En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 18 días del mes de Mayo del año dos mil diecisiete, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Miguel Ángel Donnet, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**F., G. G. s/Infracción Art. 189 BIS y Resistencia a la Autoridad**" (Expte. N° 100.168 – F° 01 – Letra "F" - Año 2016).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fs. 93: Pfleger, Panizzi y Donnet.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Prólogo

a. Por causa del recurso extraordinario del Fiscal General de Comodoro Rivadavia, doctor Héctor Iturrioz, ha llegado a esta Sala la resolución dictada por el Juez Penal de aquella ciudad, Miguel Ángel Caviglia, en la audiencia celebrada el día 4 de Abril de 2016.

En ella se resolvió: "*… Hacer lugar al pedido de la Defensa. Homologar el criterio de oportunidad en esta carpeta de la Oficina Judicial n° 8040, Legajo Fiscal n° 69533, respecto de G. G. F.. Declarar razonable el ofrecimiento de $3000 debiéndose efectuar depósito bancario en dos cuotas de $ 1500 cada*

///

una, efectivizándose la primera antes del día 10 de mayo y la segunda antes del 10 de junio de 2016. Una vez que se haga efectivo el pago de los importes ofrecidos se resolverá en definitiva de conformidad a lo previsto en el art. 285 del Código Procesal Penal…"

b. En la expresión de agravios, el recurrente sindicó como motivos a los siguientes: a. arbitrariedad de la sentencia, b. errónea aplicación de la ley y c. inobservancia de un precepto legal.

En esa inteligencia manifestó que en la resolución en crisis se habían asumido facultades ajenas a la judicatura y reservadas constitucionalmente para los titulares de la acción pública, circunstancia que, a su criterio, degeneró en el defecto de la arbitrariedad por falta de fundamentación de la sentencia censurada.

Después de una introducción señaló como vicio de la decisión el hecho de haber sido dictada contrariando la opinión vinculante del Ministerio Fiscal.

Argumentó sobre las razones que le otorgan al Ministerio Público Fiscal la obligación de iniciar y proseguir la acción penal pública en el marco rituario provincial.

Resaltó, en esa dirección, los lineamientos de política criminal que, a tenor de las expresas instrucciones emanadas de la Procuración General, orientan la actividad de ese Ministerio.

Explicó las diferencias que existían entre el caso y el antecedente citado por el Juez y propalado como "V. W." (Legajo Fiscal N°70.689 OUMPF CR-NIC N°8.184)

Sostuvo que su dictamen fue fundado y debió ser tenido en cuenta por el Tribunal, y machacó sobre los aspectos que descalificaban la actuación del Juez:

a) la inaceptable interpretación del art. 48 del C.P.P., al otorgarle carácter no vinculante al dictamen del Ministerio Fiscal.

///

b) la función del Ministerio Público Fiscal en el proceso acusatorio y el cuidado que ha de tenerse en punto a la administración del ejercicio de la acción penal.

c) el exceso en el ejercicio de las facultades de control de razonabilidad por el Juez interviniente.

En el final, luego de formular expresa reserva de acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, peticionó que se revocara la resolución en crisis y que se mandara a desinsacular un juez distinto del "a-quo" a fin de que continúe con el trámite de la presente causa según su estado.

II. La solución

1. Si bien la decisión recaída no figura dentro de la categoría de aquellas impugnables por la vía extraordinaria, he sostenido de manera persistente que no es posible desde ese silencio autorizar la consolidación de decisiones que padecen graves defectos y, consecuentemente, resultan generadoras de situaciones disvaliosas que, de permanecer incólumes, conducirían a consagrar iniquidades.

Esta tesis, de excepcional aplicación, autoriza la actuación revisora de la instancia a partir de la doctrina de la arbitrariedad, elaborada desde una mirada constitucional de los casos en que se plantea.

2. Este es uno de esos supuestos pues, según estimo, el Magistrado apelado ha ejercido su poder jurisdiccional de modo ajeno al sistema procesal imperante.

