PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, presidida por el Ministro Mario Luis Vivas, e integrada con los Ministros Alejandro Javier Panizzi y Miguel Ángel Donnet, dicta sentencia en la causa caratulada **«S. B. J. E. s/ portación ilegítima de arma»** (expediente n° 100389 - año 2018 - carpeta n° 9857 OJ Comodoro Rivadavia).

Concluida la deliberación, y de acuerdo con la providencia de la hoja 76, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Donnet, Vivas y Panizzi.

El juez **Miguel Angel Donnet** dijo:

1. Llega a conocimiento de la Sala la impugnación extraordinaria deducida por la fiscala general Andrea Rubio y la funcionaria de fiscalía Silvia Chaura, en contra de la resolución 4697/2017 de fecha 6/11/2017 dictada por la jueza penal Gladys Mariela Olavarria.

Por medio de la decisión aludida, la jueza resolvió homologar el acuerdo reparatorio propuesto por la defensa en favor del señor J. E. S. B., le impuso como única obligación el pago de la suma ofrecida (quinientos pesos), y le otorgó un plazo de dos meses para que obtuviera un trabajo o profesión (ver las hojas 15-16 del expediente). Durante dicha audiencia, la Fiscalía dictaminó en contra de la aplicación de esta regla de disponibilidad.

2. En su recurso, las representantes del Ministerio Público Fiscal afirman que la jueza llevó a cabo una interpretación infundada del artículo 48 del Código Procesal Penal, al considerar no vinculante el dictamen negativo del acusador estatal. A su criterio, no procede la reparación si existe interés público en la punición de aquellas personas que incurren en los delitos previstos en el artículo 189 bis del Código, Penal, pues son la antesala de hechos más graves.

Lo resuelto, además, implicó una intromisión del tribunal en el ejercicio de la acción penal pública exclusivamente a cargo de la Fiscalía. Las razones apuntadas integran la política criminal, cuyo diseño corresponde al Procurador General de la Provincia, y los jueces no pueden apropiarse de ella para aplicar su propio criterio, sin lesionar los principios del sistema acusatorio de enjuiciamiento.

Para fundar su dictamen negativo, agregan, en. la audiencia el MPF invocó la Instrucción n° 3/2013 de la Procuración General. Esta norma reglamenta la, oposición fundada de la Fiscalía a la aplicación de salidas alternativas al juicio, en aquellos procesos cuyo objeto es algún tipo previsto en el artículo 189 *bis* del Código Penal, y que en abstracto tuviere una pena máxima superior a los tres años de prisión.

Por otra parte, afirman, la calificación legal inicial impedía la aplicación de este tipo de soluciones. En la audiencia de apertura, la imputación se oralizó como portación de arma de

guerra, pues el arma involucrada era un revólver calibre 38 marca «Colt» que el imputado llevaba consigo en condiciones inmediatas de uso. Al momento de la decisión que ahora cuestionan, aclararon, todavía no se contaba con el peritaje balístico, por lo que nada autorizaba a cambiar la calificación oportunamente escogida.

Sin embargo, en la audiencia en la que se discutió la reparación, la jueza consideró que la calificación que la Fiscalía habla elegido en su momento habla sido la portación no autorizada de un arma de fuego de uso civil. Según la magistrada, el arma de guerra no se encontraba acreditada en la causa ni fue agregada por la Fiscalía en la audiencia de apertura de investigación.

Según las recurrentes, esta afirmación del tribunal no se correspondía con las constancias de la causa. Para permitir la reparación, la jueza forzó la situación fáctica, e hizo lugar a la reducción de la escala penal (ocho meses a dos años y ocho meses) propuesta por la defensa. Todo ello pese a que, en abstracto, la subsunción jurídica original superaba los tres años de prisión que requiere el instituto de la reparación.

3. En oportunidad de celebrarse la audiencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 385 CPP, el Ministerio Público Fiscal ratificó sus argumentos. La Defensa Pública, en tanto, solicitó que la Sala confirme la decisión impugnada, pues el acusador estatal solo habla fundado su oposición en una instrucción de la Procuración General.

4. Si bien la resolución puesta en crisis no

integra el elenco de decisiones expresamente impugnables, el remedio habrá de prosperar. Lo decidido se apartó del texto legal, y ello supone una hipótesis de arbitrariedad.

