2017-Letra
CHUBUT

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 12 días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete, se reunió en Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia, presidido por el doctor Jorge Pfleger, e integrado con los ministros Miguel Ángel Donnet y Mario Luis Vivas, para dictar sentencia en la causa caratulada "Pérez, Gisela Noemí s/ Hurto en grado de tentativa" (Expediente N º 100. 247 Año 2017 —Letra P).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado en la- hoja 107: Pfleger, Donnet y Vivas.

El juez Jorge Pflegez dijo:

I. Prólogo.

1.La decisión de un Juez Penal de Comodoro Rivadavia —el doctor Mariano Nicosia— emitida el 2 de noviembre de 2016, ha venido a la Sala por la vía -extraordinaria que articuló el Ministerio Público Fiscal en el escrito que se añadió entre las hojas 80 a 83.

2.El Magistrado, en la audiencia preliminar documentada en la hoja 78, dispuso: '...Autorizar la aplicación causa del criterio de oportunidad previsto en el art. 44 inc. 3 º del C. P. P. en relación a la imputada Pérez Martínez, Gisela Noemí sobreseyéndola total y definitivamente de los hechos por los cuáles fue traído (sic) a proceso en esta carpeta judicial [...]ocurridos el día 21 de septiembre de

FERREŸRA
SECRETARIO

2015 de los cuáles resultare (sic) víctima el Supermercado Anónima" y que han sido calificados

A.

Simple en grado de tentativa en carácter de autora previstos por los arts. 164 Y 42, 45 del c. P, conforme a lo dispuesto en el artículo 285 inc. 8 del C.P. (Del dispositivo que está en la hoja 78 vta.). .

3. El agravio del Ministerio Fiscal, profusamente ilustradoenlas hojas referenciadas, se centró en que —a decir de la persecución- el Juez había subrogado a ese organismo en la aplicación del principio de oportunidad, incurriendo en arbitrariedad por falta (apariencia) de fundamentación.

Reprochó al Magistrado sentenciador el conducirse con criterios economicistas, soslayando la significación de la pena en relación con la encartada y distorsionó la prevención especial que le da sentido en relación con quien aparece involucrada en procesos varios, que incluyen pretensión punitiva concreta que expuso con detalle.

Hizo mentas, más adelante, a la posición crítica asumida por el Juez Nicosia frente a un caso: en que la Fiscalía retiró la acusación, comparando ambos criterios.

.

En el último ítem centró el tema y citó la opinión dada por la Sala en el caso "Carrizo”, exponiendo lo que consideró los puntos relevantes de la opinión de cada Ministro.

PROVINCIA DEL
PODER JI_DICIAL

En el final solicitó la revocación de la sentencia.

4. En la hoja 107, está añadida la audiencia del art. 385 del C. P. P. llevada a cabo n es con la presencia del Ministerio Público Fiscal.

II. La solución. 1. Sin mayores prólogos ingresaré en la cuestión que ocupa que es, otra vez digo por la persistencia de casos semejantes, un supuesto en que el Magistrado apelado— quien pudo haber actuado por razones altruistas, no lo dudo— ejerció su poder jurisdiccional de modo ajeno al sistema procesal imperante.

2. En efecto, juzgo que el señor Juez actuó con desapego a la ley por él invocada, pues fuera del ámbito de sus capacidades decidió la aplicación del instituto establecido en el art. 44 sus concordancias del Código Procesal Penal, incurriendo en claro caso de arbitrariedad.

3. En efecto, el principio de oportunidad —una excepción a la indisponibilidad de la acción penal pública— resulta de exclusiva administración por el Ministerio Fiscal, en tanto órgano encargado de la promoción de aquella.

La Ley no ofrece dudas al respecto; en ese sentido el prólogo del art. 44 estatuye con claridad que '...No obstante el deber impuesto por el art. 37, el Fiscal podrá plantear al Tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación alguna o varias

infracciones, o algunas de las personas que participaron en el hecho...”; renglón seguido el precepto enuncia los presupuestos.

El Juez puede aceptar o no la proposición, previo comunicar a la víctima a garantizarse el derecho a ser oída (art. 45 C. P. P) si acaso discrepa, el Magistrado eleva en consulta el asunto al Fiscal superior cuya opinión es vinculante (art. 44 C.P. P).

Lo que no puede, pues no debe, es proceder con prescindencia del requirente público, y menos aún desoír su posición tal como ha sucedido en el asunto.

