En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los CINCO' días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Alejandro Javier Panizzi, Miguel Ángel Donnet y Mario Luis Vivas, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **«F. C., J. M. s/ Dcia.»** {Expediente N° 100297 - Folio 1 - Año 2017 - Carpeta Judicial N° 7775).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo realizado a fojas 357: Panizzi, Donnet y Vivas.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Contra la decisión N° 2082 del año 2017 del juez penal Alejandro Gabriel Soñis, que decretó la nulidad de la audiencia llevada a cabo a tenor del artículo 274 del Código Procesal Penal de fecha 6 de agosto de 2015, y de todo lo actuado en consecuencia, el Fiscal General de Comodoro Rivadavia dedujo la impugnación extraordinaria que está cosida entre las hojas 310 y 319.

En primer término, el titular de la acusación alegó a favor de la admisibilidad de su recurso. Expresó que la decisión del magistrado resultaba equiparable a sentencia definitiva, en tanto impedirá la continuación del trámite de la causa y conllevará el sobreseimiento por extinción de la acción penal.

A continuación, se explayó en torno a los agravios que le causaba el pronunciamiento atacado.

Así, anotó que la resolución del a quo carecía de motivación suficiente y, por ende, resultaba arbitraria. Adujo que el sentenciador omitió responder fundadamente los planteos de la parte acusadora.

Señaló que el juzgador invalidó un procedimiento sustanciado legalmente, bajo el argumento de que se

habían vulnerado garantías y vedado el ejercicio de ciertos derechos.

Más adelante, se ocupó de los antecedentes del caso. Manifestó que el 22 de mayo de 2017, antes del inicio de la audiencia de debate, la Defensora Oficial de M. B. peticionó la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia de apertura de la investigación y el sobreseimiento del imputado. La abogada alegó que a aquella audiencia su defendido no asistió y que la presencia del «defensor mandatario» no resultaba aplicable al caso ya que colocaba a B. en un estado de indefensión. Finalmente, el juez Soñis decretó la nulidad de la audiencia del artículo 274 del rito y de todo lo actuado en su consecuencia.

El impugnante adujo que el a quo, en su decisión, no mencionó los poderes especiales presentados por los doctores L. y H., quienes actuaron en representación de B. y D. P. en la audiencia de apertura de la investigación (artículo 94 del ceremonial).

Agregó, inmediatamente, que cuando el magistrado sostuvo que, de acuerdo al artículo 274 del digesto adjetivo, la presencia del imputado era ineludible, transformó en letra muerta la norma del artículo 94 (ibídem), que habilitaba la representación del imputado en todos los actos.

A renglón seguido, manifestó que la decisión cuestionada carecía de fundamentos porque el juzgador no plasmó argumentos para rebatir la postura de la acusación, apartándose de los artículos 25 y 133 del ritual, y 169 de la Constitución Provincial.

Sobre el final, formuló la reserva del caso federal y efectuó petitorio de estilo.

II. De entrada, anotaré que el artículo 370 del ceremonial enumera las resoluciones que son susceptibles de impugnación. La decisión que nos ocupa, esto es, la que decretó la nulidad de la audiencia celebrada a tenor del artículo 274 del digesto adjetivo y de todo lo actuado en su consecuencia, no se halla contemplada en esa nómina. Sin embargo, a los efectos del trámite de la impugnación, será equiparable al supuesto de

sobreseimiento (artículo 378, inciso 1° de ese cuerpo legal), pues el mantenimiento de la resolución impugnada, acarrearía la extinción de la acción penal por prescripción y, en consecuencia, conduciría al dictado del sobreseimiento.

Es que, si se privara al acusador de la capacidad de controvertir la resolución atacada, se estaría habilitando un pronunciamiento liberatorio por prescripción, que precisamente el titular de la vindicta pretende evitar con este remedio.

III. De continuo, trataré el motivo principal de agravio, esto es, el cuestionamiento a la invalidez dispuesta bajo el argumento de que, al utilizar la figura del «defensor mandatario» se vulneraron garantías y se vedó el ejercicio de ciertos derechos de M. B. y N. D. P..

