

En la ciudad de SAN JUAN, a los cinco días del mes de NOVIEMBRE del año DOS MIL VEINTE;

Y VISTOS: A los efectos de resolver en Carpeta Judicial 07/20 – caratulados: “LEGAJO DE IMPUGNACION EN CARPETA JUDICIAL N° 3191 (RECURSO DE APEACION) – LEGAJOS FISCAL 3195/20 C/ VE-LAZCO JUAN MANUELO Y OTROS” POR VIOLACION A LOS ART. 205 Y 239 DEL C.P. (E/P DE ORDEN PUBLICO Y SALUD PUBLICA) registro de la Cámara en lo Penal Y Correccional, Sala II, caratulados: “C/ VELAZCO JUAN MANUEL Y OTROS POR INFRACCION A LOS ARTS. 205 Y 239 DEL CODIGO PENAL EN PERJUICIO DE LA SEGURIDAD PUBLICA Y ADMINISTRACION PUBLICA S/ APELACION”, 1º) Los recursos de Impugnación por los Dres. ALE-JANDRO MIQUELARENA, GUILLERMO SERGIO TORANZO CONSTANTINI Y AGUSTIN IDEMI, MANUELITA MORENO FERRER, FRANCO MONTES Y MARCELO FERNANDEZ VALDEZ, NALLIB HUGO UZAIR, LEONARDO VILLABA, MARIA LUISA MATONS, MARIA FILOMENA NORIEGA, JUAN NICOLAS TELLO ONZALO, FERNANDO ECHE-GARAY, LISANDRO ZAPATA LLOVERAS, Y CARLOS LEONARDO VILA, en representación de sus defendidos, contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Flagrancia Dr. Eduardo Raed, en carpeta judicial N° 3191 – caratulados: “C/ VELAZCO JUAN MANUEL Y OTROS POR INFRACCION A LOS ARTS. 205 Y 239 DEL CODIGO PENAL EN PERJUICIO DE LA SEGURIDAD PUBLICA Y ADMINISTRACION PUBLICA S/ APELACION” registro del Tribunal de Flagrancia que dispuso en lo pertinente, “I) No hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad de los arts. 33 y 47 de la ley 1851-O... II) Declarar la inadmisibilidad de la suspensión de juicio a prueba solicitada por los imputados, por falta de acuerdo del Ministerio Público Fiscal.”

Y 2º) Lo relativo a la incorporación de estudios de test, acompañados por algunos defensores; Publicación de edictos traídos por otra de las defensas y por último el planeo de nulidad de la audiencia llevada a cabo en fecha 29 de octubre, incoada por otras de las defensas.

Y CONSIDERANDO: Que la resolución impugnada decidió declarar inadmisibile el instituto de la suspensión de juicio a prueba por falta de acuerdo previo del Ministerio Público Fiscal.

Para decidir en el sentido que se indica anteriormente, considero, entre sus fundamentos más relevantes, que la Función Jurisdiccional respecto de la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba, en cuanto refiere a validez del acuerdo previo y necesario que debe prestar el Ministerio Público Fiscal, se circunscribe al examen de legalidad y razonabilidad de la decisión, al tiempo de prestar acuerdo para la aplicación de este modo alternativo de resolución del conflicto, estando vedado al Magistrado acceder a la aplicación de alguna medida alternativa de resolución de conflicto, en el caso concreto la suspensión de juicio a prueba, concluyendo que la oposición fundada del órgano requirente, por aplicación de los artículos. 33, 46, 433 de la ley 1851-O, impide pronunciarse en sentido favorable para la aplicación de dicho instituto.

En la resolución impugnada se entendió, así, que tal interpretación es la única que respeta fielmente la voluntad manifiesta del legislador de garantizar la división de las funciones jurisdiccionales del magistrado y las que la ley asigna al Ministerio Fiscal en su posición requirente, tanto en la promoción de la acción como en su disponibilidad, mediante la

aplicación del principio de oportunidad, o de las medidas alternativas de resolución del conflicto.

Desde tal perspectiva, consideró el a-quo también que, habiéndose ajustado la intervención del Ministerio Fiscal a las pautas que fijan los preceptos contenidos en los artículos 104, 105 y 106 del digesto procesal, la falta de acuerdo del Ministerio Público Fiscal para la concesión de la Probation a los interesados, se encuentra plenamente motivada y circunscripta al análisis de procedencia del instituto frente a los hechos ventilados en el presente proceso.

En efecto, tanto los Sres. Fiscales del caso – Dres. Grassi y Salica -, como el Sr. Fiscal Superior, en oportunidad de evacuar la consulta establecida en el Art. 46 del ritual, han expuesto de modo razonable los motivos por cuales juzgan conveniente que los hechos que constituyen el objeto de este proceso, sean sometidos a juicio, por considerar que tal es el ámbito adecuado para su amplia discusión y fijación definitiva, ante un suceso de trascendencia social evidente e interés general manifiesto.

En cuanto refiere a la justificación de la postura del Ministerio Público Fiscal, la resolución impugnada tiene por motivada la falta de acuerdo en el presente caso, por tratarse de un suceso de características particulares, por las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución del hecho, el número de personas, el objeto o naturaleza de la reunión, por haberse ejecutado, presuntamente, bajo un contexto epidemiológico singular que potenciaba la posibilidad de consecuencias perjudiciales para la totalidad de la población, en un momento en el que, paralelamente, la sociedad toda hacía significativos esfuerzos para atender las recomendaciones normativas impuestas por la autoridad sanitaria; de allí, lo que se entiende como un plus de injusto, todo ello dentro de un amplio elenco de justificaciones contenidas en los registros de audio y video que conforman esta carpeta judicial, a las que me remito.

El Ministerio Público Fiscal entendió que la especial modalidad de comisión del hecho, que importó la reunión de un gran número de personas en un lugar cerrado, constituye una de las formas más gravosa posible de infligir la norma, habida cuenta su importante potencialidad riesgosa para la propagación de los contagios de la enfermedad pandémica Covid-19. Señalaron que esta especial caracterización de los hechos ventilados en este proceso, frente a la concreta situación sanitaria existente en la provincia de San Juan, al tiempo de ocurridos, permitían –ciñéndose a los lineamientos de política de persecución penal fijados por el Ministerio Público Fiscal– no prestar el acuerdo requerido para la aplicación de la medida de solución alternativa solicitada por los imputados, y que este temperamento era el seguido para todos los procesos similares acaecidos a partir del regreso de la provincia a fase 1 y mientras el estatus sanitario no justifique la habilitación progresiva de actividades, según el criterio de la autoridad de aplicación; todo ello fundado en razones de política criminal y persecución penal impuestas con carácter objetivo para este tipo de hechos que revelan mayor intensidad y relevancia.

Para así decidirlo, la resolución impugnada tuvo en especial consideración la delegación formulada por el legislador en el Art. 34 de la ley 1851-O, al decir que el Ministerio Público Fiscal no puede celebrar acuerdo respecto de medidas alternativas en los supuestos en que resulte incompatible con leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal, fundadas en criterios de política criminal.

