

Suspension Del Juicio A Prueba Oposicion Del Fiscal Club De Futbol Gerenciamiento Delito De Defraudacion

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Suspensión del juicio a prueba. Oposición del fiscal. Club de fútbol. Gerenciamiento. Delito de defraudación

Se rechaza la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado, ex administrador de un club de fútbol profesional, con fundamento en la pluralidad y características de los hechos imputados. Se trata de un caso en que se investigan diversas maniobras de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados atribuidas al encausado, entre ellas, una que habría generado al club de fútbol un importante perjuicio económico.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente y los doctores Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1763/1768 vta. por el defensor particular de Fernando Enrique Carlos De Tomaso, doctor Jorge Patricio Vergara, en la causa CCC 69685/2007/6/CFC1 del Registro de esta Sala, caratulada: ?DE TOMASO, Fernando Enrique Carlos s/recurso de casación?; de la que RESULTA: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22 de esta ciudad, en las causas Nro. 3465/3676/3817 de su registro interno, con fecha 4 de abril de 2013, resolvió: ?I) NO HACER LUGAR al pedido de suspensión del juicio a prueba formulado respecto de Fernando Enrique Carlos De Tomaso? (fs. 1757/1758 vta.). II. Contra esa decisión, la defensa particular de Fernando Enrique Carlos De Tomaso interpuso recurso de casación (fs. 1763/1768 vta.), el que originó la intervención de la Sala II de esta Cámara que, con fecha 21 de abril de 2014, resolvió: ?HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, SIN COSTAS, ANULAR la resolución recurrida y, en consecuencia, DEVOLVER las presentes actuaciones al tribunal a quo, que deberá dictar un nuevo pronunciamiento de acuerdo a la doctrina aquí establecida (arts. 471, 530 y ccds. CPPN) [...]? (cfr. fs. 1815/1818 vta., Sala II, C.F.C.P., causa Nro. 660/12 Reg. Nro. 617/14.2). En dicha oportunidad, los jueces Alejandro W. Slokar y Ángela Ledesma, por mayoría, consideraron que debía anularse la decisión que había rechazado la suspensión del juicio en favor de Enrique Carlos De Tomaso, y remitir las actuaciones al tribunal interviniente para el dictado de un nuevo pronunciamiento. Para arribar a dicha decisión, el juez que lideró el acuerdo entendió, luego de recordar su postura en cuanto a que el dictamen fiscal sólo resulta vinculante si es favorable a la suspensión del juicio, que los argumentos expuestos por el ?a quo? en la sentencia recurrida resultaban aparentes. En tal sentido, expresó que ?[e]llo así, toda vez que retoman la invocación genérica por parte del representante del Ministerio Público Fiscal de la posibilidad de solicitar una pena de efectivo cumplimiento, que no aparece en concreto conectado con un juicio de indiferencia sobre las particulares circunstancias del sub examine por las cuales así lo pretende o considere probable?. Por su parte y en segundo término, la doctora Ángela Ledesma señaló que la oposición fiscal estuvo basada exclusivamente en la presunta desproporción entre el monto ofrecido y el daño prima facie ocasionado, excediendo dicho argumento las razones a las que estaba habilitado a acudir al momento de dictaminar. En disidencia, el doctor Pedro David propuso el rechazo del recurso de casación, por considerar que la oposición fiscal resultaba vinculante para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba y que, entonces, sólo podía ser dejada de lado por falta de lógica y/o fundamentación; supuesto este último que, a su criterio, no se presentaba en el caso en tanto el fiscal había otorgado razones ajustadas a las constancias de la causa al tiempo de emitir su opinión. Contra dicha resolución, el doctor Mariano Cúneo Libarona, en su carácter de apoderado de la parte querellante Racing Club Asociación Civil interpuso recurso extraordinario (fs. 85/89 vta.), el que denegado (fs. 36), motivó la presentación directa ante nuestro más Alto Tribunal. III. Que en el presente proceso y en virtud del recurso de queja presentado por la parte querellante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 9 de diciembre de 2015 y con remisión a los fundamentos expuestos en la causa CSJN 141/2010 (46-E) CS1, ?Eraso, Raúl Alfredo y otro s/causa n° 8264?, resolvió hacer lugar a la queja deducida, declarar procedente el recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia apelada y ordenando la devolución del expediente a esta Cámara a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo de acuerdo a sus considerandos. Devueltas las actuaciones a este Tribunal, los magistrados integrantes de la Sala II de este cuerpo se excusaron para seguir entendiendo en la causa (fs. 116). Como consecuencia la inhibición de los magistrados aceptada a fs. 122, se llevó a cabo el sorteo de ley, quedando las actuaciones radicadas ante esta Sala IV. III. Que durante el trámite que tuvieron las presentes actuaciones ante la Sala II de esta Cámara y en la oportunidad prevista por los arts. 456 y 466 del C.P.P.N. (fs. 1780), la defensa efectuó la presentación obrante a fs. 1785/1789, en la que expuso los argumentos por los cuales consideró que la resolución recurrida resulta arbitraria. IV. Que, superada la etapa prevista en los arts. 465, cuarto párrafo, y 468 del C.P.P.N., oportunidad en la que la parte querellante y la defensa particular presentaron breves notas que lucen agregadas a

