

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 23 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"F., L. D. y otro s/ robo agravado en gdo. ttva."** (Expediente N° 100106 - F° 1 - Letra "F" - Año 2015 - Carpeta Judicial N° 7468).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 74: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I. La cuestión que convoca a esta Sala es la resolución dictada por el juez Miguel Ángel Caviglia en virtud de la cual concede la suspensión de juicio a prueba en favor de L. D. F. por el término de un año.

II. A fs. 44/9 obra la impugnación extraordinaria interpuesta por el Fiscal General, doctor Héctor Iturrioz contra la citada resolución.

El primer motivo de agravio que denuncia es la falta de motivación suficiente de la sentencia que impugna. Sostiene que el juez dictó una resolución con las características propias de un simple decreto o despacho de mero trámite.

///

Refirió que el decisorio resulta arbitrario ya que carece del mínimo esfuerzo argumental para intentar sostener la conclusión a la que arriba, más aún cuando para la concesión del beneficio lo fue mediando oposición de la parte acusadora.

El segundo agravio que pone de manifiesto el recurrente consiste en denunciar la inobservancia o errónea aplicación de los preceptos legales aplicables a la cuestión.

Expresó que se le denegó al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de ejercer su pretensión acusatoria en la instancia de debate correspondiente, y puso de resalto que los motivos para oponerse a la concesión del instituto eran atendibles. Sin embargo, refiere que el juez no fundó la postura contraria al dictamen fiscal y dictó la resolución en crisis contrariando las disposiciones legales vigentes.

En ese sentido, destacó que el acto jurisdiccional en cuestión soslayó que la Constitución reserva la titularidad y el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público Fiscal, quien tiene una total autonomía para el ejercicio de su rol y que esa es la razón de la norma contenida en el artículo 76 bis cuarto párrafo del CP.

III) En lo que atañe a la admisibilidad del recurso, es muy claro que nos encontramos ante un caso no contemplado en el ordenamiento adjetivo.

La concesión del juicio a prueba no se encuentra dentro de las resoluciones susceptibles de apelación ordinaria ni extraordinaria -arts. 363 y 370 del CPP.

Sin embargo, de optar por una interpretación literal de la norma, se podría presentar la situación paradójica de confirmarse una decisión que resultara ser manifiestamente ilegal.

Similar cuestión ha sido resuelta por esta Sala en autos "**V., G. O. s/ Homicidio y Lesiones Culposas en Accidente de Tránsito s/ Impugnación**" (Expediente N° 21774 - T° II - F° 152 - Letra "V" - Año 2009), en donde, ante la impugnación de la querrela por la concesión del proceso a prueba, sostuvo: *´... El ingreso futuro a la jurisdicción y las actuales circunstancias denunciadas por la parte*

///

querellante, me obligan a observar lo hasta aquí obrado y proponer una solución que impida la prosecución de las actuaciones por existir en ellas vicios insalvables que implicarían un desgaste jurisdiccional innecesario en el caso de que la acción prosiguiera según su estado..´

Así y, conforme la doctrina sentada, opino que corresponde revisar en esta instancia la impugnación extraordinaria presentada por el Ministerio Público Fiscal.

IV) Aclarado el aspecto formal del recurso, paso a tratar la cuestión de fondo.

En primer lugar, luego de escuchar el audio de la audiencia respectiva, observo que el pronunciamiento recurrido se aparta de manera notoria de lo normado en los artículos 169 de la Constitución Provincial y 25 del Código Procesal Penal, que exige que las decisiones judiciales sean motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal.