En torno a la tacha de inconstitucionalidad que formulan contra la restricción normativa dispuesta en los Arts. 33, 47 tercer párrafo y 433 último párrafo de la ley 1851-O, sostuvo que la solución normativa que impide al órgano jurisdiccional conceder medidas

alternativas en caso de falta de acuerdo del órgano requirente, encuentra justificación suficiente en las disposiciones de los Arts. 120 de la Constitución Nacional, 15 y 25 de la ley 1851-O, al tiempo que también es la solución que mejor se ajusta a la obligación que impone la observancia del fallo pleno “Molini” de la Corte de Justicia de San Juan, en el que se señaló que “...El consentimiento del Ministerio Público Fiscal no es vinculante, y por el contrario, la oposición fundada del Acusador Público a la concesión de la suspensión del juicio a prueba sí es vinculante para el tribunal...” (Corte de Justicia de San Juan, Acuerdo Plenario N° 08/10 convocado en Expte. N° 4999, caratulado “Incidente de Suspensión de Juicio a Prueba a favor de Bibiana Jacqueline Molini – Casación”), de obligatoria observancia para los tribunales inferiores.

La defensa de los imputados, mediante la representación profesional de los Dres. ALEJANDRO MIQUELARENA, GUILLERMO SERGIO TORANZO CONSTANTINI Y AGUSTIN IDEMI, MANUELITA MORENO FERRER, FRANCO MONTES Y MARCELO FERNANDEZ VALDEZ, NALLIB HUGO UZAIR, LEONARDO VILLABA Y MARIA LUISA MATONS, MARIA FILOMENA NO-RIEGA, JUAN NICOLAS TELLO ONZALO, FERNANDO ECHEGARAY, LISANDRO ZA-PATA LLOVERAS, Y CARLOS LEONARDO VILA, interpusieron el recurso de impugnación escrito que habilitan los artículos 521 inc. 8 y 527 de la ley 1851-O, salvo el caso del primero de los nombrados, quien optó por interponer y fundar recurso de impugnación oral en el mismo acto de la audiencia, una vez notificado de la resolución que declaró inadmisibles la procedencia del Instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba, disponiéndose el traslado que ordena el Artículo 527, el que fue oportunamente evacuado por el Ministerio Público.

Durante la audiencia que ordena el Artículo 529 de la ley 1851-O, expusieron los fundamentos los Dres. Leonardo Vila, Lisandro Zapata, Guillermo Toranzo, Agustín Idemi, Fernando Echegaray, María Filomena Noriega, Tello Onzalo, Leonardo Villalba, Franco Montes, Marcelo Fernández, Manuelita Moreno Ferrer y Alejandro Miquelarena, en representación de las personas que representan, quienes, en términos generales, cumpliendo los límites que impone el segundo párrafo del Artículo 529 de la ley 1851-O, ratificaron y ampliaron los fundamentos vertidos al tiempo de interponer recurso de impugnación.

Los agravios expuestos por las defensas se resumen en los siguientes motivos:

La oposición del Ministerio Fiscal no encuentra sustento legal, por cuanto en el caso se encuentran cumplidos los requisitos objetivos y subjetivos impuestos por el Artículo 76 bis. del Código Penal para la concesión

de la probation, habida cuenta que los imputados, en su totalidad, son personas carentes de antecedentes previos y la imputación criminal contenida en el artículo 205 del C.P, admite la aplicación del referido instituto, considerando la amenaza de pena en abstracto que en su escala máxima prevé pena de prisión de dos (2) años, sin accesoria de inhabilitación.

Desde tal perspectiva, entienden también que la invocación de fundamentos expuestos por los Fiscales del caso y por el Fiscal superior en instancia de revisión, resulta ilegal, ilógica y aparente, violatoria de derechos de raigambre constitucional, tales como el derecho de defensa en juicio, debido proceso e igualdad, al considerar que la restricción a una alternativa de solución de conflicto penal que resulta más favorable para el imputado, en

condiciones de accesibilidad, resulta violatoria del principio de mínima intervención, progresividad, y atenta contra la máxima constitucional que indica que la aplicación de la norma penal, y la imposición de pena por su carácter estigmatizante para el destinatario, es la última ratio del derecho penal.

Siendo la falta de acuerdo irrazonable y de fundamentación aparente, consideran que la opinión fiscal no resultaría de obligatorio acatamiento para el magistrado.

En torno a los fundamentos expuestos por la sentencia, consideran que la decisión del juez de grado se ha limitado a hacer propios los fundamentos aparentes del Ministerio Fiscal, omitiendo el deber de fundamentación propia y autónoma que le es debido por imposición legal, a la vez que ha tenido por cierto un cumulo de extremos facticos, no verificados por elementos de convicción legalmente arrimados al proceso, incurriendo en un vicio de prejuzgamiento que atenta contra el principio constitucional de inocencia.

Se agravian de la resolución impugnada por cuanto consideran que la actividad jurisdiccional no ha efectuado un control de legalidad adecuado respecto a la posición asumida por el Ministerio Fiscal al tiempo de exteriorizar su falta de acuerdo, permitiendo un ejercicio irracional de la titularidad de la acción penal asignada al Ministerio Público Fiscal, y una invasión de aquellas facultades que son propias y exclusivas del órgano jurisdiccional; omisión que trasunta en un claro desborde de los límites que por razones de política criminal tendría reservado el órgano requirente. En efecto, consideran que las razones de política y persecución penal del Ministerio Público, encuentran su límite en las pautas impuestas previamente por el legislador para declarar procedente o improcedente la aplicación de una forma alternativa de resolución de conflicto penal y eventual extinción de la acción penal, que no puede ser desatendida por el Ministerio Público Fiscal, y que en todos los casos debe ser oportunamente meritada por el órgano jurisdiccional en su tarea de control de garantía.

Concluyen afirmando al respecto que, encontrándose cumplidos los requisitos objetivos de procedencia del instituto que determina la escala penal que amenaza al injusto y las condiciones personales de los imputados, no existen razones de política criminal preponderantes que permitan apartarse de la solución que propician, esto es, la plena procedencia del modo de solución alternativa propuesto.

Como motivo de agravio novedoso, impugnan la validez de la resolución de Fiscalía General 3991-20 de fecha 22 de agosto del corriente año, denunciando que la misma no resulta oponible a sus representados ni de obligatorio acatamiento por falta de publicación, siendo la publicidad de la norma, condición de validez del acto.

También como motivo de agravio novedoso, consideran que la norma del Artículo 433 de la ley 1851-O ha sido indebidamente interpretada, tanto por el Ministerio Público Fiscal al exteriorizar su falta de acuerdo, y por el juez de grado al resolver la improcedencia del beneficio solicitado, dado que los requisitos de procedencia impuestos en los últimos párrafos de la norma citada refiere exclusivamente a los supuestos de otras medidas alternativas reguladas en el Inciso 5, y no a la suspensión de juicio a prueba que encuentra autónoma regulación en las disposiciones de la ley de fondo y del artículo 46 de la ley 1851-O.

En consideración a ello, pretenden la anulación del fallo impugnado y

una decisión de este tribunal superior que declare mal denegado el beneficio solicitado.

