



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 98/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de mayo de 2015, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Horacio Días, Eugenio C. Sarrabayrouse y Luis M. García, asistidos por la secretaría actuante, para resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 152/162, por el defensor público oficial en la presente causa n° 41.974/14, caratulada “ **s/ robo**”, de la que

RESULTA:

I. Contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 que rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba (fs. 148/149), la defensa pública oficial interpuso recurso de casación.

Tras analizar los requisitos que hacen a la admisibilidad del recurso, encaminó sus agravios por el inciso primero del art. 456, CPPN.

a) Consideró que el tribunal *a quo* había incurrido en una errónea interpretación del art. 76 *bis*, CP, por el carácter vinculante que se le asignaba a la negativa fiscal. Asimismo, indicó que la sentencia atacada era nula por arbitraria, y su fundamentación, insuficiente, con lo cual se había inobservado el art. 123, CPPN e implicaba una violación del derecho de defensa en juicio y del debido proceso (art. 18, CN).

Sobre ello, la defensa afirmó con base en doctrina e invocando el caso de Fallos: 331: 858, (“Acosta, Alejandro Esteban”), en que aún mediando oposición fiscal, el Tribunal se encontraba habilitado para hacer lugar al pedido de su asistido si se cumplían con las condiciones comunes y propias de admisibilidad requeridas por la ley.

b) Agregó que la referencia al carácter presuntamente fundado y razonado de la oposición fiscal es una mera afirmación dogmática y carente de sustento pues el dictamen carece de fundamentación y razonabilidad.

c) Con relación a lo manifestado por la damnificada en la audiencia prevista por el art. 293 CPPN, se agravió en el sentido de que la víctima puede aceptar el ofrecimiento o no, pero ello no es vinculante para la postura que deben adoptar los jueces.

d) Finalmente, el recurrente solicitó que se case la sentencia impugnada y se resuelva de acuerdo a lo peticionado o bien se la anule.

II. El 18 de mayo de 2015 se celebró la audiencia prevista por el art. 454 en función del 465 *bis*, CPPN, en la que intervino la defensora pública oficial Lisi Trejo, quien coincidió con todos los planteos formulados por el recurrente.

III. Atento la facultad prevista en el art. 455, segundo párrafo, CPPN, el tribunal decidió continuar con la deliberación, luego de la cual, el tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

CONSIDERANDO:

Los jueces Días y Sarrabayrouse dijeron:

1. Al resolver en distintos precedentes de este Tribunal, con diversos matices, hemos establecido que el dictamen del fiscal previsto en el art. 76 *bis*, cuarto párrafo, CP está sometido al control jurisdiccional. De esta manera, si el fiscal se opone a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, el tribunal está habilitado para analizar las razones que expone para consentir u oponerse a la concesión¹.

2. De acuerdo con el acta de fs. 145/146 de este legajo, el fiscal general Diego T. Nicholson se opuso a la concesión de la suspensión del juicio a prueba basado en los siguientes argumentos:

¹ Sentencias “**Menchaca**” (registrada bajo el n° 4/15) y “**Gómez Vera**” (registrada bajo el n° 12/15), resueltas el 7/04/15 y 10/04/15 respectivamente.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

a) Se trataba de un hecho de características graves y de peligrosidad para la víctima.

b) Que la damnificada pensó que la iban a matar y que le colocaron algo que podía ser un arma de fuego.

c) Que el hecho ocurrió en un lugar inhóspito y que eran dos personas contra una.

d) La fiscalía pretendía llevar el caso a un juicio oral o concluirlo mediante un acuerdo de juicio abreviado.

3. Por su parte, el tribunal *a quo* consideró que su función se limitaba a evaluar si el dictamen fiscal estaba motivado, sin considerar su acuerdo o desacuerdo con la opinión expresada. En este sentido, con respecto al consentimiento fiscal señaló: “...*está sujeto al control de legalidad básico que es parte de la competencia de la jurisdicción respecto de los actos que se desenvuelven en las causas que tramitan ante sus estrados...Sin embargo, el análisis de la legalidad del pronunciamiento no implica la confusión de competencias ni la necesaria coincidencia argumentativa o decisoria entre la jurisdicción y el Ministerio Público Fiscal. Se trata, por el contrario, de una inspección que tiende a constatar que se ha actuado dentro del margen de atribuciones legales de las partes...*”.

