

Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO NRO.2948.14.4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de diciembre del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Eduardo Rafael Riggi como vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 221/224 vta. de la presente causa Nro. 1060/2013 del registro de esta Sala, caratulada: "V C S s/ recurso de casación"; de la que **RESULTA:**

I. Que la titular del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 13 de esta ciudad, doctora Patricia Gichandut, resolvió "...No hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba del presente proceso seguido a C S V , D.N.I N° 23.170.856, instruido por el delito de lesiones culposas, que tramita bajo el n° CCC 740050400/2010 del registro de la Secretaría N° 79 de este Juzgado..." (fs. 217/218).

II. Que contra dicha decisión el señor Defensor Particular, doctor Eduardo Juan Oliva interpuso recurso de casación a fs. 221/224 vta., el que fue concedido a fs. 225/226 y mantenido en esta instancia a fs. 230.

III. Que el señor asistente técnico expresó los siguientes, a saber:

a) entendió que en la decisión impugnada se habría incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1° del C.P.P.N.), en tanto "...le otorga un impedimento inexcusable para la aplicación del instituto de la probation al carácter de 'funcionario público' de mi defendido como argumento sustantivo, para denegar lo solicitado..." (fs. 221). En este mismo sentido, alegó que la resolución mencionada sería violatoria del artículo 16 de nuestra Carta Fundamental, ya que "...el régimen legal, no puede discriminar ante un mismo delito...por el solo hecho de

ser funcionario público..." (fs. 221 vta.).

b) sostuvo que la resolución atacada sería arbitraria, por carecer de adecuada fundamentación y por ende petitionó su declaración de nulidad (arts. 123, 404 inc. 2° y 456 inc. 2° del C.P.P.N.) -fs. 222 vta.-

IV. Que superada las etapas previstas en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N. y arts. 465, último párrafo y 468 del mismo ordenamiento de forma, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Gustavo M. Hornos y Eduardo Rafael Riggi.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

a) Que el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio tuvo por probado, con el grado de certeza requerido para esa etapa procesal que "...que C. S V. , el día 17 de marzo de 2010, a las 18:50 horas aproximadamente, conducía el rodado marca Volkswagen modelo Volksbus 9-150, dominio HGY-219, color blanco tipo mini bus de la Armada Argentina, por la Autopista Perito Moreno. Al llegar al Peaje Avellaneda, no se detuvo pese a que el vehículo marca Chevrolet Spark, dominio IQW-735, que lo precedía, aún estaba pagando en la cabina del mencionado peaje. Así fue que lo embistió con la parte delantera de la camioneta en la parte trasera del Chevrolet. A raíz del impacto, Daniel Omar Margarucci, conductor del Chevrolet, sufrió lesiones acreditadas como de carácter leve..." (fs. 174/177 vta.)

b) Que a fs. 193 el señor Defensor Particular petitionó la suspensión del juicio a prueba y destacó que su pupilo "...goza de pleno arraigo (el mismo se desempeña en la Base Naval de Marina Zárate como chofer, tiene familia, esposa e hijos), con lo que el mismo no implica peligro procesal alguno para el entorpecimiento de la presente causa...". Agregando, que "...mi tutelado se compromete a desarrollar y cumplir con las tareas y/o obligaciones que el Tribunal establezca...".

Cámara Federal de Casación Penal

c) Que a fs. 217/218 al momento de efectuarse la audiencia prevista en el art. 293 del Código Penal la representante del Ministerio Público Fiscal expresó —en cuanto aquí interesa que “...la calidad de funcionario público no es una circunstancia exigida legalmente para todos los delitos, sino en algunos denominados especiales, que exigen la calidad de tal en el autor. En el caso de autos, si bien V al momento del hecho se desempeñaba como Cabo 1ero de la Armada Argentina, el art. 94 del C. Penal, no exige la calidad de funcionario en el autor...” (fs. 217). Así las cosas, prestó su conformidad con que se haga lugar al pedido de *probation* efectuado por el imputado.