Pienso que, como otras tantas de nuestra ley procedimental, la sintaxis de la que impera en el litigio no es pulida, ni semántica ni técnicamente.

Pero a pesar de los defectos —Y como ya señalé— no da lugar a interpretaciones diferentes; de allí el error en que incurre el Magistrado.

4. Estimo que el uso del verbo " ...Autorizar..." la aplicación del instituto), forma de construcción del dispositivo enjuiciado, fs. 78 vta., pierde su significación jurídica cuando no remite a la habilitación del Ministerio Público para hacer excepción a sus deberes (art. 37 del C. P. P.) pues extirpa el sentido y alcance a un sistema que, a manera de concesión, inviste a quien ejerce la acción del poder de enervarla en especialísimas hipótesis que, para mí, resultan taxativas.

Esa facultad no le pertenece a la jurisdicción que está fuera de la decisión final al respecto y sólo interviene para verificar la procedencia de los _ presupuestos, con facultades acotadas pues,

PROVINCIA DEL
PODER JI_DICIAL

como ya se vio, cuando la judicatura y la persecución discrepan, el tema se envía a consulta de la jerarquía del Ministerio Fiscal

aptitudes vinculatorias con su opinión, cualquiera fuese (art. 44 del C. P. P).

No obsta a este desarrollo el hecho que el Juez pueda promover la aplicación si Io cree conveniente, pero nótese que el acto recala en el mismo puerto: la opinión Fiscal que es imperativo consultar (art. 44 del C.P. P).

Cuadra a la Magistratura el control de legalidad del proceso y el cierre de los casos que se inauguran con la apertura de la investigación (art. 274 del C.P. P), cuando aquél no se desarrolla hacia el juicio.

5. Por lo expuesto, propongo a los colegas del Acuerdo que se revoque el auto venido en apelación, y se reenvíe la causa para el dictado de un nuevo pronunciamiento.

Así me expido y voto.

El Juez Miguel Ángel Donnet dijo:

1. El Ministro Pfleger ha sido riguroso en la síntesis de antecedentes del caso y de agravios puestos a conocimiento y decisión de la Sala en lo Penal. Me remito a su reseña, y paso sin más a resolver.

2. Considero que la resolución impugnada es arbitraria, en el sentido de no ser una derivación razonada del derecho vigente.

Me explico. Los artículos 44 a 48 del Código Procesal Penal, que incluyen los criterios de oportunidad vigentes en nuestra Provincia, llevan por título "Reglas de disponibilidad" y está

FERREŸRA
SECRETARIO

contenidos dentro de la Primera Parte, en su capítulo I ("Acción Penal").

De lo antedicho se deduce, sin mayor esfuerzo interpretativo, que dichas reglas reglamentan la disponibilidad en el ejercicio de la acción penal pública, que por definición constitucional y legal se encuentra exclusivamente del Ministerio Público Fiscal. Con arreglo a ello, el Procurador General, como máxima autoridad y en el marco de la autonomía funcional de la organización, ne a su cargo el diseño e implementación de las políticas de persecución penal (Constitución de la Provincia del Chubut, artículos 194, 195 inciso 3 y 197, en Io pertinente; CPP, artículos 112, 113, 114 y concordantes; y Ley V—94, artículo 9 incisos a y b, y artículo 16 inciso c) .

La lectura literal de estas reglas conduce a la misma conclusión, pues claramente establecen que se trata de una potestad o facultad que administra el Ministerio Fiscal ("...el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal..." , CPP, artículo 44, primer párrafo) .

. Incluso una mirada sistemática encamina el análisis hacia la misma solución. Nótese que una decisión favorable sobre la aplicación de un criterio de oportunidad impide a la Fiscalía una nueva persecución contra la misma persona por el mismo hecho, mas no impide dicha tarea a la víctima que no consienta el criterio de oportunidad en cuestión (CPP, • artículo 45).

En todo momento, pues, lo que se encuentra en discusión es el impulso o cese del ejercicio de la acción penal, actividad absolutamente ajena a la tarea judicial en los procesos de corte actor

PROVINCIA DEL
PODER JI_DICIAL

Al punto tal es ajena, que, si el tribunal no está de acuerdo con el planteo del representante del Ministerio Fiscal, solo está autorizado a solicitar opinión al fiscal superior en grado. y este dictamen será vinculante (C PP, artículo 45, tercer párrafo). E incluso si de oficio considera conveniente la aplicación de algún criterio, siempre "deberá solicitar la opinión del fiscal' , (C PP, artículo 44, cuarto párrafo).

