PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: ”B., G. A. s/denuncia Abuso de Autoridad (Legajo 4245) s/impugnación” (Expte. 21.285-T II-Fº 68 – Letra “B” - Año 2008).----------

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 29 días del mes de julio del año dos mil nueve, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los señores Ministros, Alejandro Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados para dictar sentencia en los autos caratulados **“B., G. A. s/ Denuncia Abuso de Autoridad (Legajo 4245) s/ Impugnación”** (Expte N° 21.285 – T° II – F° 68 – Letra “B” - Año 2008).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fs. 58: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Los doctores M.o F. C. y M. G., por el Ministerio Público Fiscal, dedujeron impugnación extraordinaria en perjuicio de la decisión del Juez Penal de Comodoro Rivadavia, Emilio Porras Hernández, quien acorde a las constancias de fs. 19/21 (y registros de audio incorporados al expediente) no hizo lugar a la nulidad impetrada por la Defensa, art. 164 del C.P.P., y sobreseyó a R. J. G., a quien se le atribuía la comisión del delito de abuso de autoridad (art. 248 del C.P.).

Se había puesto en cabeza de esa persona que, “... en su carácter de Secretario de Desarrollo Urbano de la Municipalidad de Comodoro

Rivadavia, habría adjudicado en forma verbal una obra pública denominada “Reconstrucción y Ampliación Sede Centro de Promoción barrial Barrio Presidente O. – primera etapa” en los primeros meses del año 2006 a la empresa N. E. S.R.L. aduciendo razones de urgencia por problemas de piquetes de vecinos de km. *, la que dio comienzo aproximadamente a mediados del mes de junio de 2006 prometiendo a los socios de la mencionada empresa la cantidad de pesos trescientos cincuenta mil ($350.000) que la Provincia le daría a la vecinal y luego la misma abonaría a la empresa, no firmándose instrumento contractual alguno entre el municipio y N. E. que autorizara a la realización de la mencionada obra, por lo que no ejecutó en consecuencia las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere, tal el caso de la ordenanza N° 6017/96 de obras públicas que establece claramente en su artículo séptimo que la contratación de obras o trabajos será hecha por procedimiento de licitación pública. Asimismo no dejó asentado en expediente alguno razón de urgencia alguna que justificara una contratación directa, sin perjuicio de aclarar que conforme a los montos de la obra y lo normado por el artículo 50 inciso c de la Ley de Contabilidad nro. 47 no sería procedente. Debe destacarse así mismo que tampoco advirtió que la empresa N. E. al momento de la adjudicación verbal no estaba inscripta en los registros de

contratista de la corporación municipal (artículo 63 ordenanza 6017/96) así mismo incumplió lo previsto por la Carta Orgánica Municipal que en su artículo 57 establece el procedimiento público de selección respecto de toda enajenación, adquisición, otorgamiento de concesiones y demás contratos que garantice la imparcialidad de la administración y la igualdad de oportunidades para los intereses y además incumplió con el artículo 83 de la Ley de Corporaciones Municipales que establece que toda compra, venta, contratación sobre trabajos, suministros, locaciones, arrendamientos y otro acto por el cual se compromete el Patrimonio de las Corporaciones municipales se hará por medio de licitación y a propuesta cerrada, que concuerda con el artículo 49 de la Ley de contabilidad nro. 47. En consecuencia incumplió en lo que respecta a la licitación pública de una obra pública municipal con lo previsto en la Carta Orgánica Municipal, ordenanza 6017/96 de Obra Pública, Ley de Contabilidad nro. 47 y Ley de Corporaciones Municipales nro. 3098...” (texto del escrito que contiene la acusación fiscal, glosado en las copias remitidas a esta Sala).

II. El Magistrado de marras consideró, en el curso de la audiencia preliminar ocurrida, que la conducta endilgada al causante era atípica pues la imputación -y sintéticamente expuesto aquí- resultaba vulnerable en los siguientes sentidos:

a) no se había acreditado en autos que la adjudicación de la obra fuera facultad exclusiva del Secretario de Obras Públicas, pues, a su juicio, si carecía de autoridad no podía abusar de ella, destacando las formas que debía asumir la contratación, b) la resolución verbal está lejos de ser una forma válida de expresión de la voluntad del ente comunal, tratándose de una contratación de envergadura; y aún la adjudicación directa requiere la puesta en marcha de un procedimiento dentro de la administración c) la existencia de la resolución verbal se sustenta en lo afirmado por los responsables de la empresa, que tienen como mínimo intereses económicos en juego y por tales circunstancias no pueden ser ajenos al resultado del sumario y e) se desdeñó la defensa del atribuido en el sentido de haber prohijado la denuncia de la obra para que fuera ejecutada por la Provincia, y se partió de la premisa, sin datos objetivos, de que conocía el inicio de las obras.