Por su parte, el Ministerio Público Fiscal consideró que al tiempo de pronunciarse, el Sr. Juez de la instancia anterior ha dado razones expresas y concretas para legitimar la falta de acuerdo del órgano requirente al pedido de suspensión de juicio a prueba formulado por los imputados, sin aludir a invocaciones generales ni dogmáticas; muy por el contrario a ello, ha circunscripto su análisis a las circunstancias particulares que han sido debida y pormenorizadamente expuestas en ambas instancias requirentes, signadas por el momento de ejecución de los hechos, el exponencial incremento de casos, las medidas positivas y directas del gobierno con el fin de mitigar y contener la propagación del virus, limitando derechos individuales en procura de satisfacer un interés general superior.

Pusieron de relieve, además, que el marcado incremento de casos activos y la detección de transmisión y circulación viral por conglomerado demandaba un reexamen de las políticas de persecución penal, adoptadas por el Ministerio Público Fiscal en fecha anterior, poniendo de relieve una clara situación de interés público ante el potencial peligro que representan conductas como las investigadas, para la salud de la población. En tal carácter, afirman que se emitió instrucción general recomendando a los Sres. Fiscales adoptar un criterio restrictivo para la concesión de medidas alternativas de solución de conflictos, ante la presunta comisión de los delitos contenidos en los Artículos 205 y 239 del Código Penal, merituando la magnitud del injusto, o potencialidad de riesgo, por las particularidades de cada caso, siendo ese el espíritu y razón de ser de la Instrucción General 3991-20 dictada en ejercicio de las atribuciones conferidas por ley 633-E, Arts. 1 y 11 inc. 5, al Sr. Fiscal General de la Corte.

En defensa de su posición, los representantes del órgano requirente realizaron una minuciosa valoración del contexto sanitario existente al día 11 de septiembre de 2020, en confrontación a momentos anteriores, donde primaba otra realidad y otro temperamento para prestar conformidad a estos modos alternativos de resolución del conflicto penal; y afirmaron que tal posición es la que mejor se compadece con las medidas que ha debido acatar la población, individual y colectivamente, extremando esfuerzos para revertir los efectos de la pandemia, del mismo modo que cada organismo del estado Nacional y Provincial, afectando recursos económicos en materia sanitaria, de seguridad, y de transformación en el modo de prestación de tareas.

Dijeron que todas las medidas legales dispuestas, no necesitan verificación por ser de público conocimiento, y ponen en evidencia medidas de acción directa orientadas a satisfacer el interés general de la población, por sobre el interés individual de cada persona; siendo este principio de interés general el que justifica y delimita el interés de persecución penal, de prescindencia y disponibilidad total o parcial de la acción penal.

Concluyeron afirmando que lejos de obrar de manera arbitraria consideran improcedente prestar acuerdo, fundado en criterios de política criminal y persecución penal, en la medida que la gravedad de los hechos investigados de acuerdo a las condiciones de modo, tiempo, lugar y número de personas intervinientes, consolida aquello que llaman “Plus del

Injusto penal”, entendiendo que de modo alguno se lesionan las garantías de defensa en juicio, debido proceso igualdad e inocencia, por el contrario la pretensión de someter los hechos a un debate amplio y respetuoso de las garantías de cada imputado, las afianza.

En torno al interés público que invocan para no prestar acuerdo sostienen que: “resulta de obligatoria observancia, a partir de los lineamientos generales que marca el legislador en el Libro I, Título II, Sección 3° y 4° de la Ley 1851-O; si bien todo hecho punible implica una lesión del interés público, el legislador ha tenido en especial consideración y dado particular tratamiento a aquellos casos donde “el hecho afecte gravemente el interés público”, por ejemplo al regular la aplicación de criterios de oportunidad en el Artículo 33 inc. 1). En tal sentido, a la hora de definir una política de persecución penal clara y precisa para el Ministerio Público Fiscal, debe partirse del precepto que deberá ejercerse la acción penal en aquellos casos de grave afectación, es decir, cuando el hecho trascienda los intereses de las personas afectadas y afecte un interés público, cuando exista el llamado “plus de injusto”.-

Respecto al alcance que debe conferirse al acuerdo fiscal, sostienen que dicha conformidad es condición de procedibilidad del instituto analizado, un requisito de carácter normativo, que es complementario de aquel otro requisito de procedencia definido por: “las circunstancias del caso”, fundada en razones de oportunidad reservada al titular de la acción, al exigir, mediante la conjunción copulativa “y”: “consentimiento del fiscal”

Solo en tal caso, entienden que “el Tribunal podrá suspender la realización del juicio”, de acuerdo a los principios que informan el sistema penal vigente, respetando de ese modo el ejercicio de las facultades conferidas por el art. 120 de la Carta magna, siendo esta la interpretación que ha dado nuestro máximo tribunal en el plenario Molini Bibiana Jaqueline - (Plenario N° 08/10, convocado en expediente

N° 4.999, Caratulado: “Incidente de Suspensión de Juicio a Prueba a favor de Bibiana Jaqueline Molini – Casación).-

Tratamiento de los agravios: Como cuestión previa al tratamiento de los fundamentos expuestos por los recurrentes, habré de referirme a la petición formulada por el Ministerio Público Fiscal, respecto de la admisión formal de los recursos de impugnación planteados por los Dres. MARIA FILOMENA NORIEGA, por la defensa de Ortiz Maximiliano; NALLIB HUGO UZAIR, por la defensa de Luciana Camilleri y Augusto Baigorri Conte Grand, por su propio derecho con patrocinio letrado de Dr. Juan Nicolás Tello Onsalo.

Sostiene el Ministerio Público Fiscal respecto de los recursos de los Dres. MARIA FILOMENA NORIEGA, por la defensa de Ortiz Maximiliano; NALLIB HUGO UZAIR, por la defensa de Luciana Camilleri, que dichas piezas recursivas, no contienen una crítica razonada ni una delimitación precisa de los motivos de agravio en que se fundan; por el contrario, se agotan en una crítica genérica e inadmisibles, y en su formulación no han señalado cual o cuales puntos de la sentencia les provocan agravio; mucho menos precisan cual sería el alcance de tal hipotético agravio, razón por la cual piden se declaren mal concedidos los recursos de impugnación planteados.

Respecto al recurso adherente del Dr. Juan Nicolás Tello Onsalo, denuncian su improcedencia por falta de cumplimiento a las disposiciones del Artículo 505 de la

ley 1851-O, por no especificar de manera autónoma los puntos de agravio concretos a los que se formula adhesión.