En el caso, el juez penal cuando tiene que decidir respecto al cambio de calificación sostuvo: *"...voy a pasar a resolver la cuestión y luego de este enriquecedor debate que han formulado las partes entiendo que la representante del ministerio público fiscal debió dar un fundamento más sólido en cuanto a ignorar directamente la ley 26579, que yo entiendo que en el caso juega un rol preponderante, por qué, porque no solamente la norma, y no voy a compartir el criterio del doctor Rebagliati Russell que la norma exegeticamente debe ser interpretada como tal, por el contrario hay modos de interpretar a las normas que están previstos en las leyes y que tenemos que tener en cuenta fundamentalmente el espíritu que llevó al legislador a determinar una normativa que, como en este caso, de tal gravedad que agrava una situación de una persona determinada. Y es en ese entendimiento que sin llegar al exceso de interpretar que solamente sea de aplicación... resulte de aplicación el agravante en los casos de aprovechamiento de menores, sin llegar a ese exceso, porque insisto no es el caso y aparte porque entiendo que cada caso en particular debe ser analizado y cada elemento que cuenten las partes analizado en función del resultado en el caso*

concreto, insisto no es ese el caso, sí tengo presente que las circunstancias de la modificación de la mayoría de edad no estaba prevista en el legislador al momento del dictado de esta norma y si bien es cierto que tengo presente comparto los argumentos que pudieron tener los legisladores para modificar la norma de responsabilidad civil y que no implica un idéntico tratamiento respecto de la responsabilidad penal ... no es menos cierto que en los casos como el presente debe analizarse muy detenidamente la situación, insisto, en cada caso en concreto estamos ante la presencia de dos jóvenes primarios que no tienen antecedentes y sí voy a compartir plenamente que no estoy de acuerdo conforme manifestara la señora defensora y estos cambios espasmódicos que se introducen en las normativas penales y procesales penales ... para dar respuesta a la sociedad ... es en función de ello entonces que en definitiva voy a resolver la cuestión haciendo lugar al planteo de la defensa pero, fundamentalmente, doctora que esto quede en claro, en el caso concreto, al momento de llevarse adelante la audiencia del artículo 274 si bien la calificación siempre es provisoria la aplicación de la agravante ya surgía en el momento de la imputación y en este caso entiendo que varía una circunstancia, yo entiendo la postura del ministerio público fiscal, la plataforma del hecho es exactamente la misma, pero en este caso concreto entiendo que la omisión de hacerle conocer en su momento al mayor que se encontraba esta circunstancia implica una variación y una lesión a sus garantías constitucionales y en ese entendimiento entonces voy a manifestar que hago lugar al planteo de la defensa calificando el hecho de conformidad como lo hiciera la representante del ministerio público fiscal en los términos únicamente de los artículos 166 inc. 2° del código penal, 42 y 45 dejando de lado el agravante del artículo 41 bis quater... propongo si le parece a las partes ... propongo una suspensión en la audiencia preliminar ... en función de la revocatoria planteada por los argumentos que no voy a repetir pero que creo que quedaron grabados en audio perfectamente no voy hacer lugar a la revocatoria y en función de que la misma implica reserva de impugnar vamos a suspender

///

la audiencia del día de la fecha ante la imposibilidad de dar tratamiento a la audiencia preliminar y fundamentalmente para garantizar los derechos de los imputados de la posibilidad de ofrecer la suspensión del juicio a prueba conforme anticipara la defensa ... (...)" (lo transcripto reproduce los fundamentos vertidos por el juez Caviglia en la audiencia celebrada el 26 de junio de 2015).

Obsérvese que el magistrado discurre de manera imprecisa, en esta etapa procesal, acerca de la aplicación o no de la agravante, y aun cuando le advierte a la Fiscalía acerca de la provisoriedad de las calificaciones, se introduce en ella -con falta de apoyo normativo- y termina extirpándola de la acusación.

Es claro que el haberse introducido en una materia que parece más propia del debate que de la etapa intermedia, permitió modificar la calificación delictiva propuesta por el Ministerio Fiscal y de éste modo arribar a la posibilidad de la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

De ningún modo la calificación originaria lo hubiera permitido pues excedía del quantum punitivo que lo hiciera viable. Era necesario introducirse en la aplicabilidad o no de la agravante para poder hacerlo.

