


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

REGISTRO. 1839 /13

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, al primer día del mes de noviembre de dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Alejandro W. Slokar, como Presidente, y los doctores Angela Ester Ledesma y Pedro R. David, como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve a los efectos de resolver en la causa nº 121/13 caratulada "Y R , C s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el doctor Ricardo Gustavo Wechsler, y con intervención del doctor Haim Mendel Gelbart, por la defensa de Christian Aquiles Yaringaño.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designada para hacerlo en primer término la juez Angela Ester Ledesma, y en segundo y tercer lugar los jueces Alejandro W. Slokar y Pedro R. David.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

-I-

Llega la causa a conocimiento de esta alzada en virtud del recurso de casación deducido por el doctor Haim Mendel Gelbart, por la defensa de C A Y , contra la decisión, de fecha 25 de octubre de 2012, del Tribunal Oral en lo Criminal nº 23 de esta ciudad, que resolvió rechazar la suspensión del juicio a prueba respecto del nombrado (fs. 83/89 vta.).

La impugnación fue concedida a fs. 100/101 vta. y mantenida ante esta instancia a fs. 106.

Los autos fueron puestos en término de oficina a fs. 108. Finalmente, celebrada el día 11 de septiembre del corriente año la audiencia prevista por el artículo 468 del CPPN, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

-II-

a. El recurrente motivó el recurso de conformidad con lo previsto en ambos incisos del artículo 456 del CPPN.

Señaló que la resolución impugnada es contradictoria, pues afirmó que a los fines de la procedencia del instituto debe evaluarse la pena en concreto, pero luego no tuvo en cuenta la escala penal del delito atribuido a su defendido.

El impugnante también cuestionó que los magistrados hayan denegado la suspensión solicitada por considerar que "la gravedad del hecho" volvía necesaria la realización del juicio a fin de determinar la pena a aplicar y su modalidad de ejecución.

Afirmó que las propias constancias de la causa dejaban ver que el suceso no fue grave ni había tenido "ribetes de violencia", contrariamente a lo aseverado por los sentenciantes.

Desde otra perspectiva, trajo a colación que la presunta damnificada no pudo ser localizada, a pesar de los reiterados intentos del Tribunal, razón por la cual dedujo que tampoco podrá ser citada a juicio con éxito.

También sostuvo que la sentencia no explicita los motivos por los cuales los jueces estimaron que de recaer condena esta sería de cumplimiento efectivo.

Finalmente, alegó que el Tribunal incurrió en errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo 76 bis, cuarto párrafo, del CP, al rechazar la suspensión del juicio a prueba a pesar de que el Fiscal General prestó consentimiento a la concesión.

En orden a todo lo expresado, concluyó que la sentencia en crisis carece de fundamentación, ya que se alejó de las previsiones legales indicadas y además de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Acosta" (Fallos, 331:858). Solicitó que la decisión recurrida sea declarada nula.

Hizo reserva del caso federal.

b. En la oportunidad prevista por los artículos 465,

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

cuarto párrafo, y 466 del CPPN, la defensa reiteró en lo sustancial los agravios expuestos en el recurso de casación (fs. 109 y vta.).

Mantuvo la reserva del caso federal.

-III-

a. De manera preliminar, interesa puntualizar que en las presentes actuaciones se imputa a C A Y R , el delito de abuso sexual -arts. 45 y 119 primer párrafo del CP- (cfr. requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 43/45 vta.).

El 14 de septiembre de 2012, el nombrado solicitó la suspensión del proceso a prueba (fs. 73/74).

Al momento de celebrarse la audiencia prevista por el artículo 293 del CPPN, la defensa resaltó que la escasa gravedad del delito, sumada al positivo informe socio-ambiental y a la carencia de antecedentes de su asistido, hacían presumir que la eventual condena sería de ejecución condicional (fs. 81).

A su turno, el Fiscal General manifestó que prestaba conformidad para la aplicación del instituto, ya que "...el caso encuadraba dentro de las previsiones de la Resolución General PGN 86/04 del Sr. Procurador General de la Nación, que le imponía adoptar en sus dictámenes la denominada tesis amplia. Al respecto, destacó que las características del hecho, en particular que el abordaje descrito en el requerimiento habría sido fugaz, sumado a la ausencia de antecedentes del imputado y a las constancias de los informes ambientales del acusado, daban cuenta de que en el caso de recaer una condena esta sería de ejecución condicional"(fs. 81 y vta.).