d) Que la decisión impugnada en casación —denegación de la suspensión del juicio a prueba—, resulta por principio inadmisibile, en virtud de que no cumple con el requisito de impugnabilidad objetiva previsto en el art. 457 del C.P.P.N. toda vez que no se trata de una sentencia definitiva, y por lo demás, tampoco conforma una resolución equiparable a sentencia definitiva, en cuanto que la consecuencia de la misma es solamente que la persona en cuyo favor se ha solicitado la suspensión permanezca sometida a proceso, circunstancia que de ningún modo conforma *per se*, agravio que imponga la equiparación de la resolución a decisión definitiva, por conformar un agravio de tardía o imposible reparación ulterior.

Sin perjuicio de ello, la regla deberá excepcionarse si en el caso estuviere implicada una cuestión de índole federal, es decir, cuando la resolución cuestionada constituya gravedad institucional, **resulte arbitraria** o afecte normas o derechos constitucionales (Fallos: 328:121, 310:927, 312:1034, 314:737, 318:514, 324:533, 317:973, entre muchas otras)—el destacado de este voto me pertenece—.

e) Que el art. 76 bis del Código Penal estipula en su párrafo 7° que “...No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito...”.

f) Que el remedio casatorio impetrado por la defensa

particular habrá de prosperar, en virtud de que la resolución impugnada resulta arbitraria.

Ello así, en virtud de que en materia de *probation*, la opinión del Ministerio Público Fiscal -en principio- resulta vinculante para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, no obstante ello, aquella se encuentra siempre sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, atento al deber que les compete de motivar las conclusiones con sus dictámenes (arts. 69 del Código Procesal Penal de la Nación y 76 bis del Código Penal).

Entonces, para que la opinión del Fiscal resulte vinculante, ésta debe encontrarse debidamente fundada siendo que, de lo contrario, **el Tribunal perfectamente podría apartarse de aquella explicando las razones y defectos existentes en el razonamiento brindado por el Ministerio Público Fiscal.**

Sentado cuanto precede, desde mi óptica personal el consentimiento prestado por el fiscal a la concesión del beneficio se encuentra suficientemente motivado, por lo que, en la decisión cuestionada claramente se ha deslizado un "vicio in procedendo" (art. 456 inc. 2° CPPN).

Y así lo es, toda vez que la sentenciante no se ha hecho debido cargo de fundar en derecho por qué debía descartarse el razonamiento efectuado por la representante del Ministerio Público Fiscal, limitándose a expresar su mera opinión personal sobre el tema sub-examine. Dicha omisión, priva a la resolución cuestionada de los fundamentos requeridos al efecto, lo que la torna arbitraria y por ende nula.

A mayor abundamiento, debo puntualizar que la magistrada de grado se ha circunscripto a realizar una interpretación literal e irrazonable del art. 76 bis, séptimo párrafo, del código sustantivo, sin tener en cuenta que para que dicha norma pueda serle aplicada a los funcionarios públicos, éstos deben haber incurrido en supuestos de "abuso de poder" en el legítimo ejercicio de sus funciones. Es por

Cámara Federal de Casación Penal

eso, que el suscripto no advierte en la descripción fáctica efectuada por el fiscal instructor a fs. 174/177 vta. que un mero accidente de tránsito como el acaecido en autos, posea alguna característica o connotación especial que me permita apartarme de dicho criterio (cfr. en este mismo sentido, Devoto, Eleonora A., "Probation e institutos análogos", 2da edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, página 203).

Para finalizar, resulta imperioso destacar que a mi entender la tesis fiscal favorable a la concesión de la *probation* —más allá de mi postura particular sobre la cuestión— está suficientemente fundada y por ende es vinculante para la sentenciante.

