

Principal en Tribunal Oral TO01 – Imputado: K , Alejandro s/
infracción ley 24.769.
FRO 42000440/2009/TO1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, rechazó el recurso deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal contra la resolución por la que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, actuando bajo el régimen unipersonal, hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba -por un año- respecto de Alejandro K , a quien se le atribuye “*haber provocado su insolvencia mediante la disposición a título gratuito (donación a sus hijos) de dos inmuebles [...] frustrando así su realización por parte del fisco acreedor, luego de haber tomado conocimiento en fecha 11 de junio de 2009 de la iniciación de un procedimiento administrativo tendiente a determinar su responsabilidad solidaria por la deuda de la firma ‘T SA’*” (resolución del 20 de diciembre de 2019, que se encuentra disponible en formato digital ante V.E).

Al efecto, el juez que presidió el acuerdo del *a quo* se remitió a su voto en el pronunciamiento en la causa “*Tortone, Lisandro y otros s/ recurso de casación*”, del 16 de febrero de 2012, en cuanto sostuvo que “*el dictamen fiscal debe reunir las exigencias de fundamentación y sólo es vinculante cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa. En ese orden, la doctrina de nuestro cimero tribunal nacional ha establecido que: ‘[l]a ley procesal permanentemente somete a los fiscales al control jurisdiccional, en cuanto que son los jueces quienes tienen la facultad de decidir si corresponde que la persecución penal siga progresando’ (Fallos:*

327:5863, in re ‘Quiroga’, considerando 33, el resaltado no es del original)” -página 4 de ese archivo digitalizado-.

Agregó, respecto del ofrecimiento de reparación del daño que formuló el imputado, que “*al votar en la causa ‘Pignataro’ (causa n° 15.383, caratulada: ‘Pignataro, Ernesto Guillermo s/recurso de casación’, reg. n° 463/13, rta. 2/5/13, entre otras) esta sala tuvo ocasión de señalar que el ofrecimiento no debe ser entendido como la indemnización prevista en el artículo 29 de la ley material, sino sólo como una posibilidad que propone el encausado, la cual no es óbice para disponer la suspensión del procedimiento a prueba, pues el ofendido conserva habilitada la promoción de la acción civil correspondiente. Asimismo, allí se indicó que la consecuencia necesaria que produce el rechazo de la víctima de la propuesta reparatoria del imputado consiste en eliminar la obligación de reparar como exigencia que debe ser cumplida durante el plazo de prueba para obtener la extinción de la acción penal. El rechazo de la víctima, en este aspecto, equipara el régimen de la suspensión al de los delitos que no requieren reparación del daño...*” (página 5).

En cuanto a la decisión del tribunal oral, sostuvo que “*se encuentra fundada, en tanto no se advierte -ni así tampoco la parte querellante ha demostrado- que se trate de una decisión arbitraria, toda vez que se evaluó y decidió respecto de la solicitud de suspensión de juicio a prueba con arreglo a los extremos legales que regulan su procedencia y, a su vez, con ajuste a las circunstancias probadas en el sub examine*” (página 6). Y añadió que “*por lo demás, se impone memorar que el análisis del artículo 76 bis CP no puede ser*

Principal en Tribunal Oral TO01 – Imputado: K , Alejandro s/
infracción ley 24.769.
FRO 42000440/2009/TO1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

sino realizado a la luz del principio pro homine, lo que así ha sido especialmente consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo ‘Acosta’ (Fallos, 331:858)” (página 7).

Por su parte, la magistrada que se pronunció en segundo término consideró *“que las razones brindadas por la fiscal general, al oponerse a la concesión del instituto, no se encuentran adecuadamente fundadas pues no constituyen un juicio de oportunidad sostenido en razones de política criminal vinculadas con el caso concreto, sino que se refieren únicamente a la reparación ofrecida, extremo que -a mi criterio- no resulta óbice para la concesión del instituto”* (ídem). Además, coincidió con el voto anterior en cuanto a que *“el ofrecimiento de reparación no debe ser entendido como la indemnización prevista en el art. 29 de la ley material, sino sólo como una posibilidad que propone el imputado”,* y en que *“en aplicación del principio pro homine, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consagrado la tesis amplia sobre la interpretación que cabe efectuar del artículo 76 bis del Código Penal”* (ibídem).

Por su parte, el magistrado que emitió el tercer voto, en disidencia, consideró que la exigencia de consentimiento fiscal previsto en el artículo 76 bis del Código Penal *“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”*. Con cita del fallo plenario que dictó la entonces Cámara Nacional de Casación Penal en los autos *“Kosuta, Teresa Ramona s/ recurso de casación”*, añadió que *“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”. Y concluyó que, en el presente, “la oposición fiscal a la concesión de la probation fue debidamente fundada, toda vez que se consideró irrazonable el monto ofrecido en concepto de reparación” (páginas 8/10).