En relación a los recursos de impugnación planteados por los Dres. MARIA FILOMENA NORIEGA Y NALLIB HUGO UZAIR, encuentro razón a la crítica formulada por el Ministerio Fiscal y considero que los mismos han sido incorrectamente concedidos por falta de delimitación concreta de agravios.-

En tal sentido, consultada la obra “El Recurso Ordinario de Impugnación en el Marco de un Sistema Acusatorio”, del autor Alfredo A. Elosú Larumbe, pag. 26, aborda el tema bajo los siguientes términos: “En efecto, conforme este nuevo esquema normativo, el sobreseimiento, la prisión preventiva, la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, las sentencias y las decisiones del jurado no pueden impugnarse genéricamente para atacar cualquier calse de error que contenga la resolución que se recurra. Es necesario, contrariamente, que se verifiquen algunos de los motivos o causales que taxativamente establece la ley procesal. En otras palabras, para superar el juicio de admisibilidad objetiva no basta que se impugne una decisión expresamente declarada impugnabile sino que, además, debe invocarse y explicarse por qué se conculcó. .” El mismo autor, en la pag. 27 especifica: “A todo lo expuesto debe agregarse la exigencia de que a la decisión que se impugna haya causado un agravio al pretense recurrente. La existencia de ese interés o agravio debe ser objetiva. Es decir, que no resulta suficiente para sortear el juicio de admisibilidad formal que el sujeto que impugna se considere perjudicado por la decisión. No basta la simple disconformidad, el perjuicio debe ser efectivo. Como explica Lino Palacio, alude a la idea de “venimiento” de la posición de la parte y debe, por lo tanto, apreciarse desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y no según el criterio subjetivista del recurrente”

En efecto, con relación al contenido de las expresiones de agravios, la jurisprudencia sostiene de modo pacífico que la expresión de agravios debe configurar una crítica concreta, precisa y razonada de las partes del fallo que se consideran equivocadas, no bastando las simples generalizaciones, las apreciaciones dogmáticas, ni las impugnaciones meramente subjetivas. De tal manera, para que la expresión de agravios cumpla su trascendente finalidad procesal -es decir, permitir la apertura de la instancia revisora-, debe constituir una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la sentencia apelada para demostrar que es errónea, injusta o arbitraria; en otras palabras, contraria a derecho.

Así, deben precisarse -punto por punto- los errores, las omisiones y demás deficiencias o lagunas que se le atribuyen al decisorio jurisdiccional, pues las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos e indispensables para sustentar la apelación. En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que “corresponde declarar desierto el recurso ordinario de apelación, si el escrito de expresión de agravios no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el sentenciante de la anterior instancia, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la decisión impugnada; no bastando, en consecuencia, escuetos argumentos que no constituyen más que una mera discrepancia con el criterio sostenido en el fallo recurrido y que

distan de contener una crítica concreta y razonada de los argumentos que sostienen a aquél (CSJN, Fallos: 323:2131).

En el caso bajo estudio, los recursos de impugnación planteados por los Dres. Noriega y Uzair, no reúnen esos ingredientes esenciales, pues sólo manifiestan su disconformidad con el fallo de primera instancia, que consideran injusto, sumini-strando argumentos aislados, pero sin especificar fallas jurídi-cas en la solución del caso o desaciertos en la percepción directa de los elementos de juicio por parte del primer sentenciante, que permitan a esta instancia revisora reexaminar el decisorio adverso a su pretensión.

No corresponde al Tribunal de Alzada, ante tal déficit expositivo, entrar a rastrear deficiencias en la resolu-ción traída a conocimiento que no fueran relevadas específicamente por el propio interesado, en la medida en que se encuentra avocado únicamente al conocimiento de las cuestiones expresamente someti-das a su consideración, por lo que no habiendo una crítica concre-ta y motivada que habilite la apertura de esta instancia revisora, me veo compelido a declarar mal concedidos los recursos referidos por falta de fundamentación concreta, lo que así corresponde re-solver.

Respecto al recurso de impugnación intentado por el Dr. Tello Onzalo, advierto que la apelación adhesiva intentada resulta incompleta, dado que es requisito de admisibilidad de tal alternativa impugnatoria, que la ley confiere a las partes, la concreta invocación de los puntos de agravio que el adherente hace propios, requisito de admisibilidad que en el caso se encuentra ausente.

El propio artículo 505 de la ley 1851-O, esta-blece con meridiana claridad que “quien tiene derecho a recurrir puede adherir, dentro del plazo de emplazamiento al recurso conce-dido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda; los cuales no pueden ser ajenos ni contrapuestos a los fundamentos de aquél..”. de lo que sigue que habiéndose omitido tal recaudo por parte del impugnante, su recur-so adherente debe declararse mal concedido.

Abordando, ahora, los motivos de agravio expues-tos en los restantes recursos de impugnación, que considero váli-damente concedidos, anticipo que los mismos no deben prosperar. Por el contrario, encuentro debidamente fundada y ajustada a dere-cho la sentencia impugnada.

A fin de abordar los planteos de la defensa es necesario tomar como punto de partida el texto del art. 76 bis, cuarto párrafo, del Código Penal que establece que: “[...] Si las circunstancias del caso permitieren dejar en suspenso el cumpli-miento de la condena aplicable, y hubiera consentimiento del fis-cal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio [...]” imponiendo como un requisito normativo de procedencia del Institu-to de la Suspensión de Juicio a Prueba el acuerdo Fiscal.

Las defensas sostienen, respecto de tal confor-midad, que los

fundamentos de la oposición del Fiscal se limitan al examen de verificación de elementos objetivos y subjetivos del tipo; y respecto de ello es que manifiesto mi discrepancia, dado que en tal caso, el espíritu de la norma, cuando fija tal requisito de procedencia normativa carecería de sentido. Por el contrario, considero que el acuerdo Fiscal persigue, además de análisis normativo del tipo penal, una opinión y análisis concreto del hecho, su dimensión, relevancia e interés social, pues solo de este modo se garantiza el sentido práctico del ejercicio de la acción penal.

Una consideración razonable del texto del art. 76 bis C.P., particularmente del alcance que debe acordarse al “consentimiento”, exige una interpretación que no vacíe de contenido y eficacia el rol del órgano titular de la acción, pues en definitiva la conformidad engloba en el caso la facultad de disponer de la acción o acordar métodos de resolución alternativas, cuyo examen de oportunidad se encuentra claramente reservado al órgano promotor de la acción.

Observo que la defensa confunde el alcance del concepto acuerdo fiscal o consentimiento; de modo tal que el término mismo termina por carecer de sentido alguno. En un examen contextual, observo que el acuerdo, tanto en la ley de fondo como en la normativa procesal importa un requisito legal de admisibilidad, distinto e independiente del examen de procedibilidad objetiva y subjetiva del injusto en el caso concreto.

El art. 76 bis C.P. claramente exige tres condiciones para que el tribunal pueda suspender la realización del juicio: 1) que sea un caso en que la ley permita, por sus circunstancias, dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, 2) que el imputado ofrezca reparar simbólicamente el daño, y 3) en su caso, cumplido los elementos objetivos y subjetivos de procedencia, que haya Consentimiento Fiscal. Ahora bien, si tuviera por válida la línea argumental e interpretativa que proclaman las defensas en sus recursos de impugnación, ese último requisito de procedencia para la suspensión de juicio a prueba carecería de sentido, pues se encontraría subsumido en el primero de ellos.

La oposición fiscal, que encuentra su límite en la existencia de “oposición fundada”, no se agota en la exclusiva valoración de presupuestos legales; sino además, en un juicio de valor concreto y circunscripto a la entidad, naturaleza y particularidades del hecho investigado; de ahí la facultad discrecional que no puedo desconocer al órgano acusador, dado que se trata de un instituto que está íntimamente vinculado con el principio procesal de oportunidad, que lleva a limitaciones de persecución guiadas por criterios de política criminal y de persecución penal, que hacen a la cuestión de decidir cuándo resulta necesario mantener el ejercicio de una acción penal que ha sido promovida por imposición de la ley. Desde esa perspectiva, el órgano encargado de la persecución penal puede, mas no necesariamente debe prescindir, de la acción cuando están a su disposición, según su juicio, mejores alternativas para la solución del conflicto que las que ofrece la realización del debate.

