



Mar del Plata, <sup>24</sup> de septiembre de 2008.-

**AUTOS y VISTOS:**

La presente I.P.P. N° 244756, caratulada: "S/  
**DENUNCIA. DTE.: JESUS, HECTOR ANIBAL**"; traída a  
despacho a efectos de dictaminar en los términos de  
lo dispuesto por el art. 83 inc. 8° del  
C.P.P.P.B.A, en atención a la resolución dictada  
por el Agente Fiscal interviniente con fundamento  
en lo dispuesto por el art. 291 C.P.P.P. B.A. y:

**CONSIDERANDO:**

1.- Que a fs. 1/8 surge que Héctor Anibal  
Jesús, en su carácter de apoderado de la firma  
Pemahe S.A., denuncia mediante presentación  
realizada ante esta Fiscalía General el 1° de  
febrero de 2008 que el 15 de diciembre de 2006  
realizó una operatoria comercial en la que  
participaron las firmas Giama y Fiat Auto Argentina  
S.A.. Dicha operatoria consistió en la compra de  
dos vehículos marca Fiat.

Refiere, concretamente, que la denunciante  
adquirió de Fiat Auto Argentina S.A., con  
intermediación de la firma Giama, dos vehículos  
(Fiat Fiorino Nafta FIRE con opcional GNC),  
habiendo retirado de la concesionaria solo una de  
las unidades, en atención a la falta de stock de



Giama.

Respecto de la segunda unidad, señala que fue realizando pagos a cuenta (en dinero efectivo y a través de la entrega de un rodado usado), y que no fue entregada en debido tiempo, razón por la cual, comenzó el intercambio epistolar entre las partes, solicitando el aquí denunciante el cumplimiento del contrato suscripto. Todo ello, sin éxito alguno.

Finalmente, las sociedades comerciales referenciadas son demandadas civilmente por el aquí denunciante, en orden a alcanzar el cumplimiento del contrato invocado.

**2.-** A fs. 93/vta. el Sr. Fiscal de grado, dispone desestimar las actuaciones por entender que los extremos denunciados no constituyen un ilícito penal.

A raíz de ello, el denunciante formula la presentación de fs. 96/100, manifestando su disconformidad con el resolutorio de referencia. Señala que a su entender existe acreditada una maniobra fraudulenta imputable a los responsables de la firma GIAMA.

**3.-** Sin perjuicio que los argumentos esgrimidos por el denunciante simplemente denotan su disconformidad con el resolutorio de fs. 93/vta.; entiendo que el ámbito penal no resulta, necesariamente, el adecuado para el tratamiento de la problemática traída a conocimiento del suscripto



por el peticionante.

En este orden de ideas pues, coincidimos plenamente con los argumentos vertidos por el Sr. Agente de grado a fs. 93/vta.; con sustento en los cuales se resuelve la desestimación de la denuncia.

**4.-** Que así las cosas, se debe concluir que no se encuentra justificada la intervención del Ministerio Público Fiscal. Ello, por cuanto tal situación implicaría tener que resolver el conflicto planteado en su totalidad en sede penal, cuando en realidad, a esta altura del proceso, no existen elementos que puedan acreditar la materialidad del ilícito traído a investigación; y que de existir, aparecen disfrazados y bajo el manto de un negocio jurídico lícito (compraventa de automotor) y su desenmascaramiento comportaría un esfuerzo inútil para el Estado y de prueba diabólica, cuando el mismo Estado asegura el acceso a la tutela judicial por la ventanilla del sistema civil y comercial. En este último ámbito, la simple constatación del incumplimiento contractual importa un delito civil (Arts. 1109 y ccdtes. CC).

Destaco sobre este último punto que de la compulsa del Sistema Informático del Ministerio Público (SIMP) no se determinó la existencia de otras denuncias similares respecto de la firma Giama, motivo por el cual, en principio, nada hace suponer que realice este tipo de maniobras en forma



habitual. No hay otros denunciante con relación a ella.

Es del caso destacar que cuando hablamos de delito penal, nos referimos básicamente a un conflicto que ha ocurrido en la realidad, y del que se apropia el sistema penal, definiéndolo en una resolución que no pone término al conflicto sino que, en todo caso, afirma la potestad estatal sobre los ciudadanos.

