En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 18 días del mes de septiembre 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, Miguel Ángel Donnet y Mario Luis Vivas, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "P., V. G. y otros s/ robo en grado de tentativa " s/ impugnación extraordinaria" (Expte. N º 100. 248 F º 01 Año 2017— Letra P).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fs. 76: Pfleger, Donnet y Vivas.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Prólogo.

1. Por conducto del recurso extraordinario del Fiscal General Julio Argentino Puentes y de la Funcionaria Andrea A. Rubio, de la misma oficina, ha llegado a esta Sala la resolución dictada por el Juez Penal Miguel Ángel Caviglia, quien, en la audiencia del 21 de Noviembre de 2016, decidió: "....1 º) Hacer lugar a la reparación de la Dra. Borquez sin perjuicio de la previsionalidad de consultar a la víctima para ver si acepta los $ 1000 con la posibilidad de una mejora que ha ofrecido la defensora y sin perjuicio de la impugnación que pueda hacer el MPF, en ese sentido se homologa el criterio de oportunidad, abonando Sr. P. la suma de $ 1000 antes del 2 de Diciembre del corriente año, suspendiendo los términos procesales hasta tanto se haga efectivo dicho pago y se resuelva de conformidad con lo previsto en el art. 285 del C.P.P..." (Ver el acta de audiencia que está añadida en la hoja 38, cuya textual trascripción es imprescindible).

. 2. Los agravios del Ministerio Fiscal están contenidos en el escrito que se encuentra agregado entre las hojas 44 a 49.

En el curso de su alegación los proponentes formularon, de partida, un breve desarrollo acerca de su legitimación para obrar, continuaron con la explicación acerca de la dirección del recurso y su materia, y describieron, punto III, el devenir procesal.

Lo que atañe a los agravios fue abordado en el punto IV, de ese nombre.

En primer término los impugnantes consideraron arbitraria la sentencia de que se trata.

Fustigaron la opinión del Juez Penal en tanto desconoció la obligatoriedad de atenerse a la opinión del Ministerio Fiscal en materia del art. 48 del C.P. P, cuestión que consideraron de gravedad institucional por la exigencia de los arts 168 y 169 de la Constitución Provincial.

Denunciaron que se habían enervado funciones propias del Ministerio Público Fiscal, titular del ejercicio de la acción penal pública y que toda excepción a ese ejercicio debía interpretarse restrictivamente.

Aludieron a la política criminal del Ministerio Público Fiscal en la materia Y resaltaron los lineamientos de política criminal que, a tenor de las expresas instrucciones emanadas de la Procuración General, orientan su actividad.

Luego de formular expresa reserva de acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, peticionaron la revocación de la resolución en crisis y la orden de proseguir el trámite de la causa según su estado, mandándose a que otro Juez entienda en el caso.

II. La solución del asunto.

1. En primer término juzgo que la impugnación del Ministerio Fiscal es formalmente aceptable.

Es criterio mantenido en el tiempo que en ciertos casos, cuando la infracción a la ley palmaria, la jurisdicción no puede consentir la firmeza de situaciones notoriamente disvaliosas de allí que se ha construido pretorianamente un recurso que proteja de la arbitrariedad en ese sentido aunque no se halla previsto expresamente.

2. En lo que al caso atañe, pondero adecuado principiar evocando que, tal como se ha resuelto en otros precedentes, el instituto de la reparación (art. 48 del C. P. P. Ch.) resulta un instrumento de solución alternativa de conflictos destinado a que aquellos de baja intensidad no lleguen a juicio.

La opción permite descartar las menudencias en beneficio de casos más consistentes, aprovechando de modo eficaz los recursos siempre escasos.

Empero, y como excepción al principio que impone la persecución obligatoria de los delitos de acción pública, cabe al Ministerio Fiscal un rol preponderante en la cuestión; esto se traduce en condición vinculante de su dictamen (art. 48 del C.P.P.).

Cuadra también atender a la víctima cuya opinión se escuchará o, al menos, se agotarán los medios. para que ello suceda, pues si fuera razonable su. oposición el Juez deberá verter argumentos que demuestren lo contrario, ya que aquella, nada menos, es a quien se repara del daño causado (art. 48 del C. P. P).

Esta última actividad, según se extrae de la letra expresa de la ley, ocurre antes de la decisión que se toma al respecto.

3. En lo que atañe a la locución "homologar' entiendo que lingüística y jurídicamente implica situar en relación de igualdad a dos posiciones concordantes, para verificar la legalidad de la coincidencia y autorizar la ejecución de lo que se dispone en común.

De ello sigue, como se ha dicho en otras ocasiones, que no es factible homologar lo que no está acordado o, aún peor, la situación que expresamente es repelida por una de las partes necesarias del diálogo.

4. En este recorrido intelectual, creo preciso dejar sentado que la judicatura está facultada para controlar la actividad del Ministerio Público, para aventar cualquier atisbo de arbitrariedad.

