

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20455/05 STJ

SENTENCIA Nº: 177

PROCESADO: GAGLIARDI EDGARDO JOSÉ

DELITO: FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 07-12-05

FIRMANTES: BALLADINI - SODERO NIEVAS - CERDERA (SUBROGANTE)

//MA, de diciembre de 2005.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Soderó Nievas y Francisco Antonio Cerdera, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Gustavo Guerra Labayén, en las presentes actuaciones caratuladas: "GAGLIARDI, Edgardo José s/Fraude a la administración pública s/Casación" (Expte.Nº 20455/05 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., con el planteo de la siguiente:-----

#### CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

#### VOTACIÓN

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:-----

-----1.- Mediante resolución del 16 de junio de 2005, que se desglosa del principal y se reserva en Secretaría, la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió, por mayoría, no aceptar la propuesta de acuerdo presentada por las partes e imprimir el trámite que impone el rito.-----

-----2.- Contra lo decidido, ambas partes dedujeron sendos recursos de casación, que fueron declarados inadmisibles en conformidad con la sentencia interlocutoria Nº 177, lo que motivó las respectivas quejas ante este Superior Tribunal de Justicia, que hizo

lugar a los planteos atento a los autos interlocutorios N° 33 y 34 del corriente año. Por expresa instrucción de Presidencia se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte

///2.- de los interesados. Durante ese plazo emitió su dictamen el señor Procurador General subrogante (fs. 1729/ 1735), en el que ha propiciado que se declare procedente el recurso, se case la sentencia y se acepte la propuesta de juicio abreviado efectuada por las partes (arts. 439 y 325 bis inc. 4° C.P.P.) o, subsidiariamente, se declare la nulidad en los términos del artículo 440 del rito y se reenvíen las actuaciones a otro tribunal para que continúe el trámite. Realizada la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del Código Procesal Penal con la asistencia del abogado defensor del imputado, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- En su recurso de casación, la señora Fiscal de Cámara sostiene que la resolución atacada aplica erróneamente disposiciones legales y tiene caracteres de definitividad, pues involucra la determinación de las funciones institucionales del Ministerio Público -Fiscalía de Cámara-, en el caso, la facultad de acordar con el imputado que se dé a la causa el trámite de juicio abreviado y el tribunal acepte sus términos. Hace una reseña del trámite y explica las razones de su parte para proponer el juicio abreviado -el cierre final del proceso y la certeza de una condena que apareja inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos, lo que agota el interés de la acusación-. También expone las atenuantes y agravantes tenidas en cuenta para su pedido de pena y la modalidad en suspenso acordada y da diversos fundamentos, para concluir en que "... los tres años de prisión en suspenso con más las modalidades de cumplimiento del artículo 27 bis que el

///3.- Tribunal estime pertinentes por el término de dos años y la inhabilitación especial perpetua, representan una severa advertencia al momento de considerar su efecto disuasivo". Luego de esto, en relación con las facultades del tribunal para rechazar el juicio abreviado, argumenta que éste no puede ser desestimado en atención a la discrepancia con el monto y la modalidad del cumplimiento de la pena pactada, pues el control jurisdiccional se encuentra reservado al análisis de la calificación legal, para asegurar que la voluntad del imputado no se encuentre viciada y que haya correspondencia con el resto de las pruebas colectadas en el sumario. Cita jurisprudencia en abono de esta postura y posteriormente alega que nuestro código adjetivo no ha expresado las atribuciones del juzgador en la homologación del acuerdo, pero que éstas surgirían del sistema acusatorio que inspiró la Ley 3794, que introduce

tal instituto, y expone como ejemplos los arts. 319 y 380 del rito y legislación comparada. A continuación niega que la resolución recurrida se encuentre motivada, en tanto omite toda consideración respecto de la finalidad de la pena -que es la resocialización del condenado y también la retribución-, y que su aplicación efectiva no puede ser suplida por la genérica remisión a los arts. 26, 40 y 41 del Código Penal. - - -

- - - - -

----- Por su parte, el abogado defensor de Edgardo José Gagliardi argumenta acerca de la definitividad de lo decidido, pues su aplicación podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior. Hace una reseña de los hechos y aduce que la resolución

///4.- cuestionada carece de motivación. Agrega que sustraer de la órbita del Ministerio Público Fiscal la posibilidad de acordar con el imputado la finalización del proceso a través de un juicio abreviado es un retroceso en la serie de modificaciones legislativas que propician un sistema procesal acusatorio puro. Para fundamentar su aserto, cita doctrina que restringe la actuación del tribunal interviniente al dictado de la sentencia en el marco del acuerdo, si lo encuentra ajustado a derecho y a las probanzas reunidas en el sumario, y señala que el compromiso que implica para el imputado el reconocimiento de su culpabilidad impone adoptar un criterio restrictivo en el uso de la facultad de rechazo. Entiende asimismo que si el Código de Procedimiento permite al representante del Ministerio Público Fiscal aplicar ampliamente el principio de oportunidad (art. 180 ter), sería un despropósito negarle la posibilidad de acordar con el imputado el monto y la modalidad de pena. Reitera además los límites al control jurisdiccional de recurso anterior y argumenta que el juicio abreviado implica tácitamente una negociación, en la que ambas partes buscan su beneficio, y sostiene, concretamente: "... en referencia a mi pupilo, no cabe duda que someter al mismo a un juicio ordinario, conforme lo establece la Excma. Cámara en lo Criminal mediante la resolución impugnada, no es otra cosa que enviarlo hacia una condena, casi con seguridad más gravosa que la acordada con la representante del Ministerio Público Fiscal..." (ver fs. 1693). Al igual que el recurso reseñado en primer término, niega a la Cámara atribuciones para denegar el acuerdo en conformidad con las

///5.- razones expresadas. Hace cita de jurisprudencia y señala los motivos de su pupilo para aceptar la propuesta de juicio abreviado. Expresa también que éste no necesita ser resocializado, motivo por el cual observa inapropiada, además de errónea, la proyección hipotética de la Cámara.-

-----4.- La definitividad de la resolución recurrida.- - - -

----- En este sentido, cabe pronunciarse por la ocurrencia de tal requisito habilitante pues la resolución que rechaza la propuesta de juicio abreviado pone fin al procedimiento especial incorporado por la Ley 3794, que apunta a evitar el desgaste jurisdiccional propio del juicio común y posibilita reservar el debate sólo para los de trascendencia, toda vez que su inclusión "... responde en general a '\La idea de lograr sentencias en un lapso razonable con fuerte ahorro de energía y recursos jurisdiccionales y sin desmedro de la justicia...'\(Cafferata Nores José I., '\Cuestiones actuales sobre el proceso penal', Editores del Puerto, 1997, pág. 79)" (cit. en Ferreyra Viramonte, "Algunas consideraciones sobre el juicio abreviado..." en [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), 08-11-05).