fs. 131/135 vta. y 136/137 vta. respectivamente, de lo que se dejó constancia en autos a fs. 138, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: Gustavo M. Hornos, Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: I. Las presentes actuaciones llegaron a conocimiento de este Tribunal como consecuencia de lo resuelto en esta causa por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 9 de diciembre de 2015. Se consideró allí que correspondía aplicar al caso, mutatis mutandi, lo resuelto el 18 de diciembre de 2012 en causa CSJ 141/2010 (46-E)/CS1 ?Eraso, Raúl Alfredo y otro s/causa n° 8264?, y como consecuencia de ello, revocar la sentencia dictada por la Sala II de esta Cámara Federal que había sido favorable a la concesión de la suspensión del juicio a prueba. Que en el precedente citado, la Corte -con remisión a los argumentos expuestos por el Procurador General de la Nación-, consideró que la sentencia dictada no exhibía una coincidencia mayoritaria sustancial sobre los fundamentos que otorgaban apoyo a la decisión final, en la medida en que faltaba una mayoría de motivaciones en la solución a la que arribaba. En la tarea que corresponde realizar en esta oportunidad, entonces y a los fines de lograr la máxima claridad expositiva y sistematización de las cuestiones discutidas en el caso, detallaré seguidamente los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 22 de esta ciudad, en la causa Nro. 3465/3676/3817 de su registro interno, para rechazar la suspensión de juicio a prueba solicitada por la defensa, a los efectos de evaluar su logicidad, atendiendo a los reclamos formulados por la defensa particular mediante su recurso. Al momento de evaluar la pretensión de la defensa, y luego de oír los argumentos expuestos por las partes en la audiencia celebrada a tenor de lo previsto en el art. 293 del C.P.P.N., el ?a quo? expresó su postura en cuanto al carácter vinculante de la opinión emitida por el Ministerio Público Fiscal a los fines de la suspensión del proceso, para luego analizar mediante el examen de logicidad y motivación propio del control judicial, los argumentos que dieron sustento a la oposición formulada. El tribunal interviniente recordó que el fiscal durante la audiencia y de conformidad con el rechazo propiciado en aquella oportunidad por la parte querellante, se opuso a la concesión del instituto solicitado considerando que las particulares características que revestía el caso y las circunstancias en las que se cometieron los hechos exigían la realización del debate oral, público y contradictorio. Luego, consideró concretamente el tribunal que no era posible descartar la aplicación de una pena de efectivo cumplimiento, en caso de recaer condena, de acuerdo a los hechos por los cuales había sido elevada la causa a juicio (delito de defraudación por administración fraudulenta, art. 173, inc. 7 del C.P.). Dicho argumento fue sostenido tanto por la querrela como por el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de fundamentar su postura y considerar las particulares circunstancias del caso, el contexto en el que sucedieron los hechos investigados, la gravedad de los mismos, relacionados con la administración infiel de un club de futbol, y la gran repercusión social que los mismos han generado; todo lo cual ameritaba que los sucesos fueran discutidos en el marco de un juicio oral y contradictorio. Es así que el señor Fiscal General, adhiriendo a la tesis amplia en materia de suspensión del juicio a prueba con cita de los precedentes ?Acosta? y ?Norverto?, se opuso al pedido de suspensión del juicio a prueba efectuado por la defensa considerando, como uno de sus fundamentos, la imposibilidad de asegurar que, en caso de recaer condena, fuera de ejecución condicional. Por otro lado y como argumentó adicional, alegó la irrazonabilidad del ofrecimiento económico, en relación con el perjuicio económico sufrido calculado en 5 millones de pesos y la situación económica en la que se encuentra el imputado. En ese sentido, evaluó el ?a quo? que ?...el Representante del Ministerio Público Fiscal, dejó bien en claro que la presente causa requiere la tramitación del juicio contradictorio, pues no ha descartado la posible solicitud de un pedido condenatorio que eventualmente podría ser de cumplimiento efectivo? (cfr. fs. 1758 vta.). Concluyó así que ?las argumentaciones del fiscal constituyen válidas razones de política criminal, fundadas en la previsión potencial de la imposición de una pena de cumplimiento efectivo, y es éste un elemento que une a este Tribunal con un vínculo más que indisoluble para expedirse por la negativa, independientemente de lo que pueda suceder en el juicio contradictorio? (fs. 1758 vta.). La sentencia emitida por el tribunal fue cuestionada por la defensa de Fernando De Tomaso, alegando la falta de fundamentación y motivación del dictamen fiscal de oposición en tanto no aportó ninguna razón para ?no descartar? la eventual imposición de una pena de cumplimiento efectivo y solicitando la concesión del instituto en cuestión. II. Señalado los argumentos vertidos por las partes durante el proceso y los fundamentos en los que el ?a quo? sustentara la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, realizaré algunas consideraciones que el caso reclama para su resolución. 1. En primer término, ya he tenido oportunidad de sostener que el dictamen fiscal sobre el pedido de suspensión del juicio a prueba no resulta de carácter vinculante (cfr. causa Nro. 10.858, ?SOTO GARCÍA, José María y otros s/recurso de casación?, rta. el 12/08/09, Reg. Nro. 12.100), en tanto el órgano judicial siempre debe analizar de manera independiente la concurrencia de las condiciones legales de admisibilidad y procedencia del instituto, a los fines de efectuar el control de legalidad del dictamen del Ministerio Público Fiscal que imponen los artículos 69, 123 y ccdtes. del C.P.P.N., por lo que, en tal sentido, considero que en el sub judice el Tribunal de la instancia anterior enmarcó su actuación dentro de los parámetros referidos al efectuar un adecuado control de legalidad del dictamen fiscal; criterio reiterado en causa CFP 6082/2007/TO1/11/CFC1 caratulada ?SUÁREZ ANZORENA, Martín y otros s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1077/2015.4, rta. el

