

**CAUSA: "HUILINAO, Silvio Isidoro - PASCUARIELLO, Carlos Alberto s/denuncia  
(expte. 49/03 CM)"  
(expte. 27-fº 45 - año 2003.)**

----- En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil cuatro, reunido en acuerdo el Tribunal de Enjuiciamiento, con la presidencia de su titular, Dr. José Luis Pasutti y Asistencia de los Señores Vocales, Dres. José María Ferreira de Las Casas, Manuel Fabián Mauriño, José Antonio Karamarko y Carlos Alberto Relly, actuando como Secretario el Dr. José Hugo Osvaldo Maidana, para dictar sentencia en la causa: "Huilinao, Silvio Isidoro - Pascuariello, Carlos Alberto S/ Denuncia" (Expte. N° 27 - Fº 45 - Año 2003 - Letra H).-----

----- RESULTANDO: -----

----- Que por Secretaría se dio lectura de la acusación formulada por el Sr. Procurador General, la cual expresa: Excmo. Tribunal de Enjuiciamiento: Vengo por la presente a formular acusación, conforme lo dispuesto por el art. 36 de la ley 4461 y su modificatoria 4496.-----

----- El presente proceso llega a esta instancia mediante Acordada N° 522/03 -fs. 255/256- de fecha 17 de octubre de 2003, el Plenario del Consejo de la Magistratura, analiza las actuaciones sumariales de autos y el informe pertinente formulado por el Sr. Instructor, remitiendo lo actuado al Tribunal de Enjuiciamiento a los fines de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 4461, por cuanto entiende que la conducta del Sr. Juez de Instrucción de la ciudad de Esquel, Dr. José Oscar Colabelli, resulta atrapada en la causal de "mal desempeño de la función judicial" (art. 165 Constitución Provincial), comprensivo de la "falta grave" (art. 169 Constitución Provincial); y "desconocimiento inexcusable del derecho" (art. 165 Constitución Provincial), todo en referencia a la causa caratulada: "Fermín, Mauricio s/Usurpación" (Expte. N° 2061/00). No así en el Expte. "Macayo Rafael M. S/ Nulidad (N° 2346, Fº 87, año 2002), toda vez que en ésta, la mayoría del Pleno resolvió archivar las actuaciones en mérito a las argumentaciones del Sr. Instructor.-----

----- El Consejo de la Magistratura toma intervención en las presentes ante la denuncia efectuada por el Sr. Silvio Huilinao -ratificada ésta el 05/06/03 en la ciudad de Esquel-, como así también la formulada por el Consejero Carlos Pascuariello, conjuntamente con la documentación aportada y su ratificación de fecha 05/06/03 -según se desprende del acta obrante a fs. 107, II Cuerpo- y acumuladas a la causa que venía tramitándose, "Superior Tribunal de Justicia s/ Denuncia", expte. n° 49/03.-----

----- Instruido el sumario, según manda del art. 192 inc. 4º de la Constitución Provincial y previsiones del art. 23 de la ley 4461, el Consejero Instructor desinsaculado a ese fin, Dr. Miguel Díaz Vélez, elevó al Pleno el informe respectivo cuyo texto obra a fs. 230/246 vta.--

----- Configura la base del sumario -en la materia que nos ocupa- las imputaciones contenidas en las denuncias arriba señaladas. Dijo el Sr. Instructor que, "...el Sr. Silvio Isidoro Huilinao denuncia al Dr. Colabelli ante el Consejo de la Magistratura por "Incumplimiento de los deberes de funcionario público; desconocimiento del derecho y mal desempeño de su cargo", faltas graves que el Magistrado habría cometido al ordenar el desalojo violento del Sr. Mauricio Fermín y su grupo familiar del lote 134 de la colonia Cushamen, teniendo en cuenta la preexistencia de sendos dictámenes fiscales que aconsejaban el sobreseimiento del encausado y la propiedad ancestral de la comunidad mapuche sobre el inmueble rural. La restante denuncia, presentada y ratificada por el Consejero Carlos Pascuariello, reitera similares acusaciones y hechos, por lo que en honor a la brevedad se considera una única presentación cargosa".-----