///

3. En efecto, juzgo que al tiempo de resolver del modo en que lo hizo, con proa hacia la aplicación del art. 48 del C.P.P, el juez se apartó del mandato legal que, en el particular supuesto de la reparación, impone como condición vinculante la opinión del Ministerio Fiscal.

4. La Ley es clara al respecto.

El artículo que se ha referido antes faculta a la jurisdicción a aceptar (homologar) la reparación "…integral y suficiente ofrecida por el imputado (…) cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y mediare consentimiento del fiscal que en este caso será vinculante…".

De manera entonces que la desnaturalización del precepto por obra de una decisión que se aparta de su letra expresa no puede consentirse, como no puede suceder con toda infracción a las específicas competencias asignadas a los Magistrados en cada caso, tanto y peor cuando la objeción es introducida expresamente por el órgano Acusador Público al tiempo de ser oído en la audiencia.

5. Francamente resulta arduo de entender el modo en que el Magistrado ha caracterizado la cuestión, por otra parte.

///

El texto del acta que está en la hoja 54 traduce que el Juez “homologó el criterio de oportunidad” (las comillas han sido agregadas a propósito), que al parecer la defensa requirió mediante la alusión del art. 48 del C.P.P, reparación- que aunque implique el cese del ejercicio de la acción penal cuando se dan cierto presupuestos, constituyen categorías diferenciadas, según entiendo.

Homologar, de otro lado, implica situar en relación de igualdad dos posiciones concordantes, verificar la legalidad de la coincidencia y autorizar la ejecución de lo que se dispone en común.

Se sigue pues que no es factible homologar lo que no está acordado y menos aún aquello que nunca puede provenir de un acuerdo: la aplicación del principio de oportunidad que es de resorte exclusivo del titular del ejercicio de la acción penal.

A manera de coda; nótese que cuando la judicatura y la persecución discrepan, el tema se envía a consulta de la jerarquía del Ministerio Fiscal y que la reparación es exigencia para que aquél plantee, no la defensa, la enervación del poder perseguidor (art. 44 del C.P.P)

///

6. Pero, aun soslayando estas capitales cuestiones, si aún se exigiese un escrutinio más estricto sobre el asunto debe apuntarse que la postura del Fiscal no ha sido caprichosa o inconsistente.

Para sostener la negativa el Fiscal actuante hizo presente que para casos de portación ilegítima de armas de fuego de cualquier calibre (como en el caso) poseía instrucciones generales de la Procuración General de la Provincia que impedían el consentimiento.

Irguió, en ese sentido, la Instrucción 03/13 del Procurador General que mandó- en aquellos términos- a oponerse a cualquier salida no punitiva ante esas infracciones, envolviendo las soluciones alternativas de la norma ritual y del digesto sustantivo.

Argumentó que las instrucciones generales de la Procuración cuentan con base constitucional y legal (art. 16 de la Ley V N° 94), y que el principio de Dependencia Jerárquica (art. 1 inc. d Lompf) le impedían desatender.

7. Esta explicación es plausible, de allí la calidad que le he brindado en el punto **6.** primer párrafo.

Y si bien no he de hacer un repaso de aquel plexo, sí ratificaré que, sin perjuicio del

///

impacto que las decisiones de la Magistratura tienen sobre ella, la política criminal del Estado se fija en materia de prevención por el Poder Ejecutivo, y en materia de persecución por el Ministerio Fiscal.

Es entonces que resulta válido, y supera el test a que puede someterse -prueba estrecha por lo expresado antes- la postura del representante de la acción penal pública, que debió ser considerada por el Magistrado actuante.

Epílogo

Por lo anteriormente expuesto propicio la revocación de lo decidido y la devolución a la instancia para su continuación.

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El doctor Pfleger, quien compuso el primer voto en esta sentencia, presentó los antecedentes del caso y los argumentos esgrimidos por el titular del Ministerio Público Fiscal de Comodoro Rivadavia en su impugnación de las hojas 67 a 73. No los reiteraré a fin de no importunar al lector.