5/06/2015 y causa 74000120/2011/TO1/12/CFC1 caratulada ?SALAS, Milagro Amalia Ángela y otros s/recurso de casación?, Reg. Nro. 1964/15.4, rta. el 6/10/2015). Ello así, pues el predominio de las características acusatorias de nuestro proceso penal (conf. art. 120 de la C.N.) no puede llevarnos a consagrar una actuación decisoria del fiscal, sino que su potestad debe entenderse circunscripta a la adopción de una postura frente al caso desde su rol de parte, si bien revestida de cierta ecuanimidad y siempre ceñida a la determinación legal de los criterios de admisibilidad de la suspensión del proceso a prueba. Así, si bien el artículo 5 del digesto ritual establece que el ejercicio de la acción penal no puede ?suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley?, no es menos cierto que el artículo 65 del mismo cuerpo consagra el principio según el cual ?el ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley?. De modo que si la facultad denegatoria que en última instancia recae sobre el órgano judicial, es entendida sólo como un segundo control de legalidad, dicha intervención constituye un control razonable que no desnaturaliza la potestad del fiscal requirente (cfr. en similar sentido mi voto en la causa nro. 897 ?LIRMAN, Roberto s/recurso de casación, Reg. Nro. 1594.4, rta. el 23/11/98, entre otras). En otras palabras, entiendo que describir al dictamen fiscal como ?vinculante?, soslaya el hecho de que existen limitaciones legalmente impuestas -v.gr., los requisitos de procedencia y admisibilidad estipulados en el art. 76 bis del C.P.- dentro de las cuales la actuación del Ministerio Público Fiscal debe estar circunscripta, y cuya observancia, logicidad y adecuación a las circunstancias del caso concreto, corresponde controlar al órgano jurisdiccional mediante el rechazo, cuando correspondiera, de aquellos dictámenes fiscales que se apartaran de las prescripciones legales, ya sea por introducir requisitos que la ley no prevé o por omitir considerar aquellos que sí forman parte del ordenamiento jurídico. Ello, entiendo, es una consecuencia necesaria del esquema de estricta separación funcional entre fiscales y jueces (Fallos 327:5863, "Recurso de hecho deducido por el fiscal general de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302", rta. el 23/12/2004).

2. En segundo término y con relación a los delitos respecto de los cuales procede la suspensión del juicio a prueba, cabe comenzar por recordar que cierto es que el instituto de la suspensión del juicio a prueba apunta al cumplimiento de aquellos principios superiores que postulan un derecho penal de ultima ratio y mínimamente intenso en pos de la resocialización, para el caso de delincuentes que hayan cometido delitos leves. Que, asimismo, y como lo ha considerado la defensa en su recurso en razón de los delitos imputados a De Tomaso, el mínimo de la escala penal aplicable permitiría, así en abstracto considerada, la aplicación de una pena de ejecución condicional en los términos del artículo 26 del Código Penal. Sin embargo, no puede olvidarse que el cuarto párrafo del artículo 76 bis del C.P. se refiere a las hipótesis en las cuales ?las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable?, por lo que no basta la mera constatación de que el mínimo de la escala penal legalmente prevista para el delito o concurso de delitos de que se trate no supere los tres años de prisión. Antes bien, ese dato, ponderado en forma aislada de la concreta gravedad de los hechos cuya comisión se le atribuye al imputado y de las restantes pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del C.P., en modo alguno resulta suficiente para concluir acerca de la procedencia, del instituto de la suspensión del juicio a prueba. A la luz de este sustancial parámetro, resulta que en el caso sub examine la evaluación sobre los hechos investigados en el presente caso y las manifestaciones vertidas por el señor Fiscal General y la parte querellante en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista por el art. 293 del C.P.P.N., ante la solicitud de suspensión del juicio a prueba, resultaban sustanciales para analizar la procedencia del instituto en cuestión, resultando razonable su rechazo. En efecto, se consideró la oposición del Ministerio Público Fiscal a la procedencia del instituto reclamado, la escala punitiva prevista respecto de los delitos que se le imputan a Fernando De Tomaso, sumado al dato de que no posee antecedentes condenatorios que impidan la procedencia de una condena en suspenso en los términos de lo previsto en el artículo 26 del Código Penal y la gravedad de los hechos juzgados. Es que, en el particular caso de autos, el tribunal