

## Sentencia Arbitraria Art 149 Bis 1 Parr Codigo Penal

### JURISPRUDENCIA

### Sentencia arbitraria. Art. 149 bis 1° párr. Código Penal

Se

hace lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, dejándose sin efecto la resolución por la que extendió, sin razones para ello, una norma contenida en el CPP a un supuesto no previsto. Buenos Aires, 11 de mayo de 2016 Vistos: los autos indicados en el epígrafe. Resulta 1. Eduardo Javier Riggi, titular de la Fiscalía de Cámara Norte, dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF (fs. 264/271) que por mayoría revocó los puntos I y II de la resolución de primera instancia -en orden al rechazo del planteo de nulidad contra la reapertura del proceso, resuelta por la Fiscalía, frente al incumplimiento del acuerdo de mediación y del planteo de excepción de falta de acción por vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria-; declaró la nulidad del decreto obrante a fs. 176/vta. ¿y de todo lo actuado en consecuencia? e hizo lugar al planteo de excepción; y, finalmente, sobreseyó a Juan Manuel Barros respecto de los hechos que se le habían endilgado en perjuicio de su ex pareja. En su recurso de inconstitucionalidad -que a su turno fue concedido, por mayoría, por el tribunal a quo (fs. 306/310)-, el Ministerio Público Fiscal consideró, como cuestión preliminar, que la resolución impugnada resultaba arbitraria, inválida e incongruente, toda vez que carecía ¿de una coincidencia sustancial de argumentos?. Seguidamente discutió las conclusiones que uno de los jueces (el Dr. Delgado) formuló en su voto, en cuanto a que los plazos previstos por el art. 104 del CPP no se ¿suspenden? en ningún caso -ni aun ante el archivo por existencia de un ¿acuerdo de mediación?- y en cuanto a que la Fiscalía debió continuar impulsando la acción, pues asumió que ellas resultaban insostenibles y asistemáticas. Por otra parte, la Fiscalía denunció que la nulidad declarada por ambos camaristas (los Dres. Delgado y Manes) ante la no celebración de una audiencia, con la participación del imputado -por aplicación analógica del art. 311 del CPP-, no tenía sustento alguno en la ley aplicable, vulneraba el principio acusatorio e introducía un mecanismo que invadía atribuciones exclusivas de su Ministerio. Por último, sin perjuicio de cuestionar la disparidad de criterios entre estos mismos jueces en cuanto a la manera de contabilizar los plazos y a los diferentes alcances que tendría la presunta nulidad, el recurrente también objetó la interpretación acordada a los arts. 104 y 105 del CPP y su supuesta relación con la garantía del ¿plazo razonable?, por carecer, en su opinión, de una fundamentación adecuada. 2. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención en las actuaciones, solicitó que se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Fiscalía de Cámara y que se revocara la decisión recurrida (fs. 316/319). Fundamentos: La jueza Ana María Conde dijo: 1. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido por la mayoría del tribunal a quo, puesto que satisface los requisitos exigibles en la especie (arts. 27 y 28, ley n° 402). 2. En primer lugar, considero que le asiste razón al Ministerio Público Fiscal en cuanto controvierte la resolución adoptada por arbitraria. En efecto, el recurrente puso en evidencia la incongruencia parcial de la decisión, pues aquella carece de una coincidencia sustancial de argumentos. En ese sentido, tal como lo indica la Fiscalía, la decisión sub examine no puede ser calificada como un acto jurisdiccional válido, porque los jueces que supuestamente integraron la mayoría, para admitir la ¿excepción de falta de acción? (por vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria), expusieron fundamentos sustancialmente diferentes que son contradictorios, auto excluyentes e inconciliables entre sí -al menos en lo que se refieren al cálculo de los términos en general, a los intervalos de tiempo que resultarían computables, al comportamiento que le era exigible a la Fiscalía y al alcance de la nulidad que proclaman-; extremo que, en las condiciones particulares del caso, impide conocer cuál fue el fundamento uniforme en virtud del cual la Cámara ha resuelto sobreseer al involucrado. Sintéticamente, la mayoría del tribunal a quo (Dres. Delgado y Manes) coincidió completamente en que correspondía declarar la nulidad del decreto de reapertura del proceso, resuelto -unilateralmente- por la Fiscalía luego de que aquella tomara conocimiento acerca del incumplimiento malicioso del ¿acuerdo de mediación? frente a una nueva denuncia por parte de la víctima, por no haberse celebrado una audiencia con el imputado para que explicara los motivos de su inobservancia (por aplicación analógica del art. 311, CPP, que se consideró trasladable a los supuestos de mediación). Sin embargo, si bien ambos jueces coincidieron en que debían admitir el planteo de excepción, discreparon en todas las cuestiones sustanciales -fácticas y jurídicas- que justificaban esa solución, porque: (i) el Dr. Delgado concluyó que la nulidad declarada, respecto del decreto fiscal de reapertura, no comprendía al requerimiento, mientras que la Dra. Manes consideró que sí lo abarcaba; por lo cual la expresión ¿de todo lo actuado en consecuencia? -contenida en el dispositivo de la decisión- diferiría en sus alcances, entre ambos votos; (ii) el Dr. Delgado sostuvo que la circunstancia de que en esta causa las partes hubieran llegado a un acuerdo de mediación, o bien que la Fiscalía hubiese archivado el proceso como resultado de ello, no autorizaba a ¿suspender? el trámite de la pesquisa y por ello el plazo habría continuado transcurriendo, mientras que, por lo contrario, la Dra. Manes sostuvo que ¿el archivo provisional dispuesto por el Ministerio Público Fiscal [sí] suspende el plazo perentorio de la investigación (...) [puesto] que una

