En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los diez días del mes de noviembre del año dos mil diez, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros, Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"Provincia del Chubut c/ U., D. M. s/ robo en grado de tentativa s/ recurso de queja"** (Expediente N ° 21.665 – 134- T II- Letra "P" – Año 2009).

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

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Los antecedentes.

I. a. El caso ha recalado en esta Sala Penal por consecuencia de la "Queja por Recurso Denegado" articulada por el Ministerio Público Fiscal en desmedro de la interlocutoria que, el 27 de Abril de 2009, rechazó la impugnación extraordinaria deducida por esa agencia contra la decisión que, el 13 de Abril del año pasado, dispuso el sobreseimiento de D. M. U. en orden al delito de robo simple en grado de tentativa, vinculado al evento sucedido en la ciudad de Esquel el 15 de abril del año de 2008.

I. b. La queja

Luego de formular una extensa relación sobre el caso y el remedio que le fue obturado, amplia y generosa en detalles, el quejoso, en el punto III de su escrito, principió con la advertencia que único artículo que otorgaba la posibilidad de suponer "…que el recurso puede ser denegado por el órgano jurisdiccional que debe concederlo, es el Art. 388…" del C. P. P. que regula la queja. A este dispositivo, lo relacionó con el Art. 384 ídem, que, a su decir, nada expresa "…del alcance del análisis de procedibilidad que debe efectuarse antes del emplazamiento a las partes del recurso deducido…", aunque en rigor de cosas- advirtió- tampoco refiere a que debe ser concedido.

Este silencio, continuó, lleva a disyuntivas acerca de la amplitud de criterios con el que debe resolverse, optando por una amplia. En este sentido, continuó, "…la posibilidad de denegar la concesión del recurso únicamente puede limitarse al análisis de los aspectos de tiempo, lugar y forma del recurso más no a su admisibilidad material…", ya que sólo el órgano revisor es el que puede evaluar ese extremo, evocando que "…en el caso en estudio, se tachó de inconstitucional una norma para posibilitar el acceso de esta Fiscalía al tratamiento del fondo del asunto…"

Formuló, al respecto, cita de doctrina para apuntalar su criterio respecto de las

atribuciones del Magistrado ante el que se realiza la deducción.

Señaló, más adelante, que"…la escasa regulación en punto a los aspectos que el juez "a quo" debe analizar para posibilitar el progreso del recurso deducido, debe ser interpretada como indicativa de una competencia acotada en ese sentido…".

En relación con el argumento vertido para desestimar la tacha de inconstitucionalidad del límite impuesto por el Art. 378 inc. 1° del rito, el Ministerio Público expuso su discrepancia con cuanto había resuelto el Juez de grado, aludiendo a que la norma que rige es aquella vigente a la época en que se dictara la resolución que generó la protesta, advirtiendo que la Ley 5817 fue sancionada con anterioridad al dictado del sobreseimiento cuestionado; se extendió sobre el punto con claridad.

Consideró que el sobreseimiento previsto en el Art.148 "…no es un instituto que pueda entenderse como instrumentador de un derecho o garantía del imputado…" pues posee el único fin evitar que las primeras etapas del proceso se dilaten estableciendo una sanción procesal hacia el fiscal interviniente, por lo que su intento no es hacer caer un derecho "…emplazado en favor del encartado, lo que se busca es que se revierta una resolución que impide al Ministerio Público Fiscal cumplir con su cometido constitucional…"

Señaló, en el punto "Tercero", los argumentos que enervaban cuanto se había resuelto. Postuló que el caso "Arce" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no era aplicable al caso y alegó que no guardaba el mismo propósito el límite impuesto al Ministerio Público Fiscal para impugnar el sobreseimiento que la absolución, y explicó la posición del legislador al sancionar la Ley 5817.

Aludió al Art. 371 inc. 3° del rito y citó a Maier para reiterar la improcedencia del precedente "Arce" al caso, pues, ya en epílogo de ese plexo discursivo "…no se coloca al imputado en el peligro de ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, ya que en rigor de verdad, no ha habido aún juicio…"

Continuó el extenso escrito refiriendo a los fundamentos normativos del Art. 7° "… de la norma citada en su remisión a los arts. 282 y 283 del rito…" y al respecto dijo que el modo de computar los plazos a los que hacen referencia las normas mencionadas no es pacífico, llamando la atención, entre otras cosas, a la posibilidad de introducir una causa extintiva de la acción penal

El recurrente consideró que la restricción de establecer un determinado obstáculo a las capacidades recursivas han tenido como propósito razones de economía procesal, pues los obstáculos siempre han sido estatuidos por

razones prácticas.

Hizo mentas, como apoyo de autoridad, de la opinión de Chiara Díaz y prosiguió con que las limitaciones basadas en el monto buscan aliviar la tarea del Tribunal del recurso pero descuidan la injusticia de la sentencia, y posibilitan los excesos de los Tribunales de Juicio cuando obran "…protegidos…" por esos límites con los que se elude el control de casación que asegura la uniforme interpretación del derecho.

