

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20117/05 STJ

SENTENCIA Nº: 118

PROCESADO: ESPADÍN SUSANÍVAR CROSS ZUMERMAN

DELITO: ESTAFA EN PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 12-09-05

FIRMANTES: SODERO NIEVAS - LUTZ - BALLADINI EN ABSTENCIÓN

///MA, de septiembre de 2005.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Luis A. Lutz y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Gustavo Guerra Labayén, en las presentes actuaciones caratuladas: "ESPADÍN SUSANÍVAR, Cross Zumerman s/ Defraudación en perjuicio de la Administración Pública reiterada (dos hechos) s/Casación" (Expte.Nº 20117/05 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 Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:---

-----1.- Llegan las presentes actuaciones a mi voto a raíz del recurso de casación deducido a fs. 313/315 por la defensora del imputado doctora Ángela Sosa contra la sentencia obrante a fs. 277/284, por la cual la Cámara Primera en lo Criminal de General Roca resolvió -en lo pertinente- condenar a Cross Zumerman Espadín Susanivar a la pena de dos años de prisión en suspenso e inhabilitación especial perpetua para desempeñar funciones en la Administración Pública de la Provincia de

Río Negro, por considerarlo autor del delito de estafa en perjuicio de la administración pública (arts. 29, 45, 172 y 174 inc. 5° C.P.). Asimismo, impuso reglas de conducta por el término de

///2.- dos años, bajo apercibimiento del art. 27 bis del Código Penal, con costas.- - - - -
- - - - -

----- Dicho recurso fue declarado admisible por el grado a fs. 316/318 y por este Cuerpo según surge de la resolución obrante a fs. 324/325.- - - - -

-----2.- En lo fundamental, la recurrente expresa que el a quo ha violado el expreso procedimiento previsto en el art. 325 bis incs. 4 y 5 del Código Procesal Penal para el juicio abreviado, en perjuicio del imputado, por lo que afectó su derecho de defensa y el debido proceso legal, principios de raigambre constitucional. Refiere que el día 25 de febrero de 2005 la Fiscal de Cámara ofreció (al imputado y defensora) la realización del juicio abreviado y propuso la pena de dos años de prisión de ejecución condicional y costas, lo que fue aceptado. Luego -sigue diciendo- la resolución atacada fue más allá del acuerdo de las partes y condenó a la pena de inhabilitación perpetua para desempeñar funciones en la administración pública de la provincia, que es más gravosa por las consecuencias personales de pérdida de su fuente laboral y, además, no se trata de una accesoriedad como las costas o una medida curativa. Ante un acuerdo que no incluye un aspecto de la pena que no puede ser negociada entre el fiscal y el imputado, el tribunal no puede alterar las condiciones del pacto por las cuales el imputado prestó conformidad y debe en su caso rechazar el acuerdo, pero no modificarlo inaudita parte. Enfatizó que, en caso de que la Fiscal de Cámara hubiera ofrecido la pena de inhabilitación además de la de prisión, no habría aceptado el trato. Por último, sostiene que se han violado

///3.- el derecho de defensa y el debido proceso legal (arts. 18 C.N. y 4, 325 y ccdtes. C.P.P.), por lo que solicita la revocación de la sentencia impugnada.- - - - -

-----3.- A su turno -fs. 328/333- toma intervención la señora Procuradora General doctora Liliana Laura Piccinini y opina que corresponde hacer lugar al recurso deducido, declarar nula la sentencia en crisis y la audiencia que la precedió y remitir los autos al Tribunal de origen para que con distinta integración realice nueva audiencia y resuelva en los términos del art. 325 bis del Código Procesal Penal, tal como lo establece el art. 440 del ordenamiento procesal.

----- Finalmente, cumplida la audiencia prevista por el art. 437 del rito con la incomparecencia de las partes, por Presidencia se dispone agregar breves notas

presentadas por la abogada defensora y queda el expediente en condiciones de recibir el pronunciamiento definitivo.- - - - -

-----4.- Corresponde en consecuencia que me aboque al desarrollo de las cuestiones que vienen propuestas en el recurso de casación, y desde ya adelanto que se le debe hacer lugar.- - - - -

----- Con el fin de dar una idea acabada acerca de cómo se han dado las circunstancias que derivan en la solución referida, he de efectuar el siguiente "racconto", que comenzará en el acta de fs. 261 en la cual la Fiscal de Cámara ofrece al imputado y a su defensora la realización de un juicio abreviado, con la calificación legal de la requisitoria fiscal de fs. 188/191 -"defraudación en perjuicio de la administración pública reiterado (dos hechos) (art. 174 inc. 5º del C.P.)"- y una pena de dos años

///4.- de prisión de ejecución condicional y costas. El imputado acepta y reconoce la existencia de los hechos y su participación tal como ha sido formulada por el Ministerio Fiscal; a su vez, la Defensora presta su expresa conformidad.- - - - -

- - - - -

----- En la audiencia de debate (fs. 266 y vta.) -y en lo que aquí interesa-, el imputado ratifica el contenido y la firma del acuerdo, así como las señoras Fiscal y Defensora, quienes manifiestan que no quieren agregar nada más, y el Tribunal resuelve aceptarlo formalmente y sin observaciones.