----- De tal modo, la resolución cuestionada pone fin a esta clase especial de proceso e impide los beneficios de su utilidad, lo que le confiere definitividad en los términos del artículo 427 del Código Procesal Penal.- - - - -

-----5.- Atribuciones de la Cámara Criminal en el análisis del acuerdo propuesto a consideración.- - - - -

----- En la regulación del juicio abreviado, algunos códigos de procedimiento establecen los requisitos expuestos que puede analizar el juzgador al momento de homologar el acuerdo. Así, el Código de Procedimiento Penal de la Nación

///6.- prevé la posibilidad de rechazo si el tribunal argumentara "... la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida..." (art. 431 bis 3), a lo que cabría sumarle otros que surgen del propio texto como condición de este tipo de juicio, a saber: que la petición resulte extemporánea; que, de mediar conexión de causas, el imputado no admita el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos que se le atribuyen; que su conformidad aparezca condicionada, afectada por algún vicio de la voluntad o no sea congruente con el contenido de la prueba producida en la instrucción, o que, en el caso de que existan varios imputados, no aparezca exteriorizada la conformidad de todos ellos (conf. Lino E. Palacio, "El juicio penal abreviado en una de sus primeras aplicaciones", LL 1997-D, 587 y ss.).- - - - -

----- Con una distinta técnica legislativa -en cuanto a la indicación de los fundamentos para denegar el acuerdo-, nuestro Código de Procedimientos Penal no establece pauta expresa alguna al respecto. Por ello, para dilucidar la cuestión, es necesario recurrir a la misma técnica interpretativa señalada supra, toda vez que del texto legislativo deben

surgir las exigencias que condicionan la adopción de esta clase de juicio.- - - - -

- - -

----- Así, en lo pertinente, el punto 4 del art. 325 bis establece que, presentado el Acuerdo, éste será sometido a consideración del tribunal de juicio, y expone el trámite de aceptación. Luego, en el punto 5 establece que, luego de la deliberación, podrá: a) aceptar el acuerdo y dar a los hechos una calificación jurídica distinta, en tanto no //7.- implique una variación en más del monto de la pena, o b) rechazar el acuerdo.- - -

- - - - -

----- Además, el punto 3 del art. 325 bis del rito dice que la aceptación de la propuesta fiscal por parte del imputado debe ser instrumentada en la audiencia y se labrará un acuerdo con determinados requisitos. El código dispone también: "Sin perjuicio de ello, las partes podrán alegar en dicha audiencia, sobre la calificación legal y sobre el monto de la pena" (el subrayado me pertenece). Del propio texto legal es dable deducir que el juzgador, a quien se dirige el alegato, tiene facultades para controlar tales cuestiones: esto es, la calificación legal y el monto de la pena.- - - - -

- -

----- Ello es así pues el alegato implica una petición al juez atento a que su función y utilidad "... debe surgir de la forma sintética y metódica en que se recapitulan los hechos en que las partes fundan sus pretensiones y el derecho que invocan, con el fin de orientar al juez, en sus conclusiones definitivas (Alsina-Jofré)" (ver Armando V. Silva, Alegato, "Enciclopedia Jurídica Omeba", Tº I A, 636 y ss.). No tendría sentido que el legislador posibilitara alegar a las partes en la audiencia -es evidente, por los beneficios de la intermediación-, en un intento de mejor exposición de sus posturas, sobre temáticas que ya serían incontrovertibles para quien debe ser convencido.- - - - -

----- De tal modo, el rechazo en tratamiento atiende a las circunstancias expuestas en la audiencia, conforme lo dice D\Albora ("Código Procesal Penal de la Nación", 928), que son las que el legislador faculta a las partes a exponer

//8.- para favorecer la suerte del acuerdo, por lo que éstas son materia sujeta a control del juzgador, de acuerdo con el texto de la ley. Lo anterior se funda en que "... no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, razón por la cual las normas no deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor..." (CSJN, in re "DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN", del 24-05-05, voto del doctor Maqueda, LL 2005-C, 791 - DJ del 15-06-05, 483).- - - - -

----- Asimismo, si bien la interpretación de las leyes debe realizarse atendiendo a su contexto general, "... ello no habilita a efectuar una hermenéutica jurídica... que prescinda de condiciones claras previstas en forma expresa" (CSJN in re "LUFTHANSA LÍNEAS AÉREAS ALEMANAS", del 30-05-01).- - -

----- Como resultado del punto 5.a, la disconformidad con el primero de los supuestos - la calificación jurídica- no implica por sí un rechazo del acuerdo, toda vez que puede dar a los hechos otra distinta, en la medida en que no varíe el monto de la pena, lo que implica que el segundo de ellos es un aspecto en el que también puede manifestarse la misma disconformidad. Sin embargo, por cuanto la oposición con el monto de la pena acordada es esencial, tiene como consecuencia el rechazo del acuerdo, pues luego de admitido el "... Tribunal no puede condenar con una pena... que las partes no acordaron, porque ello implica un notorio agravamiento a lo aceptado por el imputado..." (conf. in re "ESPADIN SUSANIVAR", Se. 118/05 STJRNSP), precedente que debe ser interpretado en sus justos términos pues se ocupa

///9.- de las restricciones del juzgador luego de la homologación del acuerdo, mientras que en el caso sub examine es previo a ello.-----

----- Entiendo asimismo que la interpretación que propugno se adecua a las razones del legislador para la implementación del instituto -el descongestionamiento del funcionamiento del la justicia penal en la provincia de Río Negro para que pueda optimizar sus recursos materiales y humanos pero resguardando los intereses del Estado y del imputado (ver Sesión Ordinaria N° 13, del 11-11-03, según lo dicho por el legislador Fernando Chironi)-. Y dado que constituye una excepción a la regla de la oralidad que impera en el proceso penal, la normativa legal involucrada no puede ser interpretada extensivamente, lo que implica reconocerle al juzgador sus facultades de control y oposición a la propuesta sometida a su análisis, en los límites textuales del art. 325 bis, que lo admite de modo implícito.-----

----- A diferencia de lo sostenido por las partes recurrentes, la extensión del control al acuerdo propuesto no va en desmedro de las reformas implementadas al código ritual, pues el cercenamiento parcial de las funciones jurisdiccionales de los tribunales de juicio no alcanza a fulminar desde tal óptica su validez constitucional por el carácter no vinculante del acuerdo (ver Navarro y Daray, "Código Procesal Penal de la Nación", T° 2, pág. 1157). Además de ello, inicialmente el instituto en tratamiento "... es un verdadero juicio, en el que se abrevia la producción de la prueba por razones de economía procesal y celeridad,

///10.- evitando el debate cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de la claridad y suficiencia de la producida durante la etapa instructoria (TO 14, LL, 2001-C, 591)" (op. cit.), con lo que el acuerdo sobre la pena no sería relevante para el funcionamiento del instituto, de lo que se deduce la posibilidad de controvertirlo en dicho ítem.- - - - -

