

Expediente I.P.P. Nro. trece mil trescientos cuarenta y ocho.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los doce días del mes de junio del año dos mil dieciocho, reunidos en su Sala de Acuerdos los Señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, Doctores Gustavo Ángel Barbieri y Guillermo Alberto Giambelluca (art. 440 del C.P.P.) para dictar resolución en la **I.P.P. 13.348/I** caratulada "**P.F.,I.E. s/ depositaria infiel (Arts. 263 en función del artículo 261 del C.P.)**", prescindiéndose del sorteo previsto en el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 41 de la ley 5827 -reformada por la nro. 12.060-, atento la prevención ya operada a fs. 172/173, manteniéndose aquel orden de votación **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1º) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2º) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: A fs. 274/276 y vta., interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal -Dr. Rodolfo De Lucía-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez del Tribunal en lo Criminal nro. 1 Departamental -Dr. Hugo Adrián De Rosa-, por la que hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba solicitada en favor de la imputada.

Se agravia por considerar que se ha incumplido con la expresa previsión normativa del artículo 76 bis del C.P., y ello por una disconformidad con la decisión del legislador nacional, destacando que "...no corresponde a los órganos jurisdiccionales juzgar la conveniencia de esa decisión, sin aplicarla...". Agrega que no

resulta correcta la cita del fallo "Norverto" de la C.S.J.N., pues allí la Corte se ha limitado a declarar aplicable lo resuelto en el fallo "Acosta", en cuanto a la procedencia de la llamada "tesis amplia", en relación al primer párrafo del artículo 76 bis. del C.P.; lo que fuera expresamente explicado por la S.C.B.A. en la causa P. 125.430, al resolver la improcedencia de la Suspensión de Juicio a Prueba en delitos conminados con pena de inhabilitación.

Por el contrario considera que debe seguirse el criterio sentado por la Suprema Corte Provincial en ese fallo, no implicando vulneración a la irretroactividad penal, sino el cumplimiento del texto expreso y claro de una norma jurídica anterior al hecho que se imputa (siendo que de lo contrario el Magistrado debió declarar la inconstitucionalidad del artículo 76 bis del C.P.).

Por último sostiene que en la oposición fiscal se ha hecho referencia a los fundamentos fácticos y legales en los que se sustenta, y que corresponde a ese órgano exponer los motivos político criminales que guiaron la decisión del legislador, siendo también motivo suficiente de denegatoria.

Solicita en definitiva que se revoque la decisión.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución impugnada, propondré al acuerdo hacer lugar al recurso interpuesto.

Comienzo destacando que el Sr. Juez A Quo ha fundado su resolución, en una personal interpretación de los alcances del principio de legalidad y de ley penal más benigna, que ha calificado como "...principio de la "interpretación judicial más benigna", ampliando en consecuencia el concepto de ley penal más benigna..." (fs. 268) agregando que en "...el ordenamiento jurídico vigente opera el principio penal de extraactividad en materia de jurisprudencia, constituyendo un motivo "especial" para recurrir en casación (Arts. 448 y 467 inc. 8 del rito)..." y que la doctrina admite la prohibición retroactiva más gravosa respecto a los cambios jurisprudenciales.

Por ello, considera que "...el presente caso debe ser tratado bajo los argumentos brindados por el Plenario del Exmo. Tribunal de Casación Pcial en casusa nro. 52.274 "B., L. E. y O., A. R. s/ recurso de queja" del 9/913 y lo resuelto por la CSJN en causa "Norverto" y "Acosta", por considerar que resultan más beneficiosos y de aplicación en el ámbito provincial...".

Adoptando ese criterio, considera que la oposición del Ministerio Público Fiscal para ser indispensable y necesaria, debe estar revestida de ciertos requisitos (fs. 269 vta.) y que en este caso, dicho dictamen -que se fundaba en que el delito tiene prevista una pena de inhabilitación- "...no se abastece a sí mismo por entender que la cláusula de exclusión debe llevarse a cabo consultando los fines políticos criminales que la inspiran... lo que no se observa al respecto en esta clase de delitos contra al administración pública..." (fs. 271 vta.).

Por ello entiende que el extremo de que el delito que se imputa tenga pena prevista pena de inhabilitación no constituía un obstáculo para la procedencia, y que -en consecuencia-, el dictamen fiscal (que se basa en esa sola circunstancia) no resultaría vinculante.

