

En la ciudad de Santa Rosa, Capital de la Provincia de La Pampa a los veintiún días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, se reúnen los señores Ministros el Dr. Fabricio Ildebrando Luis LOSI y el Dr. Hugo Oscar DIAZ integrantes de la Sala B del Superior Tribunal de Justicia, de conformidad con el art. 421, con relación al art. 411 del C.P.P., a efectos de dictar sentencia en los autos: “GIMENEZ, Miguel Ángel en causa por rechazo de sobreseimiento s/ recurso de casación”, legajo n.º 36282/2, y su acumulado, legajo n.º 38565/2, caratulado: “CABRERA, Carlos Rubén en causa por rechazo de sobreseimiento s/ recurso de casación”, con referencia al recurso de casación interpuesto a fs. 1/16, del primer legajo indicado, por el defensor oficial de Miguel Ángel Giménez, Dr. Martín García Ongaro, y el recurso de casación articulado por la defensora oficial de Carlos Rubén Cabrera a fs. 1/11, del legajo agregado, Dra. Silvia Mariel Anecchini, con la intervención especial en las dos presentaciones del defensor general Dr. Eduardo Aguirre, ambos recursos contra la decisión del T.I.P., que dispuso: “No hacer lugar a los recursos de impugnación interpuestos por la defensora Oficial Silvia Mariel Anecchini a favor de Carlos Rubén Cabrera y por el defensor Oficial Martín García a favor de Miguel Ángel Jiménez... confirmando en consecuencia, las resoluciones dictadas por el Juez de Control de fecha 04/07/2017... por las cuales no hace lugar a la aplicación del principio de oportunidad.”

#### RESULTA:

1º) Que el Tribunal de Impugnación Penal confirmó la decisión del Juez de Control, Dr. Daniel Ralli, de no hacer lugar a la aplicación del criterio de oportunidad que había solicitado el fiscal interviniente, en primer término respecto de Carlos Rubén Cabrera (el 4/7/2017, en legajo n.º 38565/0) y luego de Miguel Ángel Giménez (el 28/7/2017, en legajo n.º 36282/0).

2º) Que a modo de reseña inicial, corresponde aclarar que en razón de la similitud de agravios presentados en los recursos de los defensores oficiales, contra el mismo pronunciamiento emanado del Tribunal de Impugnación Penal, serán tratados los remedios conjuntamente en el presente dispositivo, haciendo mención concreta a las puntuales diferencias advertidas.

3º) Que la defensa técnica de Miguel Ángel Giménez, ejercida por el defensor oficial, Dr. Martín García Ongaro, como así también la desarrollada por la Dra. Silvia Mariel Anecchini, a favor de Carlos Rubén Cabrera, interpusieron recursos de casación, con invocación de los incisos 1º y 2º del art. 419 del C.P.P., y la defensora adicionó asimismo, la motivación consagrada en el tercer inciso del indicado artículo.

Inicialmente, los defensores indicaron sus fundamentos acerca de la admisibilidad de las casaciones articuladas. En ese sentido, sostuvieron que la providencia decretada por el T.I.P., debe ser estimada como un “auto importante”; y en razón de ello, como la revisión amplia no sólo debe realizarse respecto de las sentencias

condenatorias sino también sobre de los pronunciamientos que puedan reputarse importantes, es que entendieron, resultan formalmente admisibles las vías intentadas.

4º) Que como primer motivo de agravio, invocaron la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 419, inc. 2 del C.P.P.).

Por su parte el Dr. Martín García Ongaro, refirió que existen disposiciones procesales que han sido equivocadamente aplicadas, vinculadas con el principio de oportunidad y la consecuente administración del ejercicio de la acción penal, lo que se encuentra directamente relacionado al régimen de acción estatuido en los art. 71 y ss del código de fondo.

Cuestionó la determinación del a quo cuando le respondió, en oportunidad de resolver su impugnación, que en nuestra administración de justicia penal se establece el principio de legalidad, y que por ello, más allá de sus excepciones, los órganos encargados de la persecución penal tienen la obligación de ejercer la acción.

