

REGISTRO Nro.: 18.312

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de abril del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión de fs. 145/149 de la causa nº 12.965 del registro de esta Sala, caratulada: "Soto Cuellar, Wilson Eduardo s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Plée y la Defensa Pública Oficial por el doctor Juan Carlos Sambuceti (h).

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García, respectivamente.

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

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal nº 29 resolvió hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por Wilson Eduardo Soto Cuellar por el término de dos años y seis meses.

Contra dicha decisión, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación a fs. 153/166 vta., el que concedido a fs. 169 y vta. fue mantenido en esta instancia a fs. 174.

2º) Que estimó procedente el recurso de casación en virtud de lo establecido en el art. 456, incs. 1º y 2º del C.P.P.N., toda vez que "... *la*

resolución dictada por el Tribunal a quo, no constituye una derivación lógica de la concreta fundamentación de mi negativa a dar el consentimiento, lo que la transforma en arbitraria conforme al concepto desarrollado en la jurisprudencia de la Corte” (fs. 158 vta.).

Afirmó que “... el Tribunal Oral en lo Criminal n° 29 está obligado a respetar y ejecutar conforme lo dispone la ley 24.050 en su totalidad y, por lo tanto, obligado a respetar los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal” (fs. 159 vta.).

Manifestó que “... la resolución del Tribunal otorgando el beneficio de la suspensión del juicio a prueba a Soto Cuellar es, bajo la apariencia de un dictamen fiscal inmotivado, una manifestación de una opinión en contrario a lo sostenido por el Ministerio Público Fiscal que, al excederse en su jurisdicción, la tiñe de arbitraria” (fs. 162).

Sostuvo que “en la oportunidad de la audiencia... destaqué que del requerimiento de elevación a juicio y de la simple lectura de los hechos se advertía que la calificación legal no se ajustaba a los mismos, lo que podría develarse certeramente mediante la realización del correspondiente juicio oral. Con ello se advierte claramente que no he dicho, como sostiene el Tribunal en su resolución, que la calificación legal es ‘errónea’, sino que, por el contrario, hablé de los hechos, de la descripción de los mismos realizada en el requerimiento de elevación a juicio y que el debate permitiría arribar al encuadre legal allí fijado o bien, en principio y conforme su descripción fáctica, arribar a una calificación legal que obsta a la concesión del beneficio de la condena condicional” (fs. 164).

En este sentido, remarcó que “... la agresión sufrida por los damnificados en el primer hecho, se habría efectuados con palos, botellas y piedras y, a la vez, se advierte sobre la posibilidad de intervención de un tercer agresor. La dilucidación de la cuestión, como se advierte, no resiste otro camino que aquél del juicio oral y público para determinar cual es la figura legal aplicable al hecho descrito en el requerimiento de elevación a juicio, máxime cuando del hecho que se tiene por acreditado se advierte su

correspondencia con un encuadre legal más gravoso" (fs. 164).

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibídem*, la Defensa Pública Oficial presentó el escrito de fs. 177/183 vta., solicitando se rechace el recurso interpuesto.

Puso de manifiesto que "*... no existe el derecho al recurso por parte del fiscal y ello es así porque el remedio casatorio constituye, básicamente, una herramienta destinada a la preservación de los derechos de los particulares*".

Asimismo, sostuvo que "*... coincido con lo expresado por el 'a quo' cuando sostiene que el Fiscal de la anterior instancia no hizo explícitas las razones por las cuales estima necesaria la realización del juicio oral y público ni tampoco ha dado cuenta de qué solución pretende que adopte el tribunal al momento de decidir en dicho eventual juicio, por lo que su dictamen negativo ha sido infundado*".

4º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, incs. 1º y 2º, del Código Procesal Penal de la Nación es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundadamente la errónea aplicación de la ley sustantiva y procesal; además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del citado Código.

-III-

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 C. P. 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 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. 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.-.