Contra dicha decisión, el fiscal general dedujo el recurso de apelación del artículo 14 de la ley 48, que fue concedido - el que también se encuentra disponible en formato digital ante el Tribunal-.

II

El recurrente alegó la arbitrariedad del pronunciamiento.

Señaló que esa cámara pasó por alto de manera irrazonable, y tornó inoperantes, las disposiciones que regulan la suspensión del juicio a prueba.

Al respecto, destacó que el artículo 76 *bis* del Código Penal establece con claridad que para suspender el juicio a prueba es preciso contar con el consentimiento del fiscal, y su opinión

Principal en Tribunal Oral TO01 – Imputado: K , Alejandro s/
infracción ley 24.769.
FRO 42000440/2009/TO1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

en consecuencia resulta vinculante, no sólo cuando consienta la aplicación del beneficio como lo entendió la mayoría, sino también cuando se oponga. Agregó que al desconocerle ese valor a su dictamen sobre la materia, el *a quo* ha tornado irrelevante e innecesaria su participación en el análisis de la eventual procedencia del instituto en el caso concreto.

Expresó que, de conformidad con los artículos 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación y 29 y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público -según la redacción de las leyes 24.946 y 27.148, respectivamente-, corresponde de manera exclusiva a éste la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en causas criminales y correccionales, la que deberá iniciar de oficio siempre que no dependa de instancia privada, y su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar excepto en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley.

Con invocación de la doctrina de la Corte según la cual “*es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas cuando es claro y no da lugar a dudas (CSJN, Fallos: 120:372)*”, destacó que la conjunción “y” prevista en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal indica claramente que la conformidad del fiscal es una condición inexorable para la suspensión del juicio a prueba, y añadió que la inteligencia que hizo el *a quo*, en el sentido de que el dictamen sólo es vinculante cuando aquél brinda su consentimiento, implicó agregar a dicha disposición un término que no está previsto y que además resulta contrario al espíritu de esa norma.

Agregó que en el presente la oposición de la representante del Ministerio Público a la suspensión del juicio estuvo debidamente fundada, ya que se basó en el análisis del instituto como mecanismo de solución alternativa del conflicto, por el que concluyó que el ofrecimiento de reparación del daño exigido por la norma en cuestión fue, en el caso, irrisorio.

Añadió que el fiscal debe analizar y valorar el cumplimiento de esa condición, aspecto sobre el cual, además, corresponde escuchar la opinión de la víctima -aunque no sea vinculante- por razones de política criminal que imponen considerar su interés.

Además, con cita de la resolución PGN n° 13/19 de esta Procuración General sostuvo que al analizar la solicitud de suspensión del juicio a prueba *“los fiscales no sólo deben evaluar el cumplimiento de las condiciones requeridas en la legislación, sino que también deben hacer una valoración sobre las circunstancias que atañen a las características del hecho o de su autor y son indicadores de la necesidad de llevar a cabo el juicio o de la ausencia de disposición para cumplir los compromisos asociados al instituto”*. Y refirió que aunque el artículo 76 *bis* del Código Penal no exige una reparación integral, requiere el esfuerzo del interesado en demostrar su intención de componer el conflicto, el que constituye uno de los fundamentos del instituto.

En ese sentido, destacó que la oposición de la auxiliar fiscal a la aplicación del beneficio en el caso estuvo debidamente fundada en razones de política criminal referidas al caso

Principal en Tribunal Oral TO01 – Imputado: K , Alejandro s/
infracción ley 24.769.
FRO 42000440/2009/TO1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

concreto, puesto que valoró la reparación ofrecida en relación con la gravedad de las maniobras atribuidas, las que, precisamente, consistieron en el desprendimiento de bienes con la intención de lograr su insolvencia frente a un reclamo del organismo recaudador. Sobre esa base, concluyó que el dictamen resultaba entonces vinculante e impedía en el caso la suspensión del juicio a prueba.

Además, el apelante señaló que, en tales condiciones, el pronunciamiento impugnado se apartó de manera infundada de lo dispuesto por esa cámara en el citado fallo plenario “*Kosuta*” acerca del carácter vinculante del dictamen fiscal en la materia.

Por último, criticó la invocación que el primer voto hizo del precedente “*Quiroga*” (Fallos: 328:5863), por entender que sus consideraciones no resultan aplicables al presente en la medida en que las circunstancias del *sub examine* difieren de las que fueron objeto de examen en aquel caso.