En ese marco, en los delitos que afectan al interés general de la población, no es legítimo exigir la renuncia o suspensión del ejercicio de la acción invocando principios de oportunidad, cuando ello implica la desprotección total de la sociedad; de otro lado, el principio de oportunidad no pueda serle opuesto al Ministerio Fiscal, por cuanto ello importa una

inter-pretación asistemática de la norma que contraría los principios fundamentales de la división de roles en el proceso acusatorio ad-versarial.

Desde este punto de vista, las defensas asignan un sentido distinto al término “acuerdo”, obligando al Ministerio Público a suspender la acción penal, y pretendiendo agotar el exa-men de los fundamentos en la simple comprobación del tipo y los antecedentes del peticionante del beneficio.

En atención a la particular forma de interpreta-ción que proponen los impugnantes, y de la cual derivaría la po-tencial afectación de los derechos constitucionales que enumeran, destaco que no se han ceñido a indicar en qué consistiría la falta de fundamentos, sino en que los fundamentos de hecho y de derecho que expuso el Ministerio Público Fiscal, son incorrectos, y pre-sentan otros para corregirlos. Así, alegan que el representante del Ministerio Público ha invocado razones que no pueden ser con-sideradas en el caso, y que el magistrado en su sentencia, hacien-do propios los fundamentos del Fiscal, se ha apartado de la deci-sión correcta, dejando de valorar que dada la magnitud del injus-to, el hecho es de menor trascendencia y que no existen razones de orden normativo que impidan la concesión del beneficio.

La estrategia de las alegaciones expuestas, no es entonces que el Tribunal examine si el Fiscal ha dado fundamen-tos razonables para formular la oposición, sino que pretenden de la magistratura la negación más radical de la facultad de exponer razones para el rechazo de la pretensión que enarbolan, proponien-do que el juez, ante la mera constatación de la concurrencia de las circunstancias objetivas y subjetivas de procedencia de la Suspensión del Juicio a Prueba, debería anular la intervención requirente, y que cualquier invocación fiscal orientada a no pres-tar acuerdo para la concesión del beneficio peticionado debería ser desechada por el tribunal interviniente. De admitir la tesis de la propuesta recursiva, la intervención del Ministerio Fiscal queda reducida al cumplimiento de un mero requisito formal, a la emisión de un dictamen que no produce efecto alguno, y conduce a que se prescinda del consentimiento del órgano acusador, ignorán-dose que es la propia norma del Artículo 76 bis del CP, la que po-ne al consentimiento como condición de la suspensión. Conforme se aprecia, la admisión de la tesis recursiva importaría tornar en letra muerta la disposición del Art. 76 bis del C.P. en la forma señalada, pero lo más grave es que importaría – en los hechos – una ilegal intromisión en el principio de división de funciones propio del sistema acusatorio vigente, todo lo que me lleva a re-chazar esta propuesta de interpretación de la normativa aplicable a la solución del presente caso.

Esta interpretación lleva a sostener algo que la ley no dice, porque reduce el rol de la fiscalía a la mera intervención en la audiencia, sin embargo, la ley no se contenta con la “citación” o “traslado” al fiscal, sino que exige su “con-sentimiento, acuerdo y conformidad”, “si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable”, siendo todos los requisitos necesarios, y ninguno de ellos excluyente de los restantes.

En efecto, la conjunción “y” utilizada en la norma implica que no se trata de un mero supuesto de intervención de la fiscalía para dar su dictamen, sino de un requisito formal cuya concurrencia resulta indispensable para el análisis de proce-dencia de la suspensión del juicio a prueba.

No paso por alto el grado de discreción que la norma confiere al Ministerio Público Fiscal, mas tengo especialmente en consideración que es el propio legislador quien se ha ocupado de limitar ese poder discrecional al exigir opiniones fundadas, legales y objetivas regulando el modo de actuación del Ministerio Público Fiscal en los Artículos 104, 105 y 106 de la ley 1851-O, y el control judicial, garantizándose además, de este modo, la separación entre las facultades requirentes y las facultades de decidir sobre el objeto de tales pretensiones persecutorias.

Una solución contraria permitiría entronizar a los jueces en la apreciación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, siendo en tal caso los jueces quienes, invadiendo funciones inherentes al órgano requirente, terminarían decidiendo si la acción debe continuar o suspenderse, sobre la base de apreciaciones vinculadas a una solución alternativa del conflicto que prescinda del juicio.

La solución que propongo y el alcance que debe conferirse a la opinión del Ministerio Fiscal ha sido claramente delimitado en el Plenario N° 08/10, convocado en expediente N° 4.999, Caratulado: “Incidente de Suspensión de Juicio a Prueba a favor de Bibiana Jaqueline Molini – Casación, de observancia obligatoria para todos los tribunales provinciales por imperio de lo normado en el Art. 209 de la Constitución Provincial, oportunidad en la que la Corte de Justicia local, interpretando el Art. 76 bis del Código Penal, sentó doctrina afirmando que la oposición fundada del Fiscal al tiempo de requerirse acuerdo para la aplicación de la probación impide la concesión de la Suspensión del Juicio a Prueba a los órganos jurisdiccionales, siendo esta en definitiva la solución que propicio.

Encuentro que en este caso, a diferencia de lo sostenido por los impugnantes, los Sres. Representantes del Ministerio Público Fiscal han expuesto razones atendibles de oportunidad para debatir ampliamente el caso, independientemente de cual fuere el resultado de la controversia. De este modo la alegación de las defensas relativas a que sus asistidos tienen derecho a no ser llevados a juicio, comporta solo una visión parcial de la situación fáctica sometida a conocimiento en estas actuaciones, y que por lo tanto merece el calificativo de incorrecta, conforme lo antes señalado. Por ello, no se advierte la alegada lesión a los principios de igualdad, defensa en juicio, debido proceso e inocencia de los imputados; muy por el contrario, considero que un debate amplio sobre los hechos, constituye el ámbito propio para la discusión sobre la observancia de tales derechos y garantías constitucionales.

Por último, he de señalar que la posición del Ministerio Fiscal no ha quedado reducida a la decisión de un solo representante del Ministerio Público, por el contrario ha sido re-visada por el fiscal superior, opinando en sentido coherente a los fiscales del caso. En fin, observo que esa falta de acuerdo ha transitado un proceso complejo de formación de opinión del Ministerio Público por parte de los fiscales del caso, del fiscal superior, en sentido coherente a las recomendaciones e instrucciones dadas por el Fiscal General en la resolución 3991-20.

En referencia a la violación al principio de igualdad que señalan los recurrentes, tengo por decir que no cuento con elementos de prueba para valorar ese trato

desigualitario que denuncian, primero porque la opinión del Ministerio Público Fiscal ha hecho alusión a circunstancias o modalidades de comisión singulares, que a su criterio permiten diferenciar la solución que se propicia al caso sub examen y que dicho temperamento ha sido sostenido en causas de similar entidad; en segundo lugar, porque es resorte de la defensa desplegar la actividad probatoria tendiente a acreditar sus alegaciones en juicio, y tal actividad no ha sido cumplida por estos, estando vedado a la jurisdicción producir cualquier medida probatoria de oficio que no hubiera sido practicada por las partes, bajo pena de nulidad.