----- Luego, el 4 de marzo de 2005 la Cámara procede a dictar el fallo atacado, en el cual analiza la legalidad del acuerdo, valora la prueba, realiza una variación de la calificación propuesta citando el art. 325 bis inc. 4º del código adjetivo y advierte que las partes han omitido toda referencia a la inhabilitación establecida por el art. 174 in fine del Código Penal que establece una pena conjunta y fija que no está sometida a merituación ni gradación y es ineludible; finalmente, homologa el acuerdo y resuelve en la forma mencionada al inicio.- - - - -

-----5.- La defensa se agravia porque el tribunal inferior impone la pena de inhabilitación que no ha sido acordada para la realización del juicio abreviado y alega violación del derecho de defensa en juicio y debido proceso legal.- -

----- El instituto -del juicio abreviado- está normado en el art. 325 bis de nuestro código ritual, el cual opera merced al ingreso de la conformidad del imputado y su defensa técnica con la acusación fiscal, lo que involucra un "acuerdo".- - - - -

- - - - - //5.-- Este sistema de resolución de conflictos busca el consenso entre la acusación, el imputado y la defensa sobre la base de acordar cuestiones formales -o

sobre el procedimiento- y sustanciales. Las primeras hacen referencia a los requisitos de forma establecidos para que la abreviación del proceso sea posible; las segundas -que interesan en el sub examine-, al consenso al que han llegado las partes sobre la imposición de una pena, aunque menor

-dentro de la escala penal establecida para el delito- a la que probablemente se obtuviera de realizarse el juicio oral (conf. Santiago Martínez, "La Víctima y el Juicio Abreviado", Di Plácido, 2004, págs. 41/42 y 44; Carlos E. Edwards, "El juicio abreviado y la instrucción sumaria en el Código Procesal Penal de la Nación", Marcos Lerner, 1997, pág. 73; Adrián Marchisio, "El juicio abreviado y la instrucción sumaria", Ad-Hoc, 1998, pág. 115), la clase de pena, la calificación legal y la admisión de participación y culpabilidad del procesado (conf. incs. 1º y 3º del art. 325 bis C.P.P.).- -

----- En comentario al art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación -similar al art. 325 bis del código adjetivo local-, tratando los aspectos de la pena que pueden ser objeto de acuerdo, se ha dicho que una "cuestión que parece no generar mayor discusión es la atinente a la imposibilidad que tienen fiscal e imputado de pactar la no imposición de consecuencias accesorias que fatalmente ocurren como resultado de una condena penal" (Nicolás F. D'Albora, JA 2004-I-626; con referencia a Gustavo A. Bruzzone, "Mito y realidad...", y a Francisco J. D'Albora,

///6.- "Código Procesal Penal de la Nación", quien las califica como medidas imperativas).- - - - -

----- Así, en el juicio abreviado que establece la ley provincial N° 3.794 -que introduce el art. 325 bis al C.P.P.- puede entenderse que se prevé una negociación restringida, ya que únicamente puede referirse al monto de la pena a imponer, "a fin de respetar los principios de legalidad y de verdad real que rigen en nuestro derecho penal. Es decir que lo que pueden negociar el imputado y el fiscal, será exclusivamente la cuantía de la pena a imponerse, teniendo en consideración el mínimo y el máximo de la escala penal del o de los delitos imputados" (Carlos E. Edwards, op. cit., pág. 73).- - - - -

- -

----- En este orden de ideas, resulta interesante destacar que la bilateralidad del juicio abreviado se refiere nada más que a la petición formulada por las partes para que se apliquen las normas que lo regulan, puesto que la aplicación misma del instituto requiere de la voluntad mancomunada del Tribunal de Juicio, que deberá homologar la petición formulada. Esta característica del juicio abreviado conforma el control

jurisdiccional que garantiza la inexistencia de acuerdos fuera de los límites de la legalidad. "El control jurisdiccional debe realizarse a la luz de los principios de legalidad y veracidad que deben informar este nuevo procedimiento, conforme a las normas procesales que lo regulan y a las sustanciales que resultan de aplicación para cualquier tipo de proceso" (Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, in re "TORCHIA", LL Suplemento de Jurisprudencia Penal del 22-08-97). "... (E(n los procesos