El Tribunal, por voto de la mayoría, rechazó el pedido, lo que motivó el recurso bajo examen.

b. Ahora bien, para dar respuesta a los agravios manifestados por la defensa, corresponde comenzar por señalar que la resolución recurrida fue dictada a pesar de que el representante del Ministerio Público Fiscal prestó

consentimiento en los términos arriba transcriptos, lo que significa una afectación al debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio.

En efecto, resulta contrario a tales lineamientos constitucionales realizar un debate cuya suspensión ha sido postulada por el titular de la acción pública.

En ese sentido y en consonancia con lo argumentado por el recurrente, se ha sostenido que "(e)l órgano judicial que siga adelante con un proceso cuya suspensión consintió el fiscal (como titular de la pretensión punitiva estatal) habrá perdido las garantías mínimas de imparcialidad y, con ello, el proceso carecerá de validez constitucional. Las razones de tal consecuencia son análogas a las que llevaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a sentar la tesis según la cual resulta nula aquella sentencia de condena ante la falta de acusación fiscal en el debate oral [conf. CSJN, 28/12/89 "Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad, expte. n° 342-78-87, 209-XXII, ídem, 22/12/94, "García, José A. s/ estelionato y uso de documental falso en concurso ideal", G.-91-XXVII, R.H. y muchas otras]..." (David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, "Código Penal y normas complementarias", Hammurabi, segunda edición, Buenos Aires, 2007, Tomo II B, p. 453).

Ello en el marco del modelo de enjuiciamiento penal delineado por la Constitución Nacional, que se corresponde con el denominado modelo acusatorio (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 26 de la DADDH; 10 y 11 de la DUDH; 8 de la CADH; 14 del PIDCyP), lo que ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de "Casal" (Fallos, 328:3399, considerandos 7 y 15).

Tal como lo sostuve al votar en la causa n° 4839 caratulada "Guzmán, José Marcelo s/ rec. de casación", de la Sala III de esta Cámara, resuelta el 11 de marzo de 2004, este esquema constitucional de proceso penal exige que la función de perseguir y acusar sea diferente e independiente de la función


MARÍA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

jurisdiccional; rigiendo entonces el adagio latino *nullum iudicium sine accusatione*, que se identifica no sólo con la exigencia previa de acusación como requisito para aplicar una pena, sino también para la tramitación de un proceso.

De manera que la existencia de expreso consentimiento del Fiscal para la suspensión del juicio a prueba es asimilable a una falta de impulso de la acción de la que es titular, lo que impide proseguir con la actividad jurisdiccional e impone la admisibilidad del instituto en análisis. Ello para no violentar la debida observancia de las formas sustanciales del proceso penal (art. 18 CN).

b. A lo dicho, cabe agregar que "una vez que el tribunal ha verificado los presupuestos legales, no puede cuestionar las razones de oportunidad que motivan el consentimiento del fiscal, pues el control judicial [...] no permite que el tribunal reemplace su propio criterio de oportunidad por el del fiscal. Los criterios de oportunidad no definidos legalmente significan, precisamente, el reconocimiento al ministerio público de cierto grado de discreción para decidir acerca de la conveniencia, utilidad o necesidad de iniciar, interrumpir o continuar con la persecución penal" (Alberto Bovino, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino*, Editores del Puerto, Primera reimpresión, 2005, p. 165).

En ese marco, cabe reseñar brevemente cuales fueron en el caso los argumentos de la decisión denegatoria. Así, el primer magistrado en votar señaló que el hecho "en modo alguno puede ser conceptualizado como un hecho relativamente leve, como lo pretenden las partes" y que "[las] particulares circunstancias del hecho que lo convierten a mi juicio en un hecho grave, hacen necesario que se lleve a cabo el juicio para establecer cabalmente qué grado de responsabilidad le corresponde al Sr. Y R " (fs. 84 y vta.).

En la misma línea, el segundo juez en orden de votación aseguró que "[l]a referencia legal a "las circunstancias del caso" y la interpretación de la Corte

Suprema, relativa a que debe tenerse en cuenta la pena aplicable al caso concreto, imponen, en mi opinión, la obligación jurisdiccional de analizar (ciertamente con el grado de provisoriedad propio de esta clase de resoluciones interlocutorias) si, a juicio del Tribunal, en razón de las características del hecho descrito en el requerimiento fiscal, en caso de condena resultaría cierta o altamente probable la aplicación de una pena de ejecución condicional". Seguidamente ofreció una lista de delitos en las que a su criterio era procedente la aplicación de la suspensión del juicio a prueba (fs. 85/86).