III. En el escrito cuya copia está añadida desde las hojas numeradas 23 a 31 los Fiscales atacaron la decisión.

En primer orden arguyeron las razones de su legitimación para recurrir, denunciando que el Magistrado había dictado una resolución que carecía de fundamento suficiente, que se había fundado en una errónea valoración de la prueba y desconsiderado pruebas esenciales de la Fiscalía,

privándola del ejercicio de la persecución en desmedro de un funcionario público.

Luego, dieron los antecedentes del caso y, puntualmente, se dedicaron a fustigar la resolución del Juez en los términos en que se compendiará de continuo:

1. La Fiscalía sostiene que la figura enrostrada exige al funcionario el conocimiento de que “... (en) la órbita de competencia del agente esté la ejecución de la ley que no se ejecuta...” (sic) y que, en consecuencia, cuando G. se entrevistó con los representantes de “N. E.” lo hizo en su carácter de funcionario del Municipio de Comodoro Rivadavia, es decir representándolo en lo que atañe a cualquier “...tipo inicio...” (sic) de obra pública, y que dio orden verbal para que se iniciaran los trabajos descriptos en la acusación, en violación de las normas que otrora mencionara.

2. Aún cuando reconozca la verdad de la nota que el sobreseído remitió a la Subsecretaría de Coordinación de Organismos Multilaterales de Crédito en los términos consignados en la resolución, el Ministerio Público afirma que G. “... solicitó a dicho organismo el inicio de una obra pública a su costo cuando él personalmente ya había autorizado en forma verbal el inicio de los trabajos a N. E....”

3. El imputado, sostiene la persecución, conocía la ilegalidad de la orden que transmitió

a los responsables de la empresa constructora, con la promesa de que los fondos provenían del gobierno; pero esos fondos no se hallaban disponibles y valiéndose de su cargo autorizó el inicio de la obra pública.

4. El Juez ha valorado incorrectamente los testimonios de los representantes de "N. E." y los ha desacreditado, formulando una valoración apresurada "... que no le correspondía efectuar en la audiencia preliminar, ya que la misma debe producirse y valorarse frente al Tribunal de Juicio...".

5. El imputado –dice la Fiscalía- se alejó de los procedimientos reglados y ello no se justifica, ni aún en la imperiosa necesidad de la obra.

6. Es en la autorización verbal en donde estriba el inicio del delito que "... conforme los testimonios y documentación que se fue solicitando dan cuenta que la misma existió precisamente para no soportar el costo social de queja de vecinos..."

7. La conducta del sobreseído se adecua a la norma penal en juego, y este punto, vinculado a la prueba debe debatirse en el juicio.

La Fiscalía hizo un recuento de esa prueba.

III. La Defensa Particular del imputado contestó a las impugnaciones de acuerdo a las notas glosadas en las hojas número 32 a 36 y se produjo la audiencia que da cuenta el acta de

fs. 52, en la que -conforme el art. 385 del C.P.P.- el Ministerio Fiscal expresó argumentos que cimentaban la impugnación extraordinaria deducida.

IV. Que así reseñado el objeto procesal del caso, iré sin otro prólogo a proponer su solución que, a mi juicio, es adversa a la estabilidad de la decisión jurisdiccional.

Las razones de este categórico anticipo las daré en los párrafos que vienen.