interviniente analizó los concretos hechos que conformaron el objeto procesal, ponderando las circunstancias de tiempo, modo, lugar en que las conductas que se trata habrían sido ejecutadas por De Tomaso, según los requerimientos de elevación a juicio obrantes a fs. 371/375, 772/776 y 1700/1703 vta., y, en particular, el reclamo efectuado por las partes acusadoras de la necesidad de un juicio oral, público y contradictorio a fin de deslindar responsabilidades en un hecho de tanta gravedad y repercusión social. Es que la sentencia dictada por el tribunal se consideraron todas las circunstancias del caso y sus especificidades para rechazar la suspensión del proceso a prueba; circunstancias todas ellas que recordaré, en particular: las características de los distintos hechos (investigados en diversas causas que luego fueron acumuladas), así como también las circunstancias que rodearon su comisión. Según se desprende de fs. 371/375, Fernando Enrique De Tomaso fue requerido a juicio como autor penalmente responsable del delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados (art. 173, inc. 11 del C.P.). Se le imputa el haber tornado imposible el derecho previamente conferido a ?Bergo Ansalt? respecto del 40% de los derechos económicos sobre el jugador Maximiliano Morales, de Racing Club de Avellaneda. En efecto, y conforme fue descrito en la pieza de elevación a juicio, con fecha 1/12/2003, las empresas ?Blanquiceleste S.A.? y ?Bergo Ansalt? suscribieron un contrato denominado ?Assignment Of Economic Rights? mediante el cual se acordó la cesión a favor de la última, de los porcentajes de los derechos económicos derivados de la

futura transferencia temporaria o definitiva a título oneroso, de los derechos federativos sobre los jugadores de fútbol profesional mencionados en el Anexo I del citado contrato. En este sentido, entre los jugadores incluidos se encontraba Maximiliano Moralez, cuyos derechos económicos, conforme el contrato de gerenciamiento suscripto entre ?Racing Club? y ?Blanquiceleste S.A.? pertenecían en un 80% a esta última y en un 20% a la mencionada institución. Asimismo, en virtud del convenio celebrado entre la mencionada empresa y la firma ?Bergo Ansalt? de ese 80%, la misma cedió el 50%?. Entonces, la cesión efectuada a ?Bergo Ansalt? a título oneroso generó en cabeza de la misma el derecho al 40% de los derechos económicos correspondientes al jugador Moralez, que fue transferido al FC Moscú de Rusia, por la suma de siete millones de dólares (US\$ 7.000.000), de los cuales el 20% ingresó a Racing Club, tal como estaba estipulado en el contrato de gerenciamiento aludido, percibiendo ?Blanquiceleste S.A.? el 80% restante. La venta del jugador Moralez no fue informada a ?Bergo Anstalt, así como tampoco la firma mencionada recibió la percepción del precio que le correspondía. También y conforme surge de fs. 772/776, el fiscal solicitó la elevación a juicio en tanto ?se encuentra por acreditado que Fernando Enrique De Tomaso, habiendo sido designado por Asamblea General Ordinaria el 15 de junio de 2006 como Presidente de la firma denominada ?Blanquiceleste S.A.?, que se encontraba a cargo de la administración, cuidado y manejo de ?Racing Club AC? al haber sido autorizada contractualmente para actuar por cuenta y representación de la entidad, principalmente, en lo que respecta a la contratación e inscripción de jugadores profesionales y personal ligado a la actividad futbolística, y el cumplimiento de las obligaciones previsionales y tributarias originadas en tales actos, incumpliendo los deberes que tenía a su cargo y en beneficio propio endeudó a la asociación querellante frente al Estado Nacional?. En efecto, el imputado utilizó el CUIT de la institución para declarar frente al fisco nacional las retenciones efectuadas al momento de abonar los sueldos, premios y otras remuneraciones a los jugadores y al personal ligado a la actividad futbolística, pese a que el ingreso de las mismas se trataba de una obligación exclusivamente en cabeza de ?Blanquiceleste S.A., para luego omitir el depósito de las sumas retenidas con la clave fiscal de Racing, desviándolas con destino fiscal específico, en beneficio propio y obligando ilegítimamente al titular del CUIT utilizado. Todo ello, produjo que el órgano recaudador demandara judicialmente a la mencionada institución ocasionándole un grave perjuicio económico que ascendió a la suma de \$4.249.719,25. El hecho descripto fue calificado como constitutivo del delito de defraudación, por administración fraudulenta (art. 173, inc. 7 del C.P.). Asimismo y conforme se desprende del requerimiento de elevación a juicio de fs. 1700/1703 vta., se le imputó a Fernando Enrique De Tomaso, en su condición de presidente de Blanquiceleste S.A. al momento de los hechos juzgados, haber perjudicado patrimonialmente, a la firma ?Sud Inversiones? y ?Análisis S.A.?, en su condición de fiduciario del fideicomiso financiero ?Racing por Siempre I?, al desviar en provecho propio y/o de terceros el producto del 30% de todos los derechos de los jugadores Matías Sánchez y Santiago Malano que integraban el plantel del equipo de primera división de fútbol ?Racing Club de Avellaneda?, incumpliendo los deberes que tenía a su cargo en virtud del contrato firmado con fecha 23 de octubre de 2006 por el cual el imputado -en su condición de titular de Blanquiceleste S.A. procedió a transferir a Matías Sánchez y Santiago Malano, ambos con fecha 2 de enero de 2008 por un total de US\$ 