Refutó ello con la mención de que el art. 71 del C.P. "...hace clara alusión a que el principio de oficialidad rige sin que ello obstaculice ni desnaturalice el régimen de acción y su disponibilidad, tal cual lo prevén las legislaciones locales..." (fs. 6).

Ambos defensores indicaron que el juez de control denegó la aplicación del criterio de oportunidad, en base a que del concurso de delitos que se le atribuyen a cada uno de sus defendidos, surge una pena en abstracto cuyo máximo es de 11 años de prisión en el caso de Miguel Ángel Giménez y de seis años de prisión respecto de Carlos Rubén Cabrera; asimismo, como la norma procesal (art. 15 del C.P.P.) prevé en el inc. primero in fine, la imposibilidad de acudir al mencionado principio cuando "...la acción atribuida tenga una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda los tres (3) años...", concluyó el magistrado que no correspondía hacer lugar a su aplicación.

Luego, reprocharon tal decisión al considerar que el art. 15 del C.P.P. no especifica ni regula ninguna cuestión vinculada al concurso de delitos, sino que solo menciona dos supuestos a los que les incumbiría la aplicación del instituto. Sostuvo la Dra. Annecchini que de haber querido el legislador regular el concurso de delitos para los supuestos de aplicación del criterio de oportunidad lo hubiera previsto en la norma específica.

Además, entendieron los defensores que la excepción reglada en la última parte del primer inciso del artículo en cuestión, solo es aplicable al segundo supuesto de tal dispositivo, no al primero, "...evidencia de ello es que la solicitud de sobreseimiento efectuada por el fiscal, no señala que la petición de aplicación del criterio de oportunidad sea en el marco del segundo supuesto." (fs. 6, leg. 36282/2 y 38565/2 )

Por otra parte, se agravaron de la decisión del a quo pues consignaron que el actuar del juez de control contraría el principio acusatorio al arrogarse facultades que no le han sido concedidas por el legislador, dado que entendieron que "...la habilitación que efectúa el art. 15 del C.P.P., a los fines de encaminar o cancelar el impulso de la acción es una potestad privativa de la fiscalía..." (fs.10, leg. 36282/2 y fs. 7, leg. 38565/2)

Finalmente, el defensor de Miguel Ángel Giménez, cuestionó la argumentación dada por el juez de control, en cuanto a que en atención a lo normado en el quinto párrafo del art. 76 ter del C.P., la pena que se imponga, no podrá ser dejada en suspenso, lo que destaca su significancia; como así también, el respaldo que dio el T.I.P. a tal argumentación al sostener que el magistrado cuando adoptó esa decisión no invadió funciones ajenas sino que "...en atención a los antecedentes de Giménez no ha podido pasar por alto que la pena que se le pudiera imponer nunca va a ser de menor relevancia porque la hasta aquí impuesta es de ejecución condicional y la que se le pudiera llegar a imponer lo sería de efectivo cumplimiento." (fs 11, leg. n.º 36282/2).

Dijo, respecto de esos fundamentos, que se vio vulnerado el principio acusatorio, ya que la especulación realizada sobre la expectativa de pena, tanto en la cantidad como modalidad de ejecución, es una proyección que no solo no está habilitada por la jurisdicción al tribunal, puesto que se trata de una ecuación punitiva que solo podría formular el órgano requirente, sino que afecta el principio de inocencia que debe garantizar el Estado a todo justiciable.

La Dra. Anecchini, también remarcó la vulneración al principio acusatorio, pues especificó que si el fiscal solicita la aplicación del criterio de oportunidad ello "...obliga al Tribunal a su concesión, ya que nadie se encuentra en mejores condiciones que el MPF, para determinar qué alcance va a tener su acción penal." (fs. 7, leg. 38565/2)

5º) Que en segundo término los defensores invocaron la inobservancia de un precepto constitucional (art. 419 inc. 1 del C.P.P.).

En este apartado reiteraron ciertos argumentos vertidos en el desarrollo de los textos recursivos. Remarcaron la existencia de un obrar jurisdiccional contrario al principio acusatorio, en razón de habilitar al juez de control el empleo de facultades que el legislador no le ha concedido. En ese sentido, reeditaron que la habilitación que realiza el art. 15 del C.P.P., a fin de proseguir o cancelar el impulso de la acción es una potestad privativa de la fiscalía.

Nuevamente expusieron su visión acerca de la presencia de una infracción a garantías constitucionales y convencionales. Coincidieron en que la inteligencia aplicada por los tribunales conlleva a verificar la lesión a los principios de debido proceso, in dubio pro reo, pro homine y al principio de legalidad.

6º) Que en último lugar, la Dra. Anecchini, defensora de Carlos Rubén Cabrera también invocó como motivo casatorio el inciso tercero del art. 419 del C.P.P.

En ese marco sostuvo que al resolver de esa manera el Tribunal de Impugnación Penal, y confirmar la interpretación dada por el magistrado de control, acerca de la proyección en expectativa de la pena prevista para la figura penal en abstracto, desoyó la doctrina de la C.S.J.N. sostenida en el fallo Acosta. En ese sentido sostuvo que la inteligencia dada va en contra del art. 18 de la C.N., y también del art. 29 b. De la C.A.D.H. "... por ende, la fundamentación es inválida, y por ello inválido su decisorio, lo cual entiende la defensa que debe ser corregido por el STJ en ejercicio del control de convencionalidad..." (fs. 10, leg. 38565/2)

7º) Que el señor Procurador General, Dr. Mario Oscar Bongianino, en la oportunidad prevista para emitir su dictamen, presentó sus escritos, obrantes a fs. 36/37 y 32/vta. de los legajos nos. 36282/2 y 38565/2, respectivamente.

En ellos estimó que, sin perjuicio de coincidir con los recurrentes en cuanto a que "... el principio de oportunidad es una facultad del Fiscal que tiene a su cargo la persecución penal, que constituye un instrumento de selección que tiene a lograr un sistema de enjuiciamiento penal más eficiente, al logro de los objetivos propuestos como política de persecución penal, al efectivo uso de tiempo y recursos, que se enmarca en una intervención del derecho penal como última ratio evitando el ejercicio del poder punitivo en casos en los que resulta posible una solución alternativa...", sendos recursos deben ser rechazados, por no satisfacer los requisitos legales exigidos en la norma ritual. Específicamente, en el caso que involucra a Miguel Ángel Giménez indicó que, el principio de oportunidad que se pretendió aplicar, no solo incumple la exigencia normativa, sino que además no resulta acorde a la finalidad perseguida por el instituto.

#### CONSIDERANDO:

1º) Que la materia traída a resolución plantea, una vez más, la tensión entre las facultades del Ministerio Público Fiscal y los límites de los Jueces dentro del esquema de un sistema acusatorio adversarial.

Así pues, circumscripata la temática, como punto de partida corresponde destacar que este tribunal comparte el criterio y argumentos expuesto por el tribunal a quo en el pronunciamiento aquí cuestionado.

En ese sentido, tal como ya se dijo en los precedentes "FUENTES, Martín en causa por prescripción de la acción penal s/ recurso de casación presentado por el querellante particular" y "ROIG, Juan Carlos en causa por invalidez de juicio abreviado s/ recurso de casación" (legajos nos. 78/2 y 28991/2, respectivamente), el juez es el director del proceso y su límite está dado en la imposibilidad de adjudicarse competencias impulsoras que están en cabeza del fiscal y, eventualmente, del querellante particular. El magistrado, fuera de dichas

facultades de impulso procesal, propias de los modelos inquisitivos, conserva su rol de tercero imparcial pero rector del proceso, ante las disputas entre acusación y defensa, con estricto apego a los límites que le fija la ley.

2º) Que nuestro ordenamiento procesal penal habilita un sistema de oportunidad reglada, por lo cual el fiscal tiene en sus manos la facultad de abstención en el ejercicio de la acción penal, pero conforme a los contornos de la ley procesal. Cuando el fiscal opta por la aplicación del principio de oportunidad, necesariamente la resolución que declare extinguida la acción deberá ser dictada por un juez. El juez –de control o juicio, según la etapa en la que fuere planteada, tiene la potestad de analizar si se dan los extremos que habilitan la oportunidad.

Los doctrinarios, en su mayoría, son contestes en sostener que, en la regulación del principio de oportunidad, subyacen fundamentos de puro pragmatismo - esencialmente en miras a racionalizar los esfuerzos y recursos en la investigación penal-, pero no podemos soslayar que los distintos supuestos de oportunidad, que consagran los ordenamientos procesales provinciales, responden en general a institutos de naturaleza sustancial.

El principio de oportunidad es una herramienta importante de política criminal del Ministerio Público Fiscal, pero en tanto es sometido por las partes, a la decisión de un juez, quien tiene la potestad de “decir el derecho” (jurisdicción) necesariamente deberá hacer un análisis del caso.

Como la disponibilidad de la acción no es absoluta, el juez, en este estadio procesal, realizó un análisis de procedencia del instituto conforme los límites que le impuso el legislador pampeano. En tal inteligencia, es correcta la decisión del Juez de Control, confirmada por el Tribunal de Impugnación. Ninguno de los dos casos se sustentan en algunos de los institutos de fondo a los que, inequívocamente, remite el art. 15 del C.P.P.

Así pues, el primer inciso del art. 15 se refiere a dos supuestos: a)afectación insignificante del bien jurídico (bagatela); b)banalidad del rol en la participación penal; además, les adiciona un límite temporal: que la acción atribuida tenga una pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda los tres años. Es decir, que lo determinante no es solo la estimación del límite temporal de la pena reprochada a la conducta atribuida, sino también la naturaleza del hecho en sí.

Los dos casos por los cuales el fiscal pidió la aplicación del principio de oportunidad contienen, como imputación básica, el encubrimiento por receptación dolosa, al encontrarse en poder de los acusados motocicletas que le habían sido sustraídas a sus legítimos propietarios.

Además, en los dos legajos que el Tribunal de Impugnación abordó conjuntamente en el Plenario, los imputados tenían otras imputaciones en concurso material, lo

que extendía la escala penal, en abstracto, conforme la sumatoria de los máximos, superando el tope de tres años establecido por la norma procesal en cuestión.

Tal como lo indica la exposición de motivos de nuestro Código Procesal Penal, en las decisiones de oportunidad no se trata solo de derecho, sino de un problema político-criminal, acerca de si en el caso concreto es útil la persecución penal o la imposición de una sanción.

En tal inteligencia, las presentaciones del fiscal no están fundadas en criterios de política criminal, conforme el dictamen del Procurador General de la Provincia, que desaconseja el otorgamiento de la oportunidad; tampoco acreditan ni fundamentan que, en estos casos concretos, haya existido una afectación insignificante del bien jurídico.

Los límites temporales, que fijó el legislador provincial dentro de sus facultades constitucionales, constituyen barreras difíciles de franquear, salvo que se pruebe que, en el supuesto puntual, resulta contrario al principio de razonabilidad (art. 28 CN) y que, efectivamente, el hecho tenga una afectación insignificante del bien jurídico, o la participación del imputado haya sido banal.

Los recurrentes, acudiendo a la interpretación literal del art. 15 inciso 1° del Código Procesal Penal de La Pampa, sostienen que el requisito temporal solo estaría referido al supuesto de participación banal y no al de bagatela. La redacción del inciso es la siguiente: "...1°) Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia no afecte gravemente el interés público, o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción tenga una pena privativa de libertad cuyo máximo exceda los tres (3) años..."

En realidad, la coma luego del término "relevancia" nos indica que la restricción temporal se refiere a ambos supuestos. Si el legislador pampeano hubiese pretendido darle el sentido que propugnan los recurrentes, la redacción hubiera sido distinta, sin una coma que separe los términos "relevancia" y "excepto", dividiendo en dos proposiciones la norma. La expresión indica, claramente, que se trata de los supuestos de "bagatela" y de "participación banal" -ambos separados con una coma en su redacción-, a los que se adosa un límite temporal: que la figura penal no supere los tres años en su máximo.

3°) Que en tal inteligencia, teniendo el fiscal en sus manos las llaves de la imputación, en el caso del legajo 38565 formalizó a Carlos Rubén Cabrera, además de encubrimiento (art. 277, inc.1°, ap. "e" C.P.), por el delito de supresión de número de un objeto registrable (art. 289, inc. 3°, Cód. Penal), en concurso real. En ningún tramo de su fundamentación acreditó que se tratara de un hecho de mínima afectación del bien jurídico, o de participación nimia del imputado. Tampoco invocó cuestiones de política criminal, conforme instrucciones del Fiscal General o del Procurador General.

4º) Que en el caso del legajo 36282, referido a Miguel Ángel Giménez, el fiscal, además de no acreditar que se trató de un caso de insignificancia, se encontró con el valladar insuperable del art. 76 ter, 5to. párrafo, del Código Penal, el cual dispone que ante la revocación de la suspensión del proceso a prueba por la comisión de un nuevo delito, la pena a imponerse no podrá ser dejada en suspenso. La exigencia de una pena de cumplimiento efectivo, conforme la clara redacción del Código Penal, torna improcedente la aplicación del inciso tercero del artículo 15 del Código Procesal Penal, pues la pena a imponerse no carece de importancia en relación a la ya impuesta (de un mes de prisión en suspenso), sino que, por el contrario, es una sanción más grave.

5º) Que la cuestión haya sido promovida y sostenida por el titular de la acción penal pública, no permite equipararla a los supuestos de falta de acusación (en línea con el precedente “Tarifeño” de la CSJN), pues tal solución supone la existencia de un juicio previo, circunstancia que no se da en estos casos, que aún se encuentran en curso de investigación fiscal preparatoria. Extender la aplicación de “Tarifeño” a cualquier etapa del proceso, implicaría consagrar la disponibilidad de la acción, total y absoluta, por parte del fiscal, facultad que en modo alguno se encuentra habilitada en nuestro ordenamiento procesal.

Por otra parte, tampoco corresponde aplicar la interpretación que brindan los defensores acerca del pronunciamiento “Acosta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues tal como lo sostiene ese tribunal en el fallo, el beneficio de la suspensión de juicio a prueba es un derecho reconocido al imputado; mientras que, el criterio de oportunidad es una facultad consagrada al ministerio público fiscal, estrictamente regulada en el código de procedimientos local. Entonces, por tal distinción, no es procedente la sintonía de ambos institutos, propuesta por los defensores.

6º) Que, en definitiva, por todo lo expuesto, corresponde rechazar los recursos impetrados contra el fallo plenario del T.I.P., en atención a que ese pronunciamiento otorga una amplia y clara respuesta al razonamiento que debe aplicarse respecto del principio de oportunidad reconocido en la norma ritual; es decir, tal como lo determina el tribunal a quo, la correcta interpretación del art. 15 inc. 1º C.P.P. exige la acreditación del supuesto de bagatela o participación banal más el límite temporal -que el máximo de la escala penal no supere los tres años de prisión-.

Por ello, el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, SALA B,

FALLA

1º) Desestimar el recurso de casación formulado por el defensor oficial, Dr. Martín García Ongaro, a fs. 1/16 de estos autos, contra la resolución en pleno, n.º 11/17, del Tribunal de Impugnación Penal.

2º) Desestimar el recurso de casación presentado por la defensora oficial, Dra. Silvia Mariel Anecchini, a fs. 1/14 del legajo acumulado al presente (n.º 38565/2), contra la misma resolución del Tribunal de Impugnación Penal, indicada en el punto que antecede.

3º) Registrar, notificar y, oportunamente, archivar el actual legajo.