

~~Dr. GABRIELA GARCIA~~
~~SECRETARIA DE CAMARA~~

REGISTRO Nro.: 10.589

///la ciudad de Buenos Aires, a los 1 días del mes de abril del año 2009, se reúne la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los doctores Luis M. García y Guillermo J. Yacobucci como Vocales, asistidos por la Secretaria de esta Cámara, doctora Gabriela García, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 3/10 contra la resolución que obra a fs. 1/2 y vta. de este incidente, en la **causa n° 10.589** del Registro de esta Sala caratulada: **"Trono, Blanca María Marcelina s/ recurso de casación"**. Representa al Ministerio Público, el señor Fiscal General, doctor Ricardo Gustavo Wechsler, a la querellante Mirta Susana Salinas, el doctor Gerardo F. Terrel y a la defensa de la imputada Trono, el defensor particular Miguel Ángel Aguilera.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto resultó el siguiente orden sucesivo: W. Gustavo Mitchell, Luis García y Guillermo J. Yacobucci.

El señor juez **W. Gustavo Mitchell** dijo:

I

Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 27 de la Capital Federal, con fecha 3 de diciembre de 2008 en lo que aquí interesa, resolvió: I) Mantener, el criterio amplio en la interpretación de la norma del artículo 76 bis y siguientes del Código Penal, en el sentido que el párrafo 4° de esa norma comprende un grupo de delitos que, previendo la ley penal un máximo de pena superior a los tres años de privación de la libertad, permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso y II) No hacer lugar al ofrecimiento de la imputada de suspender el proceso a prueba, la realización del juicio y la prescripción de la acción penal respecto de Blanca Marcelina Trono, en la presente causa n° 2492 que se le sigue por el delito que fue requerida la elevación a juicio a fojas 979/993. (cfr. fs. 2 y vta.).

II

Que contra dicha resolución, el defensor particular de la imputada Blanca María Marcelina Trono, doctor Miguel Ángel Aguilera, dedujo recurso de casación (cfr. fs. 3/10), el que fue concedido a fs. 12/13.

III

El recurrente solicitó el remedio casatorio de conformidad con los incisos 1° y 2° del artículo 456 del C.P.P.N.. Entendió que el *a quo* realizó una errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que su asistida no reviste la calidad de funcionario público en los términos del art. 77 cuarto párrafo del C.P.. Y agregó que existe inobservancia de disposiciones formales esenciales, respecto de la tipicidad, lo que trae aparejada la arbitrariedad de la resolución, por falta de logicidad e interpretación, de las probanzas colectadas, lo que descalifica el pronunciamiento jurisdiccional, por carecer de legalidad.

Resaltó el defensor que se dan en el caso la concurrencia de los distintos requisitos que habilitarían la suspensión del juicio, sin embargo se erigió como obstáculo para su otorgamiento, la oposición fiscal. Por ello, realizó un análisis de la redacción del cuarto párrafo del art. 76 bis del C.P. y adhirió a la postura que entiende "*...que si bien es condición de la ley, para la concesión de la suspensión del proceso a prueba, la existencia de dictamen fiscal, el órgano jurisdiccional no se encuentra constreñido a resolver en el mismo sentido*" (cfr. fs. 9 vta.).

Afirmó el impugnante que "*La resolución cuestionada, afecta gravemente las garantías de defensa en juicio y el debido proceso legal, todo lo cual torna procedente el recurso de casación intentado*" (cfr. fs. 10).

Por todo ello solicitó se conceda y se haga lugar al recurso. Asimismo hizo expresa reserva del caso federal.

IV

Llegadas las actuaciones a esta instancia, considero que el recurso

de casación interpuesto por el defensor es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundadamente los incisos 1° y 2° del art. 456 del C.P.P.N.; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del C.P.P.N..

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "Si bien las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a un proceso criminal no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicha regla en los casos en los cuales su aplicación podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior" (Fallos 320: 2451).

V

Entrado al tratamiento de la cuestión planteada por la defensa adelanto mi voto haciendo lugar al recurso interpuesto a fs. 3/10 contra la resolución de fs. 1/2 y vta. por los motivos que paso a exponer.