Tengo en especial consideración, también, que el Ministerio Público Fiscal debe ajustar su actuación a un criterio objetivo y sincero al tiempo de desempeñar su actividad velando por la correcta aplicación de la norma, presunción de legalidad y rectitud que no puedo tener por incumplida en el presente caso, sin prueba que demuestre lo contrario, a instancia de quien alega el referido desapego a la ley.

En referencia a la violación del principio de inocencia que declaman como consecuencia de un acto de prejuzgamiento del magistrado de grado y del Ministerio Público Fiscal al tiempo de no prestar acuerdo, no advierto

que los funcionarios actuantes hubieren realizado manifestaciones que importen un anticipo de opinión respecto a la culpabilidad de los imputados; muy por el contrario, comparto que la posición del Ministerio Público Fiscal se agota en su pretensión de ventilar los hechos en juicio, independientemente de cual sea el resultado del debate.

Sin perjuicio de lo anterior, he de señalar, por último, que las defensas ni en los escritos de interposición, ni en la audiencia, han hecho esfuerzo alguno para refutar los argumentos de la Fiscalía, expuestos al momento de formular falta de acuerdo, como al momento de sustanciar los recursos de apelación. Por las razones expuestas, es que considero que el recurso interpuesto por los defensores no debe prosperar.

Resta referirme a dos argumentaciones novedosas planteadas por los recurrentes, relativas a la interpretación que debe acordarse al Artículo 433 de la ley 1851-O y la falta de publicación en el Boletín Oficial de la Instrucción 3991-20 de fecha 22 de agosto de 2020, a partir de la cual cuestionan su validez u oponibilidad.-

En términos generales, destaco que tales argumentaciones novedosas no debieran ser motivo de tratamiento ante la instancia superior por ese solo hecho, en tanto el propio artículo 529 de la ley 1851-O, dispone que “Las partes pueden ampliar la fundamentación o desistir de alguna de las cuestiones, pero no se pueden introducir motivos nuevos”. Cabe recordar, entonces, conocida jurisprudencia de la Corte según la cual el recurso es inadmisibile en relación con aquellas cuestiones que habiendo podido ser sometidas a la decisión de los tribunales de la causa aparecen planteadas ulteriormente, como fruto de reflexiones tardías (Fallos: 303:472 y 311 :371, entre otros), pues la jurisdicción de la Corte se encuentra limitada a la revisión de aspectos contenidos en la sentencia apelada (Fallos: 311:105 y 327:3913, entre otros).-

Sin perjuicio de ello, considero que la discriminación de supuestos invocada

en torno al tratamiento diferenciado que debe darse a las distintas alternativas de resolución de conflicto contempladas en el Art. 433 de la ley 1851-O, no es tal, y la discrepancia que plantea el recurrente en torno a la aplicación del instituto de la suspensión de Juicio a prueba, regulada para el proceso especial de flagrancia, es absolutamente incoherente, dada la identidad de aquel precepto con la regulación de orden general prevista en los Artículos 46 y ss de la ley 1851-O, que exige acuerdo previo Fiscal como requisito de procedencia.

Respecto a la necesidad de publicación de la resolución 3991-O, tengo para decir que la citada instrucción importa una recomendación o lineamiento del Ministerio Público Fiscal a los miembros que componen dicho órgano, no se trata de una norma de carácter general destinada a la población, sino un lineamiento o pauta de actuación para los Miembros del Ministerio Público Fiscal. Siendo un principio básico de la organización administrativa el dictado de instrucciones de carácter individual o general que no exigen el acto de publicación ante el Boletín oficial, su carácter obligatorio se agota en el acto de la notificación. Tal es la inteligencia del Artículo 4 de la ley 633-E cuando expresamente establece “Las instrucciones serán impartidas por escrito y se transmiten por cualquier medio de comunicación; en caso de urgencia podrán emitirse verbalmente, dejándose constancia por escrito inmediatamente.

Otro punto de agravio introducido en ocasión de oponer recurso de impugnación, por parte de los letrados Toranzo e Idemi, cuestionan la validez de la consulta realizada al Fiscal Coordinador, Dr. Adrián Riveros, poniendo en tela de juicio la legitimación de este para obrar en tal carácter, como Fiscal Superior, habida cuenta que juntamente con el Dr. Ivan Grassi, ambos, cumplen el rol de coordinadores del Ministerio Fiscal en el sistema especial de flagrancia.

Que aun cuando dicho agravio no ha sido motivo de ratificación en la instancia de la audiencia que ordena el Art. 529 de la ley 1851-O, advierto que tal incidencia ha sido motivo de contestación por parte del Ministerio Público Fiscal, en consideración a ello, entiendo propicio pronunciarme diciendo que el Dr. Adrián Riveros se encuentra debidamente habilitado por resoluciones 3972/20 y 3996/20, como Fiscal Coordinador y órgano de Consulta y revisión en los supuestos que ordena la normativa ritual, y que tal facultad asignada no pierde vigencia ante la intervención del restante coordinador de Fiscales en los supuestos que el mismo intervenga, como sucede en el presente hecho, como fiscal del caso, dado que el Ministerio Público, por su composición y estructura es único y se rige por un principio de unidad de actuación, a diferencia de la estructura que clásicamente conocemos en la instancia jurisdiccional. Por otra parte es la propia ley 633-E, la que autoriza al Fiscal General de la Corte a convocar a los miembros del Ministerio Público a intervenir por si o coadyuvar en la actuación de cualquier caso.

En relación al planteo de recusación, comparto al igual que el Ministerio Público Fiscal que la pretensión formulada al juez de grado fue oportunamente desestimado por ser manifiestamente improcedente y por no reunir los requisitos de admisibilidad que la propia ley ritual prevé. En tal caso, al habérselo declarado inadmisibles por inobservancia de las disposiciones contenidas en el Artículo 100 de la ley 1851-O, sin oposición del recurrente, esa resolución no resulta revisable en esta instancia.

Resta, finalmente, dar respuesta al planteo de inconstitucionalidad de las normas que vedan a la iudicatura la concesión del beneficio de Suspensión del Juicio a Prueba

en caso de no mediar acuerdo fiscal, cuestión que fuera también objeto de abordaje en la instancia anterior, declarando que las disposiciones de los Arts. 33, 47 tercer párrafo y 433 último párrafo de la ley 1851-O no aparecen en pugna con disposición constitucional alguna. Para así concluir, el magistrado de la anterior instancia, sostuvo que la solución normativa que impide al órgano jurisdiccional conceder medidas alternativas en caso de falta de acuerdo del órgano requirente, encuentra justificación suficiente en las disposiciones de los Arts. 120 de la Constitución Nacional, 15 y 25 de la ley 1851-O, al tiempo que también es la solución que mejor se ajusta a la obligación que impone la observancia del fallo plenario “Molini” de la Corte de Justicia de San Juan, en el que se señalara que “...El consentimiento del Ministerio Público Fiscal no es vinculante, y por el contrario, la oposición fundada del Acusador Público a la concesión de la suspensión del juicio a prueba sí es vinculante para el tribunal...” (Corte de Justicia de San Juan, Acuerdo Plenario N° 08/10 convocado en Expte. N° 4999, caratulado “Incidente de Suspensión de Juicio a Prueba a favor de Bibiana Jaqueline Molini – Casación”), de obligatoria observancia para los tribunales inferiores.