4. Los argumentos expuestos por el fiscal general al interpretar los requisitos para que proceda la suspensión del juicio a prueba, según lo normado en el art. 76 *bis*, CP, no son, a nuestro criterio, derivación razonada del derecho aplicable al caso, tomando como punto de partida para efectuar esa constatación, las instrucciones generales dictadas al efecto para el trabajo de los fiscales².

Las razones brindadas por el fiscal carecen de fundamento y vinculación con los presupuestos que deben analizarse para resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

² Cfr. “**Recacens**”, (aunque con otra integración), sentencia del 6/05/15, registrada bajo el n° 57/15.

En este sentido, no explicó en qué consistían las características graves del hecho ni precisó cómo se vinculaba la peligrosidad afirmada con el instituto en análisis.

En efecto, sobre el peligro que habría corrido la vida de la víctima, lo cierto es que no se acreditó la presencia de algún elemento con capacidad para dañar, un arma de fuego o algo similar, sino que en definitiva el imputado se habría valido de la intimidación, conducta que caracteriza al tipo penal de robo (art. 164, CP).

El hecho ocurrió en la esquina de las calles Moldes y Zabala, en el barrio de Belgrano, de esta ciudad, un día jueves (14.06.2014) a las 14 hs., circunstancias que desechan la idea de un lugar inhóspito.

Paradójicamente, el fiscal acepta que el caso se resuelva en un procedimiento abreviado, con lo cual, en su opinión, el juicio oral y público resulta innecesario para fijar la responsabilidad de la imputada. De esta forma, se desatienden los fines políticos criminales de la suspensión del juicio fijados por la propia Procuración General de la Nación en las instrucciones vigentes al efecto, toda vez que la argumentación del fiscal para oponerse evidencia su discrepancia con el instituto en sí y con razones generales lo neutraliza para que no se aplique.

En definitiva, se trata de meras afirmaciones dogmáticas, sin sustento en ninguna razón plausible de política criminal, lo que evidencia que su posición frente al caso es arbitraria, basada exclusivamente en su subjetividad, no siendo derivación razonada del derecho aplicable al caso.

5. Por su parte, la sentencia impugnada omitió analizar los fundamentos del dictamen fiscal. En este sentido, referir que se hace un “control básico de legalidad”, limitado a transcribir la opinión fiscal sin evaluarla, no implica hacerlo y lo convierte en un control aparente.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

6. El examen de la causa revela que reúne las condiciones para que se le otorgue la suspensión del juicio a prueba:

a) carece de antecedentes condenatorios (informes del Registro Nacional de Reincidencia y certificaciones judiciales, fs. 5 y 10, respectivamente, de su legajo de personalidad);

b) el delito imputado (robo simple) contempla una escala penal que permite su ejecución condicional y no se ha formulado un pronóstico de que la sanción será de cumplimiento efectivo (arts. 42 y 164, CP, según la calificación elegida por el Ministerio Público Fiscal: quince días a dos años de prisión);

c) la reparación del daño ofrecida por fijada en seiscientos pesos (\$600), según se extrae de la audiencia del art. 293, CPPN, resulta razonable de acuerdo con las circunstancias de la causa.

d) como se adelantó más arriba, tampoco se han esgrimido razones de política criminal válidas que funden la necesidad de realizar el juicio.

El tribunal se encuentra en condiciones de resolver sobre la concesión de la suspensión del juicio, pues se ha comprobado una errónea interpretación de la ley sustantiva (art. 76 bis, CP) en el dictamen fiscal, yerro receptado por el tribunal *a quo* al limitar su control.

En cuanto a las pautas de conducta y el término de duración de la suspensión aquí otorgada, las mismas deberán ser fijadas por el tribunal de la instancia anterior.

Entonces, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, casar la sentencia recurrida, conceder la suspensión de juicio a prueba solicitada y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto, en el que deberá establecer las condiciones bajo las cuales se deberá cumplir la *probation* otorgada (arts. 456 inc. 1º, 470, 530 y 531 del CPPN).

7. El resultado obtenido como consecuencia del ejercicio de la vía recursiva implica resolver sin imposición de costas, conforme lo establecido en los arts. 530 y 532, CPPN.