III

A mi modo de ver, si bien la magistrada que votó en segundo término adhirió “*a la solución propuesta*” por su colega preopinante, no hizo suyos ni coincidió expresa o implícitamente con algunos argumentos que éste expuso -el carácter vinculante de la opinión del fiscal cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa; y que son los jueces quienes tienen la facultad de decidir si corresponde que la persecución penal siga progresando-. Y aprecio que, del mismo modo, el primer voto no cuenta con referencia alguna a

las ideas, expuestas en el segundo, de que el dictamen fiscal debería constituir un juicio de oportunidad con base en razones de política criminal vinculadas con el caso concreto, y que el requisito de ofrecimiento de reparación del daño no resulta en sí óbice para la concesión del instituto. Según advierto, sólo coinciden ambos en que *“el ofrecimiento de reparación no debe ser entendido como la indemnización prevista en el art. 29 de la ley material, sino sólo como una posibilidad que propone el imputado”*, y en que *“en aplicación del principio pro homine, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consagrado la tesis amplia sobre la interpretación que cabe efectuar del artículo 76 bis del Código Penal”*, de acuerdo con los términos empleados por la magistrada que se pronunció en segundo lugar. Por consiguiente, pienso que éstos son los únicos fundamentos sobre los que existe una sustancial coincidencia entre los votos que conformaron la posición mayoritaria.

Ahora bien, no paso por alto que el citado principio *pro homine* obliga a privilegiar la inteligencia legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (Fallos: 329:265; 331:858, considerando 6°; sentencia del 13 de marzo de 2012 en los autos F. 259. XLVI, *"F., A. L. s/ medida autosatisfactiva"*, considerando 17). Sin embargo, la exégesis de la ley no puede exceder el límite de razonabilidad, y la elección de la más favorable debe darse siempre dentro de lo que la norma admite (Fallos: 330:1989, considerando 8°; 336:672, considerando 10). Pienso que en el *sub examine* ni el tribunal oral ni el *a quo* expusieron una interpretación que cumpliera con tal exigencia.

Principal en Tribunal Oral TO01 – Imputado: K , Alejandro s/
infracción ley 24.769.
FRO 42000440/2009/TO1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

En ese sentido, cabe señalar que el Ministerio Público Fiscal no igualó, como pretende presentar la mayoría del pronunciamiento apelado, el requisito del ofrecimiento de reparación del daño en la medida de lo posible, previsto en el artículo 76 *bis* del Código Penal, a la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, que el artículo 29 de ese código sustantivo establece como cuestión sobre la que debe pronunciarse la sentencia condenatoria.

Tal aseveración, a mi modo de ver, constituye una mera afirmación dogmática que formuló la mayoría del pronunciamiento apelado, y no se ajusta a la opinión que expuso la auxiliar fiscal en la audiencia en que se evaluó el beneficio en cuestión ni en las sucesivas instancias de impugnación.

En efecto, conforme lo destacó el apelante, cabe ver en la oposición a la suspensión del juicio un expreso rechazo al ofrecimiento de reparación del daño por su clara contradicción con el espíritu de ese requisito legal, teniendo en cuenta, además de su insignificancia en relación con el monto de los tributos cuyo pago aquél habría evadido -aspecto sobre el que coincidió la defensa de K , conforme surge del acta de la correspondiente audiencia, que se encuentra disponible en formato digital ante V.E.-, el hecho de que, precisamente, se le atribuye haber provocado de manera dolosa su insolvencia -desprendiéndose de bienes a favor de sus hijos- para impedir que ese organismo pudiera cobrárselos. A mi modo de ver, tales consideraciones no pueden ser razonablemente entendidas como la asimilación que parece haber visto el *a quo*; por el contrario, pienso

que constituye una expresión de política criminal con base en la valoración de las concretas circunstancias del caso. De ese modo, fue el propio acusado quien, según la imputación que se le formuló, de manera calculada se ubicó en esa situación que ahora pretende invocar para alegar una supuesta restricción de su derecho. El Ministerio Público, cumpliendo su función, elaboró su dictamen a partir de ello, procurando además evitar hechos como el presente, en el que la conducta presuntamente delictiva torna inoperante, por sí misma, una de las condiciones del beneficio en cuestión. La opinión contraria, cabe no perder de vista, incluso podría significar un incentivo para situaciones extremas como la *sub examine*.

En consecuencia, como antes señalé, pienso que la referencia que la opinión mayoritaria hizo al requisito legal en cuestión carece de relación con las concretas circunstancias de la causa y con los términos de la oposición que la fiscal ante el tribunal oral había expresado en la audiencia en que se evaluó la suspensión del juicio a prueba.