El instituto de que se trata, el sobreseimiento, es, como reflexionaba Raúl E. Torres Bas, "... la resolución jurisdiccional que cierra definitiva e irrevocablemente el proceso, con relación al imputado en cuyo favor se dicta, por estimarse que carece de fundamento o está extinguida la pretensión punitiva..." (el autor en su obra "El sobreseimiento", Ed. "Plus Ultra", página 41). Decía también el procesalista, explicando el concepto en lo que atañe a las razones genéricas que lo autorizan que: "... En el primer caso, se concluye luego de un examen de las causales objetivas y subjetivas contempladas por la Ley, que la resolución de sobreseimiento corresponde porque se ha llegado a una convicción de certeza sobre la falta de responsabilidad penal del imputado o inexistencia de una realidad fáctica justificable, todo lo que hace innecesaria la continuación del procedimiento. En el segundo, que destaca con evidencia la

imposibilidad de considerar el fondo del asunto, se comprenden las disposiciones taxativas de la ley sustantiva, en el capítulo pertinente a los motivos de extinción de la acción penal...” (autor y op citada, página 43).

Clariá Olmedo, por su lado, enseñaba que, desde la perspectiva de sus efectos, el sobreseimiento en nada se diferencia de la sentencia absolutoria pues “... (h)asta podría afirmarse que es una sentencia cuando se pronuncia sobre la falta de fundamento de la pretensión penal...” aún cuando advertía más adelante que “... no es la absolución que pone fin al juicio penal, sino el truncamiento del proceso para evitar el juicio, ante la evidencia de la imposibilidad de que en el futuro sea condenado el imputado...”; y explicaba: “... Todos los códigos enumeran taxativamente las causales en que puede fundamentarse el sobreseimiento definitivo. En atención al elemento que las determinan, pueden distinguirse en objetivas, subjetivas y extintivas. Son causales objetivas las que se refieren al hecho contenido en la imputación, y comprenden la no comisión de ese hecho o su imposibilidad de encuadrarlo en alguna norma penal. Lo primero se limita a lo fáctico; lo segundo se circunscribe a la relevancia jurídica del hecho cometido. En ambos casos se trata de la existencia del objeto procesal en el mundo de la realidad, que resulta

negada en uno u otro de sus aspectos; el fáctico, o el jurídico penal, limitadamente a la tipicidad...” (Clariá Olmedo, “Derecho Procesal Penal” T III, Editorial Marcos Lerner, páginas 23 y 24).

V. Estas breves referencias de doctrina las he estimado necesarias pues desde el concepto mismo del instituto y de sus presupuestos generales se extrae el fundamento de lo que presento.

La relevancia de la decisión del tipo de las que convoca es que ocluyen definitivamente la posibilidad estatal de perseguir.

Y la obtura previo a que ésta pueda desplegarse en el debate, privando, a quien la ejerce, de la capacidad de presentar y mantener una postulación sobre cuya entidad se decidirá en la sentencia.

Obvio es que, en la otra mano, importa una garantía para el imputado de no ser sometido a los avatares del juicio cuando resulta predecible, más allá de toda duda razonable, que los extremos objetivos, subjetivos o extintivos de la imputación no han de verificarse.

Y es, quizás, en la necesidad de que resulten evidentes los presupuestos establecidos por la Ley- en nuestro caso el art. 285 del C.P.P- en donde estriba la conciliación entre lo que Torres Bas denomina la doble garantía social e individual, la de la realización de la justicia

y la inviolabilidad de la defensa del atribuido (el autor en obra citada, página 11), cartabón que aplico al caso.

VI. Refiero así pues, a mi parecer, el señor Juez Penal, ha extremado el análisis de la imputación hasta penetrar en terrenos vedados a su competencia como Magistrado de la audiencia preliminar.

Y lo ha hecho, sin desmedro de su honestidad intelectual y moral, cuando adoptó un temperamento conclusivo sin que fuera de toda evidencia la inexistencia del hecho o su carácter ajeno al catálogo penal.

Pues más allá de la causal objetiva seleccionada, el señor Juez realizó valoraciones desmedidas acerca de la prueba aportada por el Ministerio Fiscal, descartándola.

Me refiero, por ejemplo, a negar entidad a los testigos que pertenecían a "N. E." por los intereses que, aquellos, podían tener en el resultado del pleito, o a descartar, sin más, los documentos aportados por el acusador público.

Vedado como estamos, en esta etapa, de realizar opciones entre hipótesis debatibles, sólo puede operar el instituto cuando no las hay o si las hubiere la que prevalece es tan potente que resulta casi imposible su confrontación, precisamente en la arena del diálogo entre opuestos: el debate.

Por eso lo que ha de resultar evidente es la

futilidad del debate en relación con el objeto procesal presentado por la acusación, pues el augurio es su fracaso.