----- Reseña el informe que la causa penal "Fermín, Mauricio...", expte. n° 2061/00, comienza con la denuncia que el titular del lote 134 Sr. José Vicente El Khazen formula ante personal policial, oportunidad en la que pone en conocimiento de esa autoridad la intromisión de Fermín en el lote 134 del establecimiento rural de su propiedad ubicado en Colonia Cushamen, por lo que solicita se instruya las actuaciones penales correspondientes al delito cometido, así como también se adopten las medidas precautorias para hacer cesar el entuerto y restituirle el inmueble.-----

----- Que, "El Juzgado de Instrucción recibe las actuaciones policiales y previa vista al Fiscal, su titular resuelve instruir sumario de acción pública, calificándose provisoriamente el hecho como delito de usurpación, reprimido por el art. 181 del C.P., ordenándose diversas medidas probatorias, amén del emplazamiento al encausado para que designe abogado defensor. Transcurre el año 2000 y en la causa se van incorporando las pruebas sucesivamente ordenadas por el Magistrado".-----

----- Que, "El 14 de mayo del año 2001 (fs. 107) el denunciante (...) se constituye como parte querellante y actor civil, por medio de sus letrados apoderados (...), a quienes el Dr. Colabelli los tiene únicamente por querellantes, sin que ambos letrados cuestionaran la omisión de darles intervención, además, como actores civiles. La causa continúa avanzando y con fecha 12/09/01 la parte querellante manifiesta su disconformidad con la supuesta lentitud del proceso, a la vez que reitera la petición del dictado de una medida cautelar -cuya naturaleza no precisa- y que habría requerido al formular denuncia... A fs. 126 Fermín presta declaración como imputado, manifestando que se ha instalado en lote 134 luego que la comunidad Mapuche lo autorizara, y que esa tierra se la otorgó el General Roca a sus abuelos, siendo el lote 134 propiedad del abuelo de su esposa ...-----

----- El Dr. Colabelli dicta resolución a tal efecto; "No siendo necesario dictar auto de procesamiento... remítase las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a los fines del art. 183 inc. 8° del C.P.P. (art. 305, inc. 2° del CPP)".-----

----- Continúa el informe, "La norma citada en segundo término (art. 305) dispone que el Procurador Fiscal manifestará al expedirse si la instrucción se encuentra completa o, caso contrario, que diligencias considera necesarias (inc. 1°), mientras que el inc. 2° establece que cuando el Procurador Fiscal estimare que la instrucción se encuentra completa, deberá requerir el sobreseimiento del imputado, de lo contrario, la elevación de la causa a juicio. Esta norma procesal ha sido ratificada por la reforma establecida por la ley 4743...".-----

----- "...contesta la vista el Ministerio Público, ...quien entiende que corresponde SOBRESEER al encausado...", dando razones de ello. "la parte querellante evacua la vista del citado art. 305, solicitando una prórroga para su contestación y manifestando al Sr. Juez que se ha omitido tenerla por actor civil, por lo que solicita se subsane tal omisión, ...reitera el pedido de la medida cautelar ...y solicitan se libre mandamiento de restitución del inmueble...requiere el cierre de la instrucción y la elevación de la causa a juicio, por considerar que el imputado se encuentra incurso en el delito de usurpación... plantea la nulidad del dictamen del Ministerio Público".-----

----- Que, "Con fecha 03 de julio de 2002 el Magistrado admite que de conformidad a las prescripciones del art. 306 debe resolver sobre la elevación o no de la causa a juicio, pero en lugar de acometer tal tarea -que suponía además, expedirse sobre la nulidad del dictamen fiscal incoado por la querellante- suspende tales necesarios pronunciamientos jurisdiccionales y ordena la producción de nuevas pruebas, ...".-----