Pero ese control de legalidad, o si se quiere de razonabilidad (si al concepto lo extendemos para connotar legitimidad) , no importa que los Magistrados subroguen los criterios deferidos al órgano requirente aplicando los suyos propios.

Porque si la legalidad le brinda al oficial de la ley la posibilidad de ejercer censura y esa censura es definitoria, la opción para el Juez resulta sólo verificar la relación de causa y grado entre la norma, sus fines y la potestad que ejerce el agente con adecuación al concreto-caso.

Esta es una opinión que he mantenido en varios pronunciamientos de similar naturaleza que el presente.

5. No deseo abandonar este desarrollo sin marcar un punto.

Los fallos de la Sala Penal o del Superior Tribunal de Justicia en pleno no resultan obligatorios; eso es verdad.

Pero no menos verdad existe en el hecho de que dada la organización basada en la competencia revisora de los órganos judiciales, los criterios que se sientan merecen ser atendidos y acatados lealmente.

Razones de economía procesal, de predicción razonable de las decisiones, de valoración de la jurisprudencia, en fin: de ordenada funcionalidad del ejercicio de la jurisdicción, hacen a la necesidad de que los Magistrados se atengan a adoctrina judicial, dejando a salvo su opinión ; o

den mayores fundamentos, pues la labor de desarrollo intelectual no comienza ni termina enlas instancias finales de control.

6. Ya en el caso, y bajo las premisas sentadas, soy proclive a aceptar la impugnación del Ministerio Fiscal.

Los acusadores han sido persuasivos en los argumentos dados. Las razones argumentadas— los antecedentes- justifican la negación, des

ellos y no los Jueces los que deciden qué hacer frente a sujetos que, como en bajo examen, se han vinculado con el sistema penal en otras ocasiones, siendo beneficiados, a la par, por soluciones diferentes de la sanción.

El argumento de los Fiscales puede o no agradar desde una perspectiva dogmática, es verdad. Pero de ningún modo se negará que posee consistencia suficiente para justificar el uso de las atribuciones que le son conferidas con carácter excluyente.

La argumentada es —entonces— una posición razonable que, de otro lado, se hizo conocer al Juez apelado en la audiencia en que la decisión fue tomada.

Es a la par extraño que se homologue un pacto que no existe, como se ha hecho.

Si se atiene a la definición expuesta en puntos anteriores, nunca puede bendecirse— valga la licencia expresiva— aquello sobre lo que existe disenso.

7. Tampoco resulta aceptable, a mi manera de ver, que el Magistrado, con breves argumentos expuestos oralmente, se sustraiga de considerar— al menos de considerar, digo— los criterios que esta Sala ha sostenido en asuntos de este tenor; provoca así el desgaste que implica transitar la impugnación bajo el sino de una suerte anunciada.

III. Epílogo.

Por lo anteriormente expuesto propicio 1 revocación de lo decidido y la devolución a instancia para su continuación.

Así me expido y voto.

El juez Miguel Angel Donnet dijo:

1. En el voto que lidera el Acuerdo ya se han sintetizado de modo integral los antecedentes del caso y los agravios que convocan la atención de la Sala. No incurriré en reiteraciones. inconducentes.

2. Estimo que el remedio interpuesto es formalmente admisible, pues la decisión impugnada importa un supuesto de evidente arbitrariedad. En el apartado siguiente doy razones de ello.

3. El instituto de la reparación, previsto entre las reglas de disponibilidad del Código Procesal Penal (artículos 44 a 48), constituye una salida alternativa al juicio oral como conclusión normal del proceso. Estas reglas habilitan el cese en el ejercicio de la acción penal pública, que se encuentra en cabeza exclusiva del Ministerio Público Fiscal según la definición constitucional y legal en nuestra Provincia.

De acuerdo con su regulación, se trata de una herramienta útil para descongestionar el sistema penal de aquellas causas en las que se investigan hechos ilícitos de menor. intensidad. Así, lareparación procede respecto de aquellos delitos conminados con una pena mínima no superior a los tres años de prisión cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, lesiones leves o delitos culposos . De todos modos, como titular de la acción, la opinión de la Fiscalía resulta vinculante para el tribunal (CPP, artículo 48, primer párrafo, en relación con el artículo 47, al que remite).

A diferencia de la conciliación, en la reparación no existe acuerdo de la persona damnificada Sobre el resarcimiento ofrecido por el imputado, y esto también justifica la intervención del acusador público.

Pero para que proceda esta salida alternativa, el tribunal primero debe llegar a la conclusión de que la víctima

no tiene "un motivo razonable para oponerse" a la oferta (texto literal del artículo 48 citado). Ello impone extremar los recaudos para conocer su parecer al respecto, pues a partir de esta opinión, el juez luego deberá fundar por qué —pese a esta oposición— la propuesta resulta integral y suficiente.