Conforme se aprecia en el contenido de la impugnación orientada al reproche de constitucionalidad de las aludidas normas procesales, la queja no pasa de ser una mera disconformidad con la forma de resolver la cuestión, por cuanto ni siquiera ensaya una propuesta de confronte de tales disposiciones con la normativa constitucional que podrían lesionar; en otros términos, en modo alguno contiene una crítica orientada a acreditar que la conclusión de la sentencia resulta equivocada. Ello resultaría suficiente razón para el rechazo de la pretensión de declaración de inconstitucionalidad que ha sido propuesta como objeto de esta impugnación, en cuanto el impugnante no cumple con su obligación de proponer una censura de todas y cada una de las motivaciones esenciales que conforman los fundamentos de la sentencia que a su juicio pudieran resultar equivocadas.

Sin perjuicio de ello, y con miras a verificar si las normas objetadas se encuentran en colisión con normas constitucionales, es preciso recordar aquí que la Probation fue incluida en el Código Penal Argentino mediante la ley 24.316, y podríamos sintetizarla como el instituto que brinda la posibilidad a todo imputado de un delito de acción pública, que se encuentre inserto en las previsiones del artículo 76 bis del texto citado, de obtener la suspensión del proceso en su contra, por un lapso determinado, debiendo durante el mismo cumplir con ciertas reglas de conducta que le son fijadas por el Juez o Tribunal, y, a cuya finalización se extingue la acción penal; ello en caso de cumplimiento de tales pautas, ya que en caso contrario se reanuda el juicio con todos sus efectos legales, sin posibilidades de beneficiarse nuevamente con la probation.

La suspensión del juicio a prueba, tal como está legislada en el Código Penal constituye, entonces, un modo de extinción de la acción penal. Por ello es que presume – mínimamente - la conformidad de su titular que, acordando con el imputado, resigna su ejercicio en aras de la resolución del conflicto que la generó. La situación ideal que inspira ese instituto, es el acuerdo entre ofensor y titular de la acción que puede extinguirse. La norma del artículo 76 bis del Código Penal tiende a ese acuerdo esencial y definitivo: la solución del conflicto que fuera generado por el presunto infractor.

Este modo anormal de terminación del proceso penal constituye la primera forma reglada en nuestro derecho interno de disponibilidad estatal de la acción penal, en la

que el preten-sor estatal realiza un acuerdo para que la acción de la que es ti-tular, se encamine hacia su extinción. Ello importa la decisión del Estado - por parte del funcionario autorizado para ello - de resignar su intervención ante la clara evidencia de que esa solu-ción es la mejor en aras de resolver el conflicto. Esa decisión es decisión del Estado y se limita a negar su intervención penal.

En consecuencia, si el efecto definitivo de la probation es la extinción de la acción, el Estado titular de las acciones que pueden ser involucradas en el instituto, a la luz de la actividad de sus representantes, es elemento indisponible de la cuestión. Dicho esto, entiendo que la Suspensión del Proceso a Prueba no es otra cosa que un criterio de oportunidad, oportunidad en contraposición o como excepción del conocido principio de ofi-ciosidad establecido en el artículo 71 del Código Penal. Recorde-mos aquí que el principio de legalidad procesal, hacia el que se encontraban orientados los sistemas procesales mixtos, y que cons-tituyera resorte propio de la tradicional estructuración del Cód-i-go Penal Argentino, obligaba al representante del Ministerio Pú-blico a promover y proseguir hasta su finalización toda acción pe-nal, desde el mismo momento en que tuviera conocimiento de un de-lito de acción pública; en tanto los criterios de oportunidad, na-cen por la imposibilidad fáctica de perseguir todos y cada uno de los delitos de los que se tuviera conocimiento, y por otros moti-vos no menos importantes, como son la aplicación de métodos alter-nativos a la pena, evitar la estigmatización del imputado, etc..-

Más allá de la razones individualizadas en el párrafo precedente, lo cierto es que la regulación de los crite-rios de oportunidad es una realidad, y a partir de la sanción de la ley 1851-O han encontrado recepción normativa expresa en nues-tra provincia que, en relación al tema que nos vincula, resalta en la previsión establecida en el Art. 47, tercer párrafo del ritual, en cuanto veda a los jueces la posibilidad de otorgar medida al-ternativa alguna, sin que exista acuerdo expreso previo del Mi-nisterio Público Fiscal y Defensa, bajo pena de Nulidad.

Considero oportuno resaltar que, en su naturale-za jurídica, la “Probation” es una especie o forma de extinción de la acción penal, ello no obstante no encontrarse incorporada al artículo 59 del Código de Fondo, ya que si bien no lo extingue “ab initio”, lo concreto es que si el imputado cumple voluntariamente con las reglas de conducta que se le impongan, tiene potencialidad extintiva.

Las consideraciones expresadas ponen en eviden-cia que para aplicar la norma inserta en el Código Penal, se debe entender como uno de los requisitos objetivos para dar curso a la “probation”, el acuerdo del fiscal, en tanto criterio reglado de oportunidad (previsto en el Código Penal), y en consecuencia, el necesario carácter vinculante de la voluntad fiscal, por ser el Ministerio Público el titular del ejercicio y promoción de la ac-ción penal (art. 120 de la C.N., y 15 y 25 de la ley 1851-O). De ello se deriva la necesaria conformidad constitucional de las nor-mas que las defensas pretenden impugnar, lo que justifica el re-chazo de la tacha promovida en tal sentido.

En plena sintonía con estos conceptos, afirmo sin temor a equivocarme que el Juez de manera evidente y palmaria carece de jurisdicción para conceder la suspensión del juicio a prueba, si no contara con un acuerdo previo entre el Fiscal y el imputado que lo habilite en tal sentido, pues el Ministerio Públi-co, por ser el titular de la acción penal, es el único facultado a prescindir de la misma por criterio de selección, política crimi-nal, etc..-

Nótese que en el ya antiguo Plenario “Kosuta”, de la Cámara Nacional

de Casación Penal (hoy Federal), Sala I, el 17-8-99, se sostuvo que "... el carácter vinculante de la oposición fiscal deriva de que a esa parte le incumbe la promoción y el ejercicio de la acción pública por mandato del artículo 120 de la Constitución Nacional y, en particular, que esa facultad privativa se encuentra prevista no sólo en la ley y en el Código Procesal Penal de la Nación (artículos 65 y cc.) sino también en la Ley Orgánica del Ministerio Público..."; enseñanza jurisprudencial que se observa en plena sintonía con el Plenario "Moliní" de nuestra Corte de Justicia, arriba referenciado, y que el Sr. Juez de la instancia anterior estimara razón de suficiente peso como para abonar el rechazo de la pretensión de inconstitucionalidad de las normas procesales arriba señaladas, temperamento que hago propio en esta oportunidad.