Anticipo que propiciaré la revocación de la decisión traída, por los argumentos que, de continuo, expondré.

El artículo 94 del Código Procesal Penal autoriza la representación del imputado por un defensor con poder especial para el caso, quien lo podrá reemplazar en todos los actos.

En el trámite, los atribuidos M. B. y N. D. P. no comparecieron por sí a la audiencia de apertura de la investigación del 6 de agosto de 2015, sino mediante sus defensores de confianza. En efecto, los abogados particulares invocando aquella norma, participaron del acto y se noticiaron del inicio de la investigación en contra de sus asistidos.

La decisión judicial que acogió el planteo posterior, que introdujeron en el inicio de la audiencia de debate los nuevos defensores de los incusos, es

arbitraria, pues desconoce la figura del «defensor mandatario» que prevé la ley ritual.

A más de ello, el a quo dispuso la nulidad de un acto que se desarrolló de acuerdo a la normativa que habilitaba la representación en esos casos, de manera que no hubo inobservancia alguna, ya que la forma prevista por la ley se cumplió.

Por otro costado, el monto de la pena prevista para el o los delitos atribuidos no resultaba óbice para admitir el instituto del mandatario durante la audiencia del artículo 274 del ceremonial, pues la calificación provisoria escogida por el titular de la vindicta pública implicaba la posibilidad de seleccionar una pena de seis meses de prisión.

Por lo demás, advierto una contradicción en el cuestionamiento de los inculpados, pues ellos mismos en la audiencia de apertura de la investigación propiciaron su intervención a través de un mandatario, y más adelante, plantearon la invalidez de aquello.

Así las cosas, debe revocarse la sanción de nulidad decretada en la sentencia N° 2082 de 2017, pues ésta no tiene sustento legal ni implicó infracción alguna a las garantías de los imputados, ya que la comunicación de la apertura de la investigación preparatoria en contra de B. y de D. P. se llevó adelante conforme las formas expresamente previstas en el artículo 94 del Código Procesal Penal, que aquéllos aprovecharon.

En mérito de lo expuesto, corresponde declarar procedente la impugnación fiscal de las hojas 310/319, revocar el punto 2) de la Resolución N° 2082 del año 2017 y remitir estos actuados a la instancia, para la continuación del trámite.

IV. La decisión adoptada torna abstracto el tratamiento de las quejas agregadas por cuerda (Expedientes N° 100290 y 100291).

V. La presentación efectuada por el abogado defensor de N. D. P., planteando la eventual prescripción de la acción penal, obliga a la instancia originaria a verificar, mediante el trámite correspondiente, si ha operado o no la prescripción de la acción penal emergente del delito en cuestión, teniendo en cuenta, además, la solución propiciada en este sufragio, que revocó la sentencia N° 2082/2017 del juez Alejandro Gabriel Soñis.

Así voto.

El juez **Miguel Ángel Donnet** dijo:

1. En el primer voto se han reflejado de modo completo los antecedentes de la causa, así como los motivos que dan sustento a la impugnación extraordinaria. Remito al lector a dicha síntesis.

2. Con relación a la admisibilidad del caso, coincido con quien me precedió en que la hipótesis de autos no se encuentra expresamente contemplada como motivo de recurso en el Código Procesal Penal. Sin embargo, también es cierto que la situación es equiparable a sentencia definitiva (para el caso, el sobreseimiento, CPP, artículo 378 inciso 1).

Sucede que, de lo contrario, la decisión apelada conduciría a la prescripción de la acción penal, uno de los presupuestos que habilitan el dictado del sobreseimiento (Código Penal, artículo 59 inciso 3; CPP, artículo 285 inciso 5; y concordantes). Es lo que el impugnante busca evitar, y que constituye el núcleo de su interés procesal.