Sin perjuicio de todo lo expresado precedentemente, toda vez que el delito que se le atribuye al imputado tiene previsto como pena conjunta con las de prisión o multa la de inhabilitación especial (art. 94, primer párrafo, del Código Penal) y teniendo presente lo establecido en el art. 76 bis, anteúltimo párrafo, del ordenamiento sustantivo, observo que el imputado V. podrá —en su caso— "auto-inhabilitarse", sorteando de este modo el óbice formal al que acabo de hacer referencia. Acerca de este tema en particular, he tenido oportunidad de expedirme *in extenso* "in re" "Salerno, Gonzalo Alfredo s/recurso de casación", causa N° 15.648, reg. N° 410.13.4, rta el 22 de marzo de 2013, a cuyos fundamentos y conclusiones me remito brevitatis causa). En dicho precedente, dejé sentada mi postura según la cual "...a mi juicio, el mecanismo idóneo para sortear el obstáculo legal previsto en el anteúltimo párrafo del artículo 76 bis del C.P., recién referido, es a través de la imposición, como regla de conducta, de la 'auto-inhabilitación' del acusado, cuando aquel lo ofreciere *voluntariamente*...".

Es por eso, que entiendo que la decisión atacada como adelanté supra no constituye un acto jurisdiccional válido y en consecuencia, debe ser nulificada por verificarse un claro supuesto de arbitrariedad (arts. 123, 404 inc. 2° y 456 inc. 2° del código adjetivo).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo: **HACER LUGAR** al

recurso de casación interpuesto a fs. 221/224 vta. por el señor Defensor Particular, doctor Edgardo Juan Oliva, en representación de C S V , **SIN COSTAS, ANULAR** la resolución de fs. 217/218 y **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen, a fin de que proceda a dictar una nueva resolución ajustada a las pautas que surgen de la presente (arts. 471, 530 y 531 -último párrafo- del C.P.P.N.). Así mi voto.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

De la lectura de lo reseñado ut supra, se advierte que el tribunal a quo resolvió rechazar la concesión del instituto en cuestión en atención al impedimento legal previsto por el art. 76 bis, séptimo párrafo, del C.P.

Para ello tuvo en cuenta que el hecho imputado acaeció en circunstancias en que C S V se hallaba al comando de un rodado de la armada argentina, que se dirigía hacia la base militar Zarate, Pcia. de Buenos Aires, llevando personal de las Fuerzas Armadas, por lo cual, consideró que se encontraba en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, ingresando al análisis que nos convoca, cabe recordar que ya he tenido oportunidad de señalar que el dictamen fiscal sobre el pedido de suspensión del juicio a prueba no resulta de carácter vinculante (cfr. causa Nro. 10.858, "SOTO GARCÍA, José María y otros s/recurso de casación", rta. el 12/08/09, Reg. Nro. 12.100) en tanto el órgano judicial siempre debe analizar de manera independientemente la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto, a los fines de efectuar el control de legalidad del dictamen del Ministerio Público Fiscal que imponen los artículos 69, 123 y ccdtes. del C.P.P.N..

Ello así, pues el predominio de las características acusatorias de nuestro proceso penal (conf. art. 120 de la C.N.) no puede implicar la consagración de una actuación decisoria del fiscal, sino que su potestad está limitada a la adopción de una postura frente al caso desde su rol de parte, si bien revestida de cierta ecuanimidad y siempre ceñida a la

Cámara Federal de Casación Penal

determinación legal de los criterios de admisibilidad de la suspensión del proceso a prueba.

Por su parte, si bien el artículo 5 del digesto ritual establece que el ejercicio de la acción penal no puede "suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley", no es menos cierto que el artículo 65 del mismo cuerpo consagra el principio según el cual "el ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley", de modo que si la facultad denegatoria que en última instancia recae sobre el órgano judicial es entendida sólo como un segundo control de legalidad, dicha intervención constituye un control razonable que no desnaturaliza la potestad del fiscal requirente (cfr. en similar sentido mi voto en la causa nro. 897 "LIRMAN, Roberto s/recurso de casación, Registro n° 1594.4, rta. 23/11/03 y sus citas).