En el sentido propuesto, Eleonora A. Devoto, en la obra "Probation e Institutos análogos", de Hamurabi, 2da. Edición, actualizada y ampliada", pág. 198/199 afirma que "...La aquiescencia fiscal aparece en la ley en el cuarto párrafo del art. 76 bis, y ello ha conducido a Saenz a considerar que sólo es requisito su asentimiento en las causas graves. Sin embargo creemos que no es posible proceder a la suspensión del juicio a prueba sin consentimiento fiscal, en la medida en que la paralización implica preponderantemente una excepción al principio de irretractabilidad de la acción penal, la que pertenece al Ministerio Público...En este sentido, nótese que la Cámara Nacional de Casación Penal —curiosamente preocupada por el resguardo de la titularidad de la acción— ha afirmado que...toda vez que la suspensión del juicio a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción penal, el Tribunal —que carece de poderes autónomos para su promoción y ejercicio— tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio..(esto último en referencia al fallo de esa Sala I-04-12-97 "Asenjo", reg. 1938)... Por ello, cuando el fiscal expresa su oposición a la suspensión del proceso, "... no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción. Por ello, depende de la conformidad fiscal"... (ello publicado en la obra de de Luis M. García "Suspensión del Juicio a Prueba", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad Hoc, 1996, pág. 365).

Resta referirme a dos extremos, relacionados con planteos llevados a cabo por dos (2) de los impugnantes, en el caso, de la Dra. Moreno Ferrer sobre los Edictos que le llegaron a este Magistrado vía e-mail y sobre el que desarrolle anteriormente. Lo destaco, puesto que también se recepción por idéntico medio test Covid 19 de alguno de los imputados representados por el Dr. Agustín Idemi y el Dr. Toranzo. Se resuelve sobre el particular que deben rechazarse estas presentaciones, en el primero de los casos, por no advertirse irregularidad alguno por parte de los integrantes del Ministerio Fiscal y lo restante, por ser improponibles en la etapa del proceso que nos ocupa.

Ahora bien, resta referirme al ingreso de un escrito suscripto por el Dr. Guillermo Sergio Toranzo Constanini y Agustín Ídem donde textualmente refieren: "Que en virtud de la audiencia de fundamentación llevado a cabo el día jueves 29 de octubre del corriente año, en la cual se escuchó la fundamentación de los abogados defensores y los agentes fiscales, lo cual nos encontró en posiciones extremadamente antagónicas a las partes, debiendo V.S. en virtud de lo que expresa el artículo 529 del C.P.P. promover las contradicciones entre ellos, hecho omitido por el magistrado, es que venimos a plantear la nulidad de la mencionada audiencia de fundamentación por no cumplir con lo estipulado en el mencionado artículo de la ley ritual cercenando, de esta manera, el derecho de defensa en juicio y del debido proceso, consagrados en la Constitución Nacional y en nuestro Código Procesal Penal. Cabe agregar, que casi todos los abogados defensores participantes de la audiencia, intentamos pedir la palabra de manera inmediata a la finalización de la exposición de los

agentes fiscales, siéndonos negada sin más, dando por finalizada la audiencia de manera inmediata, faltando a lo estipulado por la norma respectiva, violando el derecho de defensa en juicio contemplado en el art. 11 de la ley 1851 – O y del debido proceso. Esta defensa quiso pedir la palabra, para aclararle al magistrado, que los agentes fiscales no hicieron mención en ningún momento a lo aportado por estos letrados, en cuanto a la falta de publicación y por lo tanto, de legalidad, de la resolución 3391 del Ministerio Público Fiscal, la cual establece la política criminal que aquí nos tiene, y que dicha falta de publicación se tenga como prueba ofrecida por esta parte.”

En función de tal presentación y habiéndome impuesto de su contenido y analizado la misma corresponde el RECHAZO IN LIMINE y SIN SUSTANCIACION de la misma, por ser manifiestamente improcedente, fundando tal decisión que se dio acabado cumplimiento a lo estatuido por el art. 529 por parte de éste Magistrado habiéndose desarrollado por las defensas distintas presentaciones por escrito e incluso, oralizado las impugnaciones referidas. Y sobre el particular, son los mismos defensores que incoaron la pretendida nulidad, calificando de “posiciones extremadamente antagónicas”.

Para llegar a tal conclusión, no he dejado de advertir el texto del art. 224, y su inaplicabilidad al planteo efectuado, toda vez que la nulificación que nos ocupa presenta una confiesa y abierta contradicción, pretendiendo que ese Magistrado promueva contradicciones entre ellos y previo a ello referirse a este proceso con posiciones extremadamente antagónicas, lo que surge de los videos que contiene el devenir de las distintas audiencias. En idéntico sentido los Dres. Toranzo e Idemi, basan su petición en que habían pedido la palabra para aclarar a este Magistrado el rol de la Fiscalía, ante la resolución 3991, demostrando con mayor profundidad la falta de procedencia del uso de la palabra, primero por no corresponder este tipo de aclaraciones en vos de los impugnantes, siendo obligación del Magistrado examinar las posiciones adoptadas por las partes y resolver en consecuencia, extremo que queda evidenciado en el contenido del presente fallo.

Sobre el particular Nuestra Corte de Justicia Nacional, refiere que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 322:507, considerando 3° y 5°).

A partir del cúmulo de consideraciones realizadas, contando con aval constitucional (Art. 120 CN), jurisprudencial y doctrinario arriba señalado, concluyo que las normas contenidas en los Arts. 33, 47 tercer párrafo y 433 último párrafo de la ley 1851-O no aparecen en pugna con disposición constitucional alguna.

Por las razones de mérito expuestas precedentemente, y normas legales citadas, RESUELVO:

A) Rechazar los recursos de impugnación interpuestos por los Dres. ALEJANDRO MIQUELARENA, GUILLERMO SERGIO TORANZO CONSTANTINI Y AGUSTIN IDEMI, MANUELITA MORENO FERRER, FRANCO MONTES Y MARCELO FERNANDEZ VALDEZ, LEONARDO VILLABA Y MARIA LUISA MATONS, FERNANDO ECHEGARAY, LISANDRO ZAPATA LLOVERAS, Y CARLOS LEONARDO VILA, en representación de sus defendidos, por los fundamentos expuestos.-

B) Declarar mal concedidos y rechazar por los fundamentos expuestos los recursos de impugnación interpuestos por los Dres. MA-RIA FILOMENA NORIEGA, JUAN NICOLAS TELLO ONZALO, NALLIB HUGO UZAIR.-

C) Declarar inadmisibles en esta etapa los aportes llevados a cabo por dos (2) de los impugnantes, en el caso, de la Dra. Moreno Ferrer sobre los Edictos vía e-mail y la recepción por idéntico medio esto es test Covid 19 de alguno de los imputados representados por el Dr. Agustín Idemi y el Dr. Toranzo. Remitiéndome al desarrollo efectuado, en el primero de los casos, por no advertirse irregularidad alguna por parte de los integrantes del Ministerio Fiscal y lo restante, por ser improponibles en la etapa del proceso que nos ocupa

D) Tener presente las reservas de derecho formuladas.-

E) Oportunamente disponer la remisión del presente legajo de apelación al Fuero especial de Flagrancia para la continuación del proceso.-

F) Notifíquese y archívese.-