Todo cuanto el Ministerio Fiscal ha planteado en el momento de formular acusación resulta fáctica y jurídicamente discutible.

Desde la evidencia misma de la construcción, eje del asunto, no puede negarse que la Fiscalía intenta probar la traición a la ley por el imputado en su condición de funcionario público (art. 248 del C.P.) en la medida en que aquella se plantea como consecuencia de una decisión tomada al margen de las formas prescriptas por las normas que rigen la materia de obras públicas en Comodoro Rivadavia y que tales extremos merecen ser discutidos.

La obra pública existe, el causante era funcionario del Municipio de la Ciudad de Comodoro Rivadavia en tiempos en que la atribución se contextualiza, no existen documentos que demuestren con certeza la existencia de un proceso de selección acorde a las normas y, como ya dije, fueron aportado testimonios; y si bien el Magistrado se ha ocupado en ponderarlos pues así lo exigía la proposición de la defensa, lo hizo, para mí, más allá de lo que las circunstancias permitían.

En definitiva, existen varios elementos que confluyen a la necesidad de habilitar la continuidad del proceso que merecerá, luego de su

terminación, la sentencia que absuelva o condene al atribuido, y por consecuencia la decisión venida en recurso ha de revocarse.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I) El Ministro preopinante ha expuesto con claridad los antecedentes del caso y los argumentos que motivaron la impugnación del Ministerio Público Fiscal, por lo que omitiré la reiteración de lo dicho sobre ello en el primer sufragio.

II) Luego de una lectura detenida del pronunciamiento impugnado y de la presentación glosada a fs. 23/31, habré de coincidir con mi colega prevotante en que deben aprobarse los argumentos recursivos que adujo el titular de la acción penal en apoyo de su solicitación.

Durante la etapa en la cual el magistrado penal se expidió sobre la acusación, claramente imputada por la Fiscalía, no puede descartarse –ni siquiera como razonamiento que precede a la práctica de la prueba en el juicio oral– que el hecho fuera inadecuado a la calificación legal pretendida por el acusador.

Antes bien, éste público propuso demostrar que don R. J. G. incumplió las leyes cuyo acatamiento le incumbía por razón de su calidad de funcionario público, dictando órdenes al margen de las normas y reglamentos que regulan la concesión y cumplimiento de obras públicas.

El Fiscal acusó al imputado por un delito, por un hecho que, a primera vista, se incluye en el catálogo del Código Penal –la adjudicación contra ley de una obra pública–, por lo que la propuesta acusatoria resulta discutible y debe contenderse en juicio, de modo que no haya confusión en ello.

Concuerdo, pues, con mi colega de Sala en que debe habilitarse la continuación del proceso, para prolongar la investigación del hecho a los fines esclarecer y deslindar el hecho insimulado, por lo que es procedente la impugnación extraordinaria de fs. 23/31 y la revocación de la sentencia dictada por el Juez Penal de la cuidad de Comodoro Rivadavia, doctor Emilio Porras Hernández, con fecha 7 de febrero de 2008, glosada a fs. 19/21 de autos.

Así voto.

El **Juez Rebagliati Russell** dijo:

El doctor Pfleger ha establecido en su primer voto la cuestión a resolver, de modo que trataré directamente el asunto.

Al igual que mis colegas que votaron antes, juzgo que el juez penal Emilio Porras Hernández ha dictado en la audiencia preliminar un sobreseimiento fuera de los alcances establecidos en el artículo 285 del C.P.P.

Además su decisión incorporó cuestiones propias del juicio oral, valorando aspectos que en esta etapa le está vedado.

De manera y habiéndose formulado la acusación pública contra R. J. G. por un hecho que se adecua a una figura legal, deberá proseguirse con el trámite respectivo, debiéndose discutir las cuestiones planteadas en el juicio oral y público.

Por lo expuesto, voto en el mismo sentido que mis compañeros de Sala y propongo declarar procedente la impugnación extraordinaria de fs. 23/31 y revocar la resolución dictada por el Juez Penal de la cuidad de Comodoro Rivadavia.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria de fs. 23/31.

2°) Revocar la sentencia dictada por el Juez Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia obrante a fs. 19/21.

3°) Devolver las presentes actuaciones a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia a los fines pertinentes.

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: Panizzi, Pfleger, R. Russell.-