5. Advierto que existe una diferencia entre las constancias documentales de la causa, y lo que efectivamente ocurrió en la audiencia de apertura de investigación. Me explico. Tanto en el escrito fiscal de apertura (hoja 3 y vuelta), como en el acta de la respectiva audiencia (hoja *4 y* vuelta), se plasmó la calificación de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal.

Sin embargo, en la audiencia, el imputado fue intimado por la Fiscalía como autor del delito de «portación de arma de fuego *de guerra* sin la debida autorización legal» *(2'*56" del registro en audio de la audiencia de apertura; el destacado me pertenece). La jueza, a su turno, decretó sin más la apertura de la investigación «por el hecho que describiera el Ministerio Público. Fiscal (...) y que fuera calificado provisoriamente como portación de arma de fuego *de uso civil* sin la debida autorización legal, en calidad de autor, artículo 189 *bis* inciso segundo *cuarto párrafo,* y 45 primera parte, del Código Penal» (6'16" del registro de audio, el énfasis es propio). Y sobre la base de una solicitud de la defensa, ordenó «a la Oficina Judicial se fije una audiencia en el plazo de dos meses a partir del día de la' fecha, a efectos de tratar una salida alternativa del conflicto...» (7'00" del mismo registro).

Una breve reflexión sobre la confusa referencia al arma de fuego de uso civil en la calificación legal. En el caso del escrito fiscal de apertura, claramente se trató de un error material pues el mismo párrafo menciona

a otro imputado ("M."). Otro tanto puede decirse de la jueza, pues en la audiencia aludió a un arma de uso civil pero a la vez invocó la norma que reprime la portación de armas de guerra (cuarto párrafo -y no tercero-, inciso segundo, del artículo 189 *bis* del Código Penal).

En cualquier caso, los errores u omisiones fueron subsanados oportunamente. Nada habilitaba a la magistrada a actuar del modo descripto, por lo que su, decisión fue -como ya dije- arbitraria.

6. De este repaso se pueden obtener varias conclusiones. Primero, es incuestionable que el MPF calificó el hecho como portación de arma de guerra. Luego, en la audiencia de apertura la defensa nada objetó sobre el hecho atribuido o sobre su adecuación jurídica, ni tampoco el tribunal efectuó de oficio alguna modificación sobre el punto en ejercicio del control de la regularidad del proceso (CPP, articulo 274, segundo párrafo). Tampoco hay constancia de que ello hubiera ocurrido con posterioridad. Por lo tanto, esa era la calificación legal del hecho al momento de discutir, un par de meses más tarde, la procedencia de una salida alternativa.

En virtud de lo antedicho, y como correctamente se señalará en la impugnación, las afirmaciones en contrario de la jueza no se compadecieron con la efectiva formulación de cargos del Ministerio Fiscal. Y tampoco resultaron - coherentes con su propia actividad jurisdiccional durante la audiencia de inicio del proceso.

7. La portación de arma de guerra sin la debida autorización legal está reprimida con una pena mínima de tres años y seis meses de prisión. Pero la reparación, al igual que la 'conciliación, es una regla de disponibilidad de la acción que solo procede ante «delitos conminados con una pena cuyo mínimo no supere los tres años de prisión...» (CPP, artículos 48 y 47).

En consecuencia, asiste razón a la Fiscalía: el tribunal dio curso favorable a una reparación, en un caso que la ley expresamente excluye de esta posibilidad. Ello es motivo suficiente para dejar sin efecto lo resuelto, y devolver a la instancia para que

prosiga la causa según su estado. Omitiré, pues, pronunciarme sobre los restantes agravios que componen el recurso.

8. Cómo corolario de mi razonamiento, propongo al Acuerdo: que se declare procedente la impugnación extraordinaria deducida en autos, que se revoque la resolución de la jueza Gladys Mariela Olavarria de fecha 6/11/2017, y que se remitan las actuaciones a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia para su continuación.

Asi voto.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

1. El Ministro que lidera el Acuerdo expuso los antecedentes del caso y los agravios que esgrimió el Ministerio Público Fiscal, de manera que no haré una ociosa repetición.

2. Como bien lo indica el doctor Donnet, la cuestión que trae la Fiscalía a esta instancia no es susceptible de apelación ordinaria ni extraordinaria -CPP, arts. 363 y 370-. No obstante, como ya lo sostuve en otras oportunidades, si se interpreta de manera literal el ordenamiento adjetivo, se podrían llegar a confirmar decisiones que son claramente ilegales.

