



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

Reg. n° 30/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de abril del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Luis M. García -en virtud de la excusación del juez Gustavo Bruzzone, aceptada a fs. 317-, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 292/301 por la defensa técnica de José Bendoiro Dieguez y Guillermo Manuel Bendoiro Maneiro; en la presente causa n° CCC 27370/2013/TO1/CNC1, caratulada “**Bendoiro Dieguez, José y otro s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral Criminal n° 24 de esta ciudad resolvió, en lo pertinente, no hacer lugar a la suspensión de juicio a prueba requerida a favor de José Bendoiro Dieguez y Guillermo Manuel Bendoiro Maneiro (cfr. fs. 288/290.).

II. Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el doctor Norberto A. Gutiérrez por la defensa de ambos imputados (fs.292/301), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 305).

III. Para fundar su admisibilidad, sostuvo que si bien la resolución recurrida no era una sentencia definitiva, constituía un auto equiparable, toda vez que la suspensión de juicio a prueba pone fin a la persecución penal por parte del Estado.

IV. Bajo el título “disposiciones legales violadas” expuso que sus defendidos cumplen con todos los requisitos del art. 76 *bis*, CP para acceder al instituto solicitado, y que el tribunal se apartó de lo estipulado en el fallo “Acosta” (CSJN: 331:858, del 23/4/2008) al denegar su petición.

Consideró errónea y arbitraria la interpretación de los delitos efectuada por el Fiscal General en su oposición. En ese sentido, criticó

que la alegación de cuestiones de política criminal, al basarse en la relevancia constitucional de la protección dada a la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada mediante Ley 27.044 del 29/11/14 y publicada en el BO el 22/12/14), teniendo en cuenta que uno de los presuntos damnificados es discapacitado. Sin embargo, señaló que los hechos ocurrieron el 17/05/13, cuando esa convención aún no tenía rango constitucional, violando el principio de legalidad sustancial.

Luego planteó la errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto no se aplicó debidamente el art. 76 *bis*, CP, porque el tribunal consideró vinculante la oposición fiscal y rechazó la suspensión de juicio a prueba. Respecto a ello, señaló que esa interpretación conduce a poner en cabeza de quien acusa la decisión de conceder o no el instituto, violando el sistema acusatorio y el principio de imparcialidad. Además, agregó que el tribunal solo tuvo en cuenta la doctrina emanada del fallo “Kosuta” (CSJN:), ignorando completamente que esa jurisprudencia fue modificada por “Acosta” (CSJN, Fallos: 331:858, del 23/4/2008) y “Norverto” (CSJN: N. 326. XLI, del 23/4/2008).

Por otro lado, la defensa consideró al hecho una simple riña callejera, configurando un delito de escasa trascendencia y refirió que el actuar de la fiscalía no se ajustó a lo dispuesto por las resoluciones 86/04 y 97/09 de la PGN.

Por último, solicitó que se case la resolución impugnada y se resuelva conforme a la ley vigente.

V. Radicadas las actuaciones en esta Cámara, se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 454 en función de lo previsto en el 465 *bis*, CPPN, a la que compareció el doctor Gutiérrez, oportunidad en la que mantuvo y amplió los fundamentos del recurso.

En síntesis, recordó que la fiscalía argumentó razones de política criminal fundadas en la protección que exige la Convención



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y, en concreto, respecto de una de las presuntas víctimas, pero que el instrumento internacional invocado no estaba vigente al momento del hecho.

Agregó que el representante del Ministerio Público Fiscal interpretó mal la resolución PGN 86/04, debido a que está dirigida a los casos de corrupción, y por otro lado, no se adecuó a lo establecido por la RPGN 97/09.

Mencionó que sus defendidos son personas útiles a la sociedad, sin antecedentes penales y que la presente causa constituye su primer contacto con la justicia penal.

Hizo saber que a su entender y en virtud de las características del hecho, el ofrecimiento económico efectuado oportunamente es razonable, y no exiguo como consideró la fiscalía; además reiteró el ofrecimiento de realizar tareas comunitarias en CARITAS.

Para culminar, solicitó que se anule la resolución impugnada y se dicte una nueva concediendo la suspensión de juicio a prueba a sus defendidos.

Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que otorga el art. 455 último párrafo, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 321.

Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

Los jueces Sarrabayrouse y Morin dijeron:

1.- Para la resolución del presente, debe partirse de las consideraciones expuestas al resolver los autos “Gómez Vera” el 10 de abril de 2015, en cuanto al alcance que a nuestro criterio debía otorgarse a la expresión “derecho” y su vínculo con la suspensión del juicio a prueba, y el carácter que revestía el *consentimiento* fiscal exigido por el cuarto párrafo del art. 76 bis, CP.

2.- Partiendo de esa base, entendemos que en el caso concreto, los argumentos esgrimidos por el fiscal general para oponerse a la concesión de la suspensión de juicio a prueba no resultan fundados en razones serias de política criminal.

Y ello es así, toda vez que lo alegado en torno a la entidad de los hechos y el supuesto impedimento legal -que surgiría de la ley 27.044 que otorgó jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad-, de ningún modo puede alegarse para la resolución del caso bajo análisis, ya que el sentido de esa normativa no se dirige a supuestos como el aquí investigado.

En este sentido, si bien en el requerimiento de elevación a juicio se imputa a Guillermo Manuel Bendoiro Maneiro y José Bendoiro Dieguez el delito de amenazas coactivas, las que habrían sido dirigidas a una víctima con discapacidad, lo cierto es que esta circunstancia por sí sola no permite concluir que dicha convención obligue al Estado a perseguir los hechos en los que un discapacitado sea víctima; y el fiscal no ha brindado razones para así entenderlo.

Tampoco la oposición fundada en lo exiguo del monto ofrecido en concepto de reparación del daño causado puede esgrimirse por el representante del Ministerio Público Fiscal como un motivo válido para fundar su oposición.

Es que, corresponde a los jueces la verificación de aquellos presupuestos legales que hacen a la procedencia del instituto de suspensión de juicio a prueba, en tanto se trata de una tarea propia de su función como lo es la interpretación de la ley, lo que no implica que no pueda ser controlada por medio de los recursos procesales pertinentes.

Corolario de esto, es que un dictamen fiscal en sentido contrario al pedido del imputado, que tuviera como único sustento la falta de verificación de uno de esos presupuestos legales -sobre los que siempre tendrá que expedirse en su rol de garante del debido



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

proceso legal (art. 25, inc. h, de la ley 24.946)-, no podría impedir que si el tribunal tuviera una postura diversa, otorgara el beneficio de todas maneras.

Y es en este sentido que cobra relevancia lo establecido en el art. 76 *bis*, tercer párrafo, CP, en cuanto refiere que “(a)l presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente” y que “(e)l juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada”.

El examen de razonabilidad exigido por la norma citada, obliga, en el caso concreto, a efectuar un análisis de la suma propuesta por los imputados.

A este fin, el precepto legal aplicable al caso, establece que ese test se funda en dos aspectos: uno objetivo, vinculado al daño causado en el caso concreto; y otro subjetivo, referido a la medida de las posibilidades de los acusados.

En función de ello, cabe tener presente que, conforme surge del acta de la audiencia del art. 293, CPPN, José Bendoiro Dieguez afirmó que es propietario de un inmueble de esta ciudad, de la propiedad donde funciona el Centro Médico en donde ocurrieron los hechos y titular de aquél, de un departamento en el Partido de la Costa -que procura alquilar durante los veranos- y de un departamento en Las Toninas -que es un bien de familia-. Asimismo, sostuvo que sus ingresos mensuales no superan los diez mil pesos y además tiene diferentes lugares alquilados ubicados en la zona de once -herencia de su padre, que administra como tarea necesaria del bien familiar, pero no es titular de ninguno de ellos- por los que percibe un ingreso de quince mil pesos.

Por su parte, Guillermo Manuel Bendoiro Maneiro dijo que trabaja actualmente en una farmacia en Las Toninas, por lo que percibe un ingreso de seis mil pesos.

Asimismo, surge que cada uno de los imputados ofreció pagar en concepto de reparación económica la suma de dos mil pesos.

Sentado ello, resulta claro que la defensa -tal como lo afirmó en su recurso de casación, y luego reiteró en la audiencia del art. 454, CPPN- considera que el monto ofrecido resulta adecuado “a la entidad de las lesiones que han sido comprobadas”.

Sin embargo, esa parte omitió evaluar por qué motivo la suma ofrecida resulta adecuada a las posibilidades de sus asistidos, y en función de lo afirmado por ellos durante la audiencia del art. 293, CPPN, ese monto resulta exiguo.

3.- Sobre esta base, pues, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Guillermo Manuel Bendoiro Maneiro y José Bendoiro Dieguez (arts. 455 en función del 465 *bis* y 471 *a contrario sensu*, CPPN).

Por último, en el marco de los planteos acercados al tribunal y, considerando que existieron razones plausibles para litigar, se exime del pago de las costas al vencido (arts. 530 y 531 última parte, CPPN).

El juez Luis M. García dijo:

-I-

Considero que el recurso de casación interpuesto por la defensa es formalmente admisible, pues satisface las exigencias de interposición (art. 463 C.P.P.N.) y de admisibilidad (art. 444 C.P.P.N.); así, a pesar de que no se trata de un recurso contra una de las decisiones enumeradas en el art. 457 C.P.P.N., la que ha denegado el pedido de suspensión del proceso a prueba debe considerarse, por sus efectos, comprendida en esa enumeración, en cuanto la denegación, en las circunstancias del caso, sella definitivamente la suerte de la pretensión y puede ser objeto de revisión inmediata en los



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

términos en que lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de Fallos: 320:2451 (“Padula, Osvaldo Rafael y otros).

Los motivos de casación invocados remiten al mismo tiempo al alcance que cabe dar al art. 76 bis C.P., en cuanto condiciona la suspensión del proceso al “consentimiento” del Ministerio Público, y a la omisión del deber de fundamentación de las decisiones judiciales, que caen bajo los supuestos del art. 456, incs. 1 y 2, C.P.P.N., respectivamente.

-II-

La defensa pretende que el Fiscal General que en la audiencia celebrada a tenor del art. 293 C.P.P.N. ha negado su consentimiento para la suspensión, ha presentado una oposición que califica de arbitraria e ilegal. Discute que al oponerse el fiscal se hubiese apoyado en la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, alegando un deber especial de persecución y castigo, porque esa Convención fue aprobada por la ley 27.044 que es posterior al hecho de este proceso, discute que se hubiese probado la discapacidad que se atribuye a uno de los presuntos damnificado, que hubiese sido víctima de alguna lesión o agresión, y discute que en todo el imputado conociese esa discapacidad y afirma que esa Convención no podría ser tomada como impedimento que obstaculice la concesión de la suspensión. En otro orden sostiene que si bien la suspensión no es de concesión automática, en el caso el Fiscal se ha apartado de las instrucciones generales que invocó, que califica de “mal aplicadas”, le imputa haberse apartado de la directiva fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia del caso de Fallos: 331:858 (“Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo ley 23.737 -causa N° 28/05-). Alega sobre la trascendencia del hecho imputado, que califica de menor, disputa que la hipoacusia de una de las presuntas víctimas sea objetivamente imputable a la agresión atribuida y alega que es preexistente al hecho,

y pide que se anule la decisión y que se conceda la suspensión del proceso a prueba.

A fin de abordar los planteos de la defensa es necesario tomar como punto de partida el texto del art. 76 *bis*, cuarto párrafo, del Código Penal que establece que: “[...] Si las circunstancias del caso permitieren dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiera consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio [...]”.

La defensa pretende: a) que el fiscal debe dar fundamentos de su oposición; b) que si niega su consentimiento de modo arbitrario el Tribunal está autorizado, no obstante, a conceder la suspensión. No comparto que esa interpretación se desprenda de las disposiciones legales que rigen el caso.

En primer lugar, partiré de una interpretación del texto del art. 76 *bis* C.P. desde el lenguaje corriente para tratar de presentar cuáles son las acepciones posibles del término “consentimiento”. Después, en un examen contextual, examinaré si es requisito legal, además, que la negativa del fiscal a dar ese consentimiento tenga respaldo en un expresión de los fundamentos de esa negativa.

Desde un punto de vista semántico “consentimiento” es “la conformidad que sobre la realización o contenido de un acto expresan las partes”; a su vez conformidad significa “asenso, aprobación”. En la misma dirección aprobación es “acción y efecto de aprobar”; y aprobar es “asentir a una doctrina o a una opinión”. Por último asentir significa “admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes” (para todas las definiciones confr. Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 22ª. Edic., Edic. Espasa-Calpe S.A., Buenos Aires, 2001, Volumen I, ps. 629, 622, 188 y 226, respectivamente).

Desde un punto de vista lógico si la ley exige consentimiento debe darse una interpretación tal a ese término que no lo vacíe de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

contenido y eficacia alguna. Observo que la defensa lo trastoca, de tal modo que, en definitiva, el término mismo carece de sentido alguno, porque lo que ella propone no es “consentimiento” sino otra cosa que prescinde del consentimiento, y por resultado priva de sentido a la palabra consentimiento.

En efecto, el art. 76 *bis* C.P. claramente exige tres condiciones para que el tribunal pueda suspender la realización del juicio: 1) que sea un caso que la ley permita, por sus circunstancias, dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y 2) que el imputado ofrezca reparar el daño alegadamente causado en la medida de sus posibilidades, y 3) en su caso que haya consentimiento fiscal.

Esta disposición no se refiere a la existencia de una “oposición fundada válida” sino que establece una condición como presupuesto: el “consentimiento”, para cuya interpretación son necesarias las referencias semánticas del término, expuestas arriba. En ese sentido, no es lo mismo sostener que el consentimiento es condición o presupuesto procesal de la suspensión, que sostener que la ley no establece presupuesto procesal alguno para la suspensión y que esta procede en general salvo que se dé una condición negativa: la oposición del fiscal.

Mientras que para consentir no es necesario dar razón del consentimiento, para oponerse a un acto que no está condicionado ni sujeto a presupuesto procesal alguno podría resultar en principio exigible dar razón de la oposición.

Si la ley se ha referido al consentimiento, y no a la oposición, alguna razón ha de haber. Entiendo que esta razón está en la naturaleza misma de la suspensión del proceso a prueba. Se trata de un instituto que está íntimamente vinculado con el principio procesal de oportunidad. Este principio da cabida a la confrontación con el principio de legalidad de la persecución penal (arts. 71 C.P. y 5 C.P.P.N.), que lleva a limitaciones de persecución guiadas por

critérios de política criminal que hacen a la cuestión de decidir cuándo resulta necesario mantener el ejercicio de una acción penal que ha sido promovida por imposición de la ley. Este criterio de necesidad, que es instrumental al carácter subsidiario -principio de *ultima ratio*- del derecho penal y de la persecución penal (BINDER, Alberto, *Legalidad y oportunidad*, en “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier”, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 205, esp. ps. 212 y ss.). Desde esa perspectiva, el órgano de la persecución penal puede prescindir de ésta cuando están a disposición, según su juicio, mejores alternativas para la solución del conflicto que las que ofrece la realización del juicio y la obtención de una condena.

En ese marco, en los delitos con una víctima identificada, no es legítimo el recurso al principio de oportunidad cuando ello implica la desprotección total de la alegada víctima; pero, de otro lado, ello no implica que el principio de oportunidad no pueda serle opuesto también a la víctima, ya que ella tiene siempre derecho a una respuesta judicial más no siempre tiene derecho a obtener una condena penal (Binder, op. cit., p. 217).

El art. 76 *bis* C.P. refleja estas ideas. Por un lado, da cabida a las alegadas víctimas, que tienen derecho a ser oídas sobre sus pretensiones de reparación. Si bien la satisfacción de sus pretensiones no es una condición necesaria para otorgar la suspensión del proceso, y eventualmente para tener por extinguida la acción, porque se le habilita el ejercicio de la acción civil sin sujetarlas a resultado de la persecución penal, la introducción de esta cuestión civil en la audiencia de suspensión tiene un sentido. Ese sentido reposa en la existencia de posibilidades de resolución de un conflicto penal pendiente, por vías de reparación, que permitan prescindir de la persecución penal. En este sentido, un acuerdo entre el imputado y la alegada víctima sobre formas de reparación, o incluso, un



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

ofrecimiento razonable del imputado frente a las pretensiones mayores de la víctima, aunque no constituya una reparación integral, constituyen la base tenida en cuenta por el legislador para prescindir de la solución del conflicto por vía de la persecución penal. Así, es lícito que el fiscal tenga en cuenta las pretensiones de la víctima, y la reparación ofrecida por el imputado, y evalúe si es necesario continuar con la persecución valorando este ofrecimiento y la pretensión de la víctima. El fiscal, por cierto, puede dar su consentimiento aunque la víctima considere insuficiente la reparación ofrecida, cuando entiende que el imputado se ha esforzado en dar un ofrecimiento razonable dentro de sus posibilidades, o puede negar su consentimiento en caso contrario. Aquí pesan criterios complejos de política de persecución, en los que la protección de los intereses de la víctima también es objeto de consideración. Corresponde a la fiscalía examinar, por ejemplo, si reenviar a la víctima a los jueces civiles, para ejercer pretensiones de reparación de los daños producidos por un determinado delito, ofrece posibilidades realistas de solución del conflicto, o si este reenvío es meramente una forma simbólica que encubre una decisión del Estado de desentenderse de su suerte.

Desde este punto de vista, la cuestión no es preguntarse si la oposición del Ministerio Público es “vinculante” para los jueces, antes bien, de lo que se trata es examinar si está satisfecho un presupuesto procesal de la suspensión: el consentimiento de la fiscalía.

La defensa asigna un sentido distinto al término “consentimiento” y pretende que sólo la oposición fundada a la pretensión de suspensión podría resultar “vinculante” para el juez o tribunal, como obstáculo a la concesión.

Esta interpretación de la defensa no sólo trastoca “consentimiento” por “oposición”, en los términos antes desarrollados, sin proponer un fundamento o marco argumentativo de ese cambio. En definitiva termina por asignarle un alcance que

permite al tribunal prescindir de la oposición misma, porque sostiene que el tribunal debió haber concedido la suspensión no obstante la falta de consentimiento, en la medida en que la fundamentación que dio es –según su juicio- arbitraria. Pero bajo su alegación de exclusión de arbitrariedad encubre en realidad algo más que la mera exigencia de fundamentación. Para la defensa no basta que de fundamentos, los fundamentos deben ser correctos conforme a los hechos y a la ley. Tan evidente es su pretensión en el caso, que no se ha ceñido a indicar en qué consistiría la falta de fundamentos, sino que lo que ha hecho en su intervención en la audiencia es que los fundamentos de hecho y de derecho que expuso el Fiscal General son incorrectos, y presenta otros para corregirlos, así alega que el representante del Ministerio Público ha invocado una ley que aprobó un tratado que es posterior al hecho del proceso, y que, según pretende, no puede ser considerada en el caso, alega que no se ha probado la capacidad de una de las presuntas víctimas, que ésta no es en rigor víctima de nada, que no se ha probado que el imputado conociese la incapacidad, que el fiscal se ha apartado de una decisión de la Corte Suprema que el recurrente estima decisiva en el caso, que el hecho es de menor trascendencia, que la otra presunta víctima sufrió lesiones menos graves que las que alega, etc. La estrategia de las alegaciones no es pues que el Tribunal examine si el Fiscal General ha dado fundamentos razonables de la oposición, sino que rechace esos fundamentos porque son incorrectos de hecho o de derecho. Reduce la intervención del Fiscal General a la de un mero dictamen, que no produce efecto alguno, y conduce a que se prescinda del consentimiento de la fiscalía porque ella tiene mejores razones para refutar sus fundamentos. Pide así que se conceda la suspensión cuando la fiscalía expresamente se ha negado a dar consentimiento, pero ofrece alguna interpretación posible del art.76 *bis*, cuarto párrafo, que pone al consentimiento como condición de la suspensión.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

Esta interpretación lleva a sostener algo que la ley no dice, porque reduce la intervención de la fiscalía a la mera intervención en la audiencia. Sin embargo, la ley no se contenta con la “citación” o “traslado” al fiscal, sino que exige su consentimiento. Tan pronto se relea la disposición legal que expresa 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”, no puede entenderse que baste con una vista o traslado; el consentimiento es una condición. En efecto, la conjunción “y” implica que no se trata de un mero supuesto de intervención de la fiscalía para dar su dictamen sino de un requisito adicional indispensable.

Contra esta interpretación, sobre la base de lo que dispone el art. 69 C.P.P.N. se ha propuesto, que la fiscalía, también en el caso del art. 76 *bis* C.P., estaría obligada a dar fundamentos de su negativa a dar consentimiento.

El artículo 69 C.P.P.N. dispone que: “[...] Los representantes del ministerio fiscal formularán motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones; nunca podrán remitirse a las decisiones del juez; procederán oralmente en los debates y por escrito en los demás casos”.

Sin perjuicio de señalar los problemas que plantea una interpretación que hace depender la procedencia de la suspensión regulada en el Código Penal para todo el país, de una regla procesal sólo aplicable en los procedimientos que tramitan ante los jueces nacionales, en cualquier caso entiendo que no cabe equiparar las nociones “consentimiento” y “requerimientos” de los funcionarios del Ministerio Público.

La cuestión es identificar a qué actos de los representantes del Ministerio Público Fiscal se refiere el citado artículo, en particular si abarca sólo los requerimientos o dictámenes, o si por el contrario,

podrían considerarse incluidos los actos en los que la ley establece como condición el consentimiento de aquéllos.

En este sentido, no cabe duda que cuando el Código Procesal Penal de la Nación se refiere a los “requerimientos” alude a los de los artículos 180, 188, 195, 209, 213, 347, 381 y 458 C.P.P.N.. Se trata de claras pretensiones requirentes de promoción de la acción o de ejercicio de pretensiones persecutorias. En el caso del art. 76 *bis* C.P., la persecución ya ha sido promovida, y está pendiente; la fiscalía no está obligada a expresar pretensiones adicionales ni a justificar por qué no ha de suspender el ejercicio de la acción. Más aún cuando hubiese superado el control judicial sea en virtud una oposición de la defensa a tenor del art. 349, inc. 2, C.P.P.N., o en defecto de oposición el control de las prescripciones de la instrucción del art. 354.

No paso por alto la posible objeción de que esta interpretación deja un amplio campo de discreción al Ministerio Público. Esta seria objeción no se supera transfiriendo, mediante la excusa del control judicial, el mismo campo de discreción a los jueces. Al contrario, plantea problemas adicionales frente a los arts. 120 y 116 C.N. de los cuales se deriva la separación entre las facultades requirentes o persecutorias y las facultades de decidir sobre el objeto de las pretensiones requirentes o persecutorias.

Con la excusa del control judicial lo que se hace es entronizar a los jueces en la apreciación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. Porque si se da la razón a la defensa, son los jueces los que terminan decidiendo si la acción debe continuar o suspenderse, sobre la base de apreciaciones vinculadas a una solución alternativa del conflicto que prescindan del juicio. Pone a los jueces a examinar si vale la pena realizar el juicio, o si hay otros medios alternativos.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

La defensa asigna un sentido distinto a la ley y afirma que el asignarle carácter vinculante al dictamen fiscal importa colocar un impedimento para el ejercicio de la jurisdicción, porque corresponde a los jueces interpretar la ley, y “las decisiones judiciales quedarían siempre ligadas al Ministerio Público Fiscal, en desmedro del principio de imparcialidad judicial”.

Esta argumentación pasa por alto que no se le da al fiscal ningún poder para fijar el alcance de la ley. En todo caso, la fijación del alcance del término “consentimiento”, o de las condiciones legales de suspensión, releva siempre de los jueces y no de lo que opine la fiscalía, y esto vale incluso cuando el fiscal presta su consentimiento, que sólo puede ser dado en los supuestos que establece la ley (art. 5 C.P.P.N.). Tampoco se le da al fiscal el poder de declarar la existencia de los presupuestos de la pretensión punitiva. En efecto, su dictamen de oposición nada dice sobre la existencia del hecho, de sus eventuales responsables, ni sobre la subsistencia de la acción penal. El Ministerio Público es el órgano encargado por la Constitución Nacional para promover y ejercer la acción penal (art. 120), cuando expresa su oposición no ejerce jurisdicción, sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo actualmente una acción ya promovida. 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 la promoción y ejercicio, tampoco tiene poder autónomo de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio. Por ello, depende del consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal.

En efecto, el argumento importa un grave error conceptual. La fiscalía con sus requerimientos, habilita la jurisdicción, porque en el diseño del Código Procesal Penal de la Nación los jueces no tienen una jurisdicción general, sino sólo para los casos en los que ha sido habilitada por los requerimientos acusatorios (arts. 180, 347, 381, 393

y 415 C.P.P.N.). Cuando el Ministerio Público no da su consentimiento a la suspensión, no priva de ninguna jurisdicción a los jueces, al contrario, expresa su interés en que la ejerzan hasta llegar a una decisión de mérito sobre la imputación.

A este respecto deben distinguirse los casos en los que la ley impide la prosecución de una acción promovida porque se han producido ciertos hechos que constituyen obstáculos a la prosecución de la acción, o porque el obstáculo nace de que no se han producido ciertos hechos en un determinado tiempo (ej: obstáculos derivados de un privilegio constitucional, inmunidad de persecución por efecto de la prohibición *ne bis in ídem*, o extinción de la acción por prescripción, entre otros), y los casos en los que no es la ley la que impide la persecución, sino que, viva la acción, y dentro del acotado marco de discreción que le fija el art. 5 C.P.P.N., el Ministerio Público puede decidir si suspender o no una acción que está promoviendo, y contra la cual no se ha opuesto con éxito ningún defecto legal. En el primer campo, los jueces son garantes de la aplicación de la ley y las reglas de garantía, y su jurisdicción no puede estar condicionada a que el Ministerio Público preste su acuerdo al reconocimiento del obstáculo a la persecución. En cambio, es en el último campo en el que los jueces invadirían de modo inconstitucional la discreción que el art. 76 *bis* asigna al Ministerio Público, para prestar o negar su consentimiento a la suspensión.

Suele objetarse que una negativa a dar consentimiento despojada de toda fundamentación, sería contraria al principio republicano del art. 1 C.N., que impone la razonabilidad de los actos de los poderes públicos. La razonabilidad de la persecución penal por delitos de acción pública no reposa en el art. 76 *bis* C.P., sino en las exigencias de fundamentación de todos los actos requirentes (arts. 180, 347, 381, 393 y 415 C.P.P.N.). Todos esos actos requirentes tienen instancias de control que impide que nadie pueda ser llevado a



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 27370/2013/TO1/CNC1

juicio arbitrariamente, o por la nuda voluntad persecutoria del Ministerio Público. En el presente caso la cuestión es distinta. El Ministerio Público ha logrado que se lo autorice a llevar a juicio a José Bendoiro Diéguez y a Guillermo Manuel Bendoiro Maneiro. La cuestión es distinta, la defensa pretende que, no obstante ello, tiene derecho a no ser llevada a juicio, no obstante que el Ministerio Público no lo consiente, porque entiende necesario el debate.

Una afirmación expuesta en el escrito de interposición merece contestación. Sostiene la defensa que al pronunciarse sobre la entidad de los hechos “pareciera que el Sr. Fiscal ya ha dictado sentencia sin haberse realizado un debate”. Este argumento es inconsistente con la pretensión de la Fiscalía, que al contrario, entiende que los hechos son graves, y por eso insiste en la realización del juicio, para que en ese juicio se establezca si los imputados han cometido un delito, y si deben responder por él. La afirmación de la defensa es un argumento retórico: el fiscal lo que pide es que se realice un juicio y se dicte una sentencia.

Por último, he de señalar que, la discreción sobre el consentimiento no quede reducida la decisión de un solo representante del Ministerio Público, la alegación de arbitrariedad se diluye. Pues mientras exista una vía de impugnación de la decisión judicial que rechaza la suspensión del proceso por faltar el consentimiento de la fiscalía, el interesado tiene esa vía expedita para intentar que la posición del fiscal que niega el consentimiento sea revisada. En efecto, el representante del Ministerio Público que intervenga en la instancia de impugnación puede revisar e incluso revocar la decisión anterior, dando su consentimiento.

En fin, observo que ese consentimiento no ha sido dado en el caso ni por la fiscal que actuaba ante el tribunal oral, ni por un fiscal habilitado para actuar ante esta Cámara, y con ello basta, a mi juicio para el rechazo del recurso de casación.

-III-

Sin perjuicio de lo anterior, he de señalar, a mayor abundamiento, que si por hipótesis se acordara razón a la defensa sobre la interpretación que propone, exigiendo fundamentos a la fiscalía, y además que esos fundamentos sean correctos, entonces el recurso de casación debió considerarse infundado, porque ni en el escrito de interposición, ni en la audiencia, ha hecho esfuerzo alguno para refutar los argumentos de la fiscalía que –atendiendo a la posición de una de las presuntas víctimas que rechazó la reparación de dos mil pesos que se había ofrecido- sostuvo que si bien no cabía exigir una reparación integral, en atención a las condiciones económicas de los imputados el ofrecimiento no era razonable.

Por las razones expuestas voto por que el recurso de casación sea rechazado, y la resolución recurrida sea confirmada, con costas (arts. 471, 530 y 531 C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 47/53 vta. por la defensa particular de Guillermo Manuel Bendoiro Maneiro y José Bendoiro Dieguez, sin costas (arts. 455 en función del 465 *bis*, 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Daniel Morin

Eugenio C. Sarrabayrouse

Luis M. García