Por eso la imposición de esa medida por parte de la jurisdicción contrariando la oposición fundada del fiscal, no encuentra sostén dentro de la lógica del art. 76 bis del C.P.. Tampoco puede ser de recibo, de acuerdo a la configuración del instituto, la pretensión de que la falta de conformidad fiscal debidamente fundada pueda entenderse como que ha mediado consentimiento. Una hermenéutica de ese tipo deja sin sentido normativo al pronunciamiento del Ministerio Público y entra en colisión con la consistencia y coherencia del sistema.

En el caso de autos, el representante del Ministerio Público Fiscal fundó su oposición a la concesión del beneficio en que la calificación asignada a los hechos en el requerimiento de elevación a juicio no se ajusta a los mismos, y por ello la necesidad de la realización del debate oral, así como también que dadas las características de los sucesos, la eventual condena no sería de ejecución condicional.

Sobre esos presupuestos, debe reconocerse que la oposición fiscal aparece motivada y con esto, su carácter vinculante para el tribunal no ofrece dudas.

A pesar de todo ello, el *a quo* se ha apartado en su resolución, sin aportar una justificación interpretativa plausible para eso, tanto de la letra de la ley, como del significado jurídico del instituto de suspensión del juicio

a prueba, establecido por el legislador a través de los enunciados del art.76 bis del Código Penal.

Para hacer operativa la concesión del beneficio, el *a quo* valoró que “... *dada la calificación legal asignada a los hechos imputados a Soto Cuellar, la carencia de antecedentes condenatorios, sus condiciones personales, en especial su juventud, que posee domicilio fijo, que ha logrado conseguir trabajo y que tiene un hijo de muy corta edad, sumado ello al compromiso de sujeción al proceso que ha demostrado desde el inicio de las actuaciones, en el hipotético caso de recaer sentencia condenatoria la misma podría ser dejada en suspenso*” -voto del juez doctor Goerner al que adhirieron los restantes miembros del tribunal-.

Sin embargo, esa decisión supone una errónea comprensión de la normativa aplicable y una franca colisión con principios de orden constitucional que regulan la materia.

En consecuencia, entiendo que una interpretación como la ensayada por el *a quo*, contradice las funciones de la suspensión del juicio a prueba y el significado constitucional de la pena, además de colisionar palmariamente la exigencia del consentimiento fiscal.

-IV-

En virtud de lo expuesto propicio hacer lugar al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal a fs. 153/166 vta., sin costas, casar la resolución de fs. 145/149 y remitir las presentes actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal N° 29 para que prosiga con la sustanciación de la causa según su estado. Tal es mi voto.

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

Que adhiere al voto precedente y emite el suyo en igual sentido.

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

-I-

Sellada la suerte del recurso conforme los votos que anteceden, expondré brevemente mi disidencia con la solución que se propone.

-II-

El recurrente se agravia, entre otras razones, de que el tribunal, por mayoría, se declaró no obligado declarar la inconstitucionalidad del art. 10 de la 24.050 en cuanto establece que la doctrina establecida por esta Cámara mediante el procedimiento del art. 10, inc. c, de esa ley es de seguimiento obligatorio por los tribunales inferiores.

Sin embargo, entiendo inoficioso el abordaje de esa cuestión porque la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el alcance del art. 76 bis C.P. en el caso de Fallos: 331:858 (causa A. 2186, L^o.XLI, "Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1^o párrafo ley 23.737-causa N^o 28/05-", de fecha 23 de abril de 2008), por lo que entiendo que corresponde decidir este caso aplicando esa jurisprudencia de la Corte en cuanto resulta pertinente para resolver el agravio introducido por el fiscal. Como lo he sostenido antes de ahora, la decisión de la Corte obsta a la aplicación de lo resuelto en el punto dispositivo 1^o del fallo plenario dictado in re "Kosuta" (confr. causa n^o 6025, "Condori Mamani, Miguel Ángel s/ recurso de casación", rta. 13/8/2008, reg. n^o 13.070).