Estimó, así, que "…ningún límite puede ceñir la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal intente la vía impugnativa extraordinaria cuando, en realidad, más que la condena lo que se reclama es la adecuación de una sentencia cuya fundamentación es solo aparente, tachada de inconstitucional y arbitraria…".

Solicitó, consecuente, que se hiciera lugar a la queja y se procediera conforme el Art. 388 del C. P. P, sin perjuicio de expresa reserva del caso federal.

I. c. Breve reseña de la decisión que denegó el recurso.

La Juez de grado, en la decisión que causa la queja expuso que el Ministerio Público Fiscal no es un sujeto destinatario del derecho al "doble conforme", sin que esto obste a "…que de considerarlo necesario para el sistema, el legislador podría haberle otorgado la posibilidad…". Consideró que tal omisión no puede

ser tachada de inconstitucional pues responde: "…a la esencia misma del derecho penal de ser excepción y su aplicación de última ratio…" y a la vigencia del principio de autolimitación estatal.

La Magistrado citó el precedente "Arce" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para concluir en que la redacción original del Art. 378 inc. 1° del C. P. P. era adecuada al estándar constitucional.

En lo que atañe a la aplicación de ese dispositivo tuvo en consideración el Art. 44 de la Constitución Provincial (Art. 44) que ordena aplicar "…siempre la ley procesal penal más favorable al imputado, y su consecuente precepto, el Art. 30 del C. P. P…."

Luego de reseñar los tiempos en que discurrió el devenir que involucró al asunto, decidió rechazar el remedio por entender que la norma aplicable era el Art. 378 inc. 1° del C. P. P. en su redacción anterior a la reforma de la Ley 5817.

II. La solución

En seguida de haber efectuado esta necesaria recapitulación pasaré a verter mi posición frente al caso que, desde mi punto de vista, importa dar razón al Ministerio Fiscal y, por ende, cabida a la queja.

Es que la premisa de la que parto en el análisis estriba en la vigencia del principio

"tempus regit actum", o lo que es lo mismo: la ley vigente al tiempo del acto es la que rige, en lo que atañe a las normas procesales.

He analizado el fenómeno de la sucesión de leyes procesales penales en el tiempo a la hora de concurrir a la formación de las sentencias en que se puso en vilo la aplicación retroactiva del Código Procesal Penal vigente en relación con el Digesto Antiguo (Ley 3155), fundamentalmente cuando se consideró el problema del tiempo de duración del proceso.

Con el propósito de ser exhaustivo expuse los criterios doctrinarios y jurisprudenciales con significación sobre el problema particularmente en el caso ***"T., L. H. s/Abuso Sexual de menor de trece años agravado por el vínculo filial, convivencia preexistente-Esquel"*** *(20.740- Letra T- folio 262- año 2006)* y en el asunto ***"P., R. A. y Otros s/Fraude en perjuicio de la Administración Pública agravado por su condición de empleados públicos cometido en forma reiterada en concurso real con asociación ilícita (Art. 174 inc. 5°- 55 y 210 del C. P.); P., M. A. y Otros s/ Partícipes necesarios en fraude... (Art. 45 – 174 inc. 5°, 55 y 210 del C. P."*** *(20.900- Letra P- folio 294- año 2007)* a cuyos respectivos textos he de remitirme, a pesar de que se trata aquí de un tema de ultra-actividad de ley derogada.

Solamente deseo evocar la opinión de Clariá

Olmedo, en aquellos recreada, en el sentido que: "...En materia de sucesión de leyes procesales penales, los problemas de eficacia temporal se plantean frente a los poderes y deberes de los sujetos procesales, y al acto cumplido o en trámite de cumplimiento en cuanto se refieren a la actividad prolongada en el tiempo, y a los criterios de garantía individual o resguardo del interés social...". En otro párrafo que merece destacarse el insigne maestro alude a que "...Lo cierto es que el problema debe plantearse en el plano estrictamente procesal por ser las manifestaciones de ese carácter el contenido normativo de la Ley que nos ocupa: órganos judiciales, sus atribuciones poderes y deberes que se ejercitarán y actividad a cumplirse en el proceso..."; y sigue: "...La verdad es que una ley procesal penal, creadora o modificadora de una actividad o situación, regirá de presente a futuro, no afectando la actividad ya cumplida ni la situación ya adquirida. A su vez, la norma derogada no regirá como regla para la actividad a cumplir o situación a adquirir: no ultra-actividad de la ley derogada...." (ver Jorge Clariá Olmedo en "Derecho Procesal Penal" Ed. Marcos Lerner, Córdoba. T. I, Pág., 103/ 104).