Pero esto no es lo dirimente que toma el juez para conceder el beneficio solicitado por la Defensa, con lo cual tornaba inane el análisis del punto anterior relativo a la aplicación o no de la agravante al momento del hecho.

En efecto, advierto un quiebre en la línea argumental que venía desarrollando el magistrado en su decisión, pues lo que finalmente lo mueve a modificar la calificación legal, no es si al caso concreto le era o no aplicable la agravante, sino la circunstancia de no haberle hecho conocer al imputado mayor de edad la situación agravante al tiempo de la audiencia del art. 274 (apertura de la investigación preparatoria).

A su entender, esta omisión en comunicar la situación procesal antes señalada, implicó una lesión

///

a las garantías constitucionales, y es esto lo que en definitiva lo lleva a acceder a la petición de la Defensa.

Sin embargo, la afectación constitucional que proclama, al ser expresada de un modo genérico, impide efectuar una refutación precisa sobre el punto, y esto constituye una arbitrariedad que tiñe de igual modo la conclusión a la que se arriba.

La arbitrariedad es aún mayor cuando en virtud de un fundamento que no se explica, se lo utiliza para dejar de lado una disposición legal vigente.

No es razonable exigir una información precisa del tipo legal al tiempo de la apertura de la investigación, pues ella será siempre provisional y sujeta a la investigación que en tal sentido se emprenda. Pues bien, no resultaría extraño que en el

lapso existente entre la apertura de la investigación y la acusación (art. 291), se incorporen elementos que permitan variar la calificación legal primigenia. Si el reproche fáctico no varía, el mayor ajuste que se produzca en ella, tampoco incide en desmedro del imputado, pues de lo que se acusa y defiende en definitiva, no es de calificaciones legales, sino de hechos.

El objeto de cada proceso es aquello de lo que se acusa en él a una persona y sobre lo que versa la actividad judicial y ha de pronunciarse la sentencia, es un hecho considerado como delito o falta y no una determinada figura delictiva ni una determinada consecuencia penal.

Ha sido reiteradamente sostenido por el Tribunal que la calificación jurídica propuesta por las partes no vincula al juez a la hora de dictar sentencia. En el proceso acusatorio que nos rige, es suficiente con que se respete el hecho esencial de la acusación en la sentencia. Es decir no se vulnera el principio de congruencia cuando el Tribunal condena por el mismo hecho que ha sido objeto del proceso aunque cambie la calificación jurídica. En apoyo de ello, del art 332 del CPP se infiere que lo

///

realmente fundamental es el hecho, no su calificación.

En consecuencia, si el hecho se ha mantenido inalterado, no correspondía otorgarle entidad dirimente a las calificaciones provisorias efectuadas al comienzo de la investigación. Y si a ello se agrega la inexistencia de fundamentos para apartarse de la disposición legal invocada por la Fiscalía, deviene por demás clara que la resolución judicial así adoptada es arbitraria.

Por ende, la prosecución de la causa en ese estado debe ser impedida pues implicaría el tránsito por institutos procesales no permitidos por la ley, y la atribución de competencias tampoco contempladas en la norma.

Por las razones antes expresadas, soy de la opinión que el recurso de impugnación interpuesto ante esta instancia extraordinaria debe ser acogido y en su mérito, la resolución de fs. 42 debe ser dejada sin efecto, y remitirse las actuaciones a la instancia de origen para su continuación. Así lo voto.

El juez **Jorge Pflieger** dijo:

I. Breve introducción al tema

a. Por causa de la impugnación extraordinaria interpuesta por el Fiscal General, doctor Héctor Iturrioz, ha recalado en esta Corte la resolución dictada por el juez Miguel Ángel Caviglia, que concedió la suspensión del juicio a prueba en favor de L. D. F., por el término de un año.

b. Los antecedentes del caso y el contenido del recurso han sido descriptos por el Juez Rebagliati Russell, que no repetiré y, consecuentemente, pasará a tratar el asunto sin más.