----- Por último, este control tampoco va en desmedro del sistema acusatorio, en tanto la "transacción" respecto del monto de la pena y su modalidad de ejecución no se identifica con él. "Intentar encontrar en la transacción un elemento que torne a los procesos en \acuatorios\ es, como se dijo antes, tergiversar el proceso acusatorio romano y el proceso acusatorio teórico, siendo este último el que nos rige. A su vez argumentar que la exigencia de juicio previo representa en un caso puntual una interpretación constitucional \perversa\ toda vez que el imputado con el acuerdo se encuentra beneficiado, es por cierto una confusión teórica respecto de dos puntos fundamentales. El primero de ellos es que el imputado no tiene un \derecho\ a una pena determinada, por el contrario y como consecuencia de la legalidad penal el imputado tiene solamente derecho a la aplicación de una pena que responda al marco legal aplicable, razón por la cual jamás puede considerarse un derecho que se imponga una pena menor de aquella que normativamente se le debe imponer... El segundo punto a considerar es que las instituciones jurídicas, y entre ellas el juicio, son conquistas que el Estado de derecho liberal ha conseguido frente al absolutismo del Estado que

///11.- monopoliza el uso de la fuerza. Lo \perverso\ es por cierto, considerar que los límites al poder de represión del Estado constituyen perjuicios al imputado amenazado de pena, y si en un eventual caso concretamente representara un beneficio, no será más que por la circunstancia de un Estado que se ha excedido de los límites que tiene constitucionalmente impuestos" (Nicolás Schiavo, "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", N° 12, págs. 478/479).-

----- Por las razones que anteceden, entiendo que se encuentra dentro de las atribuciones del juzgador analizar el monto de la pena y su modalidad de ejecución en el acuerdo celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado para la realización del juicio abreviado.- - - - -

-----6.- La motivación de lo decidido.- - - - -

----- En la resolución cuestionada, la vocal que se expide en primer término y conforma la mayoría dice: "Avocada a la consideración del Acuerdo presentado (arts. 325 bis inc. 4° CPP) teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que los

hechos acaecieron (5 concursados realmente) y en particular la calidad del traído a juicio (vice gobernador de la Provincia y Presidente de la Legislatura), la índole de la conducta imputada (nombramiento de personas como agentes jornalizados de carácter político en la Legislatura de la Provincia sin que desempeñaran función o tarea alguna, reteniendo el imputado para sí mediante la presentación de una autorización a su favor, parte o la totalidad de los haberes que a aquéllas se les liquidaron) el monto del perjuicio ocasionado (según pericia de fs. 1446/1450...) y la duración del accionar

///12.- antijurídico: 1er. hecho: del 1-1-92 al 9-12-95, 2º hecho: 1-1-95 al 9-12-95, 3er. hecho: 1-12-93 al 30-12-94, 4º hecho: del 1-5-92 al 30-4-95, 5º hecho: 1-6-94 al 30-4-95, me impiden compartir en una proyección hipotética y atento lo prescripto por los arts. 26, 40 y 41 del CP. que en caso de condena pudiera corresponderle a Edgardo José Gagliardi el monto de pena y la modalidad de ejecución que ofrece la Sra. Fiscal de Cámara".- - - - -

----- Las circunstancias agravantes merituadas son adecuadas -proporcionan en principio razón suficiente- para considerar que la eventual pena a imponer superaría los tres años de prisión acordados, con lo que perdería sentido toda discusión vinculada con la imposición efectiva de tal pena y su innecesariedad para la resocialización del condenado, pues aquélla devendría por imperativo legal, toda vez que la condena condicional es para los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años.- - - - -

----- En este sentido, es inadmisibles el razonamiento según el cual, atento a que se trata de un condenado cuya resocialización es innecesaria, se le impone un monto de pena de prisión cuya ejecución puede ser condicional, pues la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes debe dilucidar primero el monto de la pena. En el caso de autos, dado el tipo legal seleccionado (art. 174 inc. 5º C.P. en función del 173 inc. 7º), éste puede llegar hasta los seis años de prisión, con un mínimo de dos.- - - - -

----- Estas últimas consideraciones también se ajustan a la doctrina legal de este Cuerpo según la cual la condena de ejecución condicional constituye una excepción a la regla de

///13.- que la condena es de cumplimiento efectivo, porque el art. 26 del Código Penal habla expresamente de "facultad" y establece, bajo pena de nulidad, que el beneficio se conceda en forma fundada y que el juzgador está obligado a pronunciarse sobre su procedencia. "La condena condicional es la excepción a la regla que establece que las penas privativas de la libertad deben ser ejecutadas bajo encierro y que, en

consecuencia, ante la omisión de un pronunciamiento expreso acerca de la condicionalidad de la condena, debe entenderse que la misma es de cumplimiento efectivo (Cf. Breglia Arias - Gauna, Código Penal, p. 90; Laje Anaya - Gavier, \Notas al Código Penal Argentino\, T. I, p. 114)" (ver Se. 62/98 STJ, del 19-08-98; Se. 96/98 STJ, del 09-11-98; Se. 107/98 STJ, del 04-12-98).- - - - -

----- Del mismo modo, las partes no han controvertido la valoración de las pautas agravantes para estimar en más el monto de pena acordado -en cuanto a su prueba, aunque sí en cuanto a sus consecuencias jurídicas-, la que es indiscutible en su objetividad para proporcionar razón suficiente a lo decidido. Entre tales pautas, cabe citar la calidad del imputado, elegido por la ciudadanía para ocupar una de las más altas funciones en el estado democrático como vicegobernador de la provincia y presidente de la Legislatura, puesto que en aprovechamiento de tal función nombró a personas como agentes jornalizados de carácter político sin que desempeñaran tarea alguna y retuvo parte o la totalidad de los haberes; la magnitud del perjuicio patrimonial ocasionado, y el lapso de tiempo en que llevó a cabo su práctica delictiva (tres años para el primer hecho

///14.- reprochado).- - - - -

----- Ello es así atento a lo que admite el propio señor defensor en su recurso de casación en el sentido de que no le caben dudas de que "... someter al mismo a un juicio ordinario, conforme lo establece la Excma. Cámara en lo Criminal mediante la resolución impugnada, no es otra cosa que enviarlo hacia una condena, casi con seguridad más gravosa que la acordada con la representante del Ministerio Público Fiscal..." (ver fs. 1693), por lo que no puede estimar irrazonable el mérito efectuado por el juzgador cuando asiente con la valoración hipotética realizada. En tal caso, tampoco podría disentir con la modalidad de ejecución de la pena cuando, superado aunque sea mínimamente el monto acordado -tres años-, ésta debería ser de ejecución efectiva por imperativo legal, como ya fue referido.- - - - -

----- En este orden de ideas, la calidad funcional del imputado es un dato de cargo insoslayable e incluso es de consuno con la reforma legislativa mencionada -Ley 3794-, dado que ésta en su art. 180 ter niega los criterios de oportunidad "... si el delito fue cometido por un funcionario público, en el ejercicio de su cargo o por razón de él".- -