///7.- penales abreviados... se descarta la voluntad de los participantes, en plenitud, para interferir en su resultado. Es que de concretarse dicha circunstancia se rozaría uno de los principales consecutivos de la oficialidad, como es la indisponibilidad. Semejante pauta veda toda actividad o manifestación de voluntad de los intervinientes en el proceso para \... vincular al juez en cuanto signifique eliminar, modificar, reducir o ampliar o de cualquier otro modo alterar el contenido del proceso penal, su objeto y la prueba de ese objeto\ (Clariá Olmedo...)" (Francisco J. D\Albora, "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", N° 8-A, págs. 458/459).- - - - -

----- También es dable mencionar que el instituto del juicio abreviado al que vengo haciendo referencia no llega a ser igual en elementos esenciales a la negociación y al acuerdo previsto en similares institutos del derecho comparado (como por ejemplo, al plea bargaining norteamericano, por cuanto este último se caracteriza por diferentes posibles alternativas; conf. María José García Torres, "El proceso penal abreviado y el acuerdo del imputado", Di Plácido, págs. 65 y sgtes.; Santiago Martínez, op. cit., pág. 45; Carlos E. Edwards, op. cit., pág. 108; Adrián Marchisio, op. cit., págs. 97/98), lo que impide análisis o aplicaciones analógicas.- - - - -

-----6.- Sentado ello, y puntualizando que la inhabilitación es una de las cinco especies de pena establecida en el art. 5 del Código Penal y que la normada en el art. 174 in fine íd. está prevista como conjunta (porque necesariamente debe imponerse con otra de prisión, conf. Bernardo Jorge

///8.- Rodríguez Palma, "La inhabilitación en el derecho penal", Lerner, 1984, pág. 12), advierto que el acuerdo de fs. 261 es intrínsecamente nulo porque violó el principio de legalidad al omitir la pena de inhabilitación especial perpetua del art. 174 del código sustantivo. Además, y como consecuencia de este principio de legalidad, 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 le imponga una pena menor que aquélla que normativamente se le debe imponer.- -

----- Dicha omisión también es advertida por el a quo (fs. 281), pese a lo cual homologa el acuerdo y resuelve condenar con una modificación en la calificación legal del delito que, según entiende, no afecta lo allí previsto, agregando la pena de inhabilitación especial perpetua para desempeñar funciones en la Administración Pública de la Provincia de Río Negro.- - - - -

----- Queda en evidencia, entonces, que se ha modificado el acuerdo presentado por las partes y aceptado por la Cámara en la audiencia de fs. 266 y vta., de modo que se infringe lo dispuesto en el art. 325 bis inc. 5 apartado a) in fine, en cuanto establece que, aceptado el acuerdo y habiendo dado una calificación jurídica distinta, la sentencia no puede "variar en más el monto de la pena acordada por las partes". Así, el acuerdo limita el tipo de sanción a imponerse, por lo que el Tribunal no puede condenar con una pena -aunque sustancialmente esté prevista en forma conjunta a la mencionada en el acuerdo- que las partes no acordaron, porque ello implica un notorio agravamiento a lo aceptado

///9.- por el imputado. "La imposición de la pena en el marco del procedimiento previsto por el art. 431 bis del código ritual está limitada en su naturaleza y monto por el acuerdo; y aun cuando los jueces pudieran estimar conveniente otra solución..." (CNCASACP, III, c. R. 118/01, "ÁVILA LÓPEZ", 21-03-01, en JPBA 115 F- 205). En sentido similar, "[s]i el Fiscal y el imputado acordaron en el trámite del art. 431 bis CPPN la calificación del hecho a tenor del art. 173 inc. 7º C.P. y la pena de prisión, no puede el Tribunal imponer al autor del delito -escribano, en el caso- la pena de inhabilitación especial (arts. 20 y 20 bis C.P.)..." (TOCr. 2 CF, c. 1195, "COMAS WELLS", del 11-08-00, en JPBA 112 F- 340).- - - - -

----- Ante la omisión advertida, el a quo debió rechazar el juicio abreviado y obrar de acuerdo con el apartado b) del inciso y artículo precedentemente citados -conf. recurso de casación y dictamen de la Procuración General, fs. 314 in fine y 331 respectivamente-. "Con seguridad (el Tribunal) no podrá corregir aquello que no podía ser pactado y alterar las condiciones por las cuales el imputado prestó su conformidad (En palabras de Bruzzone, alterar las reglas de juego para el que presta su consentimiento sería hacerle trampa, y una sentencia obtenida sobre esa base no sólo sería manifiestamente nula...; ver 'Hacia un juicio abreviado sin `tope´ y otras adecuaciones constitucionales'...). En la medida en que existe la posibilidad de que aquello que fue erróneamente pactado haya sido decisivo para la actitud asumida por el imputado, no queda otro camino que el rechazo del acuerdo..." (Nicolás F. D'Albora,