II. La solución.

///

1. He sostenido pertinazmente que las decisiones en las que se resuelvan cuestiones que, como ésta, resulten altamente controvertibles o que definan la suerte de la acción penal sean documentadas en un texto escrito y no ocurra, como en el que nos ocupa, que se acompañen constancias grabadas que solo complementan e ilustran sobre el desarrollo de una audiencia o exhiben un devenir discursivo difícil de comprender.

Al respecto traigo a colación mi voto en "**Pcia. del Chubut c/ R., O.; V., R. O.; S., A. M.; P., R. N.; G., J. O.; M. B., R. M. s/ Impugnación**" (Expediente N° 23.302 - Folio 9 - Año 2014. Carpeta Judicial N° 1981), en el que pretendí desarrollar el tema.

En efecto, tal he dicho allí, consiento la validez de algunos pronunciamientos cuando se trata de cuestiones sencillas y fácilmente asequibles, o que son consecuencia de la dinámica de las audiencias, pero no me atrevo a ser indulgente en relación con esta materia por la aplicación de las normas que regulan el dictado de decisiones que dirimen cuestiones cuya dinámica requiere de sustanciación; lo que apuntaba en el primer párrafo.

De suerte entonces que, ya de partida, resulta claro que en términos técnico- procesales no hay sentencia, y por tanto cabe revocar la decisión y

///

devolver el caso a la instancia para que se resuelva acorde lo establecido.

2. Pero aun cuando superase intelectualmente el primer escollo, encuentro que la versión grabada-transcripta por el distinguido colega que ha opinado no supera los estándares exigibles para que el acto sentenciador sea válido en clave del deber de motivación o fundamentación de las sentencias, expresión ésta que no resulta una fórmula vacía de contenido.

Y digo así pues se trata de una imposición que encuentra sus raíces en el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y se proyecta en el proceso legal y regular pues las partes- ambas que litigan- han de conocer las razones que los jueces exhiben al dictar sus dispositivos.

Cuadro la decisión del doctor Caviglia, de cuya honestidad intelectual no dudo, en el plano de la fundamentación aparente, pues la conclusión arribada se cimienta en una retórica poco sistemática que no contiene el "fundamento fundado" exigible.

En su obra "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria" -Abeledo Perrot, página 259 del Tomo I), Carrió y Carrió señalan que: "...No basta resolver el litigio; hay que resolverlo con criterios y apreciaciones que por hallarse dotados de fuerza de convicción, puedan convencer. De otro modo la decisión no sería más que el producto del arbitrio de los Jueces. En otras palabras: no basta que un fallo tenga fundamentos; es menester que estos fundamentos estén a su vez fundados. Porque si no lo están sólo hay apariencia de fundamentación...".

///

Este criterio ha sido citado en **"V., P. s/ denuncia en rep. de su hijo menor C.J.D"** (Expediente N° 22.314 - F° 42 - Año 2011) y en **"Comisaría Sarmiento s/ investigación s/ impugnación"** (Expediente N° 22.385- Letra "C" - Año 2011), entre varios.

La defección que contiene la decisión judicial nos ubica en el plano de la arbitrariedad y es otra de las razones que causan la extirpación.

3. Por último no debo dejar de resaltar que la opinión de Ministerio Fiscal en la concesión del instituto es dirimente.

El control judicial aceptable es el de razonabilidad; es decir: la verificación de la relación de causa y grado entre la oposición y el concreto asunto que se dirime.

Así lo ha entendido el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba al decidir que "...La vinculación de la suspensión del juicio a prueba con el principio procesal de oportunidad justifica que el representante del órgano público de la acusación dictamine sobre la procedencia de la probation solicitada en casos particulares, haciendo hincapié en razones no estipuladas de conveniencia y oportunidad político criminales. No obstante, este último extremo no permite que el dictamen pueda estar fundado de cualquier modo, y tampoco impide que su decisión pueda ser sometida a control judicial sobre su legalidad y razonabilidad..." (Dragotto, Alejandro s. Recurso de casación en: Juárez, Marcos y otros s. Cohecho activo agravado) 25-07-2014; Rubinzal Online; RC J 6763/14).

///

De allí que entiendo que la norma permite soslayar al Ministerio Fiscal cuando su pretensión es groseramente arbitraria; pero no autoriza a suplir su criterio cuando en la oposición se vierten proposiciones serias que, como en el bajo examen, implican puntos de vistas altamente discutibles en torno de la calificación legal escogida; sumado ello a la oportunidad o momento procesal escogido para ponerla sobre el tapete. **Epílogo**

Por los fundamentos dados, voto por revocar la sentencia que concede la suspensión de juicio a prueba y remitirse el caso a la jurisdicción de origen para que otro Juez tome el caso y atienda a su estado.

Así voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Compondré mi voto sin exponer los antecedentes que motivan el remedio del Fiscal General de Comodoro Rivadavia, merced a la enunciación realizada en el primer sufragio, por el ministro Rebagliati Russell.

II. Señalaré que si bien el recurso intentado -la impugnación en desmedro del fallo que concede la suspensión del juicio a prueba-, 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 legales.

III. El ministro Pflieger introdujo la cuestión de la ausencia de fundamentos en soporte papel.

Consideró que las decisiones dirimentes como la traída a esta instancia, que define la suerte de la acción penal-, debían ser documentadas por escrito, no exclusivamente a través de grabaciones.

Repetiré mi postura en la causa "**L., M. y otra s/ robo en grado de tentativa - carpeta N° 7520 - Comodoro Rivadavia**" (Expediente N° 100128 - Folio 1 - Año 2015, sentencia N° 34/2016 del 30/8/2016). En efecto, si bien el ordenamiento procesal doméstico autoriza el uso de sistemas de sonido o grabaciones digitalizadas, sería conveniente, con la finalidad de garantizar adecuadamente la impugnación ante otros órganos jurisdiccionales, su revisión y publicidad, que las razones de las decisiones como éstas, sean asentadas por escrito, sin perjuicio de su registración oral.

IV. Realizada esta aclaración, expresaré que la resolución adoptada por el a quo carece de fundamentos.

En este sentido, la Constitución de la Provincia del Chubut, en su artículo 169, exige que las decisiones judiciales sean motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal, considerándose falta grave su carencia.

Por su parte, el artículo 25 del Código Procesal Penal dispone que las decisiones judiciales deben ser motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal. Y agrega que ello no podrá reemplazarse con la

///

simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales.

Es decir, todo pronunciamiento debe ser autosuficiente y autónomo; tiene que bastarse a sí mismo y sus fundamentos deben ser claros y concretos.

Sin embargo, advierto que cuando el a quo decidió la concesión de la suspensión del proceso a prueba, lo hizo sin observar las disposiciones antes referidas.

El magistrado giró en torno a una cuestión -la de la calificación legal- que correspondía definir en una etapa ulterior, luego invocó una supuesta violación al principio de congruencia y la eventual afectación al derecho de defensa. Por último, concedió el instituto de mención, pese a la oposición fiscal.

Como quedó plasmado en la transcripción que efectuó el juez Rebagliati Russell, la argumentación del a quo resultó algo confusa. Además, no se expidió acerca de la negativa invocada por el acusador al progreso de la suspensión. Correspondía que el judicante manifestara las razones por las que desechaba la pretensión del fiscal.

En conclusión, como la resolución traída no cuenta con una debida fundamentación, corresponde revocarla y que otro juez resuelva conforme a derecho.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

--

1º) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el titular del Ministerio Público Fiscal de Comodoro Rivadavia (fojas 44/49).

///

2°) Revocar la resolución número 3208/2015 emitida por el juez penal Miguel Ángel Caviglia (hojas 42 y vuelta)

3°) Reenviar a la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, a sus efectos.

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pflieger-Alejandro Javier Panizzi-Daniel A. Rebagliti Russell- Antemi : José A. Ferreyra Secretario

///