1.400.000 a la firma ?Dulles Company S.A.?, hecho que fuera encuadrado en el delito de defraudación por desbaratamiento de derechos acordados (art. 173, inc. 11 del C.P.). Retomando entonces el análisis de la posibilidad de otorgar la suspensión del juicio a prueba en el caso, es importante señalar que en el estudio de la admisibilidad del instituto reclamado en función del supuesto previsto en el cuarto párrafo del art. 76 del C.P., no puede olvidarse que los delitos que se investigan en este proceso no son leves. En efecto, las defraudaciones que habría cometido el imputado habrían tenido lugar en el ámbito de la administración de un club de fútbol de primera división, respecto no sólo de la venta de sus jugadores, sino también respecto de las cargas impositivas, cuya omisión habrían causado un perjuicio millonario de 4 mil millones de pesos. Cobra relevancia también la sustancial evaluación formulada por la parte querellante en cuanto a que las características propias de las conductas que se les imputan a Fernando De Tomaso no pueden ser ignoradas para alcanzar la solución más adecuada al caso, pues, cierto es que la gravedad concreta de los hechos juzgados no puede ser soslayada en el análisis reclamado. Y sobre la valoración de las expresiones y opiniones vertidas por la parte querellante respecto de concesión de la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa, recordaré que en diversos precedentes (cfr. ?UGOLINI, Adriano s/recurso de casación?, Causa Nro. 8894, rta. el 23 de julio de 2008, Reg. Nro.10.749.4 de esta Sala IV; y ?UGOLINI, Osvaldo s/ recurso de casación?, causa Nro. 8941, Reg. Nro. 10.750; entre varias otras) sostuve que la tendencia procesal moderna se orienta a abrirle ampliamente la puerta al acusador particular, no sólo extendiendo los casos de acusación particular privada (es decir, los casos de ?delitos de acción privada?, y permitiendo la participación del acusador particular en todos los casos de acción pública), sino también hacia un sistema de querellante conjunto con mayor grado de autonomía, que tenga análogas facultades que el Ministerio Público, al punto de que pueda acusar y recurrir aunque el Ministerio Público Fiscal no lo haga (tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo ?Santillán? -citado en la ponencia anterior-, caso en el que me había expedido en disidencia en idéntica forma que la posterior doctrina sentada por el Alto Tribunal). Sostuve allí que, en general, se describe su función mediante una equiparación de facultades con las de la fiscalía (aun cuando, lógicamente, no posee

las atribuciones coercitivas ni ejecutivas de las que goza el Ministerio Público Fiscal), lo que incluye también a los recursos contra las decisiones jurisdiccionales, salvo el recurso en favor del imputado, en tanto carece de sentido para el querellante (cfr.: Maier, Julio B.J. ?Derecho procesal penal. II. Parte general. Sujetos procesales?, Editores del Puerto, pág. 689). Consideré que en el plenario ?Kosuta? se ha destacado con acierto que ?dentro del procedimiento penal se procura garantizar la persona del damnificado con su reconocimiento como efectivo sujeto de derecho, en una concepción igualitariamente digna con la de la persona del encausado, en un balance que indica una valorización equivalente que les asegure el carácter de protagonistas del proceso penal...?, en consonancia con las recomendaciones dirigidas por los organismos internacionales en el sentido de dotar de mayor participación a la víctima dentro del sistema penal (con cita de la resolución 40/34 y la ?Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos...? aprobadas por la Asamblea General de la O.N.U.). Asimismo se evaluó que esta preocupación por la víctima debe ser correlativa con la adopción de criterios eficaces que resguarden de modo útil la exigencia de la tutela judicial de sus derechos. Resalté que, con esa orientación, debía tenerse en cuenta asimismo que en materia de interpretación de la ley procesal rige, en principio, la regla contenida en el artículo 17 del Código Civil, que no sólo admite la interpretación extensiva, sino que, antes bien, aclara que es posible la aplicación analógica de la ley y el recurso a los principios generales del Derecho. Cláusula de apertura que la ley procesal recepta en el artículo 2 del C.P.P.N. cuando señala que toda disposición ?que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código...deberá ser interpretada restrictivamente?, lo cual equivale a decir que deben ser interpretados extensivamente y aún ser aplicados analógicamente aquellos textos legales que conceden una facultad o un derecho en el procedimiento, entre ellos la facultad de querellar (cfr.: Maier: ob. Cit., pág. 682) y aún la posibilidad de recurrir en procura de justicia y obtener del órgano jurisdiccional una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate. Es en tal sentido que se ha tomado en cuenta, válidamente, en el plenario ?Kosuta?, el reconocimiento expreso efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto afirmó que ?todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho de obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma? (con la cita del famoso fallo ?Otto Wald?: Fallos 268:266, considerando 2, entre otros). Y que ello lo era en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el artículo 18 de la Carta Magna, y cuyo alcance, como posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (con la cita de Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), indiscutiblemente, es coincidente con el que reconocen los artículos 8, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ya he sostenido reiteradamente la tesis de que en el procedimiento penal el concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (C.N.C.P. Sala IV: causa Nro. 335: ?SANTILLÁN, Francisco?, Reg. Nro. 585.4, del 15/5/96; causa Nro. 1619: ?GALVAN, Sergio Daniel s/recusación?, Reg. Nro. 2031.4, del 31/8/99 y Causa Nro. 2509: ?MEDINA, Daniel Jorge s/recusación?, Reg. 3456.4, rta. el 20/6/01; y mi voto en el Plenario Nro. 11 de esta Cámara: ?ZICHY THYSEN?, rto. el 23/6/06; entre varias otras). Es que, aquella prerrogativa afirmada por la Corte Suprema, inicialmente en el célebre caso ?Otto Wald? (reiterado luego en diversos pronunciamientos) se ha visto reafirmada con el fuerte impacto en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino producido por la reforma constitucional de 1994, al otorgarle jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos enunciados en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional. En efecto, la normativa constitucional le brinda al ofendido el derecho a una tutela efectiva que deviene de la obligación del Estado de perseguir el delito para ?garantizar el derecho a la justicia de la víctima? (informe 34/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y el derecho a una debida protección judicial. Concluí que si se asegura el acceso a la justicia mediante la garantía de la ?tutela judicial?, mal podría negarse el derecho de la víctima que asume el rol de parte querellante en el proceso penal, a que se considere su oposición fundada respecto de la concesión del instituto de suspensión del juicio a prueba, pues, de modo contrario tal ?tutela judicial? lejos de ser efectiva, podría resultar meramente ilusoria. Siempre en el marco del reconocimiento al querellante, a quien se reconoce personería para actuar en juicio criminal por delito de acción pública (art. 82 del C.P.P.N.), de ser oído, que abarca, lógicamente, que su opinión fundada a la procedencia de la suspensión del proceso a prueba sea considerada, también respecto de un instituto como el analizado que implica la posibilidad de extinción de la acción penal incoada en el proceso de que se trata, si se cumplen, claro está, las condiciones establecidas en el cuarto párrafo del artículo 76 ter del C.P. Y en resguardo de una tutela efectiva de los derechos invocados. En efecto, si bien en el marco de un derecho penal concebido como la ?ultima ratio? del ordenamiento jurídico la primera finalidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba es la de lograr una solución del conflicto más eficaz en términos de prevención general y especial, ello no sólo lo es en relación al ideal de resocialización previsto constitucionalmente, evitando la estigmatización que también la condena de ejecución condicional supone, sino también abarcando

el interés de la víctima. Retomando entonces el análisis del caso concreto, la solución a la que arribó el tribunal interviniente luce correctamente fundada y lógica en tanto tomó en consideración las manifestaciones vertidas tanto por la parte querellante, como las expresadas por el señor Fiscal General, a través de su dictamen, respecto del cual evaluó la fundamentación y logicidad del rechazo que este último propició. Tampoco puede ignorarse a los fines de evaluar la procedencia del instituto de la suspensión del juicio a prueba a su respecto, la entidad de los hechos que se les imputan a De Tomaso que han consistido en defraudaciones por administración infiel y defraudaciones en el marco de la administración de un club de futbol ?Racing A.C.?. La reseña de los hechos efectuadas con anterioridad otorga amplio sustento al reclamo efectuado por el señor Fiscal General y por la parte querellante a lo largo del proceso en cuanto a la necesidad de realizar el debate público, oral y contradictorio a fin de deslindar responsabilidades en el caso; hechos en los que se encuentra involucrado el ex Presidente de Blanquiceleste S.A. en que se había confiado el manejo y administración de Racing Club A.C. Dichos extremos permiten sustentar que los hechos atribuidos en el caso pueden ser calificados como graves, lo que otorga relevancia al momento de examinar la eventual procedencia de una condenación de ejecución condicional en la medida en que si bien el mínimo de la escala penal computable no impide -de modo liminar- su dictado, cierto es que dicho presupuesto debe ser ponderado conjuntamente con las circunstancias concretas del caso; examen que en el caso reclama la celebración de la audiencia de debate para determinar la responsabilidad en los hechos y la sanción que pudiera corresponder. Consecuentemente, en sub lite, deben ser debidamente ponderados y valorados los argumentos expuestos por las partes durante la oportunidad prevista en el art. 293 del C.P.P.N., vinculados a las especificidades del caso y los hechos investigados en la presente causa. En particular, los referidos a la necesidad de celebrar el debate oral y público como espacio propicio donde pudieran ventilarse ampliamente las aristas del caso sub examine, la gravedad de los hechos juzgados, el perjuicio económico ocasionado por la maniobra defraudatoria estimado según los requerimientos de elevación a juicio en un monto superior a los cuatro millones de pesos (\$4.000.000) y la posibilidad de que recayera una pena de efectivo cumplimiento en caso de condena.