3. Adelanto mi adhesión al criterio expuesto por el Ministro que me antecedió en la votación. Doy mis razones.

3.1. Del repaso del caso advierto que los imputados no concurrieron personalmente a la, audiencia de apertura de la investigación. En su
reemplazo comparecieron sus defensores de confianza, en función del artículo 94 del rito. Y el acto se desarrolló de acuerdo con las formas previstas en la ley (ver las

hojas 41-42 del expediente).

La norma aludida regula la figura del defensor mandatario. La cito textualmente: "En el procedimiento por delito que no tenga prevista pena privativa de libertad o *se solicite* una pena inferior a seis meses, el imputado podrá ser representado por un defensor con poder especial para el caso, quien lo podrá reemplazar *en todos los actos*" (CPP, artículo 94, los destacados son propios}.

3.2. Por el carácter progresivo del proceso penal, la subsunción legal de la apertura de la investigación es solo provisional (CPP, artículo 274, primer párrafo, inciso 4).

En ese momento inicial del procedimiento, y ante la calificación escogida -desobediencia judicial en concurso real con violación de los deberes de funcionario público, cfr. artículos 239 y 248 del Código Penal, ver las hojas 1 y vuelta, y 41-42 del expediente-, un futuro pedido de pena de seis meses de prisión constituía una posibilidad en esta causa. La investigación se abrió, precisamente, para reunir evidencias que permitieran despejar ese interrogante.

3.3. Por otro lado, la ley permite que el defensor mandatario actúe en aquellos casos en que se requiera una pena menor a seis meses de privación de la libertad.

Vale señalar que esta norma no hace distinciones respecto de esta modalidad de intervención ("en todos los actos"), y constituye así una excepción a la regla de la presencia del imputado en la audiencia de apertura de la investigación (CPP, artículo 274, segundo párrafo). Su constitucionalidad, asimismo, no ha sido controvertida.

Pero la aludida pretensión punitiva, así como la calificación legal precisa, recién serán conocidas a partir de la acusación, pues este acto procesal es la consecuencia de una investigación ya concluida y con fundamentos suficientes para someter a juicio al imputado (CPP, artículo 291).

3.4. De acuerdo con las vicisitudes de este caso, y a la luz de la normativa aplicable, carecía de sentido la discusión sobre el alcance del artículo 94 CPP en la

audiencia de apertura.

En efecto, los acusados estuvieron presentes en el proceso a partir de la audiencia preliminar, es decir, en la instancia prevista para controlar la acusación (CPP, artículo 295 y concordantes). En dicha ocasión se anoticiaron de manera personal del pedido de pena de la Fiscalía. Sus garantías, entonces, no sufrieron menoscabo alguno (ver las hojas 43 a 49 y vuelta, y 104 a 108 del expediente).

3.5. Por último, y a modo de colofón, también juzgo contradictorio que en una fase avanzada del proceso, las defensas de los acusados cuestionaran la validez de lo que ellos mismos favorecieron en un principio (su intervención por medio de defensores mandatarios).

3.6. La decisión atacada extirpó de la causa un acto cumplido en legal forma, y sobre la base de una interpretación que se apartó del texto legal. Además de su grave proyección al resto del proceso, en estas condiciones la decisión constituyó una hipótesis de arbitrariedad que debe ser dejada sin efecto.

Me sumo, pues, a la propuesta de declarar procedente la impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal, revocar el punto 2) de la resolución n° 2.082/2017, y enviar el expediente a la instancia para su continuación.

4. Lo decidido precedentemente torna abstracto que me pronuncie sobre las quejas incoadas por las defensas de los inculpados (expedientes n° 100.290 y 100.291, obrantes por cuerda).

5. En la hoja 358 del expediente obra un planteo de prescripción de la acción penal, formulado por una de las defensas. La instancia de origen deberá, entonces, expedirse también sobre esta cuestión, considerando además lo aquí resuelto.

Asi voto.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

I. En el primer voto, el Ministro Panizzi brindó una detallada descripción de los antecedentes del caso y de los motivos que informan la impugnación extraordinaria de la Fiscalía, razón por la cual evitaré incurrir en

repeticiones innecesarias.