El juez Luis M. García dijo:

1.- A pesar de que el recurso no se dirige contra una de las decisiones enumeradas en el art. 457 CPPN, debe considerarse a la recurrida, por sus efectos, comprendida en esa enumeración, en cuanto la denegación sella definitivamente la suerte de la pretensión y puede ser objeto de revisión inmediata en los términos en que lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de Fallos: 320:2451 (“Padula, Osvaldo Rafael y otros”).

El recurso satisface sólo parcialmente las exigencias de interposición (art. 463 CPPN) y de admisibilidad (art. 444 CPPN).

Tomo nota que parte de los motivos de casación invocados remiten al mismo tiempo al alcance que cabe dar al art. 76 *bis* CP, en cuanto condiciona la suspensión del proceso al “consentimiento” del Ministerio Público, y al examen de la alegada omisión del deber de fundamentación de las decisiones judiciales, que caen bajo los supuestos del art. 456, incs. 1 y 2, CPPN, respectivamente.

Además de esas cuestiones, la defensa sostiene en el escrito de interposición que el art. 76 *bis* CP, en cuanto condiciona la decisión de los jueces sobre la suspensión a que el Ministerio Público preste su consentimiento es inconciliable con la distribución de competencias constitucionales para el dictado de las leyes procesales. Dos defectos obstan al examen de este motivo del recurso. Si lo que se pretende es que una disposición del Código Penal es inconciliable con una cláusula constitucional, es requisito que esa cuestión hubiese sido sometida previamente a los jueces de la causa, pues más allá del *nomen iuris* que el recurrente asigne a su recurso, se trata de un motivo propio del recurso de inconstitucionalidad regido por el art.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

474 CPPN, que “sólo podrá ser interpuesto contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 457 *si se hubiese cuestionado la constitucionalidad* de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución, y *la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente*”. De esta disposición surge con claridad que es requisito que la cuestión de constitucionalidad hubiese sido propuesta ante los jueces, antes del dictado de la decisión que se recurre, para posibilitar que éstos se pronuncien sobre el punto, y que éstos se hubiesen pronunciado de modo contrario a las pretensiones de quien la propuso. Tal no es el caso, tan pronto se constata que ninguna cuestión de esa naturaleza se propuso en la audiencia, documentada en el acta de fs. 145/146.

En segundo orden, el motivo aparece defectuosamente presentado, porque no se satisface siquiera mínimamente la fundamentación exigida por el art. 463 CPPN, aplicable a esta materia según el art. 475 del código. Pues el recurrente afirma -con una nuda cita de doctrina- pero no demuestra, por qué la materia del ejercicio de las acciones, y las condiciones de su ejercicio, no podría ser regulada en el Código Penal dictado por el Congreso de la Nación. Y más aún, omite demostrar, sin caer en contradicción, por qué razón el código penal podría regular de modo general la cuestión de la suspensión del ejercicio de la acción penal pública, pero no las condiciones de la suspensión.

Con esta restricción, abordaré los restantes motivos de casación.

2.- En cuanto al fondo, he de disentir con la solución que viene propuesta por la mayoría de esta Sala, por las razones que a continuación expongo.

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 no hizo lugar a la solicitud de suspensión del juicio a prueba pedida por la defensa de
sobre la base de la negativa del representante

del Ministerio Público a prestar consentimiento, expuesta en la audiencia prevista por el art. 293 CPPN, señalando que la posición de la fiscalía estaba sujeta al control de legalidad básico, lo que no implicaba coincidencia argumentativa o decisoria entre la jurisdicción y aquélla, declarando que la inspección tiende a constatar que se ha actuado dentro del margen de atribuciones legales de las partes. Sostuvo el *a quo* que la imposición de la suspensión por parte de la jurisdicción contrariando la oposición fundada del fiscal no encuentra sostén dentro de la lógica del art. 76 *bis* CP, y en defecto de fundamentación que tampoco podría entenderse en el sentido de que ha mediado consentimiento. Después de exponer sumariamente las razones expresadas por el Fiscal General en la audiencia realizada a ese fin, el *a quo* concluyó que eran fundadas y razonables en punto a la naturaleza y gravedad del hecho, la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la damnificada y la opinión de aquélla, y declaró que su opinión era “vinculante” y que, por ende, correspondía rechazar el pedido de suspensión del proceso a prueba.