----- Afirma el informe, "Al hacerlo, incurre en un claro apartamiento de las normas procesales -que le exigen optar por el sobreseimiento o la elevación a juicio, colocándose además- en contradicción con sus propios actos, toda vez que a fs. 165 había juzgado que la instrucción se encontraba concluida". "Se aprecia en consecuencia, un primer apartamiento del Magistrado del ordenamiento procesal, toda vez que habiendo manifestado el Ministerio Público su pedido de sobreseimiento a favor del imputado, debió el Dr. Colabelli expedirse al respecto y, en caso de disentir con el titular de la acción penal -y entender que debía elevarse la causa a juicio, por existir una conducta penalmente reprochable-, acudir en consulta a la Fiscalía de Cámara, tal como lo dispone el art. 306 CPP". O sea, "reabre la etapa instructoria"-----

----- Que producidas las nuevas pruebas, considera cerrada el Sr. Juez de Instrucción esta segunda etapa -anómala de la etapa instructoria en el entendimiento del Sr. Instructor Sumariante- y se corre vista al querellante y al Ministerio Público Fiscal para que se expidan, nuevamente, sobre el mérito del sumario.-----

----- En tal contexto, "Mientras que la primera de ellas reitera su pedido de elevación a juicio para juzgarse si Fermín incurrió en el delito de usurpación, ...el Ministerio Público Fiscal ratifica el pedido de sobreseimiento ya formulado a fs. 166/167. A fs. 493 el Dr. Colabelli dicta la siguiente resolución: "...Atento el requerimiento planteado por los querellantes adhesivos y actores civiles de fs. 484/488, y el del Sr. Procurador Fiscal de fs. 166/167 y 492 última parte, remítase en consulta al Sr. Fiscal de Cámara a tenor del art. 306 del C.P.P..."-----

----- Ante ello, advierte el Instructor que "...el Magistrado incurre en similar apartamiento de la norma procesal ya señalado, por cuanto de conformidad al citado art. 306 del C.P.P., debió expedirse respecto del sobreseimiento requerido por el titular de la acción, es decir manifestar su opinión al respecto, y si no concordaba con el mismo, elevar al Fiscal de Cámara en consulta. Vale decir, la norma exige que la discrepancia acerca de si procede el sobreseimiento sea entre el Fiscal y Juez y no entre Fiscal y Querellante, a quien sólo se le otorga un rol meramente adhesivo del primero"-----

----- Que, "Evacuado la consulta, el funcionario que asume el rol de Fiscal de Cámara concuerda con lo expresado a fs. 166/167 por el acusador público preopinante, es decir, insta de igual modo el sobreseimiento del encausado Mauricio Fermín, dictamen fechado el 03-02-03, siendo recepcionado el expediente en el Juzgado de Instrucción con fecha 04-02-03. En consecuencia contando el Magistrado bajo sumario con dos opiniones del Ministerio Público Fiscal que requerían el sobreseimiento del imputado, de conformidad a la categórica manda del art. 306, 2º párrafo del C.P.P. debió el Dr. Colabelli, sin más trámite, "...resolver en tal sentido..." tal como lo prescribe el dispositivo legal"-----

----- "Incurriendo en un notorio apartamiento del texto normativo, el Magistrado elude el dictado de sobreseimiento, manteniendo vivo el proceso, y con ello aporta una condición -necesaria pero no suficiente- para que posteriormente se ejecute la medida cautelar decretada en el incidente "SARQUIS, Héctor Andrés...", Expte. 2662/02.-----

----- Se extrae de las constancias y del informe que vengo referenciando, que la decisión de librar la orden de desalojo, "se adoptan cuando el proceso penal se encontraba fenecido, bastando el dictado de la correspondiente resolución jurisdiccional que así lo ordene, en razón del doble pedido de sobreseimiento formulado por el Ministerio Público Fiscal, lo que pone de manifiesto -conforme fuera denunciado por el Sr. Huilinao- la infracción del principio de accesoria natural de toda medida cautelar"-----

----- "No excusa tal apartamiento la existencia de un pedido de nulidad del primer dictamen fiscal, por cuanto el propio Magistrado postergó su