García

(en disidencia)

Ante mí:

Paola Dropulich

Secretaria