En el escrito de interposición del recurso la Defensa Pública asigna otro alcance al art. 76 *bis* CP. Afirma que los órganos jurisdiccionales pueden imponer limitaciones a la persecución penal, tal como sucede con las sentencias de sobreseimiento y absolución. Sostiene que el requisito es de dudosa constitucionalidad, porque cada provincia organiza su justicia y distribuye competencias, no pudiendo la ley federal entrometerse en ello, y se queja de que aquella disposición otorga funciones judiciales al Ministerio Público, porque condiciona la decisión del juez o tribunal. Y pretende que aun mediando oposición por parte del Ministerio Público, el Tribunal se encontraba habilitado para hacer lugar al pedido si consideraba que la imputada cumplía con las condiciones comunes y propias de admisibilidad requeridas por la ley.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

Argumenta en esa línea que el establecimiento de Ministerio Público como titular de la acción penal tiene su origen en el principio acusatorio, y que éste fue concebido como una garantía para el imputado al separar las funciones de acusar y juzgar, lo que constituye una salvaguarda para el imputado, y no una prerrogativa del órgano de persecución estatal para llevar cualquier caso a juicio.

En orden subsidiario la defensa sostuvo que, si se considerase que el “dictamen” fiscal tiene carácter vinculante, resulta ineludible que se encuentre debidamente fundado, ya que de lo contrario se consolida el ejercicio arbitrario de una función. Y argumenta que el Tribunal Oral ha incurrido en inobservancia de las normas que el código establece bajo sanción de nulidad, en particular del art. 123 CPPN, porque se ciñó a sostener que la oposición de la fiscalía era fundada y razonada, “sin ningún tipo de valoración o análisis de esas presuntas razones”. Se quejó, además, de que el Fiscal General introdujo impresiones personales que había extraído previamente con la víctima, que no guardan relación con el objeto del debate enmarcado en la audiencia del art. 293 CPPN, y por ello irrelevantes para evaluar la procedencia de la suspensión. Argumentó que el art. 76 *bis* CP sólo habilita a la víctima a ser oída sobre la reparación, que puede aceptarla o no, que su postura no es “vinculante” para decidir sobre la concesión de la suspensión. Seguidamente abordó las razones expuestas por la fiscalía al expresar que no prestaba consentimiento a la suspensión, y las discutió.

En la audiencia celebrada ante esta Sala a tenor del art. 465 *bis* CPPN sólo compareció la Defensa Pública. Mantuvo en lo sustancial los motivos de agravio, ampliando sus fundamentos, del modo en que ha quedado documentado en el registro de la audiencia, y en particular se refirió a que se ha dado a la posición de la presunta víctima un valor que la ley no le asigna, señalando que el juicio de oportunidad le corresponde al fiscal, y no a la víctima.

Pidió, en definitiva que se deje sin efecto lo decidido, y que se conceda la suspensión del proceso a prueba en esta instancia, sin reenvío.

3.- Que para examinar la cuestión traída a revisión de este Tribunal entiendo necesario, como punto de partida, reproducir el 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 [...]*”.

La defensa presenta dos interpretaciones subsidiarias entre sí. Pretende que condicionar la decisión de suspensión al consentimiento del Ministerio Público por la vía del Código Penal es inconciliable con la distribución de competencias constitucionales para el dictado de las leyes procesales, y también que asigna al Ministerio Público funciones judiciales que condicionan la decisión del juez o tribunal. Y en pretende que el fiscal, al negar el consentimiento tiene el deber de fundar su negativa.

No abordaré el primer punto de ataque constitucional en vista del defecto señalado en el número 1. En lo demás, ninguna de esas interpretaciones se desprende del sistema constitucional y legal.

A) La objeción constitucional la he abordado antes de ahora, en ocasión de desempeñarme como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, al emitir mi voto en la causa “Lanza, Fernando Javier y otro s/recurso de casación” (Cám. Fed. Casación Penal, Sala II, causa n° 10.388, reg. n° 14.105, rta. 19 de marzo de 2009), que en lo sustancial aquí reproduzco. Destaqué allí que la fiscalía con sus requerimientos habilita la jurisdicción, porque en el diseño del Código Procesal Penal de la Nación los jueces no tienen una jurisdicción general, sino sólo para los casos en los que ha sido habilitada por los requerimientos acusatorios (arts. 180, 347, 381, 393 y 415 CPPN). Cuando el Ministerio Público no da su



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

consentimiento a la suspensión, no priva de ninguna jurisdicción a los jueces, al contrario, expresa su interés en que la ejerzan hasta llegar a una decisión de mérito sobre la imputación.