II. El representante de la vindicta pública cuestionó la concesión de la reparación a favor de G. G. F., pese a la negativa fiscal.

Si bien el remedio intentado -la impugnación en desmedro de la resolución que dispuso la

///

aplicación del instituto de referencia-, no se halla incluido dentro del catálogo de decisiones impugnables, enumeradas por el artículo 370 del ceremonial, las vicisitudes del trámite, permiten entrever que éste resulta contrario a las disposiciones rituales, tornando en arbitrario el fallo del juez penal Miguel Ángel Caviglia.

Es que la decisión del a quo de admitir la reparación, contraría las disposiciones que regulan el instituto.

El artículo 48 del ceremonial establece que la reparación podrá ser aceptada por el juez cuando mediare consentimiento del fiscal, que será vinculante.

En el trámite, el magistrado rehusó la oposición del acusador –fundada en el Instructivo N° 3/13 del Procurador General y en la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal- y, por ende, habilitó la reparación.

De esta manera, la decisión del sentenciador se enfrenta a la normativa adjetiva, que supedita la concesión del beneficio a la conformidad de la víctima y de la fiscalía.

Por lo demás, el magistrado aceptó la propuesta unilateral de la defensa, quitando de en medio de la discusión al acusador público, quien precisamente es el titular del ejercicio de

///

la acción penal y el único sujeto habilitado para administrar las reglas de disponibilidad.

En resumen, el juez Caviglia se apartó de las exigencias rituales al acordar la reparación. Por lo que, corresponde declarar procedente el remedio interpuesto, revocar la resolución N° 1292/2016 y reenviar a la instancia de origen para la continuación del trámite.

Así voto.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

I) En el voto hecho por el doctor Pfleger se expusieron los antecedentes del caso y los agravios vertidos por el Ministerio Público Fiscal, de modo que me abstendré de hacer una ociosa repetición.

II) En cuanto a la solución del caso habré de coincidir con mis colegas preopinantes.

III) En lo que atañe a la admisibilidad del recurso, este es un caso que no se encuentra en el código procesal penal. El otorgamiento de la reparación no es susceptible de apelación ordinaria ni extraordinaria –arts. 363 y 370 del CPP-.

Sin embargo, si hacemos una interpretación literal de la norma, se podría confirmar una decisión que es manifiestamente ilegal.

Corresponde entonces analizar la impugnación extraordinaria presentada por el Ministerio Público Fiscal.

IV) Son dos cuestiones por las cuales corresponde revocar la resolución en crisis.

En primer lugar, no se tomó en cuenta la oportunidad procesal en la que se efectuó el trámite del beneficio.

Es claro el artículo 46 del ordenamiento adjetivo cuando estatuye ´Plazo- Los criterios de oportunidad pueden aplicarse durante el procedimiento hasta la culminación de la etapa preparatoria.´.

Por ello la procedencia del instituto era improcedente por extemporánea, toda vez que el Ministerio Público Fiscal presentó la acusación –

///

v.fs.26/9-, que dio fin a la etapa preparatoria –CPP, art. 284, inc°-.

En segundo término el acusador público se opuso a la concesión de la reparación, y esta negativa debió ser analizada por el juez de la causa.

De existir discrepancia entre el magistrado y el fiscal, el digesto prevé la intervención del fiscal superior, quien deberá decidir el asunto, y su opinión es vinculante –CPP, art. 44, 3° párrafo-

Siendo ello así, opino que la decisión adoptada es arbitraria por ilegal, correspondiendo revocar lo dispuesto y reenviar a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, a sus efectos. **Así voto.**

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1°) Hacer lugar a la impugnación interpuesta por el Fiscal General.

2°) Revocar la resolución N° 1292/2016 y

3°) Reenviar a la instancia de origen para la continuación del trámite.

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-Miguel Angel Donnet-Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///