----- A lo anterior sumo que el reconocimiento del imputado acerca de su culpabilidad no puede ser estimado como un arrepentimiento de lo sucedido, sino que busca una disminución en la penalidad; en "... esto consiste la tácita negociación que conlleva el

instituto del juicio abreviado, y que es un elemento más que marca la presencia del principio de oportunidad en su implementación" (ver fs. 1693 del recurso de casación interpuesto por la defensa).- - - - //15.-- Por último, el imputado ha manifestado su acuerdo con la prueba de los hechos y su calificación, de modo que no cabe desarrollar aquí argumentación alguna sobre otra distinta -si el delito de administración infiel abarca en un solo hecho la totalidad de la conducta delictiva o si admite la reiteración bajo la modalidad de delito continuado o en concurso real, pues tal distinción tiene por fundamento un dato subjetivo propio de la conducta del sujeto pasivo y quién mejor que éste para reconocer su unidad o diversidad de resolución al admitir el concurso real a lo largo del lapso de tiempo reprochado-. Así "... este Superior Tribunal no excluye la posibilidad jurídica de la reiteración delictiva. \Que una sea la gestión o administración, no es argumento suficiente para decir que cada uno de los plurales hechos antijurídicos y perjudiciales descriptos, constituyen, en realidad, un solo hecho, a menos que se siga leyendo el texto en los términos originarios del Código Penal, pensados en un escenario donde hay un mandatario que tiene obligación de rendir cuentas... Si en ocasiones diversas se violaron los deberes y también se perjudicaron los intereses confiados, a condición de que se den los requisitos del tipo subjetivo, hay tantos hechos como perjuicios producidos\ (Spolansky, \Administración Fraudulenta y solamente una vez\, en LL Suplemento de Jurisprudencia Penal, Buenos Aires, 30-05-03, págs. 3 y ss.)" (ver in re "DENUNCIA", Se. 113/05 STJRNSP).- - - - -

-----7.- El análisis del sub examine se circunscribe a los puntos planteados en los agravios, según lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "CASAL" (del

//16.- 20-09-05, voto de la doctora Carmen Argibay), criterio que fue adoptado por este Superior Tribunal de Justicia en numerosos pronunciamientos, entre los que pueden mencionarse "SANDOVAL" (Se 137/05) y "ZACARIAS" (Se. 138/05). Por lo demás, tal restricción tiene también en consideración el especial trámite analizado, que sólo niega la posibilidad de un juicio bajo un procedimiento abreviado y ordena el desglose de las actuaciones para su reserva, a la vez que permite el juicio común, en el que eventualmente podrán discutirse en un contradictorio pleno las cuestiones de derecho que las partes estimen corresponder.- - - - -

-----8.- Por las razones que anteceden propongo al Acuerdo rechazar los recursos de casación en tratamiento, con costas por su orden, confirmar la resolución recurrida en todos sus términos y enviar este expediente al tribunal de grado inferior para que

continúe con el trámite. MI VOTO.- - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

-----1.- Adhiero a lo sostenido por el vocal preopinante y agrego que el instituto de juicio abreviado es parte de un fenómeno jurídico general tendiente a la simplificación del procedimiento, para tornarlo más sencillo, rápido y simple. Se trata de una serie de reglas procesales que procuran acelerar el proceso común. "En esta corriente, Palacio dice que nos encontramos ante modalidades alternativas de los procesos clásicos -el común y el correccional- pero no ante procedimientos que dentro de la ciencia procesal pudiéramos calificar de 'excepcionales' o 'diferenciados' (Lino E. Palacio: El juicio abreviado...)" (Adrián Marchisio, "El juicio abreviado y la instrucción sumaria", Ed. Ad. Hoc,

///17.- 1998, pág. 102).- - - - -

----- Ahora bien, es importante resaltar que se trata de aspectos del proceso penal regulados por normas provenientes de esquemas legislativos y consolidados de diferentes culturas jurídicas, salvo -quizá- la norteamericana donde, como se ha expuesto, las "confesiones convenidas" empezaron hace un siglo o más o, asimismo, la española, en la cual ya topamos con la "conformidad" desde la primera parte de la centuria pasada (Bertolino, "Para un encuadre del proceso penal abreviado (A propósito de la 'Instrucción sumaria' y el 'Juicio abreviado', incluidos en el Código Procesal Penal de la Nación por las leyes 24826 y 24825)", JA 1997-IV, 782).- - - - -

----- Este ingreso del instituto de culturas jurídicas distintas, en especial, como se sostendrá infra, del sistema estadounidense a través del proceso convencional plea bargaining, ha merecido la atención de parte de la doctrina, en la advertencia de que la "... marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano es de sobra conocida y ha sido destacada con preocupación en el mundo del derecho continental europeo, que asiste a una suerte de fascinación por el avance del common law, donde se ha vuelto usual el proceso convencional conocido como plea bargaining, que admitido finalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha comenzado a inquietar a los estudiosos que creen que el juez puede terminar convirtiéndose en un sello de goma" (Almeyra, "Réquiem para el juicio penal oral -A propósito del procedimiento penal abreviado", en "Antecedentes Parlamentarios. Doctrina", págs. 1559/1560).--///18.-- Es que tal simplificación, como sostiene Almeyra, constituye un ideal alcanzable en la medida en que no resienta las cláusulas garantísticas: juicio previo e inviolabilidad de la defensa,

incoercibilidad moral del imputado, estado de inocencia y carga probatoria.- - - - -  
----- Sin intentar ser exhaustivos, simplemente para señalar de modo ejemplificativo estos procedimientos de simplificación desde el sistema norteamericano al continental europeo y luego al continental sudamericano, diremos que en el derecho comparado de raíz continental europea el acuerdo entre el fiscal y el imputado se restringe al proceso - eliminación de la etapa oral y fundamento de la sentencia en las pruebas recolectadas en la instrucción-, mientras que el procedimiento penal de los Estados Unidos de Norteamérica presenta un sistema en el que el agente fiscal puede disponer totalmente de la acción. Por ello, no requiere más formalidad que la confesión del reo para su aplicación (guilty plea).- - - - -

----- El acuerdo sustancial está dado por el consenso al que han llegado el fiscal y el acusado y su defensor sobre la imposición de una pena menor a la que probablemente obtendría de realizarse el juicio oral o incluso sobre el propio hecho o sobre las atenuantes o agravantes por los que se acusará.- - - - -

----- El sistema por el cual se arriba a una pena inferior es el que generalmente han adoptado los países de tradición continental europea, mientras que en el sistema estadounidense la negociación es amplia. Así, el instituto del plea bargaining (negociación sobre declaración de

///19.- culpabilidad) se presenta bajo la forma del sentence bargain cuando el imputado confiesa a cambio de que el fiscal le recomiende al juez la imposición de una pena menor a la que le correspondería, o como charge bargain, en el caso en que el agente fiscal acuse por un hecho distinto o sólo por alguno de los hechos luego de la confesión del imputado.- - - - -

----- Conviene explicar esto con un mayor detalle:- - - - -

----- El plea bargaining es una solución negociada que "... consiste en el acuerdo que, previo al juicio, negocian el Ministerio Público y el abogado de la defensa, por medio del cual el primero promete hacer una recomendación al tribunal que será beneficiosa para el acusado (el retiro de algún cargo o acusación, la imposición de una sentencia menor, etc.). A cambio, el imputado decide declararse culpable (guilty plea) del hecho delictivo, lo cual es comunicado por su defensor al prosecutor, quien establece una pena que, en relación a la gravedad del hecho objeto de acusación, le reclama al juez, en una recomendación... Como lo destaca ALMEYRA, la constitucionalidad de este proceso convencional fue reivindicada por dicho tribunal (Corte Suprema de los Estados Unidos) en el precedente '\Santobello vs. New York\' (404 US 257) fallado en el año