En efecto, tratándose de delitos de acción pública, los jueces penales sólo pueden ejercer su jurisdicción con habilitación de los requerimientos del Ministerio Público. Esto surge directamente de una interpretación del art. 116 CN en cuanto asigna a los jueces del Poder Judicial de la Nación el conocimiento y decisión de casos conforme a la Constitución y a las leyes que en su consecuencia se dicten. Ni la Constitución, ni ninguna ley le asigna a los jueces poderes autónomos para decidir la promoción de una acción penal, ni autoridad para suspender, interrumpir o declinar según su propio criterio el ejercicio de la acción, porque no corresponde a los jueces ni su promoción ni su ejercicio. Una vez habilitada su jurisdicción por quien tiene facultades requirentes, los jueces sólo tienen jurisdicción para examinar si se presenta el supuesto de hecho de una disposición legal que obsta de modo provisorio o definitivo al ejercicio de la acción penal (obstáculo o falta de un presupuesto procesales).

La ley de que en el caso se trata es el párrafo cuarto del art. 76 *bis*, CP, según el cual el juez o tribunal puede suspender la realización del juicio si se dan ciertos requisitos “y hubiese consentimiento del fiscal”. El consentimiento del fiscal es una declaración que implica la voluntad oficial del Ministerio Público de suspender el ejercicio de la acción.

La impugnación de inconstitucionalidad que trae la defensa se apoya en la idea de que reconocer efecto frustrante de la suspensión a la falta de consentimiento del fiscal equivaldría a asignarle poderes jurisdiccionales. La alegación pasa por alto que no se le da al fiscal ningún poder de declarar la existencia de los presupuestos de la pretensión punitiva. En efecto, al negar su consentimiento 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) en las condiciones que regula la ley (art. 5 CPPN). Cuando expresa su oposición a dar consentimiento para la suspensión no ejerce jurisdicción alguna, sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo actualmente una acción ya promovida. Pretende, en definitiva mantener habilitada la jurisdicción del tribunal para la realización de un juicio, y para que se pronuncie sobre la sustancia de sus pretensiones. 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.

La defensa propone un argumento que se refiere a otras facultades de los jueces, que no son análogas. El caso del auto de sobreseimiento, o la sentencia absolutoria, no es un supuesto en el que se decide sobre el ejercicio de la acción penal, sino sobre la pretensión sustantiva de quien ejerce la acción penal. En otros términos, quien la ejerce presenta al tribunal una pretensión sustantiva, para que decida sobre ella, y el juez o tribunal decide sobre esa sustancia.

Tampoco hay analogía entre la cuestión que aquí se plantea y la jurisdicción para decidir excepciones perentorias o dilatorias, que la defensa menta con cita de los arts. 339 y 343 CPPN. En estos casos, frente al ejercicio de la acción penal por el acusador, el juez o tribunal conservan plena jurisdicción para examinar si la acción subsiste o se ha extinguido, o si están presentes todos los presupuestos procesales que habilitan a continuar con su ejercicio. La excepción procede cuando se presenta un presupuesto establecido en la ley, que clausura o impide el ejercicio de la acción, y los jueces



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

tienen plena jurisdicción para inhibir la persecución por cuestiones legales. En cambio, en el caso de la suspensión del proceso a prueba, como se verá, se parte de que están dados todos los presupuestos procesales que habilitan la persecución, o la continuación de la persecución, y de la constatación que no concurren obstáculos procesales. Esos presupuestos no dependen de que el imputado pida que no se realice el juicio, porque su pedido no es un presupuesto de habilitación de la persecución penal. Porque la persecución penal ha sido habilitada antes, por otras razones, mientras que, al contrario, la suspensión de una acción que está en ejercicio, en el marco del art. 76 *bis* CP depende, como se verá, de un presupuesto procesal: el consentimiento de la fiscalía para la suspensión. El fiscal que no consiente la suspensión no decide sobre la sustancia de la acción penal ejercida, ni sobre la existencia de los presupuestos procesales que habilitan su ejercicio, ni sobre la inexistencia de obstáculos procesales a la continuación en su ejercicio, simplemente se niega a suspender el ejercicio de una acción en el marco que la ley le asigna (art. 5 CPPN), y pide al juez o tribunal que decida sobre la sustancia de ella.