Motivo por el cual deberá analizarse la impugnación extraordinaria que se presentó.

3. La jueza penal Gladys Olavarría aplicó el instituto de la reparación cuando la calificación legal escogida al caso no se lo permitía y existía oposición fiscal (arts. 47 y 48 del CPP).

La letra de la ley es muy clara '...en los delitos conminados con una pena cuyo mínimo no supere los tres años de prisión cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas' (CPP, art. 47) ; ' en los mismos casos y plazos en los que procede la conciliación, la reparación integral y suficiente ofrecida por el imputado podrá ser aceptada por el juez, cuando la víctima no tenga un motivo razonable para oponerse y mediare consentimiento del fiscal, que en este caso será vinculante.' (CPP, art. 48}.

En el caso el hecho investigado se calificó como portación de arma de guerra, que establece una pena mínima de tres

años y seis meses de prisión. Justamente en ese motivo, como así también en el Instructivo nro. 3/13 de la Procuración General y en la doctrina legal de esta Sala, es en lo que se basó el Ministerio Público Fiscal para oponerse a la aplicación del instituto.

Siendo ello así la magistrada tomo una decisión ilegal, y corresponde revocar la resolución en crisis.

Asi voto.

El juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I. Me remitiré a la síntesis desarrollada por el ministro Donnet para no incurrir en ociosas repeticiones. Expresaré, sin más, mi opinión, la. que, anticipo, será coincidente a la de mis colegas.

II. El asunto traído, esto es, la homologación de un acuerdo de reparación, no integra el catálogo de decisiones impugnables (artículo 370, en función del artículo 363, ambos del Código Procesal Penal). Sin embargo, como reiteradamente hemos sostenido, este criterio debe resignarse cuando la decisión cuestionada se aparta del texto de la ley, generando, por ende, un supuesto de arbitrariedad, que habilita la vía extraordinaria.

III. La jueza penal Gladys Mariela Olavarría aceptó la reparación ofrecida por el imputado J. E. S. B. pese a la oposición del acusador -fundada en el instructivo N° 3/2013 de la Procuración General, en razones de política criminal y en la letra de la ley, que impide la aplicación de esta salida por la calificación legal.

Es decir, la magistrada se apartó del texto de la norma ritual que, claramente, dispone en el artículo 47 -referido a la conciliación- que ésta procederá en los supuestos de delitos conminados con una pena cuyo máximo no supere los tres años de prisión, cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas, en los delitos de lesiones leves o en los delitos culposos.

Luego, el artículo 48 de ese mismo cuerpo legal, estipula que en los mismos casos en los que procede la conciliación, se admitirá 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 es este caso será vinculante.

El hecho investigado fue calificado por la fiscalía como portación de arma de guerra, el cual tiene prevista una pena mínima de tres años y seis meses (artículo 189 bis-, inciso segundo, cuarto párrafo). Es decir, más allá de la oposición fiscal -basada en razones de política criminal o en la propia instrucción de la Procuración-, en el trámite no cabía otorgar la reparación, porque la ley explícitamente excluye al delito enrostrado de esa posibilidad.

Así las cosas, la magistrada Olavarría homologo un acuerdo en un supuesto que se encuentra vedado de forma expresa por la normativa ritual. De manera que corresponde, declarar procedente el recurso extraordinario de la fiscalía, revocar la decisión puesta en crisis y devolver los actuados a la instancia para que continúe el trámite de la causa.

Así voto.

De conformidad con los votos emitidos

oportunamente, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente --------

---------- **SENTENCIA** ---------- ----------

1°) DECLARAR PROCEDENTE la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal (hojas 21 a 29/vuelta);

2°) REVOCAR la resolución n° 4697/2017 de la jueza Gladys Mariela Olavarria;

3°) REMITIR las actuaciones a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia para su continuación; y

4°) Protocolícese y notifíquese.

MARIO LUIS VIVAS

ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

MIGUEL ANGEL DONNET

ANTE MI

María Fernanda Gregorio
SECRETARIA a/c

REGISTRADA bajo el Nº 36 del Año 2018 CONSTE.-

María Fernanda Gregorio
SECRETARIA a/c