Sumado a lo expuesto, entiendo que, al así decidir, el pronunciamiento apelado se apartó también de la disposición del artículo 76 *bis* del Código Penal que establece el carácter vinculante del dictamen fiscal en las condiciones del *sub lite*.

En ese sentido, tiene dicho la Corte que “*es regla de interpretación de las leyes ... que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas*” (Fallos: 326:1778) y que “*cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las*

Principal en Tribunal Oral TO01 – Imputado: K , Alejandro s/
infracción ley 24.769.
FRO 42000440/2009/TO1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación"
(Fallos: 320:389).

A mi modo de ver, y conforme lo señaló el recurrente, el texto del citado artículo es claro en cuanto establece que *“si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio”*, y de esa manera invalida cualquier interpretación alternativa que no lo reconozca como requisito para la concesión del beneficio en examen.

Al respecto, por razón de brevedad me remito y doy por reproducidas aquí las consideraciones expuestas por esta Procuración General en el apartado II del dictamen emitido el 5 de diciembre del 2012 en el precedente *“Góngora”* (Fallos: 336:392), invocadas por el apelante, en el sentido de que esa inteligencia se ajusta a la intención que tuvo el legislador, a tenor de las expresiones vertidas en ambas cámaras del Congreso durante el tratamiento parlamentario de la norma.

Sin embargo, en el pronunciamiento impugnado el juez que presidió el acuerdo expresó, sin la mínima fundamentación, que la opinión del fiscal sólo tiene efecto vinculante cuando consiente la suspensión del juicio, pero no cuando se opone, y su intervención en tal supuesto quedó así caracterizada como un acto superfluo.

Esa interpretación, a mi modo de ver, no condice con la letra ni el espíritu de la disposición legal en examen, de los que surge con claridad que sin la aprobación del representante del

Ministerio Público Fiscal no podrá concederse la suspensión del juicio.

Aprecio, conforme lo explicó el magistrado apelante, que tal inteligencia tampoco se ajusta a la misión del Ministerio Público, que es la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad (artículo 120 de la Constitución Nacional), y su función, en ese marco y de conformidad con los artículos 5 del Código Procesal Penal de la Nación y 29 y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público -según la redacción dispuesta por las leyes 24.946 y 27.148, respectivamente-, en cuanto establecen que corresponde exclusivamente a éste la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en causas criminales y correccionales, la que deberá iniciar de oficio siempre que no dependa de instancia privada, y su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar excepto en los casos y bajo las formas expresamente previstas en la ley.

No advierto que el *a quo* haya expuesto alguna explicación que razonablemente pudiera llevar a entender que por medio de la sanción del artículo 76 *bis* del Código Penal se pretendió limitar las facultades del Ministerio Público Fiscal, lo que resultaba de especial significación teniendo en cuenta que, como se indicó *supra*, además del texto legal, los antecedentes parlamentarios llevan a una conclusión opuesta.

Sumado a lo hasta aquí expuesto, considero ajustada a derecho, asimismo, la objeción que el fiscal apelante formuló respecto de la invocación que en dicho primer voto se hizo del precedente de la Corte publicado en Fallos: 327:5863, pues fue

Principal en Tribunal Oral TO01 – Imputado: K , Alejandro s/
infracción ley 24.769.
FRO 42000440/2009/TO1/CS1



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

realizada de manera genérica, sin explicar por qué cabría reconocerle a la expresión transcripta la significación que el magistrado pretendió atribuirle, lo que resultaba especialmente exigible teniendo en cuenta que la cuestión examinada aquí es distinta de la que se planteó en dicho pronunciamiento, pues mientras que en aquella oportunidad se debatía si los jueces podían impulsar de oficio la acción penal en contra de la opinión del fiscal, el *sub examine* versa sobre la posibilidad de que el tribunal oral suspenda el curso del proceso, sin que concurra una excepción que lo afecte ni exista una decisión sobre el mérito de la acusación, en contra de la pretensión de la fiscal de impulsar su avance hacia la realización del juicio oral.

En consecuencia, entiendo que la sentencia apelada carece de sustento suficiente para ser considerada como un acto jurisdiccional válido, y merece ser descalificada en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos 314:737; 320:2451, 2662 y sus citas; 324:3839; entre muchos otros).

IV

Por lo expuesto, y los demás fundamentos del fiscal general, mantengo esta queja y solicito a V.E. que declare procedente el recurso extraordinario, deje sin efecto la resolución impugnada y ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021.

Firmado digitalmente por: CASAL
Eduardo Ezequiel
Fecha y hora: 28.12.2021 11:44:23