Por lo demás, Clariá sostiene que las regulaciones que atienden a la benignidad deben ser consideradas como de excepción a la regla de la irretroactividad y "...rigen en lo que

respecta a la situación y libertad del imputado. La Ley nueva no puede empeorar la situación ya adquirida; en cambio, sí se aplicará si favorece al contemplado en la norma por otorgarle una situación más beneficiosa que la adquirida por aplicación de la ley anterior. Se plantean casos semejantes con respecto a los efectos de los recurso, a los plazos judiciales y a las fianzas..." (ver autor citado, obra citada página 105).

En este sentido creo, con sinceridad, que si acaso la nueva ley derogara un recurso contemplado antes, que favorezca al imputado, si se acortara el plazo para ejecutar un acto procesal que otrora fuera alongado, si se abrogaran los modos de caución o se sancionara un nuevo sistema de libertad que cambiara la libertad provisional que goza, allí podríase aplicar la excepción; mas no en este supuesto, cuando se trata de actos que envuelven a otro actor del proceso que, en si mismo, no empeoran el estatus del atribuido.

Así opino pues la posibilidad de que un pronunciamiento desincriminatorio sea revisado no importa necesariamente perjuicio ni resulta dirimente a ello, por el carácter aleatorio que toda inspección apareja.

Por consecuencia propiciaré hacer lugar a la queja, dejando sin efecto la decisión tomada por al Juez de grado, adonde se remitirán los autos

para su tratamiento en ese sentido.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El minucioso primer voto de esta sentencia, a cargo del prestigioso profesor Pfleger, dejó establecidos con claridad los antecedentes del caso y los agravios expuestos por el Ministerio Público Fiscal. No los transcribiré para no fatigar al lector.

II. Como se anotó allí, el fallo dictado por la jueza penal de la ciudad de Esquel, doctora Carina Paola Estefanía –el 13 de abril de 2009- sobreseyó a D. M. U. por los hechos ocurridos los días 15 de abril de 2008 y 17 de noviembre de 2008 en la ciudad de Esquel (ambos calificados como robo simple en grado de tentativa).

Objetó dicho fallo el Ministerio Público Fiscal mediante impugnación extraordinaria que fuera rechazada por el a-quo mediante auto interlocutorio de fecha 27 de abril de 2009 en el entendimiento que este no se encontraba habilitado para hacerlo de conformidad con los artículos 30, 378 inc. 1° -en su anterior redacción- del código de rito y articulo 44 de la Constitución del Chubut.

Contra la resolución denegatoria interpuso recurso de Queja el Fiscal General, doctor Hernán Dal Verme denunciando que la normativa aplicable para evaluar la legitimación recursiva, debe ser la vigente al momento del acto procesal generador

del derecho recursivo. Es decir, la vigente a la época en que se dictara la resolución que generara la protesta impugnativa –la ley 5817 fue sancionada con posterioridad al dictado del sobreseimiento cuestionado-.

III. Luego de esta breve reseña ingreso al tratamiento de la cuestión sometida a estudio, y adelanto mi posición coincidente con la solución a la que arribó el Ministro preopinante, en su sufragio pues la normativa aplicable al caso es la que surge del articulo 378 inc. 1° en su actual redacción.

IV. Similar situación ya fue resuelta por esta sala en los autos caratulados **"Provincia del Chubut c/ C. C.; N. J. F.; B. W. D. y T. A. C. s/ robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda en grado de tentativa s/ recurso de queja"** (Expediente N ° 21.458 – F ° 98 - Letra "O" – Año 2008). Allí expuse que la nueva redacción, a diferencia de la anterior, no establece límites objetivos que obstruyan la posibilidad de recurrir. Tampoco hay en esa habilitación de la instancia menoscabo alguno para el imputado. Es decir, la nueva norma no torna a sus garantías de inferior calidad con respecto a las de la ley derogada.

V. Todo ello, me lleva a concordad con el voto que precede y se hará lugar al recurso de queja articulado por el Ministerio Público Fiscal, devolviendo las actuaciones al tribunal

de origen, a sus efectos.

Así voto.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

Adhiero a los fundamentos que sobre la procedencia de la queja han expresado mis colegas de Sala.

Tal como ha sido sostenido por esta Sala Penal en autos **"Provincia del Chubut c/ C. C.; N. J. F.; B. W. D. y T. A. C. s/ robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda en grado de tentativa s/ recurso de queja"** (Expediente N ° 21.458 – F ° 98 - Letra "O" – Año 2008), la ley vigente al tiempo del acto es la que rige.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y devolver las actuaciones al Tribunal de origen para que sustancie el recurso y conceda participación en el mismo a la víctima.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente;

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

1°) Hacer lugar al recurso de queja articulado por el Ministerio Público Fiscal.

2°) Remitir la presente causa al Tribunal de Origen para que tramite la impugnación Extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal.

3°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, Panizzi y R. Russell.-