B) Para ofrecer respuesta a la tesis subsidiaria según la cual, si ha de asignarse carácter “vinculante” al “dictamen” de la fiscalía éste debe estar sujeto a un control de razonabilidad por el Tribunal, es necesario examinar el texto del art. 76 *bis* CP, en su contexto normativo.

En primer lugar, partiré de una interpretación desde el lenguaje corriente para tratar de presentar cuáles son las acepciones posibles del término “consentimiento”. Después, en un examen contextual, examinaré si es requisito legal, además, que la negativa del fiscal a dar ese consentimiento tenga respaldo en una expresión de los fundamentos de esa negativa.

Desde un punto de vista semántico “consentimiento” es “la conformidad que sobre la realización o contenido de un acto

expresan las partes”; a su vez conformidad significa “asenso, aprobación”. En la misma dirección aprobación es “acción y efecto de aprobar”; y aprobar es “asentir a una doctrina o a una opinión”. Por último asentir significa “admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes” (para todas las definiciones confr. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 22^a. Edic., Edic. Espasa-Calpe S.A., Buenos Aires, 2001, Volumen I, ps. 629, 622, 188 y 226, respectivamente).

Desde un punto de vista lógico si la ley exige consentimiento debe darse una interpretación tal a ese término que no lo vacíe de contenido y eficacia alguna. Observo que la defensa lo trastoca, de tal modo que, en definitiva, el término mismo carece de sentido alguno, porque lo que ella propone no es “consentimiento” sino otra cosa que prescinde del consentimiento. Su interpretación del art. 76 *bis* CP priva de sentido a la palabra consentimiento. En efecto, el art. 76 *bis*, del CP claramente exige dos condiciones para que el tribunal pueda suspender la realización del juicio: 1) que sea un caso que la ley permita por sus circunstancias dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y 2) que el imputado ofrezca reparar el daño alegadamente causado en la medida de sus posibilidades, y 3) en su caso que haya consentimiento fiscal.

Esta disposición no se refiere a la existencia de un “dictamen” u “oposición” fundados, sino que establece una condición como presupuesto, el “consentimiento”, para cuya interpretación son necesarias las referencias semánticas del término, expuestas arriba. En ese sentido, no es lo mismo sostener que el consentimiento es condición o presupuesto procesal de la suspensión, que sostener que la ley no establece presupuesto procesal alguno para la suspensión y que esta procede en general salvo que se dé una condición negativa: la oposición del fiscal.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

Mientras que para consentir no es necesario dar razón del consentimiento, para oponerse a un acto que no está condicionado ni sujeto a presupuesto procesal alguno podría resultar en principio exigible dar razón de la oposición.

Si la ley se ha referido al consentimiento, y no a la oposición, alguna razón ha de haber. Entiendo que esta razón 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 CP y 5 CPPN), 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, es instrumental al carácter subsidiario -principio de *última 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 prescindir de ésta cuando están a disposición, según su juicio, mejores alternativas para la solución del conflicto que las que ofrece la realización del juicio y la obtención de una condena.

En ese marco, en los delitos con una víctima identificada, no es legítimo el recurso al principio de oportunidad cuando ello implica la desprotección total de la alegada víctima; pero, de otro lado, ello no implica que el principio de oportunidad no pueda serle opuesto también a la víctima, ya que ella tiene siempre derecho a una respuesta judicial más no siempre tiene derecho a obtener una condena penal (Binder, *op. cit.*, p. 217).