Conforme surge de la resolución cuestionada, el *a quo* sostuvo que: "*En atención a lo expuesto por el Fiscal General, y siendo vinculante su posición, el Tribunal resolvió no hacer lugar a la suspensión de juicio a prueba solicitada por la procesada*" (cfr. fs. 2). Por su parte, el argumento utilizado por el Ministerio Público Fiscal para no dar su consentimiento a la aplicación de dicho beneficio, fue que la imputada era una funcionaria pública en ejercicio de sus funciones.

Ahora bien el séptimo párrafo del artículo 76 bis del C.P., establece que: "*No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito*".

Así las cosas, corresponde analizar si en el supuesto antes citado el legislador quiso incluir a los escribanos públicos, a fin de establecer si corresponde aplicarle este impedimento a Blanca María Marcelina Trono.

En este aspecto, corresponde considerar lo dicho en el debate

parlamentario de la ley 24.316: *“Creo que es importante, para terminar, dejar en claro cuándo no procede su aplicación, dado que ésta es una cuestión que ya venía en el proyecto del Poder Ejecutivo y que fue mejorada en la Cámara de Diputados. Es así que la probation no procederá cuando el partícipe es un funcionario público, dado que en este caso existiría una vinculación con delitos contra la administración pública y se pondría en juego toda la transparencia que la comunidad exige de aquellos que de alguna manera tienen injerencia en la administración de los recursos comunes”* (Diario de sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 2° reunión, 1° sesión ordinaria, 4/05/94, pág. 384).

Sumado a ello, cabe recordar lo dicho por Creus y Buompadre: *“... los escribanos públicos cumplen una función del Estado (precisamente la que atañe al otorgamiento de la fe pública), participando de ella; ¿cabe, por tanto, incluirlos en el art.298? La respuesta que podemos extraer de la interpretación sistemática de la norma - especialmente en cuanto remitida al párr. 4° del art. 77 - parece que debe ser negativa: se requeriría en el partícipe de la función pública una relación administrativa que, en el desempeño funcional, lo haga encuadrarse dentro de la estructura jerárquica de los poderes del Estado; así surge especialmente del art. 77 por su referencia a las hipótesis de nombramiento o elección popular con que comienza dicha relación; eso no se da en el escribano público que, si bien participa de una función estatal, lo hace como profesional que administrativamente el Estado se limita a habilitar (no a nombrar) y a controlar, pero que no está incorporado a la estructura de la Administración”* (cfr. Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, *“Falsificación de documentos en general”*, 4° edición, Astrea, C.A.B.A. , año 2004, pág. 236).

De lo antes expuesto se desprende que no corresponde aplicar a Blanca María Marcelina Trono la limitación analizada para acceder al beneficio de la suspensión de juicio a prueba, ya que en el caso bajo estudio no se le imputan a la nombrada delitos contra la administración pública, sino los delitos de falsificación de documento público reiterado y estafa cometida en forma reiterada, por lo que se ve preservado el interés que tuvo el legislador al concebir la norma. Asimismo cabe agregar que el proceder que se le imputa a Trono en

~~PROF.~~ GABRIELA GARCÍA
SECRETARÍA DE CÁMARA

la causa bajo estudio, se relaciona con su obrar como profesional particular.

A mayor abundamiento tengo en cuenta lo expuesto por Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en relación a la calidad del escribano público: "*La acción del encausado de arrebatar a la escribana folios de actuación notarial y romperlos, cuando ella se hallaba ausente en el ejercicio de su profesión, es configurativa de daño, pero no es impedimento a un funcionario público de cumplir un acto propio de sus funciones, por cuanto un escribano de registro es depositario de la fe pública, pero no es funcionario público en el sentido del art. 241 inc. 2º C.P., pues no se trata de alguien que ejerza autoridad y se haya procurado impedir o estorbar el ejercicio de esa autoridad, sino que se perturbó la labor de una profesional particular que estaba desarrollando tareas de su condición, mediante las cuales puede labrar documentos de fehaciencia pública, pero sin que ello implique que despliegue imperium de modo alguno*" (C.C.C., Sala III, Cano, C., causa n° 19.625, rta. 12/11/85).

Corresponde ahora dar tratamiento al restante planteo formulado por la defensa relacionado con el vicio *in procedendo*.