Sucintamente, a fin de reconstruir la base normativa que respaldaría la afirmación del Juez de Grado (pero que no hiciera explícita), afirmo que -en nuestro orden jurídico- la regla general sobre la forma en que debe aplicarse la ley penal en el tiempo, es establecida por el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto reza "...Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...".

Ese principio es excepcionado por el artículo 2 del Código Penal, que dispone "...Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna...".

Diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional reiteran esos textos en términos similares, en especial en la utilización de la palabra "ley", al establecer aplicación de la regulación más benigna (ver. artículo 9 de la C.A.D.D.H.H. y 15.1 del P.I.D.C.P).

Ahora bien, como consecuencia del razonamiento que expone el Magistrado de Grado para justificar su decisión de apartarse de la que resulta la posición de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (sobre la improcedencia de la Suspensión de Juicio a Prueba en delitos reprimidos con pena de inhabilitación); se deberían extender los alcances de esas normas -que específicamente establecen al término "ley"- a la "jurisprudencia" (que el A Quo identifica con algunas decisiones judiciales).

En este caso el Juez de Grado aplica el mencionado principio de "...interpretación judicial más benigna...", a lo que considera que serían los alcances de dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia Nacional -"Acosta" y "Norverto"-, y a lo establecido por el Tribunal de Casación Penal en el Plenario dictado en causa 52.274, del 9/9/13, considerando que ellos priman por sobre el criterio sentado por la Suprema Corte Provincial, en la causa 125.430 en el mes de septiembre de 2016 y por resultar más benignos para la procesada.

Resultando de claridad que el texto legal de los arts. 18 de la Constitución Nacional y del artículo 2 del Código Penal hacen referencia a la palabra "ley" (con la que en nuestro orden jurídico se identifica a las normas de fuente legislativa), no advierto por qué razones el A Quo considera que debía extenderse su significado a las decisiones judiciales.

Tal como ha reiterado la Corte Suprema de Justicia Nacional "...la primera fuente de interpretación de la leyes su letra, (especialmente cuando aquella concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente) y que los términos empleados en ella

no deben entenderse como superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos usados..." (Fallos: 315:1256; 318:950 y 324: 2780). "...Asimismo, cuando la ley no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones ajenas al caso que aquella contempla..." (Fallos: 313:1007).

En ese sentido, si el Juez de Grado consideraba que debía aplicar -para resolver el caso- el criterio sentado en los precedentes dictados por otros tribunales (sea la Corte Suprema de Justicia Nacional o el Tribunal de Casación Penal) con anterioridad a lo resuelto por la S.C.B.A en la causa 125.430 (no siguiendo la interpretación allí ofrecida), debió recurrir a otro tipo de argumentación, propia de las justificaciones fundadas en aplicación de precedentes, y no a una interpretación extensiva o analógica de una previsión legal, expresamente prevista para la fuente legislativa.

Máxime ante las importantes consecuencias que conllevaría la interpretación que propone (con fundamento sólo en la posición de ciertos autores de doctrina), sin explicar a las decisiones de qué órganos debería extenderse, ni al peso que debería asignarse a cada "jurisprudencia" dependiendo del órgano que emane (sea provincial o nacional), y más allá de la temporalidad de su dictado.

Esto último resultaba sumamente importante para comprender los alcances de su decisión, especialmente debido a la dispersión y variedad de órganos judiciales que existen en la administración de justicia de nuestro país (y de órganos supranacionales si se quiere), en relación a las más específicas y concentradas autoridades legislativas.

Ahora bien corresponde analizar qué criterio jurisprudencial aplicar a la situación de la imputada, en el entendimiento de que debe resolverse haciendo una prognosis sobre cómo resolverían -actualmente- los máximos órganos judiciales provinciales y nacionales (si el caso llegara a su entendimiento).

En ese sentido, considero que el plenario dictado por el Tribunal de Casación Penal en el año 2013 no posee vigencia, siendo que no corresponde asignar a los casos "Acosta" y "Norverto" -de la C.S.J.N.- los alcances que le adjudica el Magistrado de Grado; sí resultando, en consecuencia aplicable el criterio jurisprudencial sentado por la S.C.B.A. en la causa 125.430.

En este último fallo, el Máximo Tribunal Provincial ha tenido en cuenta los argumentos esbozados por el Juez A Quo, justificando las razones por las que no ofrecen una interpretación adecuada; y concluyendo la improcedencia la suspensión de juicio a prueba en casos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación (que se establece en el artículo 76 bis. del Código Penal).