JA 2004-I-628). "En

///10.- vista a lo expuesto... corresponde interpretar la disconformidad del juez con la sustitución pactada (de pena de prisión por una medida de seguridad educativa(, como contradictoria con la pretendida procedencia del acuerdo de juicio abreviado receptado en la sentencia, contradicción que 'revela la arbitrariedad de lo resuelto con ajuste a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 296:734; 278:168; 292:503 y 505; 304:278; 310:165 y 132)' (confr. sala I de esta Cámara, causa n° 4672, 'D'\Arcángelo, Carlos Alberto s/ recurso de casación', reg. 5935, rta. el 29 de mayo de 2003)" (CNCPenal, Sala II, in re "MOLOZZO", del 28-08-03, publicado en LL del 12-01-04, 4).-

----- En el sentido que vengo exponiendo, también se ha dicho: "Corresponde rechazar el juicio abreviado por el delito del art. 174 inc. 5° C.P., si al haber advertido el Tribunal que las partes no se habían pronunciado respecto de la inhabilitación prevista en el art. 174 in fine del código de fondo, evacuó vista al Fiscal y éste solicitó su aplicación, a la vez que la defensa se opuso; lo que implica que no hay consenso sobre la pena a imponer... TOFCF, 1, c. Reg. 2516, Cochiararo, 08/11/2004" (JPBA 125 F- 290). Asimismo, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal ha sentando: "Adentrándonos en el examen de las impugnaciones deducidas, advertimos que asiste razón a la defensa en cuanto afirma que la pena impuesta en orden a los hechos investigados en las causas... excede el marco de los acuerdos de juicio abreviado celebrados de conformidad con las disposiciones del art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, vicio que acarrea la nulidad del decisorio

///11.- impugnado" (22-02-02, LL 2002-D-474).- - - - -

-----7.- Finalmente, y en atención a que la señora Fiscal de Cámara realizó un acuerdo omitiendo -sin fundamento alguno- una especie de pena conjunta y obligatoria prevista en el art. 174 in fine del Código Penal y que el a quo sentenció apartándose de las posibilidades que dispone el art. 325 bis del Código Procesal Penal, reitero a continuación las consideraciones que efectué en mi voto en la Se. 66/05, in re "MONGIARDINI", aplicables en lo pertinente al sub examine:- - - - -

----- "a) Conforme 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).- - - - -

----- "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

///12.- 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.- - - - -

----- "e) Ello es así aunque ninguna norma lo ordenara, porque sería absurdo que el requerimiento de elevación a juicio estuviera enmarcado en claras y completas exigencias (art. 318 y ccetes. C.P.P.) mientras que el desistimiento, esto es, el fin de la actividad acusatoria, pudiera transcurrir de cualquier modo o con la sola voluntad del acusador...".- - - - -

-----8.- Por los fundamentos apuntados y atento a que

///13.- resulta inequívoca la señalada transgresión del a quo a lo dispuesto por el apartado a) in fine, inc. 5°, del art. 325 bis del Código Procesal Penal, con particular trascendencia puesto que se afecta la garantía constitucional del debido proceso, considero que no cabe otra opción que anular el fallo respectivo y su debate, en

conformidad con lo preceptuado por el art. 440 del Código Procesal Penal. Por lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación respectivo, interpuesto por la doctora Ángela Sosa, defensora del imputado Cross Zumerman Espadín Susanivar, decretar la nulidad de la resolución obrante a fs. 277/284 y del debate precedente y remitir los autos al tribunal de origen para que, con distinta integración, continúe el proceso según su estado.- - - - -

----- Por último, señalo que las constancias de fs. 272/276 se glosaron irregularmente, en tanto corresponden a otra causa. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - - - -

----- Comparto en un todo el criterio sustentado y la solución propuesta por el señor Juez preopinante, y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

///14.-

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 313/315 de las presentes actuaciones por la doctora Ángela Sosa en representación de Cross Zumerman Espadín Susanívar.- - - - -

Segundo: Anular la sentencia N° 19/05 de la Cámara Primera

----- en lo Criminal de General Roca (fs. 277/284) y el debate que la precedió, y remitir los autos al tribunal de origen para que, con distinta integración, continúe la sustanciación del trámite según su estado (art. 440 C.P.P.). Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: GUSTAVO GUERRA LABAYÉN - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 6

SENTENCIA: 118

FOLIOS: 1027/1040

SECRETARÍA: 2