Del análisis de la resolución cuestionada se observa que el argumento del fiscal es solo aparente, por cuanto está incluyendo un requisito que la ley no contiene, conforme lo dicho en el punto precedente. Ello así porque toda vez que aún cuando los escribanos revisten la calidad de funcionario público, sus funciones no afectan la incolumidad del servicio público ni su transparencia por lo que no rigen a su respecto las previsiones del art. 76 bis séptimo párrafo conforme quedo explicitado *supra*.

En este aspecto tengo dicho, que el consentimiento del representante de la vindicta pública es una condición necesaria e ineludible para suspender el juicio en los términos del art. 76 bis del Código Penal. El carácter vinculante de la oposición fiscal deriva de que a esa parte le incumbe la promoción y el ejercicio de la acción pública por mandato del art. 120 de la Constitución Nacional.

No obstante ello, la negativa del Ministerio Público Fiscal sólo puede ser dejada de lado, por cuestiones de logicidad y fundamentación es decir, cuando su oposición no está fundada de conformidad con la legislación aplicable sino en consideraciones referidas a circunstancias fácticas que, más allá de su personal punto de vista, no cumplen sustancialmente uno de los requisitos formales para no acordar la suspensión del juicio a prueba (cfr. "Tolchinsky, Darío Javier s/ recurso de casación", causa n° 6505, rta. el 9/06/2006, reg. n° 3715 de esta Sala), como sucede en las presentes actuaciones.

Pues, como se ha sostenido in re: "Kosuta, Teresa Ramona s/ recurso de casación", Fallo Plenario n°5 de esta Cámara, del 17/8/1999 "...rige también aquí la carga para los fiscales de motivar las conclusiones de sus dictámenes sobre el particular (artículo 69 del Código Procesal Penal de la Nación); y que, sin duda alguna la forma en que se expiden está sujeta al control de su legalidad y fundamentación".

En este sentido cabe recordar que las resoluciones judiciales están sujetas al control de logicidad, de conformidad con los arts. 123 y 404 del C.P.P.N., a fin de preservar el estado de derecho y el respeto a las garantías contenidas en la Constitución Nacional. De la misma manera el art. 69 del C.P.P.N. prevé esta exigencia para las actuaciones del Ministerio Público Fiscal, a fin de preservar el principio de razonabilidad de las respuestas del sistema judicial en su conjunto.

En virtud de los argumentos expuestos, propicio hacer lugar al recurso de casación deducido por el defensor a fs. 3/10 y, en consecuencia, anular la resolución de fs. 1/2 y vta., devolviendo las presentes actuaciones al Tribunal que las elevó a fin de que proceda con arreglo a lo aquí dispuesto, sin costas (arts. 471, 530 y 531 del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

~~Dra. GABRIELA GARCIA~~
SECRETARIA DE SALA

Concuero con el primer voto en que el recurso interpuesto formalmente admisible, pues satisface las exigencias de interposición (art. 4 C.P.P.N.) y de admisibilidad (art. 444 C.P.P.N.); así, a pesar de que no se trata de un recurso contra una de las decisiones enumeradas en el art. 457 C.P.P.N. debe considerarse, por sus efectos, comprendida en esa enumeración, en cuanto a la denegación, en las circunstancias del caso, sella definitivamente la suerte de la pretensión y puede ser objeto de revisión inmediata en los términos en que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de Fallo 320:2451 ("Padula, Osvaldo Rafael y otros).

Los motivos de casación invocados remiten al alcance que cabe al art. 76 bis C.P., en cuanto condiciona la suspensión del proceso al "consentimiento" del Ministerio Público. En segundo término, pretende el recurrente que se determine si los escribanos públicos con matrícula son funcionarios públicos en el sentido del art. 77, párrafo cuarto, C.P., habiéndose en cuenta de que el art. 76 bis, penúltimo párrafo, declara que no procederá la suspensión del proceso a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito.

Se presentan pues motivos de casación comprendidos en el art. 444 inc. 1 C.P.P.N..