Destaco que, al abordar lo referente a sendos fallos de la Corte Federal, el Dr. Soria explicó en su voto -al que adhirieron los Ministros Kogan y Hitters, conformando la mayoría de fundamentos- las razones por las que esos precedentes no resultaban aplicables a la restricción de procedencia de la probation para delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Así sostuvo que en el caso "Acosta" (Fallos 331:858) la Corte Nacional se pronunció sobre el alcance del art. 76 bis del Código Penal a la luz de la doctrina del plenario "Kosuta", de la por entonces Cámara Nacional de Casación Penal, decidiendo zanjar la cuestión de fondo (vinculada a la inteligencia de los párrafos primero y cuarto del tantas veces mentado art. 76 bis del Código Penal), con adscripción en cuanto a ello concierne a la denominada "tesis amplia".

Y, en relación al argumento que reposa en la doctrina de la C.S.J.N. in re N. 326. XLI. Recurso de hecho. "Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del CP.", sent. del 23/IV/2008), explicó que "... La Corte resolvió el caso por remisión "en lo pertinente" a las consideraciones vertidas en "Acosta", dictado el mismo día de su pronunciamiento, desplazando el tema procesal vinculado al límite temporal para la solicitud del beneficio. Bien interpretada, esa remisión sólo tuvo en miras lo concerniente a la posibilidad de la concesión del beneficio respecto de delitos que

tienen prevista pena cuyo máximo supera los tres años de prisión pero que por sus circunstancias permitía dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable. No se expidió sobre el otro tópico relevante, dado que el delito de frustración maliciosa del pago de un cheque, tipificado en el art. 302 del Código represivo, tiene previsto, junto con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, la de inhabilitación especial de uno a cinco años..."

Luego concluyó con claridad: "...en "Acosta" la Corte no se expidió sobre la inteligencia dada al acápite del precepto que alude a las penas de inhabilitación porque el caso no la preveía. Así entonces, la doctrina del alto Tribunal en el caso "Norverto" carece de las consecuencias que pretenden derivarse en punto a la viabilidad del instituto en delitos con penas de inhabilitación (v., por todos, Yapur, Ariel, "En torno a ciertos equívocos derivados de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de suspensión del juicio a prueba", en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, v. 14, Hammurabi, Bs. As., 2013, ps. 64 y ss.)..."

Destacando que "...La comprensión que se propone de este fallo se refuerza con la posterior intervención de la Corte Suprema en otros que llegaron con recurso federal ante su órbita en los cuales estaba comprometida la aplicación del instituto en delitos con pena conjunta de prisión e inhabilitación y fueron -por mayoría, con disidencia del Juez Zaffaroni salvo en el último citado- inadmitidos en los términos del art. 280 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (v., entre muchos, B.947.XLIX. Recurso de hecho. "Berrier, Hugo s/causa nº 587", sent. de 20/VIII/2014; V.480.XLIX. Recurso de hecho. "Valdez, Rodolfo Walter s/lesiones culposas- causa nº 5824", sent. de 5-VIII-2014; V.320.XLIX. Recurso de hecho. "Visciglia, Sergio Daniel s/causa nº 16.874", sent. de 4-II-2014; C.483.XLIX. Recurso de hecho. "Cardozo, Esteban Rolando s/lesiones culposas -causa nº 5823", sent. de 10-XII-2013; D.411.XLIV. Recurso de hecho. "Delillo, Karina Claudia s/causa 8260",

sent. de 3-VIII-2010; y T.441.XLIII. "Tripputi, Juan Pablo s/recurso extraordinario federal causa 13/07", sent. de 11-VIII-2009)...".

Respondo entonces por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Doctor Barbieri por compartir sus fundamentos, sufragando en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución de fs. 267/272 de la presente causa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Adhiero al voto del Doctor Barbieri.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los Señores Jueces nombrados.

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, junio 12 de 2.018.

Y Vistos, Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución apelada.

Por los fundamentos expuestos este **TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia **REVOCAR** la resolución

dictada a fs. 267/272, por la que se hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba en favor de la encausada (artículos 404, 439, 440 y ccdtes. del Código Procesal Penal; 76 bis y sgts. del C.P.).

Notificar por oficio a la Fiscalía General y a la Defensoría General.

Cumplido devolver estas actuaciones a la instancia de origen, donde deberá notificarse a la imputada.