Las consideraciones apuntadas y desarrolladas definen la improcedencia en el caso de la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa particular de Fernando De Tomaso. III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 1763/1768 vta. por el doctor Jorge Patricio Vergara, defensor particular de Fernando Enrique Carlos De Tomaso. Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.), debiendo el ?a quo? proseguir con el trámite de las presentes actuaciones, con la celeridad que el caso requiere. El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: I. En honor a la brevedad, me remito a las circunstancias fácticas de la causa que han sido reseñadas por mi colega preopinante, y habré de adherir a la solución allí propuesta. Es que, como ya he sostenido en otras oportunidades, lo dictaminado por el Fiscal, sujeto al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, resulta vinculante para el otorgamiento o la denegación del beneficio. En tal sentido se ha dicho que ?si el fiscal se opone a la concesión de la medida por razones legítimas de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada por el tribunal y, en consecuencia, impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto. Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal estatal: el ministerio público...? (Bovino, Alberto, La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal argentino, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pags. 161/162). En definitiva, la opinión del Fiscal es de suma importancia puesto que en su cabeza pesa el ejercicio de la vindicta pública como así también el velar por la legalidad del proceso siendo que, al consentir la concesión de la suspensión del juicio a prueba, está renunciando a continuar con el ejercicio de la acción penal (art. 120 de la C.N.). En esta inteligencia, es dable recordar que en las sociedades organizadas según el principio de la libertad, esto es, en aquellas que dejan librado a cada quien la organización de su vida, sus bienes etc. -en orden a lo cual no pueden haber dudas sobre la Argentina-, el correlato necesario a ello está constituido, entre otras prestaciones estatales, por el diligente proceder del Ministerio Público Fiscal, toda vez que él resulta recipiendario, según el mandato constitucional de legalidad-seguridad del derecho humano de todos los argentinos a vivir en libertad según los modelos de la ley, con la garantía de que si esa libre organización personal fuera cercenada mediante la agresión de un con-ciudadano, definido como delito, el mismo habrá de ser pertinentemente sancionado. En conclusión, la justicia debe saber mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. En otras palabras, el control a ella encomendado sobre las actividades ejecutiva y legislativa, en resguardo del texto constitucional, debe efectuarse con especial rigorismo a los efectos de preservar el principio de división de poderes. II. Dicho esto, cabe tener presente que en el caso de autos se le imputa a Fernando Enrique Carlos De Tomaso el delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173, inc. 7 del C.P.) y, que en la audiencia prevista por el art. 293 del C.P.P.N. tanto el acusador público como el privado no prestaron conformidad para que se le conceda la suspensión del juicio a prueba, ya que por las características del hecho que se le endilga al imputado, consideraron necesaria la realización del debate oral y público y no pudieron afirmar que en caso de recaer condena en este proceso, la misma podría ser dejada en suspenso. Asimismo, se opusieron al monto de reparación del daño ofrecido por De Tomaso por considerarlo irrazonable.

Asimismo, en el presente recurso, la defensa destacó que su asistido posee los requisitos necesarios para poder acceder al beneficio impetrado y que tanto la resolución del tribunal como la oposición de los acusadores carecen de una fundamentación suficiente. Por su parte, el Tribunal Oral denegó el beneficio pretendido luego de analizar y controlar los argumentos expuestos en la oposición fiscal y por lo expuesto por la querrela. III. Ahora bien, en el caso, la defensa aduce la arbitrariedad de la decisión cuestionada sin lograr conmover los argumentos allí esgrimidos por el a quo. Al respecto cabe recordar que el fundamento brindado por el acusador privado a fin de dictaminar sobre la denegación de la probation fue ?porque dada la gravedad del hecho en todo su contexto, tanto por el perjuicio económico, la vulnerabilidad de la víctima, como la conducta en sí, cuyos efectos perduraron en el tiempo, llevan a que esa parte en un eventual debate oral, solicite la imposición de una pena de cumplimiento efectivo [...] Que al margen de todo, lo cierto es que el ofrecimiento económico es irrazonable de acuerdo a lo expresamente contemplado en el Código Penal. Que conforme los requerimientos de elevación a juicio, el perjuicio sería alrededor \$5.000.000 (cinco millones de pesos), motivo por el cual lo que ofrece el imputado sería el uno y algo por ciento del perjuicio según lo que surge de autos? (cfr. fs. 1755 vta.) Por otra parte, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que ?no se cumplen los requisitos solicitados por la normativa para la concesión del beneficio [...] Que tal como sostiene la querrela, disiente en que en el caso de recaer condena esta podría ser dejada en suspenso. Agregó que son tres las causas que se le imputan a De Tomaso. Seguidamente, al analizar la reparación ofrecida, sostuvo lo que dice la ley respecto del daño, esto es que se evalúa la razonabilidad del ofrecimiento y no del daño causado [...] y en este caso entiende que el ofrecimiento no alcanza mínimamente a reparar el supuesto daño causado durante la acción ilícita y por eso se va a oponer a que se le conceda el beneficio? (cfr. fs. 1756). Por su parte, el a quo ponderó las características que rodean al presente expediente como así también acerca de la concurrencia de los requisitos normativos exigidos por el artículo 76 bis del C.P., habiendo también controlado la logicidad de las razones que motivaron la oposición de los acusadores públicos y privados, motivos que el recurrente ni siquiera ha logrado confrontar, manifestando sólo su disconformidad con respecto al criterio adoptado en el fallo puesto en crisis. En este contexto, se observa que la resolución recurrida se encuentra debidamente fundada de conformidad con los arts. 123 y 404 inc 2 del C.P.P.N., no advirtiéndose fisuras ni contradicciones en el razonamiento hilvanado por los magistrados intervinientes, que pretendan suponer - tal como lo procura la defensa, un supuesto de arbitrariedad. IV. Por lo expuesto, propongo al acuerdo: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 1763/1768 vta. por el defensor particular, doctor Jorge Patricio Vergara, en representación de Fernando Enrique Carlos De Tomaso, con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Así lo voto. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: Que habré de adherir al rechazo recursivo propuesto por mis distinguidos colegas, doctores Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani, toda vez que el pronunciamiento objeto de recurso resulta ajustado a derecho. En este sentido, de la redacción del art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P. y del art. 5 del C.P.P.N. se desprende que el dictamen del agente fiscal resulta, en principio, vinculante, sujeto al control jurisdiccional de logicidad y fundamentación (art. 69 del C.P.P.N.), en base a las facultades que aquel posee en su carácter de titular del ejercicio de la acción penal pública (C.F.C.P., Sala IV, causa CFP 12390/2009/TO1/16/CFC1, ?Basimiani, Rodolfo s/recurso de casación?, rta. el 02/03/16, reg. nro. 146/16; causa FGR 12000379/2009/3/1/CFC1, ?Almendra, José Segundo s/recurso de inconstitucionalidad?, rta. el 03/03/16, reg. nro. 186/16; entre otros). En el caso, el fiscal de juicio se opuso a la concesión del instituto solicitado y, en sustento de su posición, manifestó -entre otras cuestiones- que ?... tal como sostiene la querrela, disiente en que en el caso de recaer condena esta podría ser dejada en suspenso...?, para luego agregar que ?...que son tres las causas que se le imputan a De Tomaso...? (cfr. acta de fs. 1755/1756 del principal que corre por cuerda). Sobre el particular, entiendo que la pluralidad de delitos atribuidos a De Tomaso constituye una pauta a considerar en el examen sobre la eventual procedencia de una condenación condicional con aptitud para fundar un pronóstico negativo a su respecto (cfr. en lo pertinente voto del suscripto en la causa nro. 14.657, ?Cruz, Mauro Luciano s/recurso de casación?, rta. el 29/02/12, reg. nro. 187/12 de esta Sala IV). Recuérdese que Fernando Enrique Carlos De Tomaso se encuentra imputado prima facie como autor de los delitos de defraudación por administración fraudulenta y defraudación por desbaratamiento de derecho acordados -dos hechos- (C.P., arts. 45 y 173, incisos 7 y 11; cfr. 371/375, 745/770, 772/776 y 1700/1703). De consuno con ello, no pueden pasar por alto las características de los sucesos descriptos en la ponencia que abre este acuerdo, las diversas maniobras que habría llevado a cabo el imputado y el perjuicio económico presuntamente ocasionado con su accionar ilícito, extremos en cuya virtud los hechos atribuidos en autos evidencian una entidad considerable, lejos de ser calificados como leves, lo que reviste relevancia al momento de examinar la eventual procedencia de una condenación de ejecución condicional a tenor del art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P., aplicable al caso de autos. En este esquema, si bien el mínimo de la escala penal computable no impide -de modo liminar- el eventual dictado de un pronunciamiento condenatorio de ejecución en suspenso (C.P., arts. 26 y 76 bis, cuarto párrafo) conforme la tesis amplia consagrada por el Máximo Tribunal de la Nación in re ?Acosta? (Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 11 párrafo, ley 23.737 -causa Nro. 28/05-, A.2186 XLI., rta. el 23/04/08), lo cierto es que dicho presupuesto debe ser ponderado conjuntamente con las circunstancias

concretas del caso a tenor de las pautas mensurativas previstas en los arts. 40 y 41 -inc. 1º- del digesto sustantivo; valoración que, en el sub examine, encuentra sustento suficiente en la pluralidad y características de los sucesos achacados. A este respecto, habré de agregar que la entidad y extensión del daño también constituye otra pauta mensurativa válida para sustentar, a tenor de lo normado en el arts. 40 y 41 -inc. 1º- del C.P., un pronóstico de pena de efectivo cumplimiento (cfr. en lo pertinente y aplicable, C.F.C.P., Sala IV, causa n° 1861/2013, caratulada "Clavel, Ángel Daniel s/recurso de casación", reg. n° 1306/14, rta. el 27/06/14); extremo que adquiere especial importancia en la especie ni bien se atiende que, en una de las maniobras, se habría perjudicado a Racing Club por una suma superior a los cuatro millones de pesos. En razón del desarrollo argumental que precede, cabe concluir que la oposición fiscal motivada en la eventual improcedencia de una condena de ejecución condicional (C.P., arts. 26 y 76 bis, cuarto párrafo ambos a contrario sensu) cuenta con fundamentos suficientes para reputarla como un acto procesal válido, de conformidad con lo normado por el precitado art. 69 del C.P.P.N. Por ello, corresponde asignarle carácter vinculante para el tribunal y, correlativamente, torna improcedente la solicitud de suspensión de juicio a prueba formulada por la defensa de Fernando Enrique Carlos De Tomaso. Además, en consonancia con lo aquí expuesto, el colegiado anterior acogió el dictamen del fiscal de juicio que propició el rechazo de la suspensión del juicio a prueba, cumpliendo acabadamente con el control de logicidad que tiene asignado y brindado la debida fundamentación exigida por la ley adjetiva. Por todo lo expuesto y demás consideraciones concordemente expuestas en las ponencias que anteceden, adhiero al rechazo recursivo propuesto en autos, que deberá ser con costas en la instancia. Sin perjuicio de ello, entiendo que en razón del tiempo insumido por la presente incidencia corresponde encomendar al tribunal de juicio que arbitre los medios para celebrar el debate con la mayor celeridad posible. Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 1763/1768 vta. por la defensa particular de Fernando Enrique Carlos De Tomaso, doctor Jorge Patricio Vergara; por mayoría, con costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada N° 15/13 -Lex 100-, CSJN). Remítase la presente causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. JUAN CARLOS GEMIGNANI GUSTAVO M. HORNOS MARIANO HERNÁN BORINSKY Ante mí: HERNÁN BLANCO Secretario de Cámara

Correlaciones: Miño, Cristian Alejandro s/robo con armas atenuado - Sup. Trib. Just. Chaco - 22/12/2011
010824E