-III-

Desde la primera vez que como integrante de esta Sala fue llamado a fijar mi posición frente al art. 76 bis, C.P. he interpretado que tanto desde el punto de vista semántico, como contextual, y sistemático, el término "consentimiento" es la aprobación sobre la realización o contenido de un acto y que la ley no exige que el representante del Ministerio Público exprese las razones de su consentimiento o las razones por las que no lo da (confr. causa 9516 de esta Sala II, "Rolón, Luis Alberto s/ recurso de casación rta.:16/10/2008, Reg. N° 13323). Destaqué que la ley exige consentimiento y no una mera "oposición fundada" y que desde este punto de vista, la cuestión no

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.

Advertí también que si se trastoca “consentimiento” por “oposición fundada”, se conduce a una interpretación que conduce a la concesión de la suspensión cuando la fiscalía expresamente se ha negado a dar consentimiento, esto es sin consentimiento fiscal.

En fin, observo que ese consentimiento no ha sido dado en el caso ni por el representante del Ministerio Público que actuaba ante el tribunal oral, ni por un fiscal de esta Cámara, y con ello bastaría, a mi juicio para el rechazo del recurso de casación.

-III-

Que empero, a pesar de mi opinión, debo ajustarme a la doctrina sentada por esta Cámara Nacional de Casación Penal, en el Plenario n° 5, “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”, de fecha el 17 de agosto de 1999, doctrina que debo aplicar obligatoriamente por imperio del art. 10 de la ley 24.050.

En ese fallo plenario esta Cámara declaró que “[...] *La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio [...]*”.

En esta sentencia plenaria se ha declarado que los jueces deben hacer un control de logicidad y motivación de la oposición del ministerio público, pero no se ha concedido, como se pretende, una dispensa de la necesidad de consentimiento. Si el consentimiento está fundado es vinculante, pero no veo de esa doctrina que se desprenda que la falta de fundamento libere a los jueces de requerir un consentimiento “motivado”. Así, la inexistencia de logicidad y motivación no puede llevar a dispensar al órgano jurisdiccional del presupuesto asentimiento fiscal en todo caso, al contrario, lo obliga a que dé

~~DR. GABRIELA GARCIA~~
SECRETARIA DE CAMARA

nueva oportunidad al fiscal para que exprese su consentimiento o su oposición de manera fundada.

Si el fiscal ha dado fundamentación de su negativa a dar e consentimiento, la discrepancia del juez o tribunal con los argumentos presentados no es razón suficiente para resolver contra la posición de la fiscalía porque incluso una hipotética errónea fundamentación no acarrea nulidad y en ese caso el tribunal estará atado a la falta de conformidad fiscal.

Asimismo, si el tribunal estuviere autorizado a disentir de los motivos expuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y concediéndose una suspensión a pesar aquél por encontrar otras razones mejores, se vaciaría de contenido a la palabra "consentimiento".

De allí que, entiendo, debe seguirse una interpretación restrictiva de la doctrina plenaria que estoy considerando.

-IV-

Sentado así el alcance del art. 76 bis C.P., corresponde ahora examinar si en el caso de autos la fiscalía ha formulado una posición que satisfaga el estándar sentado en el fallo Plenario n° 5, *in re* "Kosuta, Teresa R s/recurso de casación".

Según consta en el acta que documenta la audiencia celebrada a tenor del art. 293 C.P.P.N., la imputada había ofrecido la suma de cien pesos (\$100). La querrela concurrió a la audiencia y expresó no estar satisfecha con el ofrecimiento, alegó que "[n]o existe razonabilidad en el ofrecimiento de la procesada ya que es escaso teniendo en cuenta el perjuicio ocasionado [...]" (fs. 1 vta.).

También surge de ese acta que el fiscal que intervino en ella después de oír las propuestas de la imputada y de su defensa, y las pretensiones de la querrela, al expedirse expresó que: "[no da] su consentimiento para que se haga lugar al instituto articulado por el solicitante, en virtud de no corresponder de acuerdo a lo previsto en el art. 76 bis del C.P. último párrafo

por tratarse de un funcionario público en ejercicio de sus funciones.” (fs. 2)

Al respecto, observo que efectivamente la representante de la fiscalía había dado razón de su oposición, por lo que ello excluye arbitrariedad, o propósito discriminatorio. Si bien se mira, el recurso de casación no se queja de que el fiscal no hubiese dado razones, sino de que éstas serían erradas, sobre la base de la errónea interpretación del art. 77, párrafo cuarto, C.P.