En otras palabras, entiendo que describir al dictamen fiscal como "vinculante" para el Tribunal soslaya el hecho de que existen limitaciones legalmente impuestas -v.gr., los requisitos de procedencia y admisibilidad estipulados en el art. 76 bis del C.P.- dentro de las cuales la actuación del Ministerio Público debe estar circunscripta, y cuya observancia, logicidad y adecuación a las circunstancias del caso concreto corresponde al órgano jurisdiccional controlar mediante el rechazo, cuando correspondiera, de aquellos dictámenes fiscales que se apartaran de las prescripciones legales ya sea por introducir requisitos que la ley no prevé o por omitir considerar aquellos que sí forman parte del ordenamiento jurídico. Ello, entiendo, es una consecuencia necesaria del esquema de estricta separación funcional entre fiscales y jueces (cf. "Quiroga, Edgardo O.", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/12/2004).

Tratada dicha cuestión corresponde señalar, que ya he considerado también que resulta arbitraria la denegación de la suspensión del juicio a prueba si se pondera -como circunstancia subjetiva del incuso- su calidad de funcionario público, "cuando deviene incontestable de las constancias

acollaradas al plexo probatorio y de un ajustado análisis del hecho sometido a pesquisa, que el accionar del imputado no se desarrolló 'en el ejercicio de sus funciones', tal y como lo requiere el párrafo 7mo. del art. 76 bis del código sustantivo" (cfr. causa Nro. 9489 del registro de esta Sala, "REALI, Alejandro Rubén s/recurso de casación", Reg. Nro. 11.969, rta el 30/6/2009. Así pues, pretender fundar la improcedencia del instituto en cuestión en base a una circunstancia subjetiva del imputado que no guarda esencial relación con el hecho investigado, implicaría una vulneración palmaria a la garantía de igualdad ante ley, inherente a todo Estado de derecho.

En el caso, si bien es cierto que el encausado se encontraba prestando funciones al momento en que embistió con la parte delantera de la camioneta que manejaba al automóvil que se encontraba aún detenido en la cabina del peaje, provocándole lesiones de carácter leve a su conductor, lo cierto es que no puede afirmarse que la imputación ha consistido, precisamente, en una conducta delictiva íntimamente vinculada con el desempeño de sus funciones públicas.

Es que, la política criminal delineada por el legislador ha establecido que si un funcionario público se aprovechó de la especial situación en la que se encuentra por su actividad para cometer un hecho delictivo mediante el abuso de poder en el desempeño de legítimas funciones atribuidas, tal imputación no debe ser excluida de alcanzar una decisión de mérito final.

Ello así, no sólo por cuanto el mayor compromiso del funcionario público en el ejercicio de sus facultades conlleva, como contracara, un trato penal más riguroso o con menos concesiones de alternativas no punitivas, sino porque existe una expectativa de toda la sociedad de sentirse resguardada frente a tales abusos, lo que genera la necesidad de concluir en una resolución de mérito respecto del presunto delito investigado.

Dichas circunstancias contempladas por el legislador

Cámara Federal de Casación Penal

en sustento de la disposición en estudio no se advierten configuradas en el supuesto de autos.

Finalmente y teniendo en cuenta que en el voto precedente se ha hecho referencia a que, en su caso, el encausado debe ofrecer "auto-inhabilitarse" a los fines de la procedencia del instituto en cuestión, debo dejar sentado mi criterio en cuanto a que ésa no es una condición para la viabilidad del beneficio, en tanto no constituye una exigencia legal.

Ello se colige de la interpretación armónica de las normas contenidas en los artículos 76 ter y 27 bis del C.P. a *contrario sensu*, toda vez que la "auto-inhabilitación" no está prevista como una regla de conducta aplicable. Por su parte, aun cuando ella sea ofrecida voluntariamente por el imputado, no puede soslayarse que las partes no se encuentran habilitadas para crear pretorianamente condiciones de procedibilidad no exigidas en la norma jurídica (cfr. causa Nro. 13.091, "Buryaile, Hilda Argentina s/recurso de casación", Reg. Nro. 15.347, rta. 17/8 /2011, entre otras).