interpretación en contrario desvirtúa la significación (...) de la clausura temporaria del sumario sujeta a las resultas del cumplimiento de la mediación? (fs. 271); por lo cual, en ambos votos, existe una notoria incongruencia acerca del alcance que el ?archivo? (art. 204, CPP) del caso habría tenido, en cuanto a la investigación o a si ella estaba o no clausurada -aunque fuera provisoriamente- de cara al ?acuerdo mediación?; (iii) el Dr. Delgado consideró que el comportamiento exigible a la Fiscalía consistía en que aquella debía requerir ?la elevación del caso a juicio antes de decidir archivar el proceso? o inclusive -de acuerdo a lo que se desprende implícitamente de su voto- que ?requiriera [la] prórroga [del plazo], [a fin de poder interponer] el requerimiento de elevación a juicio? (fs. 268 y vuelta), mientras que para la Dra. Manes la conducta debida era la de celebrar una audiencia con la presencia del imputado, reabrir la pesquisa clausurada y recién allí incoar un requerimiento de juicio ?válido?; de allí que cada uno conjetura que la estrategia procesal que debió tener la Fiscalía era diametralmente opuesta; y (iv) el Dr. Delgado consideró que el plazo de tres meses había vencido desde la intimación del hecho y hasta el requerimiento de juicio, pues el tiempo que la causa había estado archivada contaba a los fines de ese cómputo, mientras que la Dra. Manes entendió que ese término se habría agotado porque, desde la intimación y a la fecha de su voto -que anulaba la reapertura, con más el requerimiento de juicio-, el MPF no había presentado válidamente su requisitoria. La CSJN nos ha recordado que ?toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica y [que] no es sólo el imperio del tribunal ejercido en la parte dispositiva lo que [le] da validez y fija los alcances del pronunciamiento, sino que esa parte dispositiva debe ser la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos (Fallos: 308:139; 313:475, entre otros)? y que toda sentencia que carece de ?mayoría de fundamentos sustancialmente coincidentes sobre la cuestión que decide, resulta descalificable como acto judicial válido y debe ser revocad[a] (Fallos: 321:1653; 326:1885; 332:826, 1663, entre muchos otros)? (A., L. c/ GCBA s/ amparo?, sentencia del 24 de mayo de 2011; no destacado en el original). En suma, luego del arduo resumen que antecede resulta fácil apreciar que los dos órdenes de argumentos que brindan ambos camaristas no están exentos de contradicciones entre sí y difieren en más aspectos que aquellos otros que a priori afirman compartir. Lo dicho torna descalificable la decisión, puesto que no se advierte la mayoría de motivaciones necesaria que pueda constituir el adecuado sustento de la solución a la que se arribó. Ello así, en tanto sus disquisiciones se contraponen recíprocamente; y, francamente, ?no habría razón valedera para optar por un voto u otro al momento de apreciar cuál ha sido el presupuesto en que se basó la decisión? (Fallos: 312:1058).

2.1. Es que, aunque las cuestiones relativas a las formalidades de las sentencias y la manera en que se emiten los distintos votos en los tribunales colegiados son -por regla- ajenas a la vía extraordinaria intentada (Fallos: 304:154 y 307:1068), corresponde excepcionar tal regla cuando se invoca la ausencia de una mayoría sustancialmente coincidente de sus miembros o la falta de razonamientos corroborantes sucesivos (según lo expuse en mi voto en ?Ocampos?, expte. n° 8215/11, resolución del 28/03/12). Ello así, porque, si bien considero que no resulta exigible una total identidad de motivaciones como condición de validez de un pronunciamiento -en tanto puede darse el supuesto de que coexistan dos caminos alternativos para dar respuesta a un problema-, la solución que se toma no puede ser nunca el resultado de una suma de opiniones contradictorias o auto excluyentes entre sí, sino que, por el contrario, ella debe surgir de una confluencia de voluntades tal que exhiba una mínima finalidad acumulativa, para que no se encuentren afectados los ?procesos lógico-jurídicos de elaboración de propuestas, de razonamiento y de resolución? (según ya lo expuse en mi voto en ?Veira?, expte. n° 9714/13, resolución del 15/04/14; y sus citas).