Sin embargo, observo que el *a quo* no realizó ningún control de lógica o fundamentación. Esto constituye una omisión relevante pues si no se ha emprendido ese examen, no podía sostener, a la luz de la doctrina del plenario que la oposición de la fiscalía satisfacía las exigencias de lógica y fundamentación, máxime cuando el fiscal simplemente se había expresado en contra de la suspensión por considerar que la escribana era “funcionaria pública”, sin dar explicación alguna de por qué revestía esa calidad a tenor del art. 77, párrafo cuarto, C.P. Por otra parte, el representante del Ministerio Público omitió toda consideración concreta del caso, a la luz del art. 76 bis, penúltimo párrafo, habida cuenta de que éste no excluye la procedencia de la suspensión por la sola calidad del partícipe, sino que cuando además, se le imputa la participación en un delito “en el ejercicio de sus funciones”.

En esas condiciones, opino que el *a quo* no ha satisfecho la doctrina sentada en el fallo plenario “Kosuta” antes citado, y que por ende debe anularse la decisión recurrida, y reenviarse el caso para que, sustanciada una nueva audiencia a tenor del art. 293 C.P.P.N., se emita nuevo pronunciamiento.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

I-

Coincido con el juicio de admisibilidad formal expuesto por los colegas preopinantes.

II-

Con respecto al requisito del consentimiento fiscal para proceder a

la suspensión del juicio a prueba, llevo asumida postura *in re*: "Rolón, Luis Alberto s/recurso de casación", causa 9516, reg. 13.323, rta. el 16 de octubre de 2008.

En aquella oportunidad, sostuve que el art. 76 bis, cuarto párrafo del CP indica 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*". Esta exigencia impide que la jurisdicción bloquee el progreso de la acción si no hay de parte de su titular público un pronunciamiento expreso favorable a la petición del imputado.

Ese consentimiento esta 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. Por eso tengo dicho que aún el pedido de absolución realizado por el Fiscal en el debate debe pasar esa verificación. 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.

Así debe entenderse lo dispuesto en el Plenario n° 5 de ésta Cámara de Casación, "Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación", de fecha el 17 de agosto de 1999, al que cabe remitirse obligatoriamente en lo que aquí interesa, por imperio del art. 10 de la ley 24.050, en tanto determina que "... *La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio ...*".

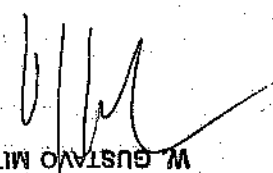
En consecuencia, la revisión de los tribunales en punto a la falta de consentimiento fiscal remite a evaluar si este ha sido motivado y no a considerar si se está de acuerdo con su pronunciamiento o fundamentación. Repárese que una decisión como la que implica la suspensión del juicio a prueba supone la limitación de la persecución penal que se encuentra en cabeza del Ministerio


Público Fiscal -“.. La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley...”, art.5 del C.P.P.N- que es en última instancia quien puede disponer de ella dentro de los términos de la legalidad -art. 71 C.P.-.


Con estas consideraciones, adhiero al punto IV del voto del Doctor Luis M. García. Tal es mi voto.

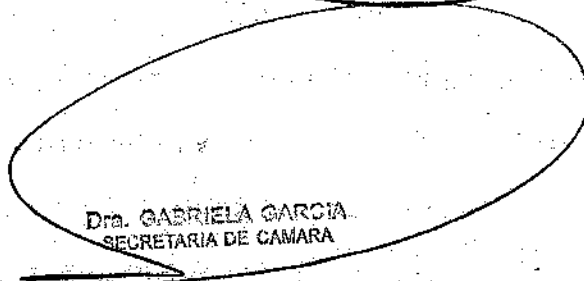
Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la resolución de fs. 1/2 y vta. y reenviar el caso para que, sustanciada una nueva audiencia a tenor del art. 293 del C.P.P.N., se emita nuevo pronunciamiento, sin costas (arts. 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al órgano de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.


W. GUSTAVO MITCHELL


LUIS M. GARCIA


Dr. GUILLERMO YACOBUCCI


Dra. GABRIELA GARCIA
SECRETARIA DE CAMARA