Una aclaración, por si fuera necesaria. En hipótesis como la de autos, la judicatura puede —y debe— controlar la legalidad del procedimiento. Pero de ningún modo está facultada a reemplazar a la Fiscalía en la administración de la política criminal o, incluso peor, a no tenerla en cuenta.

4. Coincido con el Ministro Pfleger en que una homologación judicial presupone un previo acuerdo de partes, y se traduce en el debido control de legalidad de dicho convenio a efectos de autorizar su ejecución. De allí que procede, por ejemplo, en los casos de convenios conciliatorios (CPP, artículo 47).

Del repaso del acta que refleja lo resuelto en la Audiencia preliminar, en cambio, advierto que el Ministerio Fiscal se opuso a la reparación

ofrecida, pero que de todos modos el tribunal dispuso hacer lugar a la reparación ofrecida…

sin perjuicio de la previsionalidad (sic) de consultar a la víctima para ver si acepta... y sin perjuicio de la impugnación que pueda hacer el MPF, en ese sentido se homologa el criterio de oportunidad..." (textual de la hoja 38 de la carpeta).

Varias observaciones. La reparación no constituye un criterio de oportunidad (instituto que tiene presupuestos taxativos y un procedimiento propio, artículos 44 a 46 del CPP), se desoyó la opinión desfavorable de la Fiscalía, ni existía –todavía- acuerdo de la víctima que permitiera reconducir el caso hacia una conciliación en aras de su homologación.

5. A partir de los parámetros antedichos, estimo que corresponde hacer lugar a la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal.

El acusador público ha brindado argumentos atendibles para fundar su oposición a la salida alternativa. Más allá de compartir o no dichos motivos, los antecedentes de la persona imputada lucen como una razón válida para que la Fiscalía, como titular de la acción penal pública, estime aplicable una política criminal diferenciada para aquellos casos de reiteración delictiva.

Y como ya expresé, el tribunal no solo no tuvo en cuenta el dictamen vinculante de la Fiscalía, sino que homologó un acuerdo inexistente. Una decisión judicial así no puede ser admitida.

6. Por último, comparto con quien me antecede en la votación, que si los tribunales inferiores en grado desean apartarse de la jurisprudencia de la Sala sobre algún tema, deben para ello refutarla mediante nuevos argumentos que permitan revisar —y llegado el caso, modificar— el criterio anterior.

Dos finalidades inspiran esta idea. Por un lado, garantizar la igualdad ante la ley, en el sentido de evitar que quien litiga deba recorrer el camino hasta los tribunales superiores para obtener una decisión sobre cuestiones ya zanjadas. Por el otro, afianzar la seguridad jurídica, pues los máximos tribunales deben- interpretar la ley de la manera más estable y previsible posible, así las personas luego organizan su vida en función de esas pautas.

7. A modo de corolario, me sumo a la propuesta de revocar la resolución impugnada, y de devolver la causa a la instancia para su prosecución.

Así voto.

El juez Mario Luis Vivas dijo:

. I. Los representantes de la vindicta pública .de Comodoro Rivadavia atacaron la decisión del juez Miguel Ángel

Caviglia que concedió la reparación en beneficio de V. G. P., pese a la negativa fiscal.

No recapitularé los agravios enarbolados pues de ello ya se ha ocupado, con precisión, elministro Pfleger, en el primer voto.

II. Es cierto, como admitieron los propios recurrentes, que remedio intentado 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. Sin embargo, la decisión adoptada resulta arbitraria pues se aparta, como veremos, de las disposiciones rituales.

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

En el caso, el magistrado eludió la oposición del acusador —fundada en el Instructivo N º 1/09 del Procurador General y en razones de política criminal- y, por ende, habilitó la reparación.

De esta manera, la decisión del a quo se contrapone con la normativa ritual, que somete la concesión del beneficio a la conformidad de la fiscalía. A más de ello, el sentenciador invadió atribuciones propias y exclusivas del acusador público en la administración de la acción penal y de las reglas de disponibilidad.

IV. Un último señalamiento. Sobre la cuestión traída existen numerosos precedentes de la Sala. De modo que, resulta dispendioso que se someta similar planteo a consideración de la Sala, cuando el asunto ya fue decidido y se conoce el criterio jurisprudencial. Salvo, claro ésta, que seintroduzcan nuevos argumentos que conduzcan a modificar el temperamento sentado.

V. En mérito de lo expuesto, corresponde declarar procedente el remedio interpuesto, revocar la resolución N º

4461/2016 y reenviar a instancia de origen para la continuación del trámite.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1°) DECLARAR procedente impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal —v. hoja 44 a 9 vta.

2°) REVOCAR la resolución número 44 61/2016 - v. hoja 38—.

3°) REENVIAR a la instancia de origen para que continúe el trámite.

FDO. JORGE PFLEGER-MARIO LUIS VIVAS-MIGUEL ANGEL DONNET

REGISTRADA bajo el N° 22 del año 2017. CONSTE.