1971 donde se refirió que la disponibilidad de la acción penal mediante un acuerdo entre el fiscal y el acusado, llamada negociación sobre declaración de culpabilidad, es un componente esencial y deseable de la administración de justicia... Esa doctrina fue reafirmada posteriormente en el caso '\Bordenkircher c/Hayes\'', (434 U.S. 357) de 1978, con cita del fallo

///20.- '\Blackledge c/Allison\'', 431 U.S. 63.71... Ahora bien, existen tres categorías de plea bargaining: (a) El '\sentence bargaining\''. Se trata del acuerdo entre el imputado y el juez y/o el Ministerio Fiscal a través del cual, ante una declaración de culpabilidad del primero, se le promete la aplicación de una pena determinada o determinable dentro de variantes establecidas al respecto. Por medio de este instituto se altera tanto la acusación como la determinación de la pena. Se puede llegar a este acuerdo por medio de dos vías 1) a través de la participación directa del juez en el plea bargaining, o 2) mediante la renuncia a la determinación de la pena por el juez y, en consecuencia la aceptación de lo pactado por las partes. (b) El '\charge bargaining\''. Cuando el imputado se declara culpable de uno o más hechos delictivos a cambio de la promesa de que no se ejercerá la acción penal por otros delitos que le son imputados; y ante lo cual el prosecutor desvirtúa entonces la imputación, sustituyendo el hecho que originariamente sostenía la acusación por uno menos grave, e incluso, y de existir varias imputaciones, dejando de perseguir alguna de ellas. (c) Forma mixta. Consiste en resolver el proceso con el sentence y con el charge bargaining: el imputado se declara culpable de una imputación, a cambio de la disminución de cargos o de la concesión de una condena más benévola de los que correspondería..." (conf. María José García Torres, "El proceso penal abreviado y el acuerdo del imputado", pág. 68). En lo que interesa, el autor prosigue señalando que el Juez puede rechazar el bargaining "... cuando considere que el acuerdo resulta contrario a los intereses

///21.- de la defensa social, porque la concesión del fiscal fue excesivamente benévola, o porque se excedió en su discrecionalidad a la hora de fijar el hecho delictivo y la pena solicitada".- - - - -

----- En consecuencia, incluso en el sistema estadounidense mencionado supra la etapa del acuerdo entre el fiscal y el imputado -sentence bargaining, charge bargaining o su forma mixta- se encuentra diferenciada de la de imposición de pena y el magistrado puede oponerse a la pena acordada. Así, en caso de que el Juez admita la pretensión, el imputado es condenado sin citar al jurado ni realizar el juicio y el tribunal pasa a la etapa de determinación de pena, separada del proceso previo, regida desde 1987 por la

Federal Sentencing Guidelines, que funciona como un código dirigido al juez con pautas orientativas vinculantes para la mensura de la pena (Rafecas, "La estimación de la pena por parte del fiscal en el marco del juicio abreviado (Ley 24825)", pág. 446, Cuaderno N° 12).- - - - -

----- En el "sentence bargaining" del derecho inglés el acuerdo se realiza en el despacho del juez competente para la determinación de la pena entre el propio juez y la defensa. A diferencia de lo relatado supra, el fiscal no intervendrá en la determinación de la pena (García Torres, op. cit., pág. 73).- - - - -

----- Son ejemplos de estos procedimientos especiales de simplificación los establecidos en el Código Italiano (1989), entre los que se encuentra el juicio abreviado, que tiene al acuerdo sobre la sanción penal como punto esencial, el juicio directísimo -para la flagrancia y confesión-, el

///22.- juicio inmediato -cuando la prueba es evidente- y el procedimiento por decreto -tratándose de un procedimiento monitorio.- - - - -

----- De igual modo, el Código Procesal portugués, en lo sustancial, establece el proceso sumario y el sumarísimo para casos de flagrancia en delitos que no superen los tres años de prisión y delitos leves con penas no superiores a los seis meses, de multa o de inhabilitación para conducir automotores; como se advierte, se encuentran reservados a casos de pequeña criminalidad.- - - - -

----- La legislación española regula el proceso abreviado, cuyos fines son la simplificación procesal, la eliminación de trámites superfluos mayoritariamente de la etapa instructoria, la facilitación de la autocomposición, la reconceptualización del principio de oportunidad y el cambio de órgano encargado de la instrucción de causas criminales, en favor del Ministerio Público Fiscal. Luego agrega el juicio rápido para delitos flagrantes o con hechos evidentes.- - - - -

----- En Alemania se establecen procesos especiales: el procedimiento acelerado y el proceso por orden común. En los últimos tiempos se ha extendido un tipo de solución caracterizado por un acuerdo previo de las partes procesales sobre el resultado del proceso, y se llevan al campo del "Absprache" los intereses del fiscal, del defensor y del imputado, para alcanzar el acortamiento del proceso. Siempre le quedará al juez la posibilidad de negarse a una solución consensuada, seguir el juicio oral y determinar libremente la pena y la fijación de la sentencia (García Torres, op.

////23.- cit., págs. 29/31).- - - - -

----- Así, "... en el Derecho anglosajón el sistema, más bien moderno, de la

negociación entre el fiscal (que no está sometido al principio de legalidad, sino de oportunidad), y el imputado y su defensa, que conduce normalmente a una disminución de los cargos y de la consiguiente pena, a cambio de la colaboración del imputado, ya para descubrir a sus partícipes, o para simplificar la tarea de investigación. Este modo de proceder -como veremos, muy criticado en los Estados Unidos- fue receptado en tiempos cercanos por la legislación italiana, alemana y española, bajo cuyo influjo se la ha querido trasladar al Derecho latinoamericano... Me parece, adelanto, que el '\juicio abreviado\' de nuestros Códigos, en su faz actual (nacional y provincia de Buenos Aires) deriva del Código español, que, bajo el acápite de '\procedimiento abreviado\'(art. 779 y ss.) regla, en verdad, un trámite abreviado y acelerado para delitos que no superen los doce años de prisión. Se trata nada más que de un trámite abreviado, pero en el art. 789, in fine, se desliza que si el imputado reconoce los hechos que se le atribuyen ante el juez de instrucción, y el delito corresponde a la competencia del juez penal (hasta seis años), este último podrá dictar sentencia en el acto" (ver Schiffrin, "Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la argentina (A propósito del juicio abreviado y del arrepentido)", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 8, págs. 481 y ss.).- - - -

-----  
----- En nuestro país el juicio abreviado se introduce al Código Procesal Penal de la Nación mediante la Ley 24825,