De todo lo antedicho se deduce que, en lo que respecta a la materia controvertida en autos, el tribunal no puede actuar subrogando la función propia del acusador público. Ello compromete su imparcialidad, es causal de inhibición (C PP, artículo 18, último párrafo) , Y lesiona la autonomía funcional de la Fiscalía (Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Quiroga" Fallos

327: 58 63) .

El poder jurisdiccional, entonces, se encuentra limitado a controlar la legalidad del procedimiento, pero no está habilitado a sustituir a la Fiscalía en la gestión de la política criminal, y mucho menos, a no tener en cuenta su punto de vista.

3. Concluyo pues, arbitrariedad mediante, que el juez ha incurrido en un exceso de jurisdicción; en otras palabras, que ha actuado por fuera de su ámbito de decisión.

Como consecuencia de ello, comparto la propuesta de dejar sin efecto la resolución obrante

FERREŸRA
SECRETARIO

a fojas 78 y vuelta de autos, y de reenviar el cas a la instancia para una nueva decisión.

Así voto .

El juez Mario Luis Vivas dijo:

I. Los Ministros que me precedieron en el voto a poco menos que agotado el tema a resolver, pero, por expresa manda del artículo 25 del Código Procesal Penal, exhibiré mi criterio, coincidente al de mis colegas.

II. El titular de la vindicta pública de Comodoro Rivadavia cuestionó la decisión del juez penal Mariano Nicosia, que aplicó el criterio de oportunidad previsto en el artículo 44, inciso 3 ^{0} del rito y sobreseyó a Gisela Noemí Pérez Martínez.

III. Como quedó establecido en los sufragios anteriores las reglas de disponibilidad están reguladas en los artículos 44 a 48 del Código Procesal Penal.

El primero de ellos, en su parte pertinente, señala que "no obstante el deber impuesto por el artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente...". A continuación, enumera los criterios de oportunidad.

Inmediatamente, la misma norma regula el trámite a seguir, frente a las contingencias que se susciten.

En efecto,dispone que: caso de discrepancia entre el fiscal y el tribunal, se requerirá opinión fiscal superior del interviniente... (la) que será vinculante.

Si el tribunal considerare conveniente la aplicación de algunos de los anteriores criterios, deberá solicitar la opinión del

A su turno, el artículo 45, en su primera parte, dispone que: 'La solicitud de aplicación de

PROVINCIA DEL
PODER JI_DICIAL

un criterio de oportunidad debe serle comunicada por el juez a la víctima, por cualquier medio que garantice su recepción y adecuada oportunidad de ser oída''.

El examen de la normativa permite verificar que el Juez Penal se apartó de varios tramos de ésta, en su resolución N º 4170/2016.

Por un lado, el a quo soslayó que la administración del ejercicio de la acción penal se encuentra en manos del Ministerio Público Fiscal. Es decir, por regla, la facultad de postular el cese de la persecución es resorte exclusivo de la parte acusadora y, como tal, no puede ser reemplazada por el poder jurisdiccional.

Por el otro, el juez, frente a la oposición de la fiscal interviniente, manifestada en la audiencia, eludió requerir la opinión del superior de aquélla. Además, prescindió de la comunicación a la víctima de la solicitud de la Defensa de que se aplicara un criterio de oportunidad.

Así las cosas, el Juez de grado se apartó de la normativa extractada y, a la par, excedió sus facultades al desvincular a la encartada, pese a la oposición manifestada por fiscal a la procedencia de la salida alternativa.

En conclusión, el apartamiento de las normas que rigen la materia, amerita la revocación del pronunciamiento y la remisión de los actuados instancia de origen, a sus efectos.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

FERREŸRA
SECRETARIO

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

|) Declarar procedente impugnación interpuesta por el Ministerio Público Fiscal.

2) Revocar el auto interlocutorio registrado bajo el número 4170/2016 —v. hoja 78 y vta.-.

3) Reenviar las actuaciones a la instancia de origen para el dictado de un nuevo pronunciamiento.

gen para el dictado de un nuevo pronunciamiento.

4°) Protocolícese y notifíquese.

JORGE PFLEGER

MARIO LUIS VIVAS

MIGUEL ÁNGEL DONNET

José A. FERREYRA
SECRETARIO

REGISTRADA bajo el Nº 19 del Año 2017. CONSTE.-

José A. FERREYRA
SECRETARIO

2 [0]) Protocolícese y notifíquese .