-III-

Dejando a salvo mi opinión expuesta a partir del voto que emití al concurrir al dictado de la sentencia de la causa n^o 9516, "Rolón, Luis Alberto, s/ recurso de casación" (sent. de 16/10/2008, reg. n^o 13.323), que involucraba la interpretación del art. 76 bis, párrafo cuarto, C.P., donde he

concluido que este párrafo no exige un dictamen de la fiscalía, sino una declaración de voluntad que no requiere fundamento alguno, que por ende no está sujeta a la exigencia de motivación del art. 69 C.P.P.N., corresponde resolver el punto según la doctrina sentada por esta Cámara Nacional de Casación Penal, en el Plenario nº 5, “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”, de fecha el 17 de agosto de 1999, en cuanto ha declarado en su punto dispositivo 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” del art. 76 bis C.P. (art. 10 de la ley 24.050).

-IV-

Tal como surge del acta de la audiencia del art. 293 C.P.P.N., el representante del Ministerio Público Fiscal manifestó que: *“del requerimiento de elevación a juicio, de la simple lectura de los hechos se advertía que la calificación legal asignada no se ajusta a los mismos, lo que podría develarse certeramente mediante la realización del correspondiente juicio oral”*[agregó que] *“dadas las características del hecho en sí, no sólo el robo sino el grado de violencia desplegado, especialmente en el primer hecho, permitían sospecha que la eventual condena no sería de ejecución condicional, por lo que se opuso a la concesión”*.

Observo que al pronunciarse de ese modo, el fiscal no satisfizo las exigencias de logicidad y fundamentación del plenario “Kosuta”.

En cuanto a la calificación legal, no le ofreció al *a quo* argumento alguno ni qué calificación sugería y si ella era obstativa a la concesión de la probation.

En cuanto a la pena, lo afirmado no se conecta de modo expreso con una pretensión de la Fiscalía.

Por cierto esta Sala ha admitido como suficientemente motivada, en los términos de la doctrina del citado fallo plenario, la falta de consentimiento de la fiscalía que tenía como base la pretensión de realización

del juicio para obtener la imposición de una pena de cierta gravedad, cuando la Fiscalía había adelantado -sobre una base objetiva- que en definitiva promovería tal clase de pretensión (véase por ej. causa nº 11.227 "Trono, Blanca María Marcelina s/recurso de casación", rta. 27/8/2009, reg. nº 15.027). Sin embargo, es este el caso, en el que el representante del Ministerio Público no expresa una pretensión concreta sobre la pena a imponer, para lo cual sería necesario el juicio, sino que, por vía de elipsis, afirma una hipótesis desvinculada de una pretensión concreta al decir si el imputado fuese condenado, la pena "no sería" de ejecución condicional. No se trata en todo caso de cuál podría ser el resultado del juicio, sino, antes bien, de que el Fiscal haga explícito por qué pretende la realización del juicio y en su caso qué persigue que se decida (conf. Causa nº 11.454 "Alfano, Rubén Angel y Benitez, Antonio Agustín s/recurso de casación", rta. 22/9/2009, reg. nº 15.177).

La falta de toda motivación de la oposición, porque lo que se presenta como motivación es meramente aparente, conduce a la anulación de la decisión recurrida e impone la renovación de la audiencia a fin de que el Ministerio Público se exprese nuevamente, de modo motivado, según la doctrina del fallo plenario "Kosuta".

-V-

En virtud de lo expuesto, voto por que se haga lugar al recurso de casación, se anule la decisión recurrida, y se reenvíe el caso para que se realice nueva audiencia, en la que, una vez que la fiscalía exprese motivadamente sus pretensiones, se emita nuevo pronunciamiento (art. 471 C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal -por mayoría- **RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal a fs. 153/166 vta., sin costas, casar la resolución de fs. 145/149 y remitir las presentes actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal Nº 29 para que prosiga con la sustanciación de la causa según su estado (arts. 470, 471, 530 y ccdtes. del Código Procesal Penal de la Nación).

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

Fdo.: Luis M. García - W. Gustavo Mitchell. Ante mí: Gustavo J. Alterini,
Prosecretario Letrado CSJN

Nota: Se deja constancia que el Dr. Yacobucci no firma la presente por encontrarse en uso de licencia.