///24.- que tuvo tratamiento en la Cámara de Diputados de la Nación conforme un dictamen de la Comisión de Legislación Penal respecto de sendos proyectos de ley de los diputados Cafferata Nores y Menem sobre la incorporación de un capítulo que regula el juicio abreviado al título II del libro III del Código Procesal Penal. En el informe de los diputados firmantes se destaca: "La procedencia de la abreviación tiene control jurisdiccional, ya que debe ser resuelta por el tribunal de juicio. Admitido el juicio abreviado, el tribunal deberá fallar el caso sin audiencia de juicio y con las pruebas rendidas durante la instrucción. Cabe aclarar que el juicio abreviado que se ha dictaminado favorablemente no se corresponde con el pleabargaining americano, ya que sólo procede ante convenios que respeten la verdad procesal, relacionada con el hecho efectivamente probado, y el principio de legalidad en relación con la calificación jurídica del hecho probado y la correspondiente pena según dicha calificación" ("Antecedentes Parlamentarios", pág. 1548).- - - - -

----- El proyecto tuvo dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Cámara de Senadores (Cámara revisora) según el orden del día

302/97, del 9 de abril de 1997, y no puede obviarse la disidencia total del Senador Pedro Guillermo Villarroel, para quien el código de procedimiento mixto en el que se inserta el instituto tiene una etapa instructoria de importancia determinante para la segunda de debate. "En este contexto, el juicio aparece como una garantía última de control de desequilibrio de poder de la instrucción, debido a los rasgos inquisitivos que

///25.- conserva dicha etapa. El carácter preponderantemente acusatorio del juicio ofrece una instancia -no exenta de dificultades- de moderación del posible desbalance de poderes que surja de la etapa investigativa. Vistas así las cosas, resulta inconveniente la simplificación del juicio, cuando en rigor los requerimientos de simplificación y de actuación por consenso de las partes deberían apuntar en nuestro sistema a los rasgos inquisitivos de la instrucción (efr.: Binder, A. m. 'Límites y posibilidades de la simplificación del proceso', en Justicia penal y estado de derecho, Buenos Aires, 1993; Bovino, A. 'Procedimiento Abreviado', en Temas de derecho procesal penal estadounidense- donde no existe nada comparable con nuestra etapa formalizada de instrucción, y donde sí son comprensibles, aunque no siempre justificables en sus efectos, las exigencias de simplificación del juicio, dada la inmensa carga que requiere la realización de un debate oral, continuado y decidido por jurados- corre el grave riesgo de perder de vista la diferencia fundamental del contexto al que se quieren aplicar aquellas soluciones. En el modelo que rige nuestro procedimiento, la persistencia de rasgos inquisitivos de la instrucción sumada a la simplificación del juicio supone el peligro de trasladar a la instrucción el peso de la decisión sobre el hecho punible, la responsabilidad del imputado y la pena aplicable, debilitando a su vez los rasgos que constituyen la garantía más importante de control de los actos de la instrucción durante el juicio, es decir, el carácter contradictorio, oral y público del debate, el principio de

///26.- inmediatez, la necesidad de producción íntegra de la prueba en esa etapa, etcétera" ("Antecedentes Parlamentarios", pág. 1555).-----

----- Ciertamente es que estos caminos de simplificación encuentran sustento "en verificaciones empíricas hartamente demostrativas de la imposibilidad práctica del sistema penal de abarcar todos los casos que existen, con significado en esa área jurídica, en la enorme selección que se produce dentro del sistema respecto de los casos que llegan a ser conocidos por él, inclusive sin orientación política alguna o con la orientación subjetiva de quien, en ese momento, tiene poder de derecho o de hecho sobre el sistema, y en la irracionalidad de los resultados o consecuencias a que él arriba" (Julio B. Maier, "Mecanismos de simplificación del proceso penal", en "Cuadernos de Doctrina y

Jurisprudencia Penal", año IV, N° 8, pág. 435). Dice Maier que el "... principio de legalidad resulta ya insuficiente en el sistema penal argentino, siendo necesario para una mejor realización del derecho material una '\flexibilización\' del mismo... La legal oportunidad traerá seguramente mayor eficacia al proceso penal sin necesidad de un apartamiento del tradicional principio del artículo 71 del CP" ("Derecho Procesal Penal", T° I, pág. 569).- - - - -

----- En esta cuestión dilemática -insuficiencia del criterio de legalidad y necesidad del juicio del art. 18 de la C.Nac. para resolver un reproche penal- se inscribe la temática que se debe decidir, esto es, las atribuciones jurisdiccionales para el control del acuerdo entre el Ministerio Público Fiscal, el abogado y su defensor. Y,

///27.- desde la convicción que brinda el propio texto del código de rito, como fue analizado por el vocal preopinante, hasta el entendimiento de que el juicio abreviado introduce un criterio de oportunidad reglada, y excepcional, en el que los márgenes de discrecionalidad del fiscal se encuentran pautados en la ley, el disenso sobre la pena consensuada y su modo de ejecución debe ser reconocido a los magistrados.

----- Se suma a lo anterior que las legislaciones comparadas del derecho europeo o americano (vg. Brasil y Panamá) reconocen el acuerdo sobre la pena -no ya sobre el trámite-, pero respecto de infracciones menores, sancionados con penas no privativas de libertad, con la única excepción de España donde la reforma toma como límite, a diferencia de lo que ocurre entre nosotros, el máximo de la escala del respectivo tipo y no la pena en concreto que requiera la acusación. Qué decir entonces del Código Procesal Penal de Río Negro que, a diferencia del nacional, extiende los supuestos de pertinencia cuando correspondiere la imposición de una pena privativa de libertad que en concreto no supere los diez años de duración (art. 325 bis C.P.P.).- - - - -

----- Entonces, un uso prudente del instituto favorece la interpretación que se propicia, en tanto la bilateralidad del acuerdo no alcanza pues es necesaria la intervención del tribunal de juicio, quien puede aprobar o desaprobado el ofrecimiento del Ministerio Público Fiscal al imputado.- -

----- De ahí lo que considero un acierto del legislador provincial -para evitar una devaluación mayor de la garantía del juicio previo del art. 18 C.N.- reconocer la atribución jurisdiccional del control sobre la pena, a diferencia de

///28.- las experiencias legislativas del Código Procesal Penal de la Nación y de la provincia de Buenos Aires.- - - -

----- El primero de ellos autoriza el análisis de ciertos recaudos expresos: mejor

conocimiento de los hechos y discordancia con la calificación, e implícitos: temporaneidad de la petición, conexidad de causas y no-admisión del requerimiento respecto de todos los delitos, o condicionamiento de la conformidad del imputado.- - - -

- -

----- En "Cuestiones actuales sobre el proceso penal" (págs. 174/175), en una opinión crítica referida a la temática en tratamiento, Cafferata Nores dice que con posterioridad a la formalización del convenio el órgano jurisdiccional debe examinarlo y su anuencia reposará en la verificación del resguardo de los derechos del acusado en el trámite y en el acto del acuerdo, así como también en la convicción de que el hecho y la participación del imputado se encuentra acreditada, que la calificación jurídica es la adecuada y que la pena requerida y convenida es acorde con tal encuadramiento, pero niega el control sobre la suficiencia de la pena, en oposición a su propia obra legislativa -Ley 24825-, aunque dejando a salvo su proyecto sobre abreviación del trámite.- - - - -

-----

----- El Código Procesal Penal de Buenos Aires en su art. 397 establece que el juez, sin otra diligencia, elevará el pedido de procedimiento de juicio abreviado y la conformidad del imputado y su defensor al órgano jurisdiccional competente, el que, si no rechaza la abreviación del trámite por considerarla inconveniente, correrá vista al imputado y su defensor. El acuerdo se sujeta a las siguientes

///29.- exigencias: a) que la requisitoria fiscal peticione una pena privativa de la libertad no mayor de ocho años o una pena privativa de la libertad precedente aun en forma conjunta; b) que cuente con el acuerdo del imputado y su defensor, y c) que luego de presentada la solicitud de procedimiento, el imputado y su defensor extiendan su conformidad con respecto a la pena y la calificación del Ministerio Público Fiscal.- - - - -

-----

----- El Código Procesal Penal de Córdoba, en el art. 415, requiere la confesión circunstanciada y llana de la culpabilidad del imputado, con lo que podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el tribunal, el fiscal y los defensores.- - - - -

----- Asimismo, destaco que en el derecho procesal penal de las provincias existen otras normativas. Así el código adjetivo de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur establece que, ante el pedido de acuerdo, el tribunal resolverá si corresponde omitir el debate. En el supuesto de considerar innecesario el debate y siempre que acuerde con el límite de la condena estimada por el Fiscal, delibera y dicta

sentencia. Por su parte, el Código Procesal Penal de Neuquén prevé un pacto sobre el procedimiento (básicamente sobre los elementos de prueba recogidos en el sumario) y otro sobre la pena. El primer supuesto no importa beneficio alguno para el imputado en cuanto a la pena, pues sólo conlleva la sustitución del juicio común por una sentencia basada en una audiencia abreviada en la que se prescinde justamente de la parte

///30.- constitutiva esencial que es la prueba debidamente controlada por la parte contraria. El segundo supuesto, previsto para delitos leves, ya no requiere el acuerdo del querellante y conlleva el aparente beneficio en cuanto a la previsibilidad de la pena. El ordenamiento ritual de Chubut también posibilita el rechazo al acuerdo si el tribunal entiende necesario un mejor conocimiento de los hechos o ante la posibilidad de que corresponda una pena superior a la requerida por el acusador (ver Paola Bigliani, "El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino", págs. 168 y ss). Por su parte, el Código de Procedimientos de La Pampa el instituto es para delitos cuyas penas privativas de libertad en concreto no superen los seis años y los supuestos de rechazo son similares a los del código nacional. En cuanto a la aplicación de modos abreviados, en la provincia de Santa Cruz el código de rito prevé dos para concluir el proceso: la omisión de debate (art. 517), para penas estimadas en concreto por el Fiscal no superiores a tres años, y el juicio abreviado propiamente dicho (art. 418), aplicable a todos los delitos, por el que en caso de acuerdo se dictará la sentencia fundada en las pruebas recogidas en la investigación y no podrá imponerse sanción más grave que la pedida por el Fiscal.-----

----- Como se advierte, la técnica legislativa utilizada por el legislador rionegrino tiene su correspondencia con la solución de otras y ésta tolera la formación del acuerdo sobre hechos más graves (recuerdo, hasta diez años de prisión en concreto). Siendo así, es inevitable el control del tribunal, ya que estamos tratando cuestiones que exceden

///31.- largamente el espacio correccional.-----

----- El control que se admite salvaguarda asimismo los criterios de prevención general de la pena, pues posibilita el rechazo cuando la solicitud no se adecue al caso, aunque no termina con otros cuestionamientos. Así, Bruzzone ("Acerca de la adecuación constitucional del juicio abreviado", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia" Penal, Año IV, Nº 8, págs. 586 y ss.) nos trae este argumento adicional: "Existe, a su vez, una postura contraria al juicio abreviado que se origina exclusivamente en motivaciones que se encuentran por afuera de las impugnaciones constitucionales señaladas: se trata de aquella que se apoya en la irracionalidad de las penas que se

aplican por su lenidad y por privar a los jueces de la facultad que ellos tienen, en forma exclusiva, de determinar la pena que corresponde aplicar en cada caso (principio de jurisdiccionalidad de las penas, arts. 18 y 33 C.N.)... Esta crítica, aunque desde otro ángulo, también es ensayada por aquellos que advierten cómo se desvirtúa la fundamentación de los fines del castigo estatal desde todas las ópticas y cómo se pulveriza todo intento racional de elaboración correcta de una dogmática de la determinación de las penas, en realidad, prácticamente inexistente en nuestro país". Esta dificultad se evita, a mi juicio, en el Código Procesal Penal de nuestra provincia al admitir el control sobre la pena.- - - - -

----- Asimismo, rescato para nuestro razonamiento la disidencia del doctor Gandolfi, del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, in re "GONZÁLEZ" (LL 1998-B, 860),  
///32.- quien argumenta -entre otras consideraciones- que la imposibilidad de controlar la pena acordada lesiona el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, en tanto otorga al fiscal atribuciones reservadas en el código penal al órgano jurisdiccional, cuales son las de graduar la pena según las reglas fijadas en el artículo 41 del Código Penal. Dice así que uno "... de los principios básicos de la sentencia penal, tal y como está concebido actualmente el proceso oral y público, es el de que el tribunal de juicio apreciará las probanzas reunidas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y, conforme a tales principios, resolverá en consecuencia absolviendo, condenando y, en este caso, fijando la pena. En este aspecto de la cuestión, resulta de suma importancia destacar que en el ordenamiento legal vigente está claramente aceptada la facultad del tribunal de juicio para fijar en su sentencia una pena más grave que la solicitada por el fiscal, lo que constituye una clara reafirmación de la potestad jurisdiccional y del principio antes enunciado acerca de la aplicación de las reglas de la sana crítica que hacen que el órgano jurisdiccional, en cabeza del tribunal de juicio, sea quien ejerza en plenitud la potestad de aplicar la pena, lo cual lleva ínsita la posibilidad de regularla dentro de los márgenes establecidos por la ley de fondo y sin estar sujetos por las pretensiones de las partes)".- - - - -

----- Dicho lo anterior -por ser parte de los agravios en consideración-, quiero dejar en claro que dicha posibilidad de regular la pena no va en desmedro del sistema procesal acusatorio, como parecen entender los recurrentes, atento a

///33.- su ausencia de identidad con el principio de oportunidad resultante del juicio abreviado, máxime cuando ello ha sido reconocido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "CASAL" ya mencionado. Pero como ya vimos,

la variedad de institutos derivados del derecho comparado no se confunden con el juicio por jurados, aunque la mayor parte de las causas se resuelven por medio de juicios abreviados o acordados. - - -

----- En otras palabras, para ser claro, aunque la frase carezca de un mayor tecnicismo, los criterios de oportunidad no hacen más acusatorio un sistema, atento a la advertencia de Ferrajoli ("Derecho y Razón", pág. 747) con relación a la gravedad de admitir sin más un pacto no sólo sobre el proceso, sino también sobre la pena, en el sentido de que "[1]La tesis, refrendada por la doctrina hasta convertirse en un lugar común, de que las dos formas de acuerdo son un resultado lógico del '\método acusatorio\' y del '\proceso entre partes\'', es totalmente ideológica y mistificadora... una tesis como ésta, reforzada por el recurso a la experiencia del proceso acusatorio americano y especialmente del plea bargaining, es fruto de una confusión entre el modelo teórico acusatorio -que consiste únicamente en la separación entre juez y acusación, en la igualdad entre acusación y defensa, en la oralidad y publicidad del juicio- y las características concretas del proceso acusatorio estadounidense, algunas de las cuales, como la discrecionalidad de la acción penal y el pacto, no tienen relación ninguna con el modelo teórico (nuestro). La confusión, injustificable en el plano teórico, es explicable