II. Al examinar el asunto, advierto que se cuestiona la resolución dictada por el Juez del Tribunal Unipersonal quien declaró la nulidad de la audiencia de apertura de investigación (artículo 274 del Código Procesal), en virtud de que los imputados no acudieron a la diligencia, sino que actuaron representados por un mandatario en el marco del artículo 94 del Código de rito.

III. Concuerdo con los colegas preopinantes en cuanto a que dicha resolución es admisible en esta instancia ya que, si bien no se halla a simple vista enumerada en el artículo 370 del Código Penal, debe ser asimilada a sentencia definitiva ya que ineludiblemente implicará el sobreseimiento de los acusados por extinción de la acción penal.

IV. Al abordar el tópico principal propuesto por la Fiscalía, advierto que es menester establecer el alcance de la figura del "defensor mandatario" normada por el artículo 94 del Código Procesal.

La norma señalada establece que; "En el procedimiento por delito que no tenga prevista pena privativa de libertad o se solicite una pena inferior a seis meses, el imputado podrá ser representado por un defensor con poder especial para el caso, quien lo podrá reemplazar en todos los actos".

Al analizar el caso advierto, en primer lugar, que ambos imputados en la audiencia de apertura de investigación fueron representados por abogados munidos de sendos poderes especiales, que los habilitaban a representarlos en todos los actos del proceso. Cabe adunar que tal circunstancia no fue

discutida por las partes sino hasta el debate, por nuevos defensores.

Por otro lado, al verificar la eventual pena, se observa que ya en la génesis del proceso la calificación legal elegida fue la de desobediencia judicial en concurso real con violación de los deberes de funcionario público {artículos 239 y 248 del Código Penal), por lo que una pena de menos de seis meses tal como requiere el artículo 94, resultaba ajustada al mínimo y máximo previstos legalmente (un mes y tres años) como marco de las potenciales penas aplicables en un juicio.

Asiste razón al Juez de debate al entender que es fundamental la presencia del imputado en la audiencia de apertura de investigación a los fines de anoticiarse del comienzo de la investigación y su concreto alcance. Sin embargo, el legislador chubutense en la norma cuestionada ha establecido una expresa excepción.

Por ello cabe concluir que estaban reunidos los requisitos para llevar adelante la audiencia del artículo 274 del Código Procesal en los términos propuestos por las defensas, esto es, con "defensores mandatarios". El juez de garantías cumplió con las formas establecidas en la ley.

Pero a más de lo expuesto, se advierte que el derecho de defensa no se ha visto conculcado en modo alguno ya que posteriormente a la audiencia de apertura de investigación, ambos acusados concurrieron a la audiencia preliminar, tomaron personal conocimiento de la acusación y ejercieron sus derechos en la misma, sin haber realizado

objeción alguna o manifestada sorpresa en algún sentido.

Como consecuencia de todo lo expuesto, se impone declarar procedente la impugnación fiscal y remitir los actuados a la Oficina Judicial para la continuidad del proceso según su estado.

V. En virtud de lo resuelto, el tratamiento de las quejas interpuestas por las defensas agregadas por cuerda, deviene abstracto.

VI. Respecto del planteo de prescripción de la acción penal introducido, corresponde que la instancia de origen lo analice teniendo en cuenta el presente resolutorio.

Asi voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- SENTENCIA ----------

1°) Declarar procedente la impugnación fiscal de las hojas 310/319.

2°) Revocar el punto 2) de la Resolución **N°** 2082 del año 2017 del juez penal Alejandro Gabriel Soñis (fojas 254/270).

3°) Remitir estos actuados a la instancia, para la continuación del trámite, incluyendo el pronunciamiento sobre planteo de prescripción de la acción penal.

4°) Regístrese y notifíquese.

MARIO LUIS VIVAS

ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

MIGUEL ÁNGEL DONNET

José A. FERREYRA
SECRETARIO

REGISTRADA bajo el Nº 03 del Año 2018 CONSTE.

José A. FERREYRA
SECRETARIO