2.2. A lo expuesto aún podría adicionarse, a mayor abundamiento en virtud del resultado de esta deliberación, lo incongruente y descalificable que implica en sí mismo señalar, por un lado, que un caso permaneció archivado después de haberse arribado a una mediación o conciliación entre las partes involucradas (art. 204, in fine, CPP); y, por el otro lado, sostener que el MPF debía de todas maneras continuar con esta investigación preliminar hasta su clausura, a través de la presentación del requerimiento de juicio, a fin de que no se vencieran los términos regulados para su culminación. Es que, tal como lo desarrolla el recurrente, tan peculiar razonamiento -contenido en uno de los dos votos del pronunciamiento sub examine- se encuentra en flagrante oposición a lo estipulado, al menos, en el art. 206 del ordenamiento procesal, en cuanto allí se establece casualmente que el MPF solamente requerirá una causa a juicio cuando ?considere que se encuentra agotada la investigación preparatoria y que no va a proponer otra forma de resolución del conflicto o ésta hubiere fracasado?. En mi concepto, sería un obvio contrasentido avalar, aunque sea tácitamente, tal conclusión pues ella tiende a ?desnaturaliz[ar] las reglas del debido proceso, destruy[e] la esencia misma de este mecanismo de resolución alternativa del conflicto y contrarí[a] el propósito del [instituto de la mediación] (...). Las consecuencias negativas [de aquel razonamiento] (...), por sí solas, desaconsejan su mantenimiento, [porque] al margen de (...) no constituir una derivación razonada del derecho infraconstitucional vigente, importan una indebida restricción que no ha sido fundada de modo suficiente y que tampoco se compadecen con la intención que inspiró la incorporación del instituto en trato de evitar un desgaste prima facie evitable del sistema judicial y de alcanzar un aprovechamiento eficiente de los recursos limitados con los que él cuenta? (según lo expuse en mi voto, mutatis mutandi -y/o en lo pertinente-, in re ?Santillan?, expte. n° 9662/13, resolución del 29/08/14). Ello así pues, de suscribir tan particular conclusión, el beneficio de la mediación que busca la resolución alternativa del conflicto,

lejos de orientarse a tal loable objetivo, podría ser utilizado subrepticamente con la inadmisibles finalidades de retardar el proceso y alcanzar la impunidad, a través del simple acacimiento de los términos legalmente regulados para la culminación de la investigación preliminar, lo cual desalentaría al Ministerio Público Fiscal a promover su aprovechamiento; extremos, sin dudas, ajenos a la voluntad del legislador. Parece claro porque así lo prevé el ordenamiento: 1) que la existencia de un requerimiento de juicio, que clausura a todo efecto la investigación, es incompatible con la habilitación -anterior, simultánea o sucesiva- de una mediación (según lo expuse in re "Del Tronco", expte. n° 8027/11, resolución del 24/11/11); 2) que si los involucrados arriban a una mediación la Fiscalía "dispondrá el archivo sin más trámite" (art. 204, in fine, CPP) y que el archivo que allí se regula reviste carácter provisional, a las resultas del cumplimiento del acuerdo; 3) que si aquello a lo cual el imputado se hubiere comprometido en el marco del acuerdo fuere maliciosamente incumplido, la Fiscalía "podrá reabrir el proceso" (art. 203, in fine, CPP) y en ese caso al haberse frustrado dicha vía de resolución del conflicto, únicamente, si "se encuentra agotada la investigación preparatoria (...) formulará el requerimiento de juicio" (art. 206, CPP); y 4) que en caso contrario, es decir, si se "hubiera arribado y cumplido el acuerdo [o bien] (...) si no se cumplió por causas ajenas a la voluntad del imputado pero [igualmente] existió composición del conflicto" corresponderá ordenar el archivo, con carácter definitivo (arts. 199, inc. h, y 203, a contrario sensu, CPP). A su turno, adviértase que -como se verá en el punto que sigue- en el esquema procesal establecido para la mediación no se requiere en ningún momento, al margen de lo que sucede respecto de la suspensión del juicio a prueba (arts. 205 y 311, CPP), la participación del órgano jurisdiccional, sino que el Ministerio Público Fiscal es el encargado de "proponer" a las partes la utilización de esa vía de resolución (según mi voto en "Del Tronco", expte. n° 6784/09, resolución del 27/09/10), de "archivar" provisoriamente el proceso en el supuesto de "acuerdo" (art. 204, CPP) y de definir discrecionalmente si corresponde o no "reabrirlo", frente al fracaso de una mediación (arts. 203 y 206). Reclamar, pretorianamente o al margen del ordenamiento vigente, una mayor actuación del órgano jurisdiccional en estos asuntos no tiene sustento y consagra una expropiación injustificada de las potestades que el legislador local consideró apropiado poner en cabeza del órgano acusador.

3. En segundo lugar, sin perjuicio que lo sostenido en los apartados 2 y 2.1. determina sin más la descalificación del pronunciamiento del tribunal a quo, no puedo dejar de observar que igualmente le asistiría razón al MPF en cuanto controvierte el único fundamento común, contenido en la decisión del tribunal a quo, con arreglo al cual se consideró que correspondía declarar la nulidad de la reapertura de la investigación porque no se había celebrado la audiencia de "control del cumplimiento de las condiciones de la suspensión del proceso a prueba" (art. 311, CPP) después de que la víctima se presentó ante la Fiscalía para denunciar el incumplimiento del "acuerdo de mediación" (art. 203, CPP). Ello así, pues, como ya se dijo en el apartado que antecede, la solución propiciada no encuentra apoyo alguno en las normas procesales aplicables e improvisa por vía analógica un mecanismo procesal no regulado para los supuestos de "mediación"; mecanismo que, tal como lo desarrolla el recurrente, amplía arbitrariamente el ámbito de participación y las facultades que ostentan los jueces, dentro del esquema implementado por el legislador, a expensas del Ministerio al cual le incumbe decidir acerca del ejercicio de la acción y recortándole sus facultades exclusivas para disponer, por sí mismo, la reapertura del proceso por razones de oportunidad o conveniencia política criminal derivadas de la conducta exteriorizada por el interesado. Cabe hacer una aclaración al respecto porque este argumento común -en rigor de verdad- no conduciría, razonable y válidamente, al dictado de un sobreseimiento, como el que fue resuelto en autos, sino a la reedición del acto invalidado con sustento en el derecho a ser oído; de allí que, al margen del resultado de esta deliberación que descalifica el fallo por carecer de una argumentación libre de contradicciones (según lo apuntado en los apartados 2 y 2.1. de este voto), estimo que no sería del todo sobreabundante dejar de manifiesto mi opinión acerca del peculiar razonamiento jurídico que sustentó la decisión del tribunal a quo en lo que se refiere a la nulidad declarada. El simple cotejo de las regulaciones específicas y diferenciadas que el legislador ha establecido, para los institutos de la "mediación o composición" (cf. arts. 204, 203, in fine, 199, inciso h, y 206, CPP) y de la "suspensión del proceso a prueba" (cf. arts. 205 y 311, CPP), es suficiente para desechar la presunta "analogía" que se ha intentado delinear en autos; y de hecho así lo he desarrollado, aunque el tribunal a quo -nuevamente- prefiera ignorarlo, en los múltiples pronunciamientos de este Tribunal, a los que me he referido a lo largo de este voto. Específicamente, en lo que se vincula con el "control" del eventual incumplimiento "malicioso" del acuerdo de mediación, por parte del imputado -que el tribunal a quo supone necesario que recaiga sobre los jueces-, nada hay en el ordenamiento procesal, leído de forma sistemática, ni en el reparto de competencias que en él se distribuyen entre los diferentes protagonistas que intervienen en los procesos penales que tramitan en esta jurisdicción, que permita presuponer que resulte más razonable o ajustado a derecho que aquel control deba estar a cargo de un órgano distinto de aquel al cual -exclusivamente y conforme su prudencial criterio- le corresponde propiciar la instancia de mediación, archivar el caso, reabrirlo o promover un juicio. Es que, en mi opinión, el hecho de que todas estas atribuciones estén en poder de la Fiscalía "no implica reconocerle facultades discrecionales que de cualquier manera excedan a las que ya tiene otorgadas de acuerdo a los principios constitucionales que rigen en esta Ciudad (en particular, [ver] arts. 13.3, 124 y 125, CCABA) y a las normas infraconstitucionales que gobiernan su actuación, dentro de los procesos de

naturaleza penal que tramitan en la jurisdicción local. En ese sentido, los integrantes del Ministerio Público Fiscal cuentan con un cierto grado de discrecionalidad -grado que se relaciona de manera directa con los principios de oportunidad, objetividad y razonabilidad que, se presupone, deben guiar su actuación procesal- para definir el curso de acción que debe seguir un determinado proceso en función de los hechos que han investigado y que, si corresponde, tendrán que demostrar? (mi voto, *mutatis mutandi* -y/o en lo pertinente-, en ?Benavidez?, expte. n° 6454/10, resolución del 16/02/11). Conviene recordar, por su parte, que aquella falta de participación del órgano jurisdiccional fue una de las múltiples razones que justificaron, en su momento, que la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas -íntegramente- declarara la inconstitucionalidad del beneficio de la mediación previsto en el CPP (ver apartado 11, párrafo 2° del voto del doctor Luis Lozano, que acompañé, en ?Del Tronco?, expte. n° 6784/09, ya citado); inconstitucionalidad, que, tampoco es ocioso recordarlo, mereció la unánime descalificación por parte de este Tribunal Superior de Justicia en cada causa que fue sometida a su estudio. La exigencia de aquel supuesto control, o de una mayor intervención, por parte de los jueces respecto de los acuerdos de mediación o de la observancia de los compromisos allí asumidos, en el caso no pasa de ser una creativa manera de volver sobre diferentes aspectos que fueron abordados en tal ocasión, o bien de dejar expuesta la preferencia del a quo por un diseño distinto del beneficio de la mediación. Sin embargo, más allá del acierto o error de aquella expresión de deseos, lo cierto es que dicha manifestación no ha sido acompañada de la demostración fundada de que la regulación -aplicable, vigente y no controvertida, en el caso, en cuanto a su validez- atente de alguna manera contra el orden constitucional (CCABA). Como tengo dicho y aquí lo reitero: ?[I]a mediación establecida por el ordenamiento local, en cumplimiento de una manda constitucional (art. 81.2, CCABA), ciertamente se muestra perfectible pero su eventual imperfección -según criterios particulares- no puede ser pretorianamente corregida por el intérprete; máxime cuando, a través de esa creación jurisprudencial, [sólo] se termina desnaturalizando el instituto en sí mismo y se prescinden de los carriles constitucionales, regulados para su hipotética modificación? (mi voto en ?Valdivia?, expte. n° 11096/14, resolución del 26/08/15). 3.1. Simultáneamente, a lo ya expresado incluso podría añadirse que la nulidad declarada aparece desprovista de adecuado sustento y -también por ello- debería ser descalificada. En efecto, en la sentencia se dijo que si bien es ?cierto que (...) la defensa no ha controvertido las nuevas denuncias efectuadas por la (...) víctima (...) [igual lo es que el imputado no fue] oído al respecto, de modo análogo al previsto en el segundo párrafo del art. 311 del CPP (...) que correspondía aplicar al caso? (fs. 268 vuelta); y que al haberse ?omitido escuchar[lo] (...) a fin de que ejerza su derecho de defensa (...) nos encontramos ante una nulidad de orden general, de las previstas en el art. 71 inc. 3 [SIC] del código ritual que debe ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso ya que el acto viciado implica la violación de las garantías constitucionales? del sujeto involucrado (fs. 270; según el voto del Dr. Delgado, al que adhirió la Dra. Manes). Ahora bien, una mera lectura de esa explicación permite observar que la Cámara omitió identificar de manera concreta cuál fue la afectación que la falta de celebración de dicha audiencia le habría provocado al imputado y de qué defensas se habría visto privado -sobre todo, si se tiene en cuenta que su defensa fue notificada inmediatamente de la reapertura sin que expresara su oposición y que también hubiese podido presentarse, de haberlo querido, a justificar las razones de su incumplimiento ante el MPF-. De ello se sigue que la nulidad declarada, en las particulares condiciones del caso, encubriría una inadmisibles pretensión de declarar una nulidad estrictamente formal. Al respecto, desde antiguo tiene dicho la CSJN que una declaración de nulidad requiere de una demostración real del perjuicio concreto que ha originado el acto que se pretende controvertir con fundamento en defectos formales y de las defensas de las cuales a causa de ellos se ha visto privada alguna de las partes, puesto que dicha declaración no procede en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, en tanto resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal e inconciliable con el apropiado servicio de justicia la ?nulidad por la nulidad misma? (Fallos: 322:507; 324:1564 y 327:2315). A su vez, cualquiera que sea el acierto o error de la interpretación que la mayoría de la alzada efectúa acerca de los arts. 71 y 72, inciso 3°, CPP -que habrían sido mal invocados en su resolución-, aquellos establecen que ?[s]erán declarados nulos los actos procesales sólo cuando no se hubieren observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo consecuencia de nulidad? (cf. art. 71) o ?los actos que se realicen con inobservancia de las disposiciones concernientes a: (...) 3. La intervención (...) y representación del imputado, en los casos y las formas que la ley establece? (cf. art. 72); circunstancias que indudablemente no parece plausible trasladar per se a la audiencia de control, establecida en el art. 311 del CPP, pues su celebración no ha sido prescripta ?bajo consecuencia de nulidad?, ni estrictamente habría sido exigida, por ?la ley?, la intervención del imputado ante el incumplimiento del acuerdo de mediación. No se trata en definitiva de un mandato legal sino de uno pretoriano, que, asimismo, desarticula el diseño instituido por el CPP y cuya falta de celebración, en consecuencia, no podría conllevar los efectos fulminantes que aquí se le han querido endilgar. 4. Por último, aunque por lo ya dicho en los apartados que anteceden la decisión del tribunal a quo debe ser descalificada sin más, los argumentos que desarrollé en los puntos 2 de mis votos en ?Haedo? (expte. n° 8252/11, resolución del 04/07/12) y 3 en ?Vignale? (expte. n° 10816/14, resolución del 22/12/14), a los que remito en honor a la brevedad, resultan suficientes para entender injustificada la relación directa que de momento se dio por sentada, en uno de los votos que conforman a la resolución impugnada -no así en el

restante-, entre los plazos procesales establecidos en el art. 104 del CPP y la garantía que tutela la ?duración razonable del proceso? (arts. 10, CCABA, 25, DADDH, 18 y 75.22, CN, 8.1, CADH y 14.3, PIDCP). Ello es así, máxime en un supuesto como el presente en el cual -si se descuenta el período (de aproximadamente cinco meses) en que la causa permaneció archivada a las resultas de la mediación (art. 204, in fine, CPP)- parece evidente que, entre la intimación del hecho y la presentación del requerimiento de juicio luego de fracasada la instancia conciliatoria, ni siquiera se habría excedido el término mínimo (es decir, los tres primeros meses) estipulado por el CPP.

5. Por el conjunto de argumentos que aquí dejo expuestos, considero que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y -atento el resultado de la deliberación- dejar sin efecto el pronunciamiento obrante a fs. 264/271, debiéndose devolver las actuaciones a la Cámara, a fin de que, otros jueces, dicten una nueva resolución (con arreglo a lo expresado en los apartados 2 y 2.1. de este voto). Así lo voto. La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo: Coincido con mi colega jueza Ana María Conde en que la resolución de la Sala I es inválida por las razones que expone en el punto 2 de su voto a las que me remito. En atención a lo señalado precedentemente corresponde remitir a la Cámara las presentes actuaciones, para que por intermedio de jueces distintos de los que ya intervinieran, se dicte un nuevo pronunciamiento. El juez José Osvaldo Casás dijo: 1. Por regla general, he entendido que pueden sumarse votos convergentes en la medida en que no resulten autoexcluyentes los fundamentos de cada uno de ellos. Así he postulado que aún con fundamentos diversos se puede arribar a una misma conclusión (cf. mi voto in re ?Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 2- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ?Moreno, Rodrigo Félix s/ inf. art. 56, CC-apelación?, expte. n° 4302/05, resolución del 6/6/2006 y, en el mismo sentido, Fallos: 318, 177, ?Ministerio Público -Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ?Ocampos, Oscar Rubén s/ inf. art. 181, inc. 1, CP?, expte. n° 8215/11, resolución del 28/03/2012, entre otros). Sin embargo, las particularidades del presente caso, conforme fueran abordadas por la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en el punto 2 de su voto al que adhiero, me llevan a la convicción de que el pronunciamiento tal cual se ha conformado -por los fundamentos singulares vertidos por el juez Sergio Delgado y aquellos dados por la jueza Silvina Manes- no puede sustentarse como acto jurisdiccional válido.

2. En atención a lo señalado precedentemente, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, dejar sin efecto la decisión recurrida y reenviar las presentes actuaciones, para que por intermedio de jueces distintos de los que ya intervinieran, se dicte un nuevo pronunciamiento. Así lo voto. La juez Inés M. Weinberg dijo: 1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por el Ministerio Público Fiscal merece acogida favorable por parte de este Tribunal, en tanto consigue plantear una cuestión constitucional que habilita su intervención (art. 27, ley n° 402). La sentencia recurrida efectúa una interpretación que se aparta de las reglas del debido proceso en el orden local al exigir intervención jurisdiccional en un caso no previsto. Es dable recordar que ?todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado (...) ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución? (cf. CSJN, Fallos 331:2077 y, en el mismo sentido, Fallos 268:266; 299:17; 321:3322). Además, el pronunciamiento no constituye una derivación razonada del derecho vigente. Por lo tanto, con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la Corte Suprema, no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido y debe ser dejada sin efecto. Al mismo tiempo, la decisión afecta gravemente los límites que establece el sistema acusatorio (arts. 18, CN y 13, CCABA).

2. Las presentes actuaciones tuvieron origen en una denuncia efectuada ante la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, en la cual la presunta víctima relató que el Sr. Barros le profirió en dos oportunidades dichos de contenido amenazante (fs. 6/8). Una vez celebrada la audiencia a tenor del art. 161 del CPP, las partes arribaron a un acuerdo de mediación, en el marco del cual se comprometieron a ?mantener un trato respetuoso, cordial y exclusivamente relativo a[ ] hijo común de ambos, como también a mantener el mínimo contacto entre ellos y exclusivamente [en función del niño]? (fs. 158). Frente a ello, el fiscal dispuso archivar la causa en los términos de los arts. 199, inc. h) y 204, inc. 2 del CPP (fs. 159/161). Transcurridos cinco meses, la víctima se presentó ante el fiscal y puso en su conocimiento nuevos hechos (fs. 170/174) que fueron considerados por aquél un ?incumplimiento malicioso del acuerdo? (art. 203, in fine, CPP) por lo que decidió proceder al desarchivo del legajo y proseguir con su trámite (fs. 176). Notificó de ello a la defensa (fs. 176 vuelta) y luego formuló requerimiento de juicio (fs. 181/192). A su turno, la defensa planteó excepción de falta de acción por vencimiento del plazo de investigación (art. 195, inc. b) del CPP) y la nulidad de la reapertura del proceso (fs. 194/201). Estos cuestionamientos fueron rechazados por la juez de grado (fs. 225/229) y apelada la decisión, la Cámara decidió revocarla y sobreseer al imputado (arts. 104, 105, 195, inc. b) y 198, todos del CPP). Para así decidir, los magistrados sostuvieron que la reapertura de la investigación conculca el derecho del imputado a ser oído, pues no se llevó a cabo una audiencia previa como la ordenada por el art. 311 del CPP -respecto de la suspensión del proceso a prueba-, que resulta de aplicación por analogía. A su vez, consideraron que el plazo de IPP se encuentra agotado en el caso, dado que: i) ?ninguna norma ritual autoriza a suspender el curso de la investigación preliminar mientras se sustancia la mediación, en tanto no

está garantizado el éxito de la misma? (fs. 267 vuelta), [por lo que el fiscal debió formular requerimiento de juicio antes de caducado el término fijado por los arts. 104 y 105 del CPP] (del voto del juez Delgado); y ii) la nulidad de la reanudación del proceso alcanza el requerimiento de juicio, de modo que desde la audiencia celebrada en los términos del art. 161 del rito hasta la actualidad, transcurrieron sobradamente los plazos de los artículos indicados (del voto de la juez Manes).

3. La peculiar interpretación efectuada en autos importa sostener que durante el curso de una instancia de mediación sigue corriendo el plazo de duración de la investigación penal preparatoria. Sin embargo, la propia lógica indica todo lo contrario pues, si por aplicación de este instituto quedan archivadas las actuaciones (cf. art. 204, in fine, CPP), es dable colegir que el efecto suspensivo que esta decisión conlleva también se extiende al cómputo del plazo de duración de la investigación. Esta conclusión es evidente, por lo que es lógico que no exista un precepto que lo establezca en forma expresa. A ello cabe agregar que, como afirma la Sra. Juez de trámite, Dra. Ana María Conde, la exégesis propuesta por el camarista deja de lado la regla contenida en el art. 206 del CPP, en cuanto ordena que recién cuando considere que se encuentra agotada la investigación preparatoria y que no va a proponer otra forma de resolución del conflicto o ésta hubiera fracasado, [el/la fiscal] formulará requerimiento de juicio. La tesis sostenida por el magistrado incurre en una violación del principio lógico de no contradicción, porque postula la prosecución de la investigación hasta su culminación -mediante la requisitoria de debate- mientras las actuaciones se encuentran archivadas como efecto del convenio de mediación.

4. Por otra parte, la obligación de celebrar una audiencia previa, a fin de oír al imputado respecto de las razones que dieron lugar al incumplimiento del acuerdo de partes que -según los magistrados- viene impuesta por su analogía con la prevista en el art. 311 del CPP, no se ajusta a las reglas que impone el debido proceso legal dado que reclama una intervención de los jueces no prevista por la ley y atenta contra el sistema acusatorio que rige en la Ciudad (art. 13.3, CCABA). En los supuestos de mediación es el fiscal quien -en su carácter de titular de la acción- se encuentra facultado tanto para proponer esta solución alternativa de conflicto y disponer su consecuente archivo como para proceder al desarchivo de la investigación cuando el acuerdo se frustrara ¿por actividad u omisión maliciosa? (art. 203 del CPP), sin que el ordenamiento procesal confiera a los magistrados alguna participación. Además, el derecho a ser oído que asiste a todo imputado (art. 18, CN) no fue conculcado en el caso, desde que la defensa fue notificada de la reanudación del proceso (fs. 176 vuelta) y no formuló objeciones al respecto. Tampoco precisó el perjuicio que la ausencia de audiencia le generó. Finalmente, debe recordarse que las resoluciones que decretan nulidades procesales no constituyen, en principio, sentencia definitiva. Sin embargo, ¿...corresponde hacer excepción a esa regla [cuando] sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, se han dejado sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal...? (CSJN, Fallos 330:4909).

5. En virtud de lo expuesto corresponde: a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido; b) revocar la resolución de fs. 264/271 y ordenar que continúe el trámite de las actuaciones según el impulso que recibieren, conforme la regulación aplicable y lo indicado en las precedentes consideraciones. Así lo voto. El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. La sentencia que viene cuestionada dispuso ¿I.-Revocar el punto I de la decisión obrante a fs. 225/229, y declarar la nulidad del decreto de fs. 176/vta. [que había sacado del archivo las actuaciones por incumplimiento malicioso del acuerdo de mediación] y de todo lo actuado en consecuencia (arts. 71 y sgtes del CPP). // II.-Revocar el punto II de la resolución de la Magistrada de grado, obrante a fs. 225/229, y hacer lugar a la excepción por falta de acción por vencimiento de la investigación penal preparatoria y, en consecuencia, sobreseer al imputado...? (cf. fs. 271). Para resolver del modo relatado, los jueces de mérito entendieron, respecto de la nulidad, que el imputado ¿...nunca fue citado a una audiencia como la prevista en casos en que se alega un incumplimiento a las pautas de la suspensión del juicio a prueba, conforme el art. 311 del CPP, regulación que por analogía era aplicable al caso [...]; la acusación pública debió requerir que se lo citara a fin de poner en su conocimiento el alegado incumplimiento y escuchar los motivos y precisiones que pudiera realizar el imputado acerca de su situación y su voluntad de respetar la mediación celebrada? (-cf. fs. 269 del voto del juez Delgado, compartido por la juez Manes-). En cuanto al plazo para llevar a cabo la investigación penal preparatoria, uno de los jueces que integró la mayoría afirmó que ¿...ninguna norma ritual autoriza a suspender el curso de la investigación preliminar mientras se sustancia la mediación, en tanto no está garantizado el éxito de la misma [...y,por ello,] habiéndose vencido el término previsto en el art. 104 CPP sin que se requir[ri]era su prórroga, el requerimiento de elevación a juicio efectuado ha[bía] sido opuesto cuando había caducado el término dentro del cual debió haber sido efectuado? (cf. fs. 267 vuelta. y 268 vuelta). Por su parte, el otro juez que conformó la mayoría, afirmó que ¿...teniendo en cuenta la nulidad del decreto de reapertura de la investigación declarada en el punto precedente, que fulmina como acto consecuente el requerimiento de juicio formulado el 25 de junio de 2014 (cf. fs. 181/192 vuelta) se advierte que desde el acto de intimación referido supray hasta la actualidad ha transcurrido holgadamente el término previsto en los arts. 104 y 105 del CPP de la CABA? (V. fs. 270).

2. Sentado lo anterior, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad articulado por el MPF, pues la sentencia de fs. 264/271 vuelta., relatada, le impide definitivamente ejercer la acción sobre la base de la aplicación de normas ajenas al supuesto de hecho que, no está controvertido, los jueces habían sido convocados a resolver.

2.1. En primer lugar, asiste razón al MPF en cuanto

postula que la interpretación que realizó el a quo, según la cual, ante la denuncia de incumplimiento de un acuerdo de mediación, correspondía aplicar, por analogía, la audiencia prevista en el art. 311 CPP, no se sostiene. En ese orden de ideas, buscando apoyo en una presunta imprevisión del ordenamiento vigente, los jueces afirmaron que debía aplicarse, por supuesta analogía, la audiencia regulada en el art. 311 CPP, contemplada para aquellos casos de posible inobservancia de las reglas de conducta de la suspensión del juicio a prueba (cf. fs. 269). Sin embargo, el a quo no mostró que concurrieran razones para proceder a semejante extensión del objeto de esa audiencia.

2.2. Solamente frente a una laguna normativa, esto es, una ausencia de solución normativa específica, incumbe al juez integrar el sistema jurídico, recurriendo a normas análogas (cf. punto 16.1 de mi voto in re "El Bagre Films SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "El Bagre Films SA c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos", expte. n° 9722/13, resolución del 06/08/2014. No es éste el caso, pues el a quo no aporta razones para explicar por qué la ocasión que confiere el art. 209, CPP -en lugar de una forzada aplicación del art. 311- no sería suficiente, cuando establece que "[r]ecibido el requerimiento de juicio, el/la Juez/a correrá traslado a la defensa, que tendrá (5) días para ofrecer pruebas y plantear todas las cuestiones que entienda deban resolverse antes del debate?, omisión que se ve robustecida frente a la circunstancia de que, según el relato de la propia Cámara, cuando la Fiscal requirió la elevación de la causa a juicio, la Defensa del Sr. Barros, efectivamente, se opuso a sacar del archivo las actuaciones a raíz de que entendía no verificadas las condiciones bajo las cuales podía ser adoptado un temperamento de esa especie, con lo cual, la cuestión ya estaba suscitada (cf. fs. 264 vuelta). A este respecto, cabe señalar que, conforme lo regula el Código Procesal Penal, una vez que el Fiscal resuelve que las actuaciones deben ser sacadas del archivo por incumplimiento malicioso del imputado/a del acuerdo de mediación (V. art. 203, último párrafo), formulará el requerimiento de elevación a juicio (cf. art. 206), lo que llevará al traslado del art. 209 a la defensa, con una doble función. Por un lado, brindará a la defensa ocasión para formular los planteos que crea pertinentes y, por el otro, viene a emplazar, pues de no aprovechar esa ocasión la cuestión quedará precluída. Aun cuando se hubiere omitido ese traslado -cosa que, como quedó dicho, no fue lo sucedido en estos autos en los que, nadie cuestiona, la defensa se anotició al recibir el traslado del requerimiento-, el art. 210 establece una oportunidad, ya que, a su tenor, una vez ofrecida la prueba por la defensa, el juez convocará a las partes a una audiencia dentro de los diez (10) días en la cual resolverá sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por todas ellas, antes de escucharlas sobre su procedencia, improcedencia y/o inadmisibilidad. Concluido ese acto, el juez, remitirá el requerimiento de juicio y el acta de audiencia, para que se designe el juez que entenderá en el juicio. En esa audiencia, se pueden interponer excepciones, formular acuerdo de avenimiento y solicitar la suspensión del juicio a prueba.

2.3. Lo dicho, en suma, muestra que la interpretación que viene tachada de arbitraria por el MPF, extendió, sin razones para ello, una norma contenida en el CPP a un supuesto no previsto pues, como quedó dicho, el CPP contiene una disposición -art. 209 CPP- que confiere al imputado la oportunidad, y la carga, de oponer las defensas que considere pertinentes.

3. Por lo dicho, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el MPF, revocar la resolución del 19/02/2015, y devolver las actuaciones para que, otros jueces, vuelvan a dictar un pronunciamiento con arreglo a lo aquí dispuesto. Por ello, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, dejar sin efecto la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF del 19/02/2015 y reenviar las presentes actuaciones, para que por intermedio de jueces distintos de los que ya intervinieran, se dicte un nuevo pronunciamiento. 2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

012991E