

Expte. n° 7909/11 “Porro Rey, Julio Félix s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, CP s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”

Buenos Aires, 7 de diciembre de 2011

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

1. La jueza de primera instancia resolvió suspender el juicio a prueba (art. 76 ter, CP) respecto de Julio Félix Porro Rey (fs. 79/84) pese a que el representante del Ministerio Público Fiscal había expresado su oposición por razones de política criminal (fs.77/78). Para resolver así, la magistrada consideró que la negativa fiscal no había estado debidamente fundada porque los motivos invocados en su dictamen no se habían relacionado con las circunstancias concretas del caso ni con la persona sometida a proceso.

El fiscal de grado recurrió esa decisión (fs. 85/89) y el fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas mantuvo el recurso a fs. 95/96.

La Sala I del tribunal *a quo*, confirmó la decisión de primera instancia (fs. 109/118 vuelta).

2. Contra esa resolución el Fiscal ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad exponiendo las razones por las que entendía que la decisión impugnada constituía un auto equiparable a una sentencia definitiva. Afirmó que la imposición al Ministerio Público Fiscal de la suspensión del proceso a prueba en contra de su expresa voluntad de continuar ejerciendo la acción penal en el caso, constituye un avasallamiento de las competencias constitucionales del órgano que representa e importa la vulneración del sistema acusatorio y sus principios rectores y, a su vez, un apartamiento de lo sostenido por el Tribunal en “Benavídez”. Invocó en su respaldo las previsiones de los arts. 120, CN, y 13.3, 124 y 125, CCABA, 76 bis del Código Penal y 205 del Código Procesal Penal de la Ciudad (fs. 136/146 vuelta).

Al contestar el traslado conferido, el Defensor General se opuso a la admisión del recurso por considerar que el recurrente no se encontraba

legitimado para apelar y tampoco lograba poner en crisis la sentencia de la Cámara (fs. 149/159).

La Sala I resolvió conceder el recurso interpuesto. Admitió la legitimación del fiscal para recurrir y entendió que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal en casos análogos, debía entenderse que la sentencia era equiparable a una definitiva y que el recurrente había presentado un caso constitucional (fs. 162/164).

3. El Fiscal General Adjunto, por último, sostuvo el recurso de su colega porque, en su opinión, el pronunciamiento recurrido como su antecedente carecían de entidad jurisdiccional e importaban una desviación grosera del sistema constitucional vigente, que pone en crisis la organización procesal en el ámbito local y culmina con la arbitraria e injustificada conclusión de la acción, impidiendo la actividad persecutoria que por mandato de la Ley Fundamental (art. 125) compete al Ministerio Público Fiscal (fs. 175/183 vuelta).

4. Una vez que las actuaciones se encontraban en condiciones de ser resueltas, de la deliberación efectuada entre los magistrados resultó la necesidad de integrar el Tribunal (cf. fs. 187 y ss.), diligencia que fue cumplida conforme surge de fs. 188, 191/192.

Fundamentos

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de inconstitucionalidad debió ser declarado inadmisibles porque el Sr. Fiscal de Cámara no ha logrado demostrar por qué lo decidido le produciría un daño que merezca reparación inmediata. Confusamente se limita a afirmar que la sentencia que concede una suspensión del proceso a prueba mediando oposición fiscal impide la continuación del proceso según sus cauces normales (fs. 137). De manera poco convincente agrega que “aún cuando pueda existir una reparación en el futuro, si ésta no es oportuna por tardía e ineficaz, la resolución del caso se hace similar a sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario” (fs. 138).

El recurrente tampoco consiguió conmovier los argumentos que llevaron a la Cámara a confirmar la decisión de suspender el proceso a prueba respecto de Julio Félix Porro Rey.

En efecto, no ha precisado por qué resultaría infundada la sentencia. Los jueces dieron sus explicaciones acerca del alcance del principio acusatorio y del control jurisdiccional en casos como el de autos en los que mediaba oposición del fiscal a la *probation*; analizaron cada uno de los votos de la mayoría del Tribunal en el precedente “Benavídez” y concluyeron que no advertían en lo argumentado por el fiscal ningún fundamento que

vinculara las predicadas “razones de política criminal” con el caso concreto. La queja carece de crítica suficiente a estas argumentaciones y, de ese modo, incumplió con el deber de refutar los fundamentos del pronunciamiento apelado.

Por todo lo dicho, voto por declarar mal concedido el recurso interpuesto a fs. 136/146 vuelta.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. A las personas imputadas en causas penales se les ha exigido, de manera invariable, para que este Tribunal analice sus recursos, con carácter previo al dictado de la “*sentencia definitiva*” (art. 27, ley n° 402), la concreta demostración del gravamen irreparable que les provoca la decisión objetada y, consecuentemente, del interés en que ella sea dejada sin efecto. Idéntica exigencia se impone, sin distinciones, a cualquier recurrente, aun cuando tal demostración —por los argumentos desarrollados en el 2º párrafo de mi voto *in re “Benavidez”* (08/09/10)— se encuentre subordinada a circunstancias de distinta naturaleza según quién la impugne. En lo que aquí interesa, el Fiscal de Cámara no logra superarla con éxito, porque no evidencia un “*razonable interés*” para que se sustancie el debate. En consecuencia, a diferencia de lo expresado por los integrantes de la Sala I, considero que en autos no están dados los extremos para concluir que la decisión que confirmó la suspensión del juicio a prueba —resuelta a favor del imputado— deba ser equiparada a una resolución de carácter definitivo.

En efecto, no alcanza con invocar precedentes de la CSJN referidos a los recursos “*ordinarios*” que se encuentran previstos para que los tribunales de mérito conozcan las resoluciones que conceden suspensiones del juicio a prueba a pesar de la negativa del Ministerio Público Fiscal. Conviene aclarar que, casualmente, esa revisión ya la ha tenido el Ministerio Público Fiscal y es precisamente esa revisión, contraria a su supuesto interés, la que ha sido recurrida mediante esta vía “*extraordinaria*”, restringida o de excepción. Para que el Tribunal habilite la instancia es preciso que el interesado demuestre un perjuicio que, con fundamento en razones estrictamente constitucionales, resulte irreparable y no se advierte, con claridad, que el perjuicio denunciado tenga entidad suficiente como para provocar el resultado pretendido.

El análisis de las constancias de este expediente no permite trasladar los fundamentos que expuse en el precedente “*Benavidez*” (08/09/10). En tal oportunidad expliqué que, en definitiva, el parámetro para dar virtualidad a la oposición del integrante del Ministerio Público Fiscal al otorgamiento de una *probation* en esta materia es que existan y éste exprese razones vinculadas con la causa concreta que permitan conocer, o deducir, en qué consiste o se funda la conveniencia de que se sustancie el debate. Esa conveniencia, a su vez, no puede provenir con exclusividad de un examen abstracto o general que resulte insuficiente para dar sustento a una oposición “*fundamentada*” y

que termine por vaciar de contenido a la frase “razones de política criminal” (art. 205, CPP local), en la medida en la cual dichas razones algo tienen que explicar acerca de la situación puntual de la persona *prima facie* involucrada, sobre las particularidades o circunstancias en las que habría tenido lugar el hecho delictivo o acerca de la impertinencia de resolver el conflicto mediante una salida alternativa al juicio oral y público. En conclusión, mi criterio en la materia puede ser resumido de la siguiente manera: en la medida en que los representantes del Ministerio Público Fiscal expresen razones “suficientes u opinables” vinculadas con el caso concreto, corresponde dar virtualidad a su oposición al otorgamiento de una suspensión del juicio a prueba.

En autos, por el contrario, no se da este último extremo. Ello así, pues el fiscal de grado sostuvo que “[t]iene presente para el caso concreto, que la suspensión del juicio a prueba **no es automática**, sino que deben analizarse los requisitos legales para el caso concreto, que siempre deben sopesarse en armonía con la política criminal establecida por la Fiscalía General. Todo ello, con el fin de establecer la viabilidad, o no, de la suspensión del juicio a prueba (...) [y] en el caso del señor Porro Rey no procede la concesión del beneficio solicitado, por cuanto se enmarca en los supuestos contemplados en la **Resolución nº 178/08** de la Fiscalía General, cuyos fundamentos hace suyos” (cfr. fs. 78; no resaltado en el original).

Por su parte, la jueza de grado concedió la *probation* porque concluyó “**que las circunstancias fácticas** que se le reprochan [al Sr. Porro Rey] **en principio serían excepcionales**, toda vez que el nombrado habría portado las armas **porque creyó que extraños ingresaban al establecimiento** [en el que habita y trabaja como encargado del hotel], **canalizando** rápidamente **el llamado al número 911** para conjurar la posible perpetración de un delito en contra de los pasajeros [del hotel] (...) **y que todas estas cuestiones se encuentran suficientemente acreditadas por la Defensa en estos autos**, sin que sea necesario un mayor espectro probatorio a los fines del instituto en trato” (fs. 82 vuelta; no destacado en el original); conclusiones, todas, que ni siquiera fueron consideradas o mínimamente desmentidas por el MPF en sus diferentes presentaciones recursivas (fs. 85/89 y 136/146). Al margen de que este tipo de análisis parece propio de otra etapa procesal —es decir, del debate— considero que el titular de la acción, para sustentar la oposición, al menos debió hacerse cargo de las particularidades del caso y no lo hizo, por lo cual su negativa ha sido deficiente por ser ininteligible especialmente para el imputado.

Ya he tenido oportunidad de afirmar que los motivos expuestos por el Fiscal General de la Ciudad, mediante la resolución mencionada por el fiscal de grado, resultan insuficientes por sí solos para sustentar una oposición en el caso concreto y, en esas condiciones, las pretendidas “razones de política criminal” aparecen aquí desprovistas de toda seriedad. En efecto, al margen del acierto o error de los “fundamentos” expuestos en el mencionado criterio general del MPF, cuyo propósito consiste en restringir o limitar “al máximo la concesión del beneficio” en los casos seguidos por infracciones al art. 189

bis, CP y que conmina a todos los fiscales a “oponerse” (art. 4º de la Res. nº 178/08) a la aplicación del instituto, lo cierto es que ha sido el mismo Fiscal General quien ha exigido que “su viabilidad y pertinencia deb[a] someterse a un **minucioso estudio del caso**”, minucioso estudio que, en autos, aparece ausente (“Romero”, 26/04/11).

Dicho en otras palabras, aun bajo la particular perspectiva del máximo representante del Ministerio Público Fiscal, no alcanza con la mera reedición o lectura de los argumentos de su resolución, sino que es necesario conocer de qué manera éstos se vinculan con el caso concreto o en qué se funda la conveniencia de que no se suspenda el juicio. Es indudable que el fiscal que intervino en autos no ha expuesto razón alguna para resistir la aplicación de este beneficio legal, en la medida en la cual no puede ser considerada tal la argumentación antes transcripta, por lo cual los magistrados que efectuaron su control y concedieron la suspensión del juicio a prueba no lo desplazaron en sus atribuciones de manera injustificada, sino que dichas atribuciones no fueron desplegadas en debida y correcta forma por aquél. En este sentido, si bien la aplicación de la *probation* no procede de manera automática frente a la mera solicitud del imputado, la oposición fiscal a su otorgamiento tampoco puede ser caprichosa o sistemática con total prescindencia de los elementos probatorios existentes en la causa. De lo contrario, esa misma *automaticidad* que los fiscales predicán en cuanto a la utilización excesiva de este instituto por parte de los magistrados, les cabría, también a los fiscales, con relación a sus propias oposiciones.

2. Por lo expuesto, en concordancia con la propuesta efectuada por la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, voto por **declarar mal concedido** el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 136/146.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Los agravios articulados remiten a la consideración de cuestiones tratadas en el precedente “Benavidez” (ya citado). Allí, tal como afirma el *a quo*, este Tribunal revocó una sentencia que concedió la suspensión del proceso a prueba pese a la oposición fiscal, sin que de ese pronunciamiento surgiese una posición de mayoría que permitiera trasladar idéntico resultado, automáticamente, a todos los supuestos análogos. Por ello, en estas actuaciones, los integrantes de la Sala I PCyF, retoman y profundizan los argumentos analizados en “Benavidez” para apoyar la sentencia de autos que, nuevamente, admite una *probation* en contra de la voluntad expresada por el representante del Ministerio Público Fiscal quien, ahora, requiere la intervención de este estrado en el marco del recurso de inconstitucionalidad concedido a fs. 162/164.

Sin perjuicio de dar por reproducidos los argumentos que expuse al votar la mencionada causa “Benavidez”, en lo que sigue, analizaré los

agravios esgrimidos por el recurrente ante los fundamentos brindados por el *a quo* en su intento por justificar la potestad de conceder una *probation* pese a la oposición del fiscal. Ello, a fin de lograr una acabada comprensión de las diversas cuestiones que compromete el debate de autos.

2. El recurrente postula que el pronunciamiento impugnado vulnera el sistema acusatorio, mientras que los jueces de mérito han sostenido que el principio acusatorio configura una garantía para el imputado y no puede quedar transformado en una prerrogativa a favor del órgano de persecución estatal. Esa condición es la que, a criterio del *a quo*, se presenta cuando bajo la invocación de la mencionada garantía se arriba a un resultado perjudicial para el imputado, en tanto se le veda el acceso a un mecanismo de solución de la controversia que, eventualmente, puede generar la extinción de la acción.

En realidad, conforme explicaré, la situación de equilibrio en la que el esquema acusatorio coloca al juez no sólo evita que pueda obrar sin estímulo en perjuicio del imputado, sino también impide que el juez deje inerte a la sociedad, en interés de quien está organizado el poder punitivo del estado. Ambas desviaciones justifican la descalificación del pronunciamiento viciado de tales defectos.

La verdadera dimensión bajo la que debe ser conceptuada el principio en cuestión se advierte en la jurisprudencia de la CSJN. En efecto, ese tribunal ha destacado que la Constitución Nacional “estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio” y, aunque la legislación nacional no se adecuó a ese objetivo, se puede reconocer una progresión normativa que lo va cumpliendo con lentitud —a veces exasperante aclara el fallo— y con el protagonismo de los estados locales (la referencia corresponde a las reformas introducidas ya en 1940 por la Provincia de Córdoba). Ello así, la Corte impulsa una interpretación progresiva de la garantía de modo tal que el rol del juez se ajuste al ejercicio de las funciones jurisdiccionales que, por regla, sólo a su investidura han sido confiadas por el constituyente sin ejercer por sí o neutralizar las que fueron asignadas a otros sujetos del proceso. El acusatorio, entonces, configura un modelo a profundizar por imperativo constitucional (Fallos 328:3399). Vale destacar que se trata de reflexiones formuladas a partir del propio texto de la Constitución Nacional, convalidadas por la interpretación plasmada desde el precedente “Mario Sixto Gomez” (Fallos 234:270), muy anterior a 1994, y asumida también por la jurisprudencia norteamericana sin la necesidad de mayores previsiones que las dispuestas por los preceptos que organizan la función judicial.

Desde esa perspectiva, se comprende por qué corresponde descalificar aquellas interpretaciones legales que autoricen a los jueces “a asumir potestades propias de la acusación, toda vez que ello se acercaría a un modelo de enjuiciamiento criminal diametralmente opuesto al que surge de la referencia constitucional, en el cual la actividad procesal asumiría un carácter monista que erigiría al juez en el único protagonista// Es

precisamente en razón de ello que suele objetársele al ‘paradigma mixto’ (o inquisitivo mitigado) el hecho de no responder cabalmente a las exigencias del modelo plasmado en nuestro diseño constitucional, por cuanto erige en objetivo supremo del proceso el triunfo de la verdad, al que deben contribuir—incluso a costa de omitir la distinción sustancial de roles— todos los órganos intervinientes, reflejando un método de acceso a la verdad de carácter unilateral, a la que se llega, no por medio del esfuerzo de las partes, sino por la investigación [léase intervención] de un órgano jurisdiccional que asume esa clase de protagonismo en todas las etapas del proceso” (Fallos 333:1687, voto del juez Zaffaroni).