El art. 76 *bis* CP refleja estas ideas. Por un lado, da cabida a las alegadas víctimas, que tienen derecho a ser oídas sobre

sus pretensiones de reparación. Si bien la satisfacción de sus pretensiones no es una condición necesaria para otorgar la suspensión del proceso, y eventualmente para tener por extinguida la acción, porque se le habilita el ejercicio de la acción civil sin sujetarlas a resultado de la persecución penal, la introducción de esta cuestión civil en la audiencia de suspensión tiene un sentido. Ese sentido reposa en la existencia de posibilidades de resolución de un conflicto penal pendiente, por vías de reparación, que permitan prescindir de la persecución penal. En este sentido, un acuerdo entre el imputado y la alegada víctima sobre formas de reparación, o incluso, un ofrecimiento razonable del imputado frente a pretensiones de la víctima eventualmente mayores, aunque no constituya una reparación integral, constituyen la base tenida en cuenta por el legislador para prescindir de la solución del conflicto por vía de la persecución penal. Así, es lícito que el fiscal tenga en cuenta las pretensiones de la víctima, y la reparación ofrecida por el imputado, y evalúe si es necesario continuar con la persecución valorando este ofrecimiento y la pretensión de la víctima.

El fiscal, por cierto, puede dar su consentimiento aunque la víctima considere insuficiente la reparación ofrecida, cuando entiende que el imputado se ha esforzado en dar un ofrecimiento razonable dentro de sus posibilidades, o puede negar su consentimiento en caso contrario.

También puede prestar su consentimiento, aunque la víctima le exprese su deseo de que la persecución siga adelante, por otras razones, o considerando la situación y deseos de la víctima puede denegar ese consentimiento. No se trata de que el consentimiento de la víctima sea una condición para la suspensión, porque ese requisito no está en la ley. De lo que se trata es que es legítimo que el Ministerio Público tome en cuenta la posición y deseos de la víctima, para formar su decisión de consentir o rechazar



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

el consentimiento, y en esas apreciaciones ningún Tribunal puede sustituirlo, porque es a él quien corresponde sopesar si la suspensión es una alternativa satisfactoria a la continuación de la persecución penal.

Aquí pesan criterios complejos de política de persecución, en los que la protección de los intereses de la víctima también es objeto de consideración. Corresponde a la fiscalía examinar, por ejemplo, si reenviar a la víctima a los jueces civiles, para ejercer pretensiones de reparación de los daños producidos por un determinado delito, ofrece posibilidades realistas de solución del conflicto, o si este reenvío es meramente una forma simbólica que encubre una decisión del Estado de desentenderse de su suerte.

Desde los puntos de vista que aquí expongo, la cuestión no es preguntarse si la oposición del Ministerio Público es “vinculante” para los jueces, antes bien, de lo que se trata es de examinar si está satisfecho un presupuesto procesal indispensable para la suspensión: el consentimiento de la fiscalía.

En su línea de argumentación subsidiaria defensa asigna un sentido distinto al término “consentimiento” y pretende que sólo la oposición fundada a la pretensión de suspensión expresada en un “dictamen” resultaría “vinculante” para el juez o tribunal, como obstáculo a la concesión.

Esta interpretación de la defensa trastoca “consentimiento” por “dictamen”, y en definitiva, termina por asignarle un alcance que permite al tribunal prescindir de la falta de consentimiento, y de ese modo, lleva a sostener algo que la ley no dice, porque reduce la intervención de la fiscalía a la mera intervención en la audiencia.

Sin embargo, la ley no se contenta con la “citación” o “traslado” al fiscal, sino que exige su consentimiento. Tan pronto se relea la disposición legal que expresa que “*si las circunstancias del*

caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender al realización del juicio”, no puede entenderse que baste con una vista o traslado, el consentimiento es una condición. En efecto, la conjunción “y” implica que no se trata de un mero supuesto de intervención de la fiscalía para dar su dictamen sino de un requisito adicional indispensable.

Una opinión extendida sostiene que, también en el caso del art. 76 bis CP, la fiscalía estaría obligada a dar fundamentos de su negativa a dar consentimiento por imperio del art. 69 CPPN.

El artículo 69 CPPN dispone que: “[...] *Los representantes del ministerio fiscal formularán motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones; nunca podrán remitirse a las decisiones del juez; procederán oralmente en los debates y por escrito en los demás casos*”.

Sin perjuicio de señalar los problemas que plantea una interpretación que hace depender la procedencia de la suspensión regulada en el Código Penal para todo el país, de una regla procesal sólo aplicable en los procedimientos que tramitan ante los jueces nacionales, en cualquier caso entiendo que no cabe equiparar las nociones “consentimiento” y “requerimientos” de los funcionarios del Ministerio Público.