En virtud de todo lo expuesto corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y anular la resolución dictada a fs. 217/218, debiendo remitirse las presentes actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad a derecho. Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi** dijo:

En primer término, hemos de señalar que compartimos el criterio sentado por los distinguidos colegas preopinantes en cuanto a que si bien V reviste la calidad de funcionario público y al momento del hecho se encontraba en el ejercicio de sus funciones, no hubo en la conducta desplegada por este un abuso de poder; ello es coincidente con lo resuelto *in re* causa n° 13.582 "Cabral, Walter Iván s/recurso de casación", rta. 7/6/2011, reg. 763/11.

Asimismo, compartimos la opinión vertida por el doctor Hornos en su voto, en relación al alcance del consentimiento fiscal para la concesión del beneficio de la

suspensión de juicio a prueba.

Así las cosas, como sucede en el presente caso, cuando se cuenta con el beneplácito del representante del ministerio público, y cumplidos los demás requisitos exigidos por la norma, los jueces tienen amplias facultades para decidir -fundadamente- la concesión o el rechazo de la medida solicitada por el imputado (cfr. Sala IV, causa N° 634, "Roitman, Adrián R. s/recurso de casación", rta. el 30/10/1997).

Como se advierte, sólo resulta vinculante para la decisión de los jueces la oposición del Representante del Ministerio Público Fiscal, no así el consentimiento, con el cual, una vez prestado que sea, el tribunal podrá o no suspender la realización del juicio.

En consecuencia, si bien el Ministerio Público Fiscal no se opuso a que se conceda la suspensión del juicio a prueba respecto del recurrente -cfr. acta de fs. 217/218 donde la señora Fiscal manifestó que "(...)no sólo debe revestir la calidad de funcionario público y ejercer la función que le es propia al momento del hecho, sino también, le debe ser imputado algún delito que exige la calidad de funcionario público del autor; más no así de cualquier otro delito que no demande esa calidad personal, como ocurre en el caso de autos, por lo expuesto, no se opone a la concesión del beneficio impetrado"- , lo cierto es que al resolver, el a quo denegó el beneficio expresando que, "...surge palmariamente del séptimo párrafo del art. 76 bis del C. Penal que no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público en ejercicio de sus funciones hubiese participado en el delito, agregando que "(...) el encartado cumple funciones en la actualidad como suboficial de la Armada Argentina, encuadrándose así su condición dentro de la causal de exclusión mencionada, situación ésta que contraria la letra clara y precisa del código de fondo."

En consecuencia, no compartimos las expresiones utilizadas por el Juez de grado para sustentar lo decidido; y por lo demás disentimos también con la solución propuesta por

Cámara Federal de Casación Penal

los colegas que nos preceden en el orden votación, toda vez que consideramos que el recurso intentado no debe prosperar debido a que el delito por el que se requirió la elevación en la presente causa a juicio, esto es, lesiones culposas (primer párrafo del artículo 94 del Código Penal), prevé, entre otras, la pena de inhabilitación.

De manera que -más allá de los agravios planteados por el recurrente- resulta aplicable al presente la doctrina fijada por esta Cámara Nacional de Casación Penal en el Plenario n° 5 *in re "Kosuta, Teresa Ramona s/rec. de casación"*, en cuanto estableció que *"No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa."*, criterio que ha sido confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos M.281.MLIV., *"Magisano, Carlos Alberto s/causa n° 8175"*; y D.411.XLID., *"Delillo, Karina Claudia s/causa n° 8260"* resueltas ambas el 3 de agosto de 2010.

Por ello, proponemos al acuerdo el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de C S V, con costas (arts. 456 inciso 1°, 470 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es nuestro voto.

Por lo expuesto, por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 221/224 vta. por el señor Defensor Particular, doctor Edgardo Juan Oliva, en representación de C S V sin costas, **ANULAR** la resolución de fs. 217/218 y **REMITIR** las presentes actuaciones al tribunal de origen, a fin de que proceda a dictar una nueva resolución ajustada a las pautas que surgen de la presente (arts. 471, 530 y 531 -último párrafo- del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13, CSJN) a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta cámara. Remítase la causa al tribunal

de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

JUAN CARLOS GEMIGNANI

EDUARDO RAFAEL RIGGI

Ante mí: