En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 09 días del mes de Junio del año 2008, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, presidido por el señor Ministro Jorge Pfleger e integrado con los señores Ministros Juan Pedro Cortelezzi y Alejandro Panizzi, para dictar sentencia en *"A., R. M. p.s.a. Retención indebida-ciento setenta y seis hechos" (Expte. 21.062-Folio 28-A-2007)*.

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 485: Pfleger, Cortelezzi y Panizzi.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Por consecuencia de la casación ha venido a consideración de esta Sala la resolución registrada con el número 112/2007 emitida por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn, que el día 6 de Septiembre de 2007, resolvió rechazar la suspensión de juicio a prueba solicitada por G. G. M. en favor de su defendido R. A. (art. 76 bis, cuarto párrafo del C.P.)

II. Contra ella se alzaron (ver las constancias de fs. 450/454) los Defensores de confianza del acusado, doctores G. D. H. y A. A. P., quienes denunciaron, en sostén de su recurso, que la apelada había incurrido en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, por haberse interpretado en forma errónea las

disposiciones de los arts. 76 bis, párrafo cuarto y 173 inc. 7 del Código Penal.

También pusieron de manifiesto que se habían soslayado las disposiciones de los arts. 18 y concordantes de la Constitución Nacional, en desmedro de su cliente de ellos.

Luego de reconocer que el dictamen del fiscal es vinculante, afirmaron que, en el caso, el representante del Ministerio Público Fiscal se limitó a formular una simple negativa u oposición a lo solicitado por el imputado pues, en su opinión de ellos, evitó adentrarse en los argumentos y realizó solo una enumeración de las razones aludidas.

Además, consideraron que las causas impeditivas invocadas no resultaban conforme a derecho.

Indicaron que la pena de inhabilitación como principal es la única que impide el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, pues ello implica interpretar el art. 76 bis 8° párrafo del Código Penal de la forma que mejor se concilia con el principio de mínima intervención penal.

Expresaron que los hechos endilgados se enmarcan en el del delito de administración fraudulenta prevista en el artículo 173 inciso 7° del C.P. y que como el Tribunal no había corregido la calificación legal en el sentido que ellos peticionaron, se hace evidente el agravio

que da fundamento al recurso, pues "...el Tribunal no ha dado adecuado tratamiento a la cuestión planteada...".

Luego de referir a los hechos tal como pensaban que debían adecuarse, pusieron de relieve que aquellos que ahora se le reprochaban no eran independientes y debían ser considerados como un todo lo que repicaba, a su entender de ellos, en que : a) la reiteración de conductas similares no incrementaba la escala del delito y b) que tratándose de un delito continuado , los hechos de esta causa no son ni más ni menos que la continuación de los hechos de la causa A. (sic), causa en la cual se otorgara la suspensión de juicio a prueba a A..

Insistieron en el tema atinente a la unidad de los hechos en relación con la calificación que estimaron aplicable, y derivaron en que "...los distintos episodios infieles no implican reiteración, no multiplican el delito que sigue siendo único e inescindible..." situación que, desoída por el "a quo", violentaba el derecho de defensa en juicio y debido proceso legal.

Luego de citar opinión de N. en punto a los delitos de "apropiación indebida" y "administración fraudulenta", señalaron que "...el no tratamiento por parte del auto recurrido..." les causaba un gravamen de imposible reparación ulterior "...ello sin perjuicio de la errónea interpretación normativa

respecto del delito que se me imputa- art. 173 inc. 7° del C.Penal...” (sic)

Tornaron a las citas y concluyeron en que el resolutorio carecía de los requisitos propios de fundamentación, pues – repitieron- había omitido adentrarse en los planteos formulados por la defensa al momento de solicitar la suspensión de juicio a prueba.

Luego de repetir acerca de la procedencia del recurso por inobservancia o errónea aplicación de la ley, sostuvieron los casacionistas que no procedía la reparación del daño en el ámbito de esta causa, porque el Ente recaudador ha iniciado acciones vía civil para obtener dicha reparación y que en dichas actuaciones el imputado se encontraba en vías de llegar a un posible acuerdo con dicho Organismo. Explicaron su posición con cita de fallos de esta Sala y de otro Tribunal, que – según ellos- dimensionaban la significación del reparo.

Finalmente peticionaron que se otorgara la suspensión del juicio a prueba previsto por el artículo 76 bis del Código Penal.

III. He sostenido en otras causas, que el instituto cuya aplicación se pide tiene como objetivo suspender la persecución penal a prueba de la conducta del imputado, postergando “....el juicio sobre el autor y su acto a la espera de que el cumplimiento de las obligaciones impuestas confirme el pronóstico sobre la adecuación social

de la conducta del imputado, vaticinio o predicción que se formula sobre la base de la menor gravedad del hecho y de la delincuencia primaria..." (Mensaje del Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación, 12 de Agosto de 1992, Diario de Sesiones).

Mantengo invariable que el art. 76 bis del C.P. estatuye los requisitos que tornan viable la llamada "probation" y que son: **1°)** que el delito que se atribuye al beneficiario tenga pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, considerado en abstracto; **2°)** que sea aplicable al caso la condena de ejecución condicional; **3°)** que el imputado ofrezca hacerse cargo de la reparación de los daños del delito; **4°)** que el imputado abandone en favor del Estado los bienes que resultarían decomisados en caso de condena; **5°)** que haya consentimiento fiscal, resultando improcedente toda petición que no reúna las exigencias enunciadas.

Respecto al alcance de la oposición Fiscal coincido, como lo hiciera otrora, con el criterio sentado por la Cámara Nacional de Casación Penal SALA IV, emitido en folios "OUTES, Eduardo s/recurso de inconstitucionalidad" del 02/07/2004 aparecido en el periódico virtual "eldial.com" recibido el 29/9/2004, que entre otras cosas confirmó que el "... carácter vinculante de la oposición fiscal deriva de que a esa parte le incumbe la promoción y el ejercicio de la acción

pública por mandato del artículo 120 de la Constitución Nacional; y en particular, de que esa facultad privativa se encuentra expresamente prevista no sólo en la ley que estamos estudiando -como ya se ha visto- y en el Código Procesal Penal de la Nación (artículos 65 y cc.), sino también -en consonancia con la referida norma constitucional- en la reciente Ley Orgánica del Ministerio Público (N° 24.946, sancionada el 11/3/98 y promulgada parcialmente el 18/3/98, B.O. del 23/3/98), cuando señala entre las funciones que corresponden al Ministerio Público (Título II, Sección I, artículo 25): a) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; ... b) Representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera; ... c) Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales .... Por ello, cuando el fiscal expresa su oposición a la suspensión del proceso, ... no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción. Y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el tribunal, que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende de la conformidad fiscal....".

Sin perjuicio de que las normas citadas lo sean de orden federal no puede negarse la simetría con los preceptos locales en la materia, en particular el art. 195 de la Constitución de la Provincia del Chubut y la propia ley de organización del Ministerio Público, siendo consecuentemente aplicable el criterio sentado por la casación nacional.

Ésta, en el precedente de marras, estableció además que "...la conformidad fiscal resulta imprescindible para suspender el juicio, y su oposición es vinculante para el tribunal, pues la ley no se contenta con la mera citación o traslado al fiscal, sino que exige consentimiento; pero una vez que 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...".

Sin perjuicio de lo expuesto soy de opinión que la suspensión del juicio a prueba se encuentra estrictamente regulada por la norma en todo lo que hace a sus condiciones de procedibilidad, no quedando éstas sujetas a la discrecionalidad de ningún funcionario que facilite desigualdades arbitrarias (artículo 16 de la Carta Magna), por lo que no se altera en forma alguna el mandato contenido en el artículo

18 de la Constitución Nacional la oposición del Ministerio Público Fiscal que está sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional.

IV. Sentado lo expuesto y examinado el dictamen fiscal ponderado en la motivación de la sentencia en crisis, estimo que el mismo cumple con los requisitos indispensables de aptitud para ser considerado.

La enunciación de los obstáculos a la concesión del instituto en cuestión fue clara y con apego al derecho vigente.

La primer valla que indicó el representante del Ministerio Fiscal fue la calificación del delito y la previsión que el mismo había anticipado en el requerimiento de elevación a juicio, cual fue la aplicación -en el caso de sobrevenir una condena- de inhabilitación especial prevista en el artículo 20 inc. 3° del Código Penal.

Al respecto, señalo que no es factible discutir en el curso del trámite que aquí se trae la adecuación legal formulada por el Ministerio Público en el acto requirente. Por definición, el instituto no permite polemizar acerca de la certeza sobre los hechos o la culpabilidad del imputado, ni establecer debate respecto de la corrección o incorrección de la calificación legal que campea en la etapa en que la aplicación de la suspensión del juicio se plantea.

El Juez al decidir se apegará a esos datos y no podrá generar un nuevo diálogo al respecto.

Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, a través de la Sala Penal, que se ha pronunciado en el mismo sentido cuando en autos "López M.A. del 16/02/07 s.c. 1/07 ha sentado que "...El hecho que el Juzgador debe tener en cuenta a fin de analizar la procedencia de la suspensión de juicio a prueba es el descripto en la pieza acusatoria; y las circunstancias a las que remite al 4to. Párrafo de la citada regla, son las relativas al hecho descripto en la acusación..." (ver JPBA síntesis de Fallos, F. 160, páginas 92/93)

Esto despoja a esta Sala, como hicieran los sentenciantes, de la obligación de considerar si hay –como lo alega el recurrente- "continuidad delictual" o, como ha ponderado el Ministerio Fiscal, cientos setenta y seis hechos de "...Retención indebida..." del art. 173 inc. 2° del Código Penal; criterio recogido por el señor Juez a cargo de la Instrucción al resolver la oposición a la elevación a juicio en el interlocutorio que esta añadido de fs. 290 a 291.

Creo incorrecta, desde esa misma perspectiva, la afirmación realizada por la Defensa Técnica respecto a que la inhabilitación, para ser capaz de obturar la aplicación de la vía procesal por ella requerida, debe estar contemplada en el

artículo que describe la conducta prohibida; pero no me adentraré en esas honduras, pues otras circunstancias impedientes sustraen de esa discusión.

Es que en el control de logicidad y legalidad de la proposición fiscal, la "a quo", atinadamente para mí, puso el dedo en la existencia de una condena anterior impuesta al señor A. por el Tribunal Oral Federal de Comodoro Rivadavia (ver los antecedentes de fs. 439), la que por los efectos sobre una condicionalidad ulterior se yergue como valla legal al instituto que se pretende, tal como lo había apuntado el actor público.

Esto, mal que le pese a los Defensores del incuso, es un impedimento para la concesión de la suspensión del trámite por expresa disposición de la Ley de Fondo, artículo 76 bis del C. P.

El rechazo por la "a-quo" no es una mera manifestación de voluntad infundada, un abusivo ejercicio del poder vedado a los jueces. Se trata de un pronunciamiento fundado, en los límites que exige la norma, teniendo en cuenta, otra vez, los requisitos que concurren a su aplicación, especialmente la existencia de oposición fiscal lógica y basamentada.

Sin perjuicio de lo reseñado, ha de tenerse presente, además, que la Ley 4743 sancionada el 31 de junio de 2001 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de agosto del mismo año, en su

artículo 12 "in fine", ha establecido como límite temporal para la interposición del pedido de suspensión del juicio a prueba, la citación a juicio.

Si tenemos en cuenta que en autos ese momento se plasmó mediante el dictado del decreto del 11 de octubre de 2006 (ver fojas 307), y la solicitud del beneficio aludido fue deducida el 11 de mayo de 2007 (fojas 382), la interposición fue materializada fuera de término y hubiera justificado su rechazo "in límine".

V. He de concluir, entonces, que corresponde rechazar la casación con costas y homologar la resolución recurrida, procediendo a regular los honorarios de los doctores G. D. H. y A. A. P., por su actividad desarrollada, el esfuerzo intelectual desplegado y el resultado obtenido en cuatrocientos pesos ($ 400.-) en forma conjunta, no incluye I.V.A. (Ley 2.200, artículo 14).

Así me expido y voto.

El Juez **Cortelezzi** dijo:

Conforme a la doctrina sentada por este Cuerpo en autos: *"P., C. H. S/ administración fraudulenta"* (sentencia del 5 de diciembre de 2006) y *"H., J. C. s/ homicidio"* (sentencia del 31 de enero de 2007), el consentimiento fiscal es una de las condiciones que nuestro ordenamiento exige para tornar viable la *´probation´*.

La letra del artículo 76 bis, cuarto párrafo establece claramente: *"...Si las circunstancias*

del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, ***y hubiese consentimiento fiscal****, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio...”.*

Por otro lado, el dictamen fiscal obrante a fs. 438 cumple con los requisitos de logicidad y fundamentación. Así, hizo referencia a la pena de inhabilitación especial que pudiera corresponderle por el artículo 20 bis, inc. 3°; el antecedente condenatorio que registra el imputado, como así también la calificación legal provisoria efectuada en el requerimiento de elevación a juicio.

Siendo ello así, soy de la opinión de rechazar el recurso de casación, con costas, y confirmar la resolución recurrida, debiéndose regular los honorarios de la Defensa Pública conforme lo dispone el juez Pfleger.

El Juez **Alejandro Panizzi** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Juan Pedro Cortelezzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente;

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la casación interpuesta a fs. 450/454, con costas (C.P.P. ley 3155, artículos 485, 486, 488 y concordantes).

2°) Confirmar la resolución protocolizada con el número 112/07, de fs. 444/vta.

3°) Regular los honorarios profesionales de los doctores G. D. H. y A. A. P., por la actividad desarrollada, el esfuerzo intelectual desplegado y el resultado obtenido en cuatrocientos pesos ($ 400.-) en forma conjunta, no incluye I.V.A. (Ley 2.200, artículo 14).

4°) Protocolícese y notifíquese

Fdo; Pfleger, Cortelezzi y Panizzi.-