La cuestión es identificar a qué actos de los representantes del Ministerio Público Fiscal se refiere el citado artículo, en particular si abarca sólo los requerimientos o dictámenes, o si por el contrario, podrían considerarse incluidos los actos en los que se requiere el consentimiento de aquéllos. En este sentido, no cabe duda que cuando el Código Procesal Penal de la Nación se refiere al “requerimiento” alude al citado en los artículos 180, 188, 195, 209, 213, 347, 381 y 458 CPPN. Se trata de claras pretensiones requirentes de promoción de la acción o de ejercicio de pretensiones



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

persecutorias. En el caso del art. 76 *bis* CP, la persecución ya ha sido promovida, y está pendiente; la fiscalía no está obligada a expresar pretensiones adicionales ni a justificar por qué no ha de suspender el ejercicio de la acción.

No paso por alto la posible objeción de que esta interpretación deja un amplio campo de discreción al Ministerio Público. 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 CN de los cuales se deriva la separación entre las facultades requirentes o persecutorias y las facultades de decidir sobre el objeto de tales pretensiones requirentes o persecutorias. Por lo demás, mientras exista una vía de impugnación de la decisión judicial que rechaza la suspensión del proceso por faltar el consentimiento de la fiscalía, el representante del Ministerio Público que intervenga en la instancia de impugnación puede revisar e incluso revocar la decisión de la anterior, dando su consentimiento.

Como lo he señalado también antes de ahora, en un caso análogo (confr. mi voto concurrente como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, en la causa n° 10957, “Miguez, Agustín A. s/rec. de casación”, reg. n° 14.699, rta. el 19 de junio de 2009), las pretensiones de la defensa conducen a desconocer la razón de oportunidad que está en la base la suspensión del proceso a prueba, y a prescindir del juicio de la fiscalía sobre la necesidad de realización del debate, sustituyéndolo por el mejor juicio de los jueces del tribunal oral, que no están autorizados a ejercer opciones acerca de la mayor o menor necesidad de su realización o de recurrir a vías alternativas a éste. Los jueces de la Nación sólo tienen autoridad para “decidir” casos que les son llevados ante ellos (art. 116 CN), y no para seleccionar cuáles son los casos que es necesario llevar a juicio ante ellos. Una interpretación distinta sería incompatible con el diseño

constitucional de división de poderes (art. 1 CN) que informa las competencias del Poder Judicial de la Nación (art. 116 CN).

En fin, sin abrir juicio sobre la calidad de las razones expuestas por el Ministerio Público, y documentadas en el acta de fs. 145/146 observo que ese consentimiento no ha sido dado en el caso por el Fiscal General que actuaba ante el tribunal oral, y con ello basta, a mi juicio, para el rechazo del recurso de casación.

Sentado ello, resulta inoficioso abordar el otro motivo subsidiario de casación propuesto por la defensa, que se queja de que el *a quo* no habría emprendido un examen de la fundamentación y razonabilidad de la negativa de la fiscalía a prestar su consentimiento a la suspensión.

En tales condiciones, habida cuenta de que el *a quo* ha rechazado el pedido de suspensión del proceso a prueba en razón de la oposición fiscal, y que según lo he expresado, la ausencia de su consentimiento resulta óbice para la concesión por parte de los tribunales, he de disentir con la solución que viene propuesta pues entiendo debió rechazarse el recurso y se confirmarse la resolución recurrida, con costas (arts. 471, 530 y 531 CPPN).

Tal es mi voto.

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

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 152/162, **CASAR** la sentencia dictada a fs. 148/149 y **CONCEDER** la suspensión del juicio a prueba solicitada por a fs. 140/141. Sin costas (arts. 456, inc. 1º, 470; 530, 532 y ccdtes.; CPPN).

II. REMITIR las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto, en el que deberá establecer las condiciones bajo las cuales



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 41974/2014/TO1/CNC1

deberá cumplir la suspensión del juicio a prueba otorgada (arts. 76 *bis* y ccdtes., CP; 456 inc. 1º, 470, 530, 531 y ccdtes, del CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Eugenio C. Sarrabayrouse

Horacio L. Días

Luis M. García

Ante mí: Paula Gorsd