De lo expuesto surge que la argumentación del Tribunal fue realizada en términos del análisis de oportunidad que -conforme fue expuesto- sólo corresponde al Ministerio Público Fiscal.

En efecto, esa valoración le compete solamente al titular de la acción, y el ingreso a dicho ámbito debe quedar vedado al órgano jurisdiccional, como una derivación lógica del modelo acusatorio que de acuerdo a las normas ya citadas prescribe la Constitución. Ello por las razones ya expuestas en el punto anterior y, también, como un desprendimiento de la necesidad de resguardar la garantía de imparcialidad del juzgador que aquel diseño constitucional de enjuiciamiento presupone, ya que -como puede verse en este caso en particular- dejar librado a apreciación judicial en esta ocasión procesal la necesidad de llevar a juicio al imputado; la gravedad de los hechos; el pronóstico de una eventual condena y sus modalidades de ejecución, contradicen los lineamientos sentados por el Máximo Tribunal en los precedentes "Llerena" y "Dieser" (Fallos 328:1491 y 329:3034).

En consecuencia, el razonamiento realizado por los jueces no puede ser tenido por válido para denegar la concesión de la suspensión del proceso a prueba ni para desvirtuar el juicio de conveniencia realizado por el acusador, máxime cuando habían sido cumplidos todos los recaudos legales de procedencia

(art. 76 bis del CP).

c. Por último, sólo resta señalar que la tesis amplia respecto de la procedencia del instituto bajo análisis -que en la resolución en crisis fue calificada como "*una interpretación judicial harto flexible de la ley, no exenta de serios cuestionamientos*" (cfr. fs. 86)- es el criterio que resulta coincidente con el principio *pro homine* y con la doctrina que el Máximo Tribunal de nuestro país ha establecido *in re* "*Acosta*" (331:858) y reafirmado en numerosas oportunidades (N. 326. XLI, "*Norverto*", 23 de abril de 2008; M. 1599. XLIII, "*Martínez*", 14 de abril de 2009; H. 129. XLIV, "*Hereñú*", 11 de agosto de 2009; H. 139. XLIV, "*Habib*", 20 de octubre de 2009; S. 489. XLV, "*Szapowalo*", 1 de diciembre de 2009; entre muchos otros).

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de la defensa, sin costas; anular la resolución recurrida y remitir la causa al tribunal de origen, a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a la doctrina aquí sentada (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N.; 26 de la DADDH; 10 y 11 de la DUDH; 8 de la CADH; 14 del PIDCyP; 76 bis del CP; 456, 471, 530 y concordantes del CPPN).

Así es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que, en mérito a la vinculatoriedad de la conformidad dada por el representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia prevista en el art. 293 del rito (cfr. causas n° 14.792, caratulada "*Mandille, Gastón s/recurso de casación*", reg. 20.277, rta. 13/7/12, y n° 16.663, caratulada: "*Ortuño Cervantes, Marcos Dayler s/recurso de casación*", reg. 1291/13, rta. 12/9/13), adhiere a la solución propuesta por la juez Ledesma, y así vota.

El señor juez doctor **Pedro R. David** dijo:


Que sellada la suerte del recurso, he de manifestar brevemente mi disidencia, puesto que entiendo que los jueces de mérito han dado suficientes razones, que comparto y a los que

remito en honor de brevedad, para entender que el consentimiento prestado por el Representante del Ministerio Público Fiscal no resulta vinculante en el caso por carecer de fundamentación. Máxime cuando, en el caso, los sucesos aquí imputados constituyen hechos de violencia, especialmente dirigidos contra la mujer. En tal sentido cabe recordar que de acuerdo con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belen Do Para", esa violencia se concreta a través de "... cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 1). Esta circunstancia obsta a la aplicación del instituto en ciernes, tal y como ha sostenido nuestro Máximo Tribunal en el fallo "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa nº 14.092", Recurso de hecho, G. 61 XLVIII.


En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal
RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de la defensa de casación interpuesto por la defensa, sin costas; **ANULAR** la resolución recurrida y remitir la causa al tribunal de origen, a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a la doctrina aquí sentada (artículos 456, 471, 530 y concordantes del CPPN).

Regístrese, hágase saber, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.


Dr. PEDRO R. DAVID


ALEJANDRO W. SLOKAR


ANGELA E. LEDESMA

Ante mí:


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA