

N° 37 / En la ciudad de Resistencia, Capital de la Provincia del Chaco, a los siete días del mes de abril del año dos mil cinco, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia, DRES. ALBERTO MARIO MODI y RICARDO FERNANDO FRANCO, quienes emitirán su voto en ese orden, asistidos por el Secretario Autorizante DR. MIGUEL ANGEL LUBARY, tomaron conocimiento del expediente n° 2.908, año 2005, caratulado: "AVILA LEONARDO HERNAN S/ FALSA DENUNCIA EN CONCURSO REAL C/ESTAFA EN GRADO DE TENTATIVA", con el objeto de dictar sentencia conforme los artículos 462 y conchs. del Código Procesal Penal (Ley 4538 y modif.).-

Seguidamente la Sala Segunda plantea las siguientes

### C U E S T I O N E S

1°) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto a fs. 143/144 vta.?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, ALBERTO MARIO MODI, dijo:

I- La Cámara Segunda en lo Criminal de Resistencia, constituida en Sala Unipersonal a cargo de la Dr. Lidia Lezcano de Urturi, mediante resolución N° 214 de fecha 19 de noviembre de 2004, obrante a fs.136/138 vta., hizo lugar a la suspensión del juicio

a prueba en favor de Leonardo Hernan Avila y le impuso determinadas reglas de conductas.-

Contra dicho pronunciamiento, se alzó el Fiscal de Cámara Dr. Gustavo Adolfo Muller, interponiendo a **fs. 143/144 vta.** recurso de casación, el que fuera concedido a **fs. 148 y vta.** Elevadas las actuaciones, se radicaron en esta Sala, encontrándose actualmente en condiciones de dictarse pronunciamiento.-

En su presentación, efectuada en los términos del art. 462 y concordantes del CPP (Ley 4538 y modif.), el recurrente se agravia porque en autos no hubo aceptación del damnificado de la propuesta de reparación ni consentimiento de su parte para la aplicación del art. 76 bis del CP, por lo cual entiende que la Juez se arrogó facultades que exceden sus facultades.-

Sostiene que las exigencias mencionadas no son meras disposiciones formales y resultan esenciales para resolver favorablemente el beneficio, por lo que la decisión resulta carente de contenido sustancial y por ello debe ser revocada.-

Por su parte, la Defensa, a cargo del Dr. Victor Adrian Veleff, presenta el memorial previsto por el art. 470 del CPP (**fs. 158/160**), donde, en repuesta a las afirmaciones del Fiscal de Cámara, expresa que la doctrina y jurisprudencia consideran que no es necesaria la aceptación del ofendido de la propuesta de reparación del daño, lo que surge de la misma norma.-

Respecto al agravio referido al consentimiento del fiscal, alega, transcribiendo doctrina (De Olazábal) y jurisprudencia (Plenario "Kosuta" del Cámara Nacional de Casación Penal), que la oposición a que se alude debe ser razonada y fundada, sometida al control de logicidad por parte del órgano jurisdiccional.-

Adhiere a los fundamentos de la sentencia, considerando que repugna a la idea de justicia que no se argumente a favor del instituto en cuestión por el solo hecho que el ofendido no acepta la reparación del daño, negando el Fiscal el otorgamiento sin haber fundado debidamente la oposición.-

II- Reseñada de tal manera la cuestión debatida en autos, cabe consignar liminarmente que no obstante que el decisorio atacado no se trata de una sentencia definitiva ni de uno de aquellos autos contemplados en el art. 463 de la rituaría, sin embargo resulta equiparable a ellas y por lo tanto impugnabile objetivamente, toda vez que "... la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior... dado que la citada decisión impide que el proceso continúe hasta el dictado de la sentencia definitiva, con la consecuencia de que se extinguirá la acción penal al cumplirse las condiciones establecidas en el cuarto párrafo del citado art. 76 ter." (CSJN, Fallos 320:1919, in re "Menna").-

Por lo tanto, se ingresará al examen de

caso traído a conocimiento de esta Sala, con las limitaciones derivadas de las previsiones del art. 450, primera párrafo, del CPP, que establece que "El recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios".-

Respecto al primero de los cuestionamientos expuestos por el Fiscal de Cámara, que alude a la falta de consentimiento de la víctima de la reparación ofrecida, el mismo carece de asidero legal, toda vez que el art. 76 bis del CP expresamente establece que "La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente".-

Surge inequívocamente del texto que la no aceptación de la reparación del daño por parte del damnificado no constituye un impedimento para la operatividad de la suspensión del juicio a prueba, en tanto la disposición legal no solo no lo contempla con esa característica sino que deja abierta la posibilidad para que, en caso de disconformidad con el ofrecimiento, pueda recurrir a la vía civil para reclamar el monto indemnizatorio que resulte adecuado a su pretensión.-

En ese sentido, la doctrina considera que el disenso del damnificado "...solo será un elemento a ponderar por el Juez en el marco de la razonabilidad...", pudiendo, si lo estima pertinente,

"...procurar oír al damnificado, a los mismos fines" (Jorge de la Rúa, Código Penal Argentino, Parte General, 2da Ed., Ed. Depalma, pg.1172), pero no exigir su conformidad o aceptación para decidir sobre la procedencia del beneficio.-

El desacuerdo del damnificado no resulta suficiente para invalidar una decisión favorable respecto del pedido de suspensión del juicio a prueba, toda vez que la intervención que le corresponde al damnificado en este trámite se circunscribe a la aceptación o rechazo de una reparación cuya razonabilidad debe ser juzgada por el juez (Cfr. CSJTucumán, sent. N° 895, in re "Rodríguez Pitt Carlos s/ Lesiones Culposas", 04/10/2002; elDial - BB546F).-

Concordantemente, la Cámara Criminal CFed., Sala II, considera que es el ofrecimiento de la reparación del daño ocasionado lo que constituye un presupuesto necesario para solicitar la suspensión del proceso a prueba y su eventual concesión deriva de considerar razonable tal propuesta en base exclusiva a las modalidades de tiempo y forma para su cumplimiento, que el peticionante ofrece, siendo el juzgador quien debe aceptar o no el ofrecimiento efectuado, en base a su razonabilidad ( Cfr. in re "Gómez Luna, Carlos s/ susp. del juicio a prueba", Causa nro. 12065, Reg. nro. 13048 J.5 - S.10, 23-04-1996; elDial - AJ390).-

Ello trae aparejado que lo resuelto en materia de reparación del daño, al otorgarse la

probation, no sea susceptible de recurso por el particular damnificado en sede penal, cuyo disenso respecto del tema debe viabilizarlo por ante la justicia en lo civil. (Cfr. Cam.Nac. Casación Penal, Sala I, 10/08/1995, in re "Calvo, Nestor s/recurso de queja". elDial - AD26C).-

Por eso, "...el rechazo del ofrecimiento aún cuando el juez considere razonable el ofrecimiento, posibilitará la continuidad de la acción resarcitoria pero exclusivamente en sede civil, sin que rija la prejudicialidad penal (Art. 76 quater C.P.)." (Cfr. STJCórdoba, causa "Liebau, Luis Marcelo P.S.A. lesiones culposas -recurso de casación- (Expte. "L", 8/2002)" - 20/02/2003, elDial - AA15A3).-

Consecuentemente, ante la notoria insolvencia de la no aceptación del damnificado -al ofrecimiento efectuado por el imputado para reparar el daño en la medida de lo posible- para impedir la aplicación del instituto de la "probation", cabe desestimar esta pretensión recursiva.-

En cuanto al agravio consistente en la falta de consentimiento del fiscal para el otorgamiento del beneficio, es menester considerar, a efectos de determinar el alcance que cabe conferir al art. 76 bis del Código Penal, conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 325:3229), que "la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador" (Fallos: 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la

letra de la ley (Fallos: 299:167), así como que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos 300:700).-

Por lo tanto, si la mencionada norma establece, en su cuarto párrafo, 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 cabe otra conclusión hermenéutica más que la de afirmar la ineludible necesidad de la existencia de un previo consentimiento por parte del titular de la vindicta pública para la concesión del beneficio.-

Al respecto, la Cámara Nacional de Casación Penal tiene dicho que el carácter vinculante de la oposición del fiscal deriva del mandato constitucional que atribuye al ministerio público la promoción y el ejercicio de la acción penal (artículo 120 constitución nacional); y como tal, cuando 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 de ese 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 expresa conformidad fiscal, cuya opinión adversa constituye un impedimento para el otorgamiento del beneficio, habida cuenta del rol que el ministerio

público tiene en el juicio oral en función requeriente (Cfr. Sala I, 31/5/96, in re "Dyke", elDial.com - AD400; in re "Bertolini", 12/08/96, elDial.com - AD458; in re "Orlando", 29/10/1996; elDial.com - AD56B).-

En el sub examen, la a quo consideró "Que si bien es cierto que el señor Fiscal de Cámara no acepta el pedido de suspensión del Juicio a Prueba, ésta vista no es vinculante" (fs. 137), lo que evidentemente resulta contrario a lo anteriormente expuesto, por lo cual cabe hacer lugar al recurso articulado.-

Ahora bien, sin perjuicio de ello, no puede ignorarse que el aludido dictamen fiscal, en los casos de oposición al otorgamiento del beneficio, se encuentra sujeto al **control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional**, solo en cuyo caso resulta vinculante (Cfr. CNCasación Penal, Acuerdo N° 1/99 en Plenario N° 5, in re "Kosuta", 17/8/99, elDial.com-AA2BD).-

Al respecto, el Tribunal Superior de Córdoba sostiene que la opinión favorable del Fiscal es insoslayable condición de procedencia de la suspensión del juicio a prueba, pero, para que la opinión negativa vincule al Juez, resulta ineludible que el dictamen se encuentre debidamente fundado, ya que de lo contrario se consolida el ejercicio arbitrario de una función, en cuyo caso el tribunal debe prescindir de la verificación del requisito legal y conceder la probation, aún cuando el representante



del Ministerio Público se haya expedido en sentido contrario (Cfr. Sala Penal. sent. n° 91 del 22/10/2002, en autos "Quintana, Francisco Mario p/sa Homicidio culposo - Casación"; elDial - AA1379 ).-

Por lo tanto, corresponde al decisor, y no a esta Sala, examinar si el dictamen fiscal cumplimenta con este elemental requisito de fundamentación a efectos de otorgar o no carácter vinculante a su opinión contraria a la aplicación de este instituto.-

Por ello y bajo tales circunstancias, me expido afirmativamente en esta primera cuestión. **ES MI VOTO.-**

**A LA PRIMERA CUESTION, RICARDO FERNANDO FRANCO dijo:**

Adhiero a las consideraciones y conclusión a la que arriba precedentemente el Dr. Modi. **ES MI VOTO.-**

**A LA SEGUNDA CUESTION, ALBERTO MARIO MODI dijo:**

Con arreglo al resultado de la cuestión tratada anteriormente, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 143/144 vta., y, en consecuencia, revocar la resolución N° 214 de fecha 19 de noviembre de 2004, obrante a fs.136/138 vta., disponiendo, dada la modalidad del caso, el reenvío de la causa al Juez de origen para que dicte nueva resolución conforme a derecho. Sin costas. **ASI VOTO.-**

**A LA SEGUNDA CUESTION, RICARDO FERNANDO FRANCO, dijo:**

Concuerdo íntegramente con la propuesta  
efectuada y por lo tanto adhiero a ella. **ES MI VOTO.-**

Con lo que se dio por finalizado el  
Acuerdo precedente, firmando los señores Magistrados  
presentes, por ante mi que doy fe.-

**ALBERTO MARIO MODI**  
JUEZ  
SALA SEGUNDA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL,  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

**RICARDO FERNANDO FRANCO**  
PRESIDENTE  
SALA 2da. CRIMINAL Y CORRECCIONAL  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

**MIGUEL ANGEL LUBARY**  
ABOGADO  
Secretario Sala Segunda  
Criminal y Correccional  
Superior Tribunal de Justicia

### S E N T E N C I A

N° 37 / Resistencia, 07 de abril de 2005.-

#### Y VISTOS:

Los fundamentos del Acuerdo que  
antecede, la Sala Segunda en lo Criminal y  
Correccional del Superior Tribunal de Justicia,

#### RESUELVE:

I- Hacer lugar al recurso de casación  
interpuesto a fs. 143/144 vta. y revocar la  
resolución N° 214 de fecha 19 de noviembre de 2004,  
obrante a fs.136/138vta., disponiendo, dada la  
modalidad del caso, el reenvío de la causa al Juez

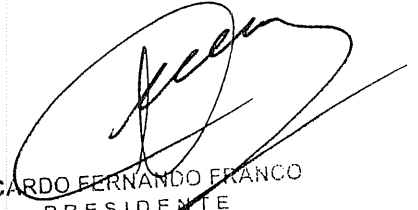
de origen para que dicte nueva resolución conforme a derecho. Sin costas.-

II- Regístrese. Notifíquese. Comuníquese a Caja Forense y oportunamente devuélvanse los autos.-



**ALBERTO MARIO MODI**  
**JUEZ**

SALA SEGUNDA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA



**RICARDO FERNANDO FRANCO**  
**PRESIDENTE**  
SALA 2da. CRIMINAL Y CORRECCIONAL  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA



**MIGUEL ANGEL LUBARY**  
**ABOGADO**

Secretario Sala Segunda  
Criminal y Correccional  
Superior Tribunal de Justicia