///34.- en el histórico: discrecionalidad de la acción penal y acuerdo son, de hecho, los restos modernos del carácter originariamente privado y/o popular de la acusación, cuando la oportunidad de la acción y, eventualmente, de los pactos con el imputado era una consecuencia obvia de la libre acusación. Pero una y otros carecen hoy de justificación en los sistemas que, como ocurre en Italia e incluso en los Estados Unidos, el órgano de la acusación es público. Lo mismo puede decirse de la fórmula del '\proceso entre partes\'', cuya utilización a propósito de los acuerdos es igualmente impropia y sesgada. La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición" (Ferrajoli, op. cit., pág. 747 y ss.). - - - -

----- Así, dice Bovino ("Simplificación del procedimiento y '\juicio abreviado'", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año IV, N° 8, pág. 530): "La estructura del enjuiciamiento penal estadounidense actual como procedimiento de partes se debe, probablemente, a la influencia del sistema de persecución penal privada heredado del derecho inglés que subsistió, en los Estados Unidos, hasta principios del siglo XVIII o, al menos, hasta fines del siglo XVII. En el tránsito que partió de la

persecución privada y llegó a la adopción del sistema de persecución pública en los Estados Unidos, el procedimiento penal cambió de actor, pues el fiscal reemplazó a la víctima, pero aquél heredó un modelo de enjuiciamiento desarrollado para la

///35.- intervención de los particulares (y, por ende un procedimiento de partes) cuyas bases fundamentales permanecieron inalteradas. De allí la ausencia de todo criterio de legalidad procesal que oriente la persecución pública y las facultades reconocidas al fiscal para negociar con el acusado...". Luego, en la pág. 535, continúa: "el ejemplo estadounidense pone de manifiesto aquello que puede suceder, bajo ciertas circunstancias, cuando el Estado, además de apropiarse de la facultad de perseguir penalmente, se apropia de los mecanismos de consenso: las prácticas inquisitivas resultan consolidadas".- - - - -

----- Por último, en orden a la temática en tratamiento, creo oportuno destacar la pertinencia de lo que sostuve en el fallo "MONGIARDINI", de este Cuerpo (Se. 66/05), en el sentido de que "a) [c] onforme nuestro actual sistema procesal mixto, tanto el juez como las partes y específicamente el Ministerio Público, tienen el deber de motivar sus actos, resoluciones, desistimientos, pedidos, etc., durante la instrucción o el juicio común, y que al no hacerlo generan un acto intrínsecamente nulo, carente de validez, porque esa falta de motivación está comprendida dentro de las nulidades absolutas declarables de oficio (conf. arts. 10, 19, 109, 110, 159 y ss. del C.P.P.).- - - -

-----"b) Esa fundamentación no puede suplirse con la sola voluntad de los jueces, sino respetando las bases del debido proceso legal y las reglas sobre carga, producción y valoración de la prueba -art. 200 Const.Prov.- (conf. mi voto en autos '\TAPIA\'', LL Patagonia N° 2., abril/04, pág. 250).- - - - - ///36.--"c)

Tal interpretación ya se ha señalado respecto del Ministerio Público con total claridad (vid STJRNSP in re '\LARREGUY\'', Se. 64 del 09-04-03; '\LARREGUY\'', Se. 141 del 25-08-04, y Julio Báez, '\Acerca del Ministerio Público Fiscal y la necesidad de fundamentar sus requerimientos\'', LL 2003-A, 1071). En consecuencia, si bien es legítimo que el señor Fiscal de Cámara desista la acusación al término del debate y luego de oídos los alegatos de todas las partes, ello no debe confundir a los magistrados que tienen en última instancia la diferente función de juzgar y en consecuencia pueden y deben ejercer el control de esa motivación, legalidad y razonabilidad para que el juicio no se desnaturalice o frustre. En concreto, es tan peligroso el poder absoluto o discrecional del juez de instrucción como el del fiscal, si la decisión pasa sólo por un juicio discrecional o infundado, porque ello lesiona gravemente el sistema republicano

de gobierno, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.) y la misión del Poder Judicial de afianzar la justicia, prevista en el Preámbulo.-----

-----"d) De lege ferenda y previa reforma constitucional (art. 215 Constitución Provincial), es posible otro sistema procesal de control, pero hasta tanto ello ocurra, aplicando la legislación vigente, este último corresponde al órgano jurisdiccional".-----

----- No puedo dejar de señalar por último que los efectos de la desaprobación o rechazo no pueden computarse a ningún efecto en contra del imputado, quien goza de las garantías de un juicio pleno, donde deberán probarse los cargos que se

///37.- formulan, y que no implica prejuzgamiento. Dejando convalidada la atribución del tribunal de juicio

-necesariamente distinto-, queda asegurada la imparcialidad de quien intervenga en tal etapa. Así también, digo que esto es tan antiguo como el origen del plea bargaining, tal como sostuvo el destacado juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el sentido de que "... cuando el fiscal rompe el acuerdo, sería apropiado permitir al procesado el cumplimiento del mismo pero, en relación a la cuestión planteada, considero que la declaración de culpabilidad no debe ser considerada como una renuncia irrevocable al derecho constitucional federal de ser juzgado mediante un juicio..." (García Torres, op. cit., ágp. 66).-----

----- Por las razones que anteceden, adhiero a lo sostenido por el vocal preopinante y acuerdo con el rechazo de los recursos de casación interpuestos a fs. 1671/1684 y fs. 1685/1698 de las presentes actuaciones, con costas por su orden. MI VOTO.-----

----- El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:-----

----- Comparto en un todo el criterio sustentado y la solución propuesta por los señores Jueces preopinantes, y VOTO EN IGUAL SENTIDO.-----

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar los recursos de casación interpuestos a

----- fs. 1671/1684 y fs. 1685/1698 de las presentes actuaciones por la señora Fiscal de Cámara doctora Adriana

///38.- Zaratiegui y por el señor defensor doctor Danilo Javier Vega, respectivamente, con costas por su orden.- - Segundo: Confirmar en todas sus partes la resolución de la

----- Cámara en lo Criminal de Viedma de fs. 1665 y devolver el expediente al tribunal de origen para que, con nueva integración, continúe el trámite.- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

Francisco Antonio Cerdera

Juez subrogante

ANTE MÍ: GUSTAVO GUERRA LABAYÉN - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 9

SENTENCIA: 177

FOLIOS: 1683/1720

SECRETARÍA: 2

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

Tomo: NUEVE

Sentencia N°: \_\_\_\_\_

Folio N°: \_\_\_\_\_

Secretaría: 2