Como hemos reiterado en diversas oportunidades, no todas las conductas interesan al Derecho Penal, sino que de entre la infinidad de acciones que tienen lugar en la vida de relación, sólo algunas son seleccionadas y sancionadas con una pena. Cuando el nivel de conflictividad sobrepasa el límite de lo tolerable se vuelve socialmente disvalioso. Ahí es cuando las sociedades necesitan ajustar sus instituciones para encauzar la conflictividad bajo pena, de no hacerlo, de entrar en un proceso de descomposición social.

Corresponde al Estado encauzar la conflictividad, llevándola a límites tolerables, a partir de las distintas formas de gestión con que cuenta, desde la no intervención, las instancias administrativas, la justicia civil- comercial, de familia, hasta la forma más fuerte, representada por el sistema penal.

Sin embargo, esta instancia suele aparecer como



el primer o uno de los primeros niveles al que se recurre frente a un conflicto, con lo cual se genera una suerte de inflación penal que solo cumple propósitos simbólicos, toda vez que no hay sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los hechos presuntamente delictuales.

Este tipo de accionar conlleva en muchos casos, un exceso de pretensión del denunciante, al intentar actuar en múltiples instancias a la vez.

La justicia penal es, sin dudas, el nivel más fuerte de intervención estatal en la conflictividad social y, por ende, debe ser la *ultima ratio* (Conforme lo sostenido por el suscripto en IPP.nro.102.497 "Rivero, Nancy - Su denuncia"; IPP. nro. 92.787 "Abalsamo Marcelo - Su denuncia"; IPP. nro. 102.536 - Becerra Norma Beatriz - Su denuncia; IPP. nro.102.585 - "Maresca, Pablo - Su denuncia", IPP. nro. 107.592, "Devia, Osvaldo Jorge - Denuncia defraudación" IPP. nro. 90.524 - "Scarimbolo Martín - Su denuncia", entre otras).

**5.-** En este orden de ideas, no podemos soslayar que desde hace algunos años se ha instalado una idea subsidiaria del derecho penal, confiriéndole un carácter fragmentario respecto del resto del ordenamiento jurídico y, cuya intervención, se produce en una última instancia -ultima ratio-, variando de tal forma aquella idea del derecho penal como eje meridional de la vida en sociedad



(arg. Artículo 1101 Código Civil del Siglo XIX).

"... El derecho penal no es el único medio de control social que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas. Existen otras formas de control social de carácter jurídico. La administración pública puede, así, imponer a través de sus funcionarios numerosas sanciones administrativas -como, por ejemplo, multas de tráfico- y, sin embargo, ello no se halla previsto por el derecho penal, sino por el derecho administrativo. El derecho penal sólo determina las penas o medidas seguridad que pueden imponerse en un proceso judicial penal. El legislador es quien decide qué sanciones puede confiar al derecho administrativo y cuáles, en cambio, han de reservarse el derecho penal como penas que exigen la intervención de un juez o tribunal independientes. Debe ligarle en esta decisión el criterio de la gravedad de la sanción y dejar para el derecho penal las sanciones que en mayor medida afectan a los ciudadanos. El derecho penal ha de limitarse a ofrecer el último recurso -ultima ratio-, para cuando los demás medios de control social, jurídicos o no, resulten insuficientes..." (MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 5ta edición, 4ta reimpresión, Barcelona, 2001, pág. 6.).



No cabe duda alguna que en las sociedades avanzadas, hasta el ejercicio del arte del derecho en el ámbito de la abogacía, conserva una óptica preventiva, vale decir el abogado es entrenado en técnicas de negociación que permiten evitar conflictos, antes de formalizarse los negocios jurídicos de sus clientes.

En tal sentido el asesoramiento previo a la redacción de un contrato, se transforma en la tarea más importante que desarrolla un profesional de la abogacía; la consabida consulta de su cliente, antes de encarar cualquier clase de negocio jurídico, permite a su profesional de confianza anticipar los eventos que podrán orientar la firma, ejecución y cumplimiento del sinalagma propuesto.

También las prácticas comerciales acompañan el crecimiento de sociedades exitosas en materia industrial, mediante la técnica y el empleo de herramientas que, en nuestros países, suelen ser propias de imposiciones estatales, y no, de previsiones particulares; concretamente la actividad aseguradora se expande en distintas áreas de cobertura que exceden en mucho a las prácticas que reconocemos en nuestra cotidianeidad.

En síntesis, aquéllas son sociedades donde la previsión económica permite alternativas de otra naturaleza, siempre en el terreno de la prevención frente al negocio jurídico a encararse; en ellas la



fe y lealtad comercial, la solvencia bancaria, el crédito y el pago de impuestos, conforman en su globalidad, una diferente cultura del trabajo, la educación, la economía y la industria.

El gran desafío de nuestras sociedades, en muchos casos recientemente reinstitucionalizadas como Repúblicas, con una incipiente incorporación a tratados internacionales que poseen estándares propios de sociedades del primer mundo, consiste en conciliar nuestra realidad con aquellos principios; se comprenderá que no es sencillo hacer funcionar una carreta con nafta de aviación.

De todas formas el paradigma tendencial debe procurar avanzar hacia la realización del Estado de derecho, conjugando la protección de la víctima, garantías del delincuente y eficacia del sistema. La tarea es ardua y pletórica de inconvenientes.

De la misma forma el intento conlleva el desafío que podríamos denominar "vivir para explicar", toda vez que a la propia calificación profesional de abogados de distintas edades, formaciones profesionales, criterios y representación de variados intereses, debemos agregar nuestras propias limitaciones, y la existencia de una víctima que siempre tiene un alto parámetro de exigencia querulante, en algunos casos con razón, y en otros, por variadas motivaciones, sin ella.



No es ajeno al foro local, como fenómeno extendido al resto de la Provincia, que la gratuidad pericial en el ámbito de los delitos culposos lleva a un constante desgaste de la agencia policial-pericial y fiscal, detrás de pruebas que serán objeto de una condena poco menos que simbólica en el fuero penal -v.g. una suspensión de juicio prueba, tampoco es una condena; CSJN, Fallo "Acosta" del 23/04/08-, cuando en realidad el objetivo final de la víctima y su profesional de confianza será una indemnización civil que reclamarán en otro fuero, en el que se abonará una tasa de justicia proporcionada al monto reclamado.

Idéntico fenómeno se observa en el ámbito de las Fiscalías de Delitos Económicos.

En tal panorama, no cabe duda que en nuestra sociedad, necesitada de justicia en términos de valor en mucha de sus actividades, expuesta en forma permanente a crisis económicas, desocupación, variación de reglas de juego impositivas, alteración de ecuaciones contractuales como consecuencia de ciclos económicos inconstantes, inestabilidad política, inseguridad física, se exacerbe, y con razón propia de quienes no son iniciados en las artes del derecho, presente reclamos de variada índole que en muchos casos se traducen en la solicitud de severas condenas, para



quienes no son, ni más ni menos, apenas infractores de un contrato civil o comercial.

Es casi lógico que una sociedad de esta naturaleza, con la que convivimos a diario, no consulte a su abogado antes de firmar un contrato, descrea de acercarse a un fiscal de turno antes de instaurar una denuncia y, frente al Estado que no le confiere respuestas eficientes en otros ámbitos, considera que nada funciona, y termine abjurando de la necesidad de pagar sus impuestos, cuando no, afortunadamente en contados casos, recurra a formas de vindicta privada, propias de sociedades preindustriales.

En la provincia de Buenos Aires, se dispuso un cambio de sistema del enjuiciamiento penal que, pronto cumplirá diez años (1998-2008), permite el enjuiciamiento de un delincuente en un lapso que puede oscilar entre veinte días y tres meses; no hace falta que sea este Fiscal General quien destaque las virtudes de la celeridad judicial, siempre en el marco del irrestricto respeto del estado de derecho.

El esfuerzo político y judicial se ha realizado, en un importante sector del derecho, encargado de tutelar bienes jurídicos apreciados para la sociedad, es decir el sistema penal. Pero no se ha observado el mismo énfasis, y es de lamentar, en el ámbito civil y comercial cuyo



procedimiento ha quedado acollarado a un espíritu escrituralista decimonónico, inadmisibles para la dinámica de los tiempos que corren.

Nos basta citar sólo a título de ejemplo que, cuando en 1998 era casi un agravio para el sistema penal hablar de mediación penal, aun cuando los procesos mediativos comenzaban a instalarse en el ámbito de la justicia Nacional Civil y Comercial, a diez años de la reforma, la mediación penal resulta exitosa en el camino de construir una justicia penal compositiva; está de más decir que sigue siendo una deuda en el ámbito de los intereses civiles y comerciales de la Provincia.

Tampoco podemos dejar de advertir que el aceleramiento, especialización, e incipiente desformalización del fuero penal, ha llevado a que sean no pocos los que intentan probar suerte, frente a un conflicto comercial, bajo el manto protector de la supuesta estafa o defraudación, en el ámbito de la fiscalía temática respectiva.

Cabe a este Ministerio Público Fiscal, hallar la difícil ecuación para que tal actitud, no constituya un mecanismo que lentifique o entorpezca el esfuerzo realizado en estos diez años, para que la justicia de Mar del Plata no sólo trate cuestiones bagatelares.

La decisión de dictar la Instrucción General 15/99, tuvo como desafío, superar la idea que



nuestros ciudadanos tenían y tienen del trabajo en el ámbito judicial. Una primera Fiscalía, fue luego auxiliada con una segunda estructura, conformándose así, en la medida de los escasos recursos que posee este cuerpo de Fiscales, un grupo de Fiscales destinados a investigar actividades ilícitas relacionadas con el delito económico organizado o el delito en el ámbito de la función pública. En estos últimos aspectos, se ha fijado el eje central de la política del delito económico en este Departamento Judicial.

6.- Volviendo al caso particular que nos ocupa, no podemos soslayar que existen constancias en autos que dan cuenta que el denunciante se encuentra transitando la vía especializada, idónea para resolver la problemática planteada entre las partes.

En este sentido, hemos de insistir en que el Derecho Penal constituye la última ratio de la política estatal destinada a prevenir los comportamientos delictivos.

De este razonamiento deriva el llamado principio de intervención mínima, en virtud del cual las normas penales deben limitarse a proteger los *intereses colectivos o individuales, cuando ello es imprescindible para la vida en comunidad*. Extremos que en el caso de autos no se verifican.

En consecuencia, el remedio penal sólo deberá



utilizarse ante el fracaso de los instrumentos previos de que el Estado dispone.

Hemos señalado con anterioridad (*IPP nro. 216.590, "PEREZ Margarita Trinidad su denuncia; IPP N° 112684, "Incumplimiento deberes de funcionario público. Malversación de caudales públicos. Víctima: Poletti, Carlos Roberto. Mutual del Sindicato de Trabajadores Municipales"*, entre otras), que el sentido común dicta que si estamos ante la posibilidad de que la cuestión pueda ser dirimida por vías alternativas - en tales antecedentes, se trataba de la vía administrativa-, se impone la utilización racional de los escasos recursos con que se cuenta en este fuero penal, sobre todo ante la inexistencia evidente o aparente de los elementos típicos que configuren delitos en que pueda fundarse la acción punitiva estatal.

7.- A la luz de los antecedentes y constancias obrantes en autos, sin lugar a dudas, la conclusión a la que arribamos es la que se impone. Máxime teniendo en cuenta que los presupuestos fácticos y jurídicos que demanda la figura penal en la cual pretende el denunciante encuadrar los hechos imputados a la firma denunciada, no se verifican en autos; o cuando menos, no son siquiera evidentes.

Al respecto, recordamos que el tipo básico: "... previsto en el artículo 172 del Código Penal



*exige la presencia de tres elementos fundamentales: fraude (ardid o engano), error y disposición patrimonial perjudicial, que deben darse en el orden descripto y vincularse por una relación de causalidad, de modo tal que sea el fraude desplegado por el sujeto activo el que haya generado error en la víctima y ésta, sobre la base de dicho error, realice una disposición patrimonial perjudicial..."* (Cfr. Tribunal de Casación Penal, Sala I, 19550 RSD-557-6 S 31-8-2006, causa:S.,D. s/ Recurso de casacion).

Podrá advertirse que tales extremos no se verifican en autos.

En efecto, no surge acreditado que la firma denunciada - con la cual el denunciante venía manteniendo una relación de tipo comercial desde hacia largo tiempo- haya desplegado ningún tipo de maniobra defraudatoria en los términos y con los alcances de lo dispuesto por el art. 172 y/o 173 inc. 11 del CP, que determinara la suscripción de el Contrato de compra - venta incumplido por el denunciado.

En particular, no surge de estos obrados que el perjuicio patrimonial invocado por el denunciante - elemento objetivo que exige el tipo en análisis- haya sido consecuencia de un error en el que aquél habría incurrido por efecto de una pretensa



maniobra engañosa o ardidosa desplegada por el sujeto activo.

No se verifica, tampoco, la existencia de un nexo de determinación entre el accionar de la firma denunciada - reiteramos, con la que desde hacia años el denunciante venía manteniendo relaciones comerciales - y el pretenso error que -invoca el denunciante- habría determinado el perjuicio económico denunciado (fs. 97).

A mayor abundamiento, no podemos soslayar que los amplios antecedentes comerciales del denunciante - lo que debiera suponer la existencia de un conocimiento del campo, y la existencia de asesoramiento jurídico permanente- y la relación comercial que por años mantuvieron las partes vinculadas a la causa, alejan en principio la posibilidad de la existencia de ardid o engaño alguno determinantes en la contratación de marras.

Entendemos que en este tipo de hechos: *"... para determinar la idoneidad del ardid, hay que valorar la calidad cultural y personal del sujeto pasivo en concreto, por cuanto no existe para ello un criterio absoluto y apriorístico. En cada caso debe establecerse aquella idoneidad en relación con la mentalidad y condiciones personales de las víctimas, ... . En suma, lo que debe tenerse en cuenta fundamentalmente es que, en el caso*



*particular, el ardid o engaño hayan sido aptos para suscitar un error en el sujeto pasivo, del cual derive un acto dispositivo de propiedad perjudicial para su patrimonio o el de un tercero. ... ". (Cfr. Buompadre, Jorge Eduardo; Estafas y Otras Defraudaciones, Ed. Lexis Nexis, Bs.As., 2005, pag. 46).*

No puede perderse de vista que aún en el caso en que efectivamente hubiese mediado una maniobra defraudatoria, la misma debe ser determinante, condicionante con relación al accionar de la víctima. Es decir, si medió engaño, este debe ser de suficiente entidad en orden a engañar al sujeto pasivo; provocando en él un error determinante de la disposición pecuniaria perjudicial.

A la luz de lo expuesto, y aún cuando aparecieran evidencias del engaño debemos concluir que no han mediado en el caso de autos las citadas circunstancias; razón por la cual, coincidimos con los criterios desarrollados por el Sr. Fiscal de grado a fs. 93/4.

**8.-** Que sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, entiendo necesario poner en conocimiento del denunciante que cuenta con la posibilidad de realizar la denuncia pertinente por ante la Dirección General de Defensa al Consumidor e Intereses del Contribuyente que depende del



Municipio de Gral. Pueyrredón - sito en calle San Martín 2929 de la ciudad de Mar del Plata, tel. 0223 499-7867 / 7868-; en orden a que por dicha vía administrativa especialmente dispuesta por la Ley 13133, se procure alcanzar una solución integral a la problemática traída a conocimiento del suscripto.

No podemos soslayar que en el ámbito provincial se encuentra en vigencia la mencionada norma, en virtud de la cual se implementan los derechos constitucionalmente reconocidos a los consumidores y usuarios. En este contexto, se ha previsto la adopción de distintas medidas de protección al consumidor, que se deben aplicar en beneficio de todos los sectores de la población (conf. art. 2 L. 13133).

Así, se ha delegado en los Municipios provinciales las funciones emergentes de esta ley y, en especial, se les ha encomendado la aplicación de los procedimientos y sanciones allí previstos (conf. arts. 79, 80 y ss. L. 13133).

En consecuencia, reitero que, más allá de las consideraciones jurídicas que en los apartados anteriores el suscripto ha realizado con relación al hecho denunciado en autos, el mismo no se encuentra privado de alcanzar una solución concreta y pronta en el ámbito administrativo señalado por los arts. 81, ss. y ccdtes. de la Ley 13133



(Conf.Argto. desarrollado por esta Fiscalía General en I.P.P. N° 228368 "/DENUNCIA". Dte.: PARGAMENT, Viviana Andrea).

9.- Que sin perjuicio de las consideraciones particulares desarrolladas con relación a la presente causa traída a conocimiento del suscripto, he de puntualizar, a modo de síntesis, algunas cuestiones con el ánimo de ratificar la política criminal que desde esta Fiscalía General se viene delineando desde 1999:

a.- Derecho Penal, última ratio: En todas aquellas causas en las que se verifique una relación comercial o contractual previa entre las partes - aunque no se encuentre formalizada-, deberá entenderse el derecho penal como última ratio a la cual habrá de recurrirse, en orden a poner fin a la conflictiva social que se presenta; más aún cuando exista pendencia judicial en otro fuero (civil y comercial, familiar, laboral, etc.).

b.- Agotamiento de instancias previas: Cuando exista relación institucional o consorcial entre las partes (pública o privada) deberá evaluarse si existen mecanismos estatutarios que permitan la composición o corrección de la conducta disvaliosa (por ejemplo: remoción del administrador del consorcio o exigible rendición civil de cuentas, la imposición de sanciones por faltas leves en instituciones públicas a sus agentes, sometidos a



sumarios administrativos, etc.); y en tal caso, diferir a ellos la solución del problema.

De igual manera, cabe apuntar que el citado criterio corresponderá ser aplicado en materia de alimentos, regímenes de visitas, dilucidación de derechos reales, etc.; donde claramente la intervención del derecho penal debe ser la última ratio a la cual recurrir.

c.- Resolución Alternativa de conflictos: Deberá considerarse especialmente, la existencia de medios compositivos o resolutivos más ágiles que puedan ser aplicables al caso, tal como instancias de atención a los usuarios y consumidores, que permitan un rápido mecanismo de corrección de la conducta comercial disvaliosa.

d.- Principio de oportunidad: Asimismo, corresponderá evaluar en cada caso concreto, la procedencia de la aplicación del llamado principio de oportunidad que, a criterio del suscripto, resultaría aplicable en el caso en análisis.

El mentado principio ha sido definido por Cafferata Nores como: "... la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción y persecución penal, fundada en razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y



subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para 'perseguir y castigar'." (Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2da. Edición actualizada. Editores del Puerto; p. 38; citado por Maceda, Gabriela A. - Ortenzi, Tamara; *Breves reflexiones acerca del principio de oportunidad*, LLGran Cuyo 2006 (marzo), 229).

El mismo, sin lugar a dudas, otorga al Ministerio Público Fiscal el poder de decidir y, en su caso, prescindir de la acusación pública, motivado en razones de política criminal o utilidad social.

La oportunidad consiste en una facultad de decisión en base a parámetros lo más precisos posible para limitar o contener ese poder acusador que ahora actuará en base a criterios de oportunidad, y que nunca podrá ser arbitrario (Arts. 56, 56 bis y ccdtes. CPPPBA.).

En este sentido, es claro el Art. 56 CPPPBA. cuando expresa que: "... El Ministerio Público Fiscal promoverá y ejercerá la acción penal de carácter público, en la forma establecida por la ley, ... y practicará la investigación penal. ... Procurará racionalizar y otorgar eficacia a sus intervenciones pudiendo aplicar criterios de



*oportunidad en cualquier etapa del proceso, especialmente a través de aquellos institutos que propiciaren la reparación a la víctima; sin perjuicio de propender a la economía procesal mediante el juicio abreviado u otro mecanismo dispuesto a tal fin ...".*

Ahora bien, entendemos, que aún en el caso de autos se hubiese podido repensar la cuestión a la luz del principio en análisis.

En éste, como en todos los casos, debe haber razón suficiente para iniciar la persecución penal de un delito como también para continuar su seguimiento. Es decir si se configuró el precepto penal se deberá avanzar, pero sólo si el Fiscal actuante lo consideró necesario.

En este sentido, no podrá perderse de vista que: *" Dentro del sistema jurídico, la valoración que debe hacerse es en relación con la validez de una norma o de un instituto dentro de ese sistema, y tal validez será dada por la coherencia lógica. No toda "culpabilidad" deberá ser penada. El encuentro entre el principio de culpabilidad y el de lesividad no debe ignorar un principio fundamental derivado directamente de la idea republicana, como es que la intervención estatal solo será válida en el ámbito penal si se realiza de modo subsidiario o de ultima ratio (principio de*



derecho penal mínimo).” (Maceda, Gabriela A. - Ortenzi, Tamara; Breves reflexiones acerca del principio de oportunidad, LLGran Cuyo 2006 (marzo), 229).

Así las cosas, a tenor de los antecedentes fácticos del caso, concluimos que de no haberse arribado a la solución prevista en el Art. 290 CPPPBA., hubiese correspondido realizar un análisis de la cuestión a la luz de lo dispuesto por los Arts. 56 y 56 inc. 1° del CPPPBA.. Evidentemente, en autos, no nos encontramos en condiciones de traspasar la instancia investigativa.

En este orden de ideas, no podemos dejar de resaltar que no existen elementos probatorios que nos lleven a presumir siquiera, la posibilidad de que la firma aquí denunciada se dedique, en forma habitual, a desarrollar una actividad comercial ilícita. Por el contrario, a simple vista, parecería que la problemática traída a nuestro conocimiento no pasa de ser una desaveniencia comercial que, sin duda, podrá encontrar una mejor y más amplia solución en el fuero especializado.

En este caso la pauta de razonabilidad dispuesta en el artículo 28 de la Constitución Nacional, en el análisis del presente ejercicio de la oportunidad Fiscal, viene cifrada en los siguientes elementos.

d.1. El denunciante ha iniciado demanda en el



fuego civil y comercial.

d.2. No es evidente el elemento subjetivo típico del artículo 172 del código penal, ni se hace referencia a prueba alguna que permita acreditarlo.

d.3. El denunciante posee patrocinio letrado y, en principio no aparece como una persona insolvente o carente de recursos, motivo por el cual tiene asegurado su derecho a la tutela judicial efectiva por medio del fuero especializado ( Artículo XVIII 'Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre', y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos' y en 'Santos', Fallos, 307:282; 'Christou', Fallos 308:155; 'Moriña', Fallos, 311:682 y arg. a contrario 'Marchisio', Fallos, 301:111).

d.4. No se verifica una cuestión que afecte intereses colectivos o difusos de naturaleza político-institucional, que pudiera afectar a principios del sistema republicano (vg. malversación de fondos públicos).

d.5. No se verifica una afectación de intereses colectivos o difusos que pudiera afectar al medio ambiente o el sistema económico-financiero de la ciudad.

d.6. No se verifica una afectación de intereses colectivos o difusos que pudiera afectar la salud pública (vg. mala praxis médica o comercio de



estupefacientes).

d.7. No se verifica una afectación de intereses colectivos o difusos que pudiera afectar el orden público, bien común, interés general o seguridad pública o individual (vg. delitos contra la vida o integridad física).

d.8. No se verifica la existencia de criminalidad organizada que en forma permanente pudieran estar cometiendo delitos que perjudiquen intereses colectivos o difusos o, afectar en forma generalizada y permanente, intereses subjetivos o particulares. (Conf. Argto. desarrollado por esta Fiscalía General en IPP 215247 de trámite por ante la UFIJE N°9, el 17/09/08).

En síntesis nos hallamos frente a un típico caso de defensa de un interés particular que merece ser atendido en el fuero especializado.

e.- Ejercicio constitucionalmente reglamentado de derechos: La reforma constitucional de 1994, en los niveles nacional y provincial, ha operado en palabras del doctor Augusto Morello una notable "divisoria de aguas en el diagrama funcional u operativo de lo que se denomina el sistema del Poder Judicial. Es decir, en lo que se involucra con esa expresión omnicomprendiva: a) La estructuración y ensamble coordinado del conjunto de los órganos a que responde la misión de afianzar

4



la justicia (preámbulo de ley fundamental) y b) asegurar con visión federalista la prestación de ese esencial servicio en todo el país de manera armónica (sincronizada) en el marco de un accionar jurisdiccional que sirva a los valores y objetivos puestos a su cargo" (MORELLO, A. M., Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales, ed. Platense 1998, pág. 43).

De tal forma, la carta constitucional debe ser la herramienta que oriente el rediseño de los procesos infraconstitucionales en sus distintas vertientes (civil, laboral, penal) en la tutela y protección del irrestricto acceso a la justicia, y con ello, a una tutela judicial efectiva por parte del ciudadano; pero en modo alguno tal acceso, debe ser desordenado, abusivo en su ejercicio, o ajeno a la noción de especialidad que debe prevalecer en la resolución de un caso judicial, toda vez que, con ello, se afectarían otras normas del paradigma Constitucional Social de nuestros días.

Sin perder de vista este panorama, resultará necesario entonces que, en cada caso concreto, los Agentes Fiscales evalúen, a la luz de los principios desarrollados en el marco de la llamada Teoría del Abuso del Derecho; los alcances del ejercicio de los comúnmente invocados derechos a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva, que



sin lugar a dudas, asisten a los denunciantes.

No podemos perder de vista que en los orígenes del constitucionalismo, los derechos subjetivos concedidos al individuo por los ordenamientos jurídicos eran concebidos como prerrogativas o facultades de carácter absoluto. De tal modo que, el ejercicio de los derechos siempre era legítimo, sin importar cuáles eran o podían ser las consecuencias de tal obrar.

Merced a la evolución de aquél movimiento jurídico-político, tanto la noción de derecho subjetivo, cuanto su concepción y contenido fueron modificándose; lo que nos permite hoy realizar una lectura social de cada uno de los derechos, intentando con ello vislumbrar las posibles consecuencias que el ejercicio de los mismos pudiere aparejar frente a terceros.

En este contexto, modernamente, ha sido desarrollada la llamada Teoría del Abuso del Derecho.

Así se ha sostenido que: *"... La teoría del abuso del derecho tiene el significado de irrumpir como una necesaria y justa limitación de las prerrogativas individuales, de naturaleza aún imprecisa, tendiente a restringir por la vía jurisprudencial los excesos cometidos en nombre de un individualismo sin fronteras..."* (Carlos



Fernández Sessarego; *Abuso del Derecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág.117).

Sin perder de vista estas pautas, debe analizarse en cada caso concreto si el denunciante, bajo el amparo de previsiones normativas que reconocen derechos a los particulares, en realidad, intenta ejercer ilimitadamente los mismos; al pretender, por ejemplo, agotar la instancia probatoria en sede penal, de manera más rápida y en forma gratuita, para luego hacerla valer en el ámbito civil - instancia que se encuentra transitando el denunciante de autos-.

Insistimos, un Estado carente de recursos no puede asistir a la víctima "a través de dos ventanillas", en dos fueros. Ello podría significar dejar de atender otros casos que quizá, no podrían encontrar solución en otro ámbito.

Ahora bien, entre los múltiples derechos que asisten a los hombres, revisten relevante significación los requerimientos de tutela judicial efectiva, oportuna, de satisfacción inmediata. Sin lugar a dudas, es éste el contexto donde concurren aspectos subjetivos y de interés general que nos hacen repensar los casos - como el presente- a la luz de criterios de oportunidad, solidaridad e igualdad.

f.- Alcances del Art. 1101 CC.: Por último, cuando no se observe con evidencia la existencia de



una organización delictiva afectando intereses colectivos, deberá evaluarse la posibilidad de recurrir a otros fueros, o instancias previo a resolver, en el fuero penal - última ratio - la totalidad de la conflictiva denunciada.

Lo anteriormente expuesto, de ninguna manera importa desconocer el tenor y los alcances del principio general estatuido en el Art. 1101 del CC.. Por el contrario, entendemos, debe ser interpretado razonablemente en función de las circunstancias particulares de cada caso concreto, de los principios generales del derecho y de la normativa de raigambre constitucional.

De esta manera, hacemos nuestros los argumentos y conclusiones desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia en el leading case "Ataka y Cía Ltda. c. Gonzalez Ricardo y otros s/ ejecución" (20/11/73) y en el caso "Zacarías" del 28/4/98, en tanto allí se señala que la norma en estudio, de orden público, no contiene una regla absoluta, sino que la misma debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y el derecho a obtener una decisión dentro de un tiempo razonable.

En este sentido, hemos de concluir que: *"Una interpretación estricta de la letra del art. 1101 del código Civil puede erigirse en una verdadera trampa legal para el pretense damnificado, puesto*



que, so pretexto de evitar el eventual escándalo jurídico de pronunciamientos contradictorios, genera un escándalo mayor, cierto y actual, como es el de privarlo del derecho a que su acción civil sea sentenciada en un término razonable, prolongando indefinidamente la incertidumbre de la controversia. Una administración de justicia rápida se enhebra con la garantía de defensa en juicio, que en aquélla encuentra una de sus satisfacciones, de tal modo que aun las normas imperativas y de orden público deben ser aplicadas coordinadamente con las normas de jerarquía constitucional evitando con una interpretación y aplicación de las primeras caer en situaciones formales exageradas que obviamente nada solucionan y transgreden normas de nivel superior." (CNCiv. sala F, 5/12/01, DJ 2002-263).

No va a haber decisorios contradictorios, porque en el fuero penal no va a existir una decisión.

**10.-** Que en atención a todo lo anteriormente expuesto, y las particularidades del caso traído a mi conocimiento, entiendo que resulta ajustada a derecho la resolución cuestionada por el denunciante.

**POR TODO ELLO** Este **Fiscal General de Cámaras**



**Departamental,** en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 12.061 del Ministerio Publico,

**RESUELVE:**

1.- Confirmar la resolución dictada por el Sr. Agente Fiscal Dr. Eduardo Amavet, mediante la que se resuelve desestimar la denuncia con fundamento en lo dispuesto en los arts. 290 y 291 CPPPBA..

2.- Notificar la presente resolución al denunciante, librándose la correspondiente cédula. Devuelta que sea la constancia respectiva, remítase a la U.F.I.J.E interviniente.

3.- Teniendo en cuenta que lo aquí resuelto podría resultar de interés para otros Agentes Fiscales, notíquese el presente dictamen a todo el Cuerpo de Fiscales de este Departamento Judicial.

4.- Comunicar a la Sra. Procuradora General de la Provincia, Dra. María del Carmen Falbo, a cuyos fines líbrese el oficio de estilo.

En <sup>53</sup> 14/12/08 se libró cedula de notificación,