

/// En la Ciudad de San Salvador de Jujuy, Departamento Dr. Manuel Belgrano, Capital de la Provincia de Jujuy, República Argentina, a los diez días del mes de Noviembre del año dos mil dieciseis, reunidos en el Recinto de Acuerdos de la Cámara de Apelaciones y Control, los Señores Vocales Titulares DR. NESTOR HUGO PAOLONI, Juez; DRA. GLORIA MARIA MERCEDES PORTAL de ALBISETTI, Juez y DR. EMILIO CARLOS CATTAN, Juez habilitado; bajo la presidencia del nombrado en Primer término, vieron el Expte. N° C-191/16: “Recurso de Apelación interpuesto por el Dr. Luis Alfredo Canedi y el Dr. Diego D’Andrea Cornejo en Expte. N° P-140750/16 (JC N° 4-FIP N° 2), Recaratulado: “FELLNER, Eduardo Alfredo; CONSENTINI, Luis Horacio p.s.a. de Abuso de Autoridad, Falsificación Ideológica de Instrumento Público, en concurso ideal; ambos en concurso real con el delito de Fraude a la Administración Pública. CARRIZO, Héctor Gustavo y MERCADO José Luis: p.s.a. de Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de Funcionarios Públicos con Fraude a la Administración Pública en concurso real; SALA DE NORO, Milagro Ángela Amalia p.s.a. Fraude a la Administración pública. Ciudad”, y;

### **VISTOS y CONSIDERANDO:**

**El Señor Vocal Presidente de Trámite, Doctor NESTOR HUGO PAOLONI, dijo:**

Se inicia ésta instancia, en virtud del recurso de apelación deducido por el Dr. Luis Alfredo Canedi y el Dr. Diego D’Andrea Cornejo, que corre agregado a fs. 17/19 de autos, en contra de lo resuelto por el Sr. Juez de Control N° 4, Dr. Isidoro Arzud Cruz, de fecha 26 de agosto de 2016, que dispone no hacer lugar al pedido de sobreseimiento de los inculpados Eduardo Alfredo Fellner y Luis Horacio Cosentini, conforme lo establecido en los arts. 367 y 384, 3° párrafo del C.P.P.

Como antecedentes la defensa señala que se solicitó al Juzgado de Control el sobreseimiento del Ing. Luis Cosentini, considerando que el hecho investigado no constituye delito; dicen que, se sostuvo que el Decreto N° 7.759 no es contrario a la ley N° 3354, ni a los artículos 10 y 15 de la Constitución1

Provincial; que la creación de Unidades Ejecutoras no se inició con el Decreto que se cuestiona, sino que éstas se instrumentaron a lo largo de todos los gobiernos provinciales y nacionales, para la correcta ejecución de obras públicas de envergadura; que la unidad Ejecutora Provincial, para la atención exclusiva del Programa Federal de Emergencia Habitacional II, era un requisito señalada en el Instructivo emitido por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, que dispone en el punto “3.3.1 Instituto de Vivienda-Unidad Ejecutora”.

Agregan que se explicó y demostró con claridad la necesidad de la creación de la UEP, la realidad de los fundamentos del decreto de creación, se demostró la inexistencia de falsedad ideológica, y además la atipicidad de la imputación, entre otros vastos argumentos; y que el Juzgado rechazó el pedido sin analizarlo, sosteniendo que es prematuro.

Luego de transcribir partes de la resolución, refieren que la misma dispone rechazar el pedido de la defensa, en base a que la investigación todavía está en trámite, y que no es momento de solicitar el sobreseimiento, por cuanto esa defensa debe esperar que la Fiscalía termine la investigación para hacerlo.

Prosiguen diciendo, que se restringe el derecho del imputado a requerir su desincriminación hasta tanto la Fiscalía no resuelva que la investigación esté terminada, como si los derechos del encartado se encontraran en crisis mientras el órgano acusador así lo dispone, resultando vulnerado gravemente el derecho de defensa, y la garantía constitucional de ser oído por un tribunal competente.

Expresan que la determinación adoptada por el magistrado es arbitraria por carecer de fundamentos pues se sustenta en afirmaciones dogmáticas de naturaleza teórica procesal, advirtiéndole que ni el Fiscal ni el Magistrado, han dedicado un solo párrafo a ponderar las razones fácticas y jurídicas invocadas como fundamento de la pretensión articulada por esa defensa.

Refieren que todo justiciable tiene derecho a una decisión fundada, es decir, en la que se invoquen las circunstancias de hecho y de derecho que autorizan el otorgamiento del acto.

Seguidamente citan doctrina y mencionan normas con jerarquía

Constitucional a las que me remito; y refieren que la decisión del Juzgado de Control de no analizar la propuesta desincriminatoria de la defensa técnica, vulnera gravemente esas garantías, pues omite oír al imputado y genera un gravamen irreparable.

Consideran que, aquel criterio según el cual el imputado debe estar a merced de la propuesta fiscal durante el plazo que sea, sin que la imputación pueda ser revisada por un órgano jurisdiccional, es violatoria de garantías constitucionales e incluso puede generar responsabilidad internacional del Estado por el desapego a las pautas convencionales asumidas con la incorporación de dicha normativa a nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente expresan que esa defensa se agravia porque el planteo defensivo no ha sido tratado en modo alguno, como si se hubiera dejado en suspenso el derecho del encartado a ser oído por el Órgano Jurisdiccional.

Solicitan se revoque la resolución puesta en crisis, y se resuelva el sobreseimiento del imputado en forma favorable.

Formulan reserva de plantear la cuestión constitucional para ocurrir a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal.

Concedido el recurso de apelación interpuesto y luego de los pasos procesales de rigor, los autos son elevados a ésta Cámara.

Integrado el Tribunal con dos de sus miembros titulares y un Vocal habilitado, firme el decreto de autos, se corre traslado al Señor Fiscal de la Cámara de Apelaciones y Control, Dr. Miguel Ángel Lemir, quien en dictamen de fojas 39/40, luego de un detallado análisis de los antecedentes de la causa, expresa fundamentos a los que doy por reproducidos en honor a la brevedad, solicitando el rechazo del recurso articulado, en cuanto considera que la resolución impugnada se ajusta a Derecho.

Realizada la audiencia prevista por el art. 455 el C.P.P., los recurrentes presentaron el correspondiente memorial de agravios, que se agrega a fs. 62/65.

Hacen referencia al escrito de fs. 17/19 y solicitan que se tenga en cuenta que la conducta enrostrada al Ingeniero Cosentini guarda relación con el refrendo del

un Decreto Provincial que constituye un acto administrativo a través del cual el Estado expresa su voluntad, siendo esta una actividad de la administración reglada, es decir que debe someterse a lo que el ordenamiento jurídico establece, constituyendo una actuación propia y específica del Poder Ejecutivo.

Que, el Juez de Control no analizó que la denominada zona de reserva del Poder Ejecutivo excluye del control del Poder Judicial los denominados actos institucionales o de gobierno y dentro de ella se distingue la que se expande hacia el exterior (otros poderes o administrados) y la interna que pertenece al fuero del poder.

Que, tampoco advirtió que dentro de la discrecionalidad se enmarcan los actos de pura administración que solo podrían ser controlados por el Poder Judicial sobre sus elementos reglados (competencia, forma, causa y finalidad) y no reparó que el velo que cubre al Poder Ejecutivo solo puede ser corrido cuando no respeta el criterio de razonabilidad, circunstancia que en el presente caso se encuentra ausente ya que la situación social que se vivía en la oportunidad del dictado del decreto así lo demandaba.

Resaltan que el A quo desechó el análisis del art. 137 y de su inc. 21 de la Constitución de la Provincia, que se ocupa de las Atribuciones y Deberes del Gobernador; tampoco se tuvo en cuenta los órganos de control que la Carta Magna Provincia crea, ellos son el Fiscal de Estado y el Tribunal de Cuentas; que tampoco se reparó que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (ley 5200) vigente al momento de dictarse el Decreto 7759/2007 faculta al Poder Ejecutivo a crear los organismos que considere necesario (art. 5) y al Fiscal de Estado le atribuye las funciones de asesorar al Poder Ejecutivo y ejercer el control de legalidad (art. 4), todo lo actuado se llevó a cabo en este caso en particular.

Continúan exponiendo que, no se tuvo en cuenta que la Ley de Presupuesto General de Gastos y Recursos para el Ejercicio 2007 (Ley 5548), en su art. 14 inc. e), facultaba al Ejecutivo a producir reestructuraciones orgánicas de sus jurisdicciones, organismos autárquicos, etc., tal como ocurrió en este caso, donde se dispuso la creación de una unidad Ejecutora Provincial, en el marco de las atribuciones propias de ese Poder del Estado; tampoco se consideró que la creación de la UEP,

mediante Decreto 7759/07, fue ratificada y aceptada por las autoridades nacionales y el gobierno provincial que sucedió al del gobernador Fellner; ningún funcionario público ha cuestionado la creación de la UEP ni se puso en duda su legitimidad, y esto no ocurrió por la evidente legalidad de ese acto administrativo.

Que, tampoco se tuvo en cuenta que Mediante Decreto N° 128/12, a partir de principios de 2.012 y por lo tanto al momento de los hechos que se investigan en autos, la UEP dependía del IVUJ, todo lo cual se encuentra documentado con los instrumentos incorporados como prueba a la presente causa.

A continuación la defensa vuelve a citar normas constitucionales, doctrina, y efectúa otras consideraciones en el mismo sentido, a las cuales me remito.

Señalan que se le imputa como hecho generador de responsabilidad el refrendo del decreto antes mencionado y tal como se ha expresado, ello ha consistido simplemente en el cumplimiento de una obligación constitucional ante un acto institucional absolutamente legítimo del Gobernador de la Provincia que ejerció una facultad que la Carta Magna Provincial le atribuye, ratificada por la Ley de Presupuesto vigente en aquel entonces.

Que, la emisión de tal acto carece de entidad para constituir de por sí un hecho delictivo; ni el Gobernador de la Provincia ni el Ministro que refrendó el acto tuvieron intervención alguna en los hechos que se investigan, puesto que no actuaron en la contradicción de las obras con las Cooperativas, en el pago de los anticipos, en la mediación de las obras, en la certificación de las mismas, en las órdenes de pago ni en la firma de los cheques con los que se pagaron; que tales funciones estuvieron a cargo de funcionarios nacionales, provinciales y municipales que controlaron la ejecución de los trabajos y confeccionaron la documentación que viabilizó los pagos.

Finalmente consideran que la única actividad de su defendido consistió en refrendar el decreto dictado por el Gobernador, en cumplimiento de manda establecida por la Constitución Provincial.

Solicitan se haga lugar al recurso.

Respecto al pedido de sobreseimiento formulado, entiendo que el mismo debe ser rechazado por manifiestamente improcedente, por cuanto tal requerimiento

debió ser canalizado en la instancia pertinente, ello a fin de no vulnerar expresas garantías tanto procesales como constitucionales.

Sabido es que la competencia de esta Cámara de Apelaciones y Control se encuentra perfectamente establecida y delimitada en el art. 52 de nuestro Código de Forma.

Sin entrar al análisis detallado del mismo por cuanto la temática no amerita su profundización solo cabe mencionar que la intervención de esta Cámara en virtud de la competencia acotada que le acuerda el art. 446 del Código Procesal Penal, debe limitarse solamente al conocimiento de los puntos de la decisión a los cuales se refieren los agravios.

A mas de ello, pretender que este Tribunal analice la cuestión de fondo cuando la instancia de investigación se encuentra debidamente liberada y la causa transita la etapa de investigación penal preparatoria produciéndose y efectivizándose los elementos probatorios, por cuanto se debe permitir el estudio de todas las cuestiones que merezcan revisión para garantizar el debido proceso consecuentemente el derecho de defensa, sean ellas sobre el análisis de la prueba, de los hechos, o relacionadas con errores en la aplicación y observancia del derecho procesal o de fondo.

Importante resulta recordar que el sobreseimiento cierra el proceso de forma “definitiva e irrevocable”. El sobreseimiento definitivo termina con la causa penal, para ese imputado y si bien puede ser solicitado, los supuestos para que se dicte están contemplados en el artículo N° 379 de nuestro Código de forma; “ Procederá el Sobreseimiento cuando se pruebe que 1.- El Hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado 2.- El hecho no encuadra en una figura penal 3.-Media un causa de justificación, imputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria 4.- La pretensión penal se ha extinguido 5.- Agotadas las tareas de investigación no existiese razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba o y no hubiese bases suficientes para requerir de manera fundada la apertura del juicio 6.- Se hubiese ...”.

La doctrina es conteste en afirmar que el Juez debe valorar el sentido de

las evidencias, utilizando cuidadosamente la sana crítica y la convicción suficiente para acordar que -en el caso concreto- no hay posibilidad alguna de que el asunto pase a la etapa de juzgamiento.

Teniendo en cuenta que la finalidad inherente al proceso penal es la búsqueda de la verdad, a efectos de alcanzar una solución verdaderamente justa al conflicto, que la misma sólo puede percibirse subjetivamente en cuanto la firme creencia de estar en su posesión, configurando el mentado estado de certeza, que sólo puede presentarse cuando se ha desechado toda noción opuesta capaz de perturbar la firmeza de esa creencia (cf.: Jorge A. Claria Olmedo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”; Tomo I -Nociones fundamentales-; Ediar S.A. Editores; Buenos Aires; 1960; pág. 447).

En las condiciones apuntadas, resulta oportuno recordar que el dictado del sobreseimiento que se peticiona, aparecería como **prematureo habida cuenta que la investigación penal preparatoria no se encuentra concluida y de los elementos de prueba arrojados en autos no surge con el grado de certeza que exige el dictado del mismo, para cerrar el proceso respecto al peticionante, es decir, sin la firme convicción acerca de la no autoría o no participación en el hecho investigado.** (lo resaltado me pertenece).

Sobre el punto se sostuvo: “La valoración de la prueba en las distintas etapas del proceso criminal, la convicción de certeza en su intensidad y grado es variable de menor a mayor, a medida que se avanza en el procedimiento... Los estados intelectuales del juez frente a la prueba, se desarrollan entre la ignorancia y la certeza, pasando por la mera posibilidad indicial, la sospecha, la probabilidad, la certeza moral” (ver esta Cámara *in re* “Navarro Oscar A. y otros”, resolución del 2/7/97, Expte. N° 101/97).

En este mismo sentido me esta Cámara de Apelaciones y Control se expidió en Expte. N° C-21/14, Caratulado: “Recurso de Apelación interpuesto por el Sr. Fiscal de Investigación en lo Penal N° 6, Dr. Gustavo Alfonso Araya en Expte. N° P-9716 /12 (J.C. N° 3 - F.I.P. N° 6) caratulado: Robles Héctor Daniel y Quipildor Nelson Miguel p.s.a. Cohecho. Perico”, Expte. N° C-51/14 caratulado: “Recurso de Apelación

interpuesto por el Dr. José Luis Varela en Expte. N° 32577/I/13 (JC N° 3-FIP N°2) caratulado: Hurtado, José Arnaldo p.s.a. Abuso Sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo. Ciudad”, las cuales fueron mencionadas por el Sr. Fiscal Dr. Miguel Angel Lemir, esta última sentencia fue confirmada por el Excmo Superior Tribunal de Justicia en Expte. N° 10787/14, LA N° 57, F° 3838/3841, N° 1016 del 22/12/14.

Tener presente la reserva de plantear la cuestión constitucional para ocurrir a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal que plantean los letrados.

Por todo ello soy de opinión que se debe rechazar la apelación interpuesta por el Dr. Luis Alfredo Canedi y Dr. Diego D`Andrea Cornejo en favor de Luis Horacio Cosentini, por los motivos y las razones expresadas.

**La Señora Vocal Doctora GLORIA MARIA MERCEDES PORTAL DE ALBISETTI, dijo:**

Adhiero al voto del Dr. Paoloni por compartir sus fundamentos los que constituyen jurisprudencia de éste Tribunal.

**El Señor Vocal Habilitado Doctor EMILIO CARLOS CATTAN, dijo:**

Adhiero al voto de Presidencia por compartir sus fundamentos.

Por todo lo expuesto, la **CAMARA DE APELACIONES Y CONTROL;**

**RESUELVE:**

I) No hacer lugar el recurso de apelación planteado por el Dr. Luis Alfredo Canedi y Dr. Diego D`Andrea Cornejo. En consecuencia confirmar la resolución dictada por el Sr. Juez de Control N° 4, Dr. Isidoro Arzud Cruz, de fecha 26 de agosto de 2016, que rola a fs. 12/16, en cuanto ha sido materia de recurso y por los fundamentos expresados en los considerandos de la presente sentencia.-

II) Tener presente la reserva de plantear la cuestión constitucional para ocurrir a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal que plantean los letrados.

III) Registrar, agregar copia en autos, protocolizar y notificar.-

Fdo. Dr. Nestor Hugo Paoloni-Juez- Dra. Gloria María Mercedes Portal de Albisetti-Juez- Dr.  
Emilio Carlos Cattán- Juez Habilitado- Proc. Silvia Mercedes Díaz- Firma Habilitada.-