En tal contexto, partiendo de que las ideas de organización del proceso penal según el principio acusatorio o sistema adversarial comparten, al menos, un núcleo de significado según el cual el juez no puede impulsar el proceso resulta casi obvio que esta regla nada predica acerca de la discrecionalidad mayor, menor o nula de que sea dotado el órgano al que se atribuye el ejercicio de la acción. Dicho en otras palabras, de la idea de que el juez obra como un árbitro y no como un jugador, idea que inspira la regla según la cual sólo un órgano distinto del juez puede impulsar el proceso, no se sigue que el fiscal (llamo así al órgano que tiene a su cargo ejercer la acción) pueda hacerlo a su arbitrio; tampoco que ese ministerio fiscal tenga el monopolio de la acción, ya que es concebible a la luz del principio acusatorio, aunque no igualmente del principio de oficialidad, que la acción sea ejercida por la víctima, y aun que haya más de un ministerio fiscal u otro querellante público¹. Pero, se sigue, en cambio, que la asunción del ejercicio de la acción por el juez no puede constituir un remedio legal para subsanar un incumplimiento por parte del fiscal del deber de acusar. Es decir, si el legislador quiere imponer al fiscal el deber de acusar sin acordarle margen para disponer de la acción atendiendo a circunstancias que el fiscal encuentra justificantes, puede hacerlo; pero, cualquier consecuencia que asigne al incumplimiento, a saber, sanción penal, remoción, apartamiento por su superior, deberá ser distinta de poner el ejercicio de la acción en manos del juez. Ello viene a demostrar la delicada relación que existe **entre división de poderes, el principio acusatorio y el de oficialidad.**

¹ A ese respecto tengo dicho que “...la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido, en precedentes tales como el caso de la muerte del menor Bulacio, un derecho de la víctima o de sus deudos a obtener condena, apoyado en el art. 25 de la Convención. Esta tesis está defendida especialmente en los votos de los jueces Cançado Trindade y Gil Lavedra. Si bien, tengo diversos reparos acerca de esta doctrina, lo concreto es que proviene de un tribunal al que nuestro país está sujeto, y debe ser atendida. Puede uno abrigar dudas acerca de su alcance a todo delito o a algunos protagonizados por funcionarios del estado, dato no menor, pues de él deriva la mayor o menor apertura de la potestad acusadora”, Luis Lozano, “El derecho al recurso en materia penal y la organización judicial”, Ponencia presentada ante el “Primer Seminario Internacional de Derecho Penal y Contravencional”, organizado por elDial.com, Buenos Aires, 11 y 12 de Septiembre de 2006.

Ilustro lo anterior con un ejemplo que probablemente suscite menos apasionamiento. Si una convención internacional nos compromete a no admitir la prisión por deudas, ciertamente no se sigue de ello que las deudas no deberán ser pagadas o que hacerlo sea voluntario, y nada impedirá que el legislador imponga el cumplimiento estricto de los contratos como deber, ni que sancione la inobservancia con intereses punitivos o algunas inhabilitaciones razonables; pero, claro está, la inhabilitación no podría ser para votar ni la sanción una multa convertible en prisión. Es que la prohibición de sancionar de determinada manera puede surgir tanto de un tratado internacional como de la Constitución; y los ejemplos presentados, en verdad, reconocen estas diversas fuentes. Pero, asumiendo, a la manera de Kelsen, que sancionar una conducta es el único modo que el derecho tiene de prohibirla, implica que la prohibición de una categoría de sanción no importa prohibición de proscribir determinada categoría de conducta, siempre que reste alguna clase de sanción por la que el legislador pueda válidamente optar. Otro ejemplo: seguramente coincidiremos en que, una vez cumplida una prisión preventiva igual al lapso que la ley prevé para la pena, el juez debe liberar al detenido (art. 187 CPPCABA). Si infringe ese deber ¿cuál sería la corrección? ¿podría el fiscal, en su calidad de funcionario público más próximo al hecho, revocar la prisión preventiva o darla por concluida?

Refuerza lo expuesto la circunstancia de que la propia división de poderes pone la acción fuera de la órbita de competencia del juez. Esto es así en el sistema estadounidense aun cuando su Constitución nada diga acerca del principio acusatorio. Acuñar este principio aparece como una necesidad para un mundo que, como el nuestro, inicialmente organizó su proceso penal con el modelo inquisitorial. En ese modelo, no existe división de poderes o, si se quiere ser benévolo, ella no es estricta. El juez ejerce la atribución de ser quien tiene la última palabra para condenar y, además, ejerce la función de perseguidor.

De lo anterior resulta que, dada la división de poderes que conocemos, el juez no puede ejercer la acción penal ni en conjunción con el fiscal activo ni en sustitución del poltrón.

3. A su turno, también ha destacado el *a quo* que afirmar que el órgano jurisdiccional carece de facultades para impulsar la acción sin estímulo, aspecto que no controvierten, no conduce luego a admitir por ello que exista impedimento para suspender el impulso o incluso extinguirlo si se dan los supuestos legales previstos al efecto, como ocurre, según apunta la Cámara, con el sobreseimiento.

La postura reseñada pretende demostrar que aunque se coincida en señalar que el juez no puede ejercer la acción, ello no impide, al mismo tiempo, reconocer que a fin de contrarrestar la discrecionalidad con la que el MPF determina su oposición a la *probation*, el juez debe poder controlar los argumentos brindados en apoyo de la negativa en cuestión.

4. Para analizar la discrecionalidad en el ejercicio de la acción y la admisión de la suspensión del juicio a prueba conviene precisar qué consecuencias generaría reconocer que la acción no ha sido confiada a la discrecionalidad del fiscal. Esta no es premisa evidente sino que, por el contrario, cada provincia tiene facultades para acordar mayor o menor discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, pues es derecho que le asiste, según expongo en “Benavidez” (ya citado). Mas, cualquiera fuera esa discrecionalidad, lo cierto es que quien resuelve consentir una suspensión del juicio sin que ella sea un imperativo legal, está obrando con algún grado de discrecionalidad. Cuando esa discrecionalidad es ejercida por el fiscal, queda depositada en un órgano que integra una organización jerárquica en cuya cima se encuentra un órgano elegido por el Jefe de Gobierno con dos tercios de votos de la Legislatura y por un período de siete años, es decir, un órgano que será reevaluado al cabo de ese lapso. Ese órgano expide instrucciones generales, es decir, no resuelve para el caso, y las pone en conocimiento de la Legislatura, que podría llegar a separarlo de su función (v. en lo pertinente arts. 5 y 18 de la ley 1903). Cuando un juez decide desestimar el requerimiento de juicio deducido por el fiscal, que en esto consiste acordar la suspensión pese a la oposición fiscal, viene a subrogarlo en el ejercicio de la acción, sin ninguna de las garantías mencionadas más arriba y, en verdad, no para afianzar el deber de perseguir sino para enervarlo.

Las profundas diferencias entre este último resultado discrecional y las potestades de esa especie verdaderamente conferidas a los jueces radican en que la *probation* involucra una decisión discrecional en materia de política criminal. Bajo determinadas circunstancias, se estima que la conducta posterior del imputado puede tornar innecesaria o inconveniente la sustanciación de un juicio y la consecuente posibilidad de condena. En cambio, la discrecionalidad atribuida al juez se refiere a la determinación de la pena y queda ligada a la valoración de una conducta, su relación con el bien jurídico afectado y las características personales del sujeto involucrado. Concretamente, los arts. 40 y ss. del Código Penal suministran al juez criterios relativos a cómo ejercer la discrecionalidad de la que otras disposiciones del mismo cuerpo normativo dotan al juez en los supuestos en que prevén sanciones divisibles. Esos criterios apuntan a apreciar la personalidad del sancionado y las características del hecho en el que participó, esto es, tienen un objeto común con el de la condena. En cambio, cuando se traslada al juez la potestad discrecional de acordar una *probation*, instituto supeditado como se dijo a una decisión de política criminal, y se acepta conferirle un rol activo incluso frente a la oposición del fiscal, o bien se lo transforma en autor de la política criminal mencionada o en autor del prejuzgamiento de las conductas eventualmente sujetas a la aplicación de una pena si no se dan, a la postre, los presupuestos que permiten declarar la extinción de la acción.

5. Dicho ello, es momento de volver sobre la índole de la decisión de suspender el juicio a prueba y cuáles son las cuestiones que ella compromete.

El art. 76 bis, CP, menciona la solicitud de que el proceso quede suspendido a prueba como una petición al alcance del imputado. No emplea, sin embargo, la voz “derecho”, ni establece que baste que la pena no exceda los tres años sumado a la reparación del daño para obtener el beneficio. No menciona el ejercicio de la acción por el fiscal o la víctima ni si puede el juez negarla o bajo qué condiciones podría hacerlo, salvo la hipótesis de que no considerara suficiente la compensación del daño. Luego el legislador confiere al juez la facultad de fijar las reglas de conducta (art. 76 ter, CP).

Ante este panorama, también conviene recordar que acorde con aquello que quedó expuesto en mi voto en el precedente “Benavidez” (ya citado), el cuarto párrafo del art. 76 bis del CP no puede conducir a leer el resto del precepto a *contrario sensu* para asignarle, mediante ese mecanismo hermenéutico, un significado que se aparta del reparto de competencias propio del régimen federal y conferirle al juez potestades ajenas al ámbito de la función jurisdiccional que tiene encomendada.

En tal sentido, aún cuando no pueda negarse que el lenguaje empleado en esos preceptos deja libradas al intérprete más de una alternativa, el sistema en que los arts. 76 bis y ter, CP, están insertos las reducen. Por una parte, dichas normas forman parte de la legislación que la Nación puede emitir en ejercicio de las atribuciones, por cierto enumeradas,² que las Provincias le delegan en el marco de la Constitución Nacional. Esas atribuciones no comprenden ni organizar el procedimiento, ni la justicia ni el ejercicio de la acción pública, que es del pueblo de la provincia en el supuesto de los delitos no federales. En juego armónico con este esquema de distribución de poderes, la acción está otorgada al pueblo de la provincia en la generalidad de los delitos, mientras que sólo asiste a la víctima en otros y queda supeditada a su voluntad en una tercera categoría. En cualquiera de esos casos rige el deber de la provincia de asegurar que la acción pueda ser ejercida, regla del art. 5 de la Constitución Nacional que no puede ser negada a la víctima ni hay razones para suponer que debería serlo al pueblo cuando es su titular. A la luz de un mismo principio, el C. Civil establece que los jueces no pueden negarse a fallar pues cuando “...una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la

² Mc Culloch v. State of Maryland 17 U.S. 316 (1819) ; Gibbons v. Ogden 22 U.S. 1 (1824) y, finalmente, American INS. v. 356 Bales of Cotton, 26 U.S. 511 (1828). El tema quedó desarrollado en extenso en el voto que emití en el precedente “Benavidez” ya citado.

cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” (art. 16 C. Civil).

El art. 76 bis no menciona el abandono de estas reglas ni hay razones para suponer que lo hace implícitamente o que recorta de algún modo la potestad de instarla. En tales condiciones, la titularidad de la acción subsiste. A la luz del sistema mencionado, el art. 205 del Código Procesal Penal de la CABA aparece como un modo válido de completar lo dispuesto por la ley nacional común, a la que, vale señalarlo, no se opone mientras no se adopte la interpretación que rechazo, entre otras razones, porque constituye una declaración de inconstitucionalidad implícita de dicho artículo local. Allí se prevé que “[l]a oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el Tribunal. Contra la decisión no habrá recurso alguno...”. Esta disposición no entra en colisión con ningún contenido explícito del art. 76 bis o los siguientes. Consecuentemente, y habida cuenta de que se desenvuelve en un campo propio de los estados locales cual es el del ejercicio de la acción cuando ésta es pública, reconocimiento ineludible en ausencia de un planteo de inconstitucionalidad, debe ser cumplido tanto como los artículos del Código Penal que tampoco vienen cuestionados. Unir ambas normas no es tarea difícil, y debió ser un objetivo priorizado por el *a quo* antes de recurrir a la declaración de inconstitucionalidad implícita, verificada al inaplicar las previsiones del mencionando art. 205 del CPPCABA, puesto que los preceptos en juego no contienen elementos explícitamente incompatibles, y los implícitos no pueden ser postulados si con ello se suscita la contradicción (doctrina de Fallos 255:192, 263:63; 267:478; 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 302:1600; 304:849; 308:1118; 310:500, 933, 937, 1012, 1797 y 2674; 311:254 y 2223; 312:111, 1484, 1017 y 1036; 313:1223, entre muchos otros).

6. La expresa prohibición de suspender el proceso en contra de la voluntad del pueblo manifestada por el fiscal, que contiene el art. 205 del CPPCABA, es suficiente para solucionar el caso que nos ocupa. Sin embargo, vale la pena detenerse en el examen de la filosofía institucional que inspira la solución. No se trata del solo cumplimiento del principio acusatorio, que el legislador asume sin relativizar, sino de algo más: la naturaleza de la evaluación que exige para obrar en pos de la suspensión. Se trata de analizar razones de política criminal o pronunciarse acerca de la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, hipótesis ambas que apuntan a evaluaciones ajenas al juez. Estos juicios no pasan por la evaluación del acto o la de quien participa en su producción. Su objeto es la conveniencia de aplicar los recursos del sistema judicial y acusatorio priorizando algunos supuestos y, por consiguiente, postergando otros. Pasa, en síntesis, por la decisión de ejercer la acción. Y esto no puede recaer sino sobre el titular de la acción o aquel a quien éste ha confiado su ejercicio. En

otras palabras, al admitir la facultad del juez de revisar la decisión del fiscal se viene a investir al juez con una atribución que el estado local no quiere acordarle; y se lo hace suponiendo implícita esta solución en un texto que no la expone (art. 76 bis y ter CPN) ni, como principio, es apto para adoptarla, pues se trata de facultades locales (arts. 121 y 122 de la CN). Además, la activa reivindicación de la potestad de controlar al fiscal para, según vengo señalando, permitir el acceso a la *probation* de un modo que supone disponer de la acción penal sustituyendo al agente fiscal, resulta curiosa por reflejar un rumbo contrario al marcado en los precedentes mediante los cuales las Salas que componen la Cámara PCyF declaran la inconstitucionalidad de la mediación como modo válido de solución alternativa del conflicto con la ley penal. Mientras que en la mediación se impide al fiscal recurrir a la composición del pleito sin juicio, la interpretación asignada al art. 76 bis por el *a quo* le traslada una posibilidad similar de enervar la acción al juez. Comprendo que quien cree que todos los procesados son ladrones de gallinas vea bueno que además de poder acceder el fiscal constituya el juez una segunda carta u oportunidad, pero, ¿dirán lo mismo cuando el juez dé la *probation* a quien el fiscal quiere procesar por algún delito como el del rico lesionando al pobre o el que abusa de armas o quien comete un delito en perjuicio de la Administración Pública?

7. Veo oportuno hacer algunos comentarios acerca de la relación entre los arts. 76 bis del CP y 205 del CPPCABA referidos a lo largo de este voto.

La primera de ellas es que mientras la tesis del *a quo* prescinde del art. 205 CPPCABA a la hora en que éste establece el carácter vinculante de la voluntad manifestada por el fiscal, no repara en la circunstancia de que el art. 76 bis CP no pide fundamento alguno en el párrafo en que remite a la oposición del acusador. En cambio, luego la interpretación del *a quo* se apoya en el art. 205 CPPCABA para exigir fundamento; y lo que es más significativo entiende que la consecuencia de que el juez no vea suficiente el fundamento dado por el fiscal es que puede sustituirlo en el ejercicio de la acción, en este supuesto en el no ejercicio, curiosamente depositando esa capacidad de neutralizar en un órgano, el judicial, que no puede ni indultar ni conmutar penas. Trasladar la interpretación del *a quo* a delitos de acción privada supondría aceptar que el juez puede desatender la oposición de la víctima, no ya en perjuicio de la sociedad, sino en desmedro de lo previsto por el art. 25 de la CADH si se estima que tal precepto abarca todos los delitos. En ese terreno, resulta por demás ilustrativo considerar las consecuencias aludidas para el supuesto de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 73 del CP).

Pues bien, la circunstancia de que el art. 76 bis CP no requiera explicación alguna no obedece, obviamente, a que suponga frivolidad o capricho en el acusador. No es otra cosa que la solución habitual cuando a un sujeto se atribuye una acción: se le pide que reúna recaudos para su

progreso o se la desestima cuando ello no ocurre, pero no se le pregunta por qué quiere ejercerla o por qué omite hacerlo. Tampoco sustituye el juez la omisión sino que, cuando el orden jurídico no quiere dejar librado a la sola voluntad del titular el ejercicio de una acción busca la figura de un ministerio pupilar, de un síndico en un concurso, de un acreedor en el supuesto del art. 1196 del C. Civil y así en otros supuestos.

Un segundo aspecto a ser destacado es el contenido del posible fundamento. Nadie parece negar la posibilidad de que un fiscal acceda a acordar una *probation* con base en su temor a no obtener condena por falta de prueba, y tampoco se ha exigido una manifestación expresa en tal sentido, aunque en esa hipótesis, es pensable que tendría mayor apego a derecho llegar a una absolución basada en el principio de inocencia. En cambio, sí se pretende descalificar la falta de precisión argumental cuando el fiscal rechaza la suspensión del proceso a prueba y busca una condena, supuesto en el que, si tiene fundamento, la debería obtener, por cierto, exhibiéndolo y, si carece de él, obtendrá la absolución el imputado. En resumen, la exigencia de fundamento aparece, en el discurso que examino, como un prerequisite del ejercicio de la acción; y es en el marco de este discurso concebible que hubiera fundamento para condenar, pero no para instar la acción. Ya queda para el juez la posibilidad de suspender la ejecución de la condena en determinadas circunstancias; en cambio, nada dice la ley acerca de que la *probation* pueda ser usada como sustituto abreviado de la ejecución condicional.

Otro aspecto a considerar. ¿Aspiramos a que los jueces controlen a un fiscal que dijera: no voy a admitir la suspensión porque estas acciones están sumamente difundidas, tanto que atemorizan al pueblo y existe la creencia de que nadie será penado por ellas? ¿Qué control podría efectivamente desarrollar el juez?

8. A esta altura de la exposición los textos normativos analizados no respaldan la posibilidad de presentar la *probation* como un derecho del imputado que no puede serle restringido en la medida en que haya satisfecho las condiciones previstas en el art. 76 bis, a saber, en el primero de sus supuestos, ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño y que su conducta no sea susceptible de sanción mayor a tres años de prisión o reclusión. Basta destacar que esta interpretación permitiría fundar el derecho, por ejemplo, de infringir las lesiones del art. 89 o incurrir en el abuso de armas del art. 104 siempre que se repare adecuadamente el daño ocasionado. No viene ello impuesto por el texto del citado art. 76 bis, ni posibilitado por una interpretación sistemática ni parece que constituya la voluntad legislativa o la que una ética liberal imponga. Antes bien, resulta más armónico con el sistema efectuar el análisis que indica el art. 205 de la ley adjetiva de la CABA.

Aunque el *a quo* con cita del precedente “Acosta” propone una tesis contraria, pasa por alto que en ese precedente, la CSJN, al describir la

interpretación que descartó por arbitraria, dijo que la sentencia impugnada había sostenido “...que la conformidad fiscal con la procedencia de la suspensión del proceso no era vinculante y que ‘...al prever dicha figura en abstracto y en su máximo una pena de seis años de prisión, el beneficio se torna improcedente, pues supera el límite de tres años de prisión que impone el art. 76 bis, 1° y 2° párrafos del Código Penal’ (el subrayado me pertenece)”. En ese contexto, las referencias del máximo tribunal federal a un derecho a obtener una suspensión del proceso a prueba no pueden ser leídas con independencia de la circunstancia de que en el caso existía una voluntad fiscal favorable a la concesión del beneficio y que era el juez quien se había negado a otorgarlo con base en una interpretación de la ley que la Corte Suprema desechó por errada. Así las cosas, del precedente mencionado no puede extraerse una conclusión contraria a la aquí postulada (cf. mi voto en “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de apelación en autos Estigarribia, Federico Milcíades y otro s/ infr. art. 189 bis CP, portación ilegítima de arma de fuego de uso civil —apelación—”, expte. n° 6821/09, sentencia del 13/10/2010).

9. Mención aparte merece el ejemplo usado por el *a quo* para demostrar, a partir de la figura del sobreseimiento, que los jueces tienen potestades para extinguir una acción (ver punto 3 primer párrafo de este voto) pues, más que aportar un elemento de convicción al debate, muestra la desorientación que preside el razonamiento formulado, en tanto no se repara en la diversa naturaleza de los institutos o funciones que se pretende asimilar. Mientras que resulta evidente que el sobreseimiento, como la absolución, revisten carácter jurisdiccional, la decisión de requerir la elevación a juicio, la de proponer una *probation* o negarse a pactar la suspensión no revisten tal carácter. En realidad, los diversos modos en que la legislación ha reconocido la figura del sobreseimiento (vgr. provisorio) son muestra evidente de las necesidades de un proceso inquisitorial.

10. Por otro lado, la tesis de la Cámara según la cual la viabilidad de la *probation* quedaría determinada por la circunstancia de estar frente a un delito que, en las condiciones del *sub examine*, admitiría una condena en suspenso tampoco puede prosperar.

A ese respecto el *a quo* soslaya que “...desde la perspectiva del imputado, la decisión de suspender el proceso a prueba guarda semejanza con facultades propias del ámbito jurisdiccional. Así, aplicar penas y decidir dejarlas en suspenso puede tener insisto, para su destinatario, similitud con obtener una *probation* que difiere una posible condena o, directamente, la reemplaza por reglas de conducta cuyo cumplimiento puede suscitar la declaración de extinción de la acción penal (art. 76 ter CP). En ambos supuestos, la decisión final en torno a la aplicación de una pena depende del

juez. Empero, contemplada esa faceta, no se han brindado fundamentos normativos que permitan identificar el ejercicio de la acción con una función del juez. Ese poder sobre la acción es el que se le transmite cuando se acepta que puede suspender el proceso a prueba mediando oposición del fiscal. **Sin embargo, suspender una pena y suspender una acción no son supuestos asimilables** (cf. mi voto en “Benavidez” ya citado, las negritas no corresponden al original).

Por otra parte, acorde al precedente “Taboada Ortiz” del TSJ la existencia de una condena no es inocua porque se ha estimado válido que el legislador compute ese dato para establecer penas agravadas (TSJ en Expte. n° 6457/09 “Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil —CP— s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” y su acumulado expte. n° 6462/09 “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Taboada Ortiz, Víctor Fernando s/ infr. art. 189 bis CP’”, sentencia 29 de julio de 2009).

11. A su turno, a criterio del *a quo*, al otorgarse carácter vinculante a la oposición del fiscal se vulneraría la garantía de igualdad por cuanto el juez quedaría impedido de analizar los argumentos que la defensa despliega frente a la oposición en cuestión.

La argumentación pierde de vista cuál es el ámbito de protección de la garantía invocada y pretende aplicarla a un supuesto que no guarda ninguna relación con las previsiones del art. 16 de la CN y 13 de la CCBA. En efecto, no se cuestiona la regulación de la *probation* por brindar un tratamiento diverso a situaciones asimilables en perjuicio de la regla de igualdad que proscribe las distinciones arbitrarias. Al no ser tal el objeto de discusión, resulta desacertado recurrir al principio de igualdad pues su estudio nada aporta al debate suscitado. La igualdad de armas no implica restringir la posibilidad de acusar encomendada al fiscal, sino que impone que, ante su ejercicio, la defensa cuente con los remedios procesales aptos para lograr el control y decisión de los aspectos que comprometan el ejercicio de competencias materialmente jurisdiccionales entre las que, acorde lo ya dicho, no está incluida la posibilidad de transformar la voluntad del fiscal de peticionar la remisión a juicio en una suspensión del proceso a prueba. Del mismo modo, aunque el fiscal puede obrar en condiciones especiales en bien de la ley, no por ello puede pedir explicaciones ni refutar al defensor aun cuando éste no escoja buenos argumentos defensivos. Tampoco podría hacerlo el juez. Defenderse es derecho personalísimo.

12. Para finalizar, conviene recordar que en “Benavidez” sostuve que “[l]a soberanía popular es, queda claro, un dato central en nuestro sistema constitucional. Una parte importante de la discusión de autos se ha pretendido apoyar en la idea de que la regulación de fondo en materia de suspensión del juicio a prueba condiciona el modo de organizar los procesos

judiciales en sede local. Esa postura conduce a leer que el art. 76 bis del CP otorga al juez la potestad de suspender el ejercicio de una acción que el Fiscal, al no consentir el pedido de acceder a una *probation*, pretendía impulsar. Necesariamente una lectura tal **supone asumir que la titularidad de la acción reside originalmente en el órgano legislativo** que, por tanto, podría administrar el modo en que atribuye su impulso. Sin embargo, no es esa la posición que en el punto asumen la CN y más de tres cuartos de las constituciones provinciales (entre ellas art. 104 inc. 8 CCBA) que **al otorgar la facultad de indultar al Poder Ejecutivo atribuyen la titularidad en cuestión a esa rama del gobierno y no al Poder Legislativo**// Por lo demás, no se conocen supuestos en que el Congreso Nacional haya asumido la potestad de indultar por sí o facultado al PEN a hacerlo respecto de delitos sujetos a jurisdicción provincial” (el destacado no figura en el original). Dicho de otro modo, para que el legislador pudiera conferir al juez la posibilidad de transformar un requerimiento de juicio en uno de suspensión del proceso a prueba, debería tener un dominio sobre la acción que, acorde con las previsiones mencionadas, no le corresponde pues, tal como lo demuestra la figura del indulto, una disponibilidad tal aparece conferida al Poder Ejecutivo pero no al legislador.

Por las razones dadas, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de fs. 123/132 y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

La cuestión que se debate en esta causa resulta análoga a la resuelta por el Tribunal *in re* “*Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/ inf. art. 189 bis CP’*”, expte. n° 6454/09, resolución del 08/09/2010.

En consecuencia, me remito, en lo pertinente, a los argumentos y a la solución expresados en el precedente citado (punto 2 y 3 del dispositivo), del que se agregará copia para que forme parte de este pronunciamiento.

Así lo voto.

El juez Esteban Centanaro dijo:

Adhiero al voto del doctor José Osvaldo Casás, en tanto allí se remite al precedente “Benavidez”, ya citado.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, **revocar** la decisión de Cámara, del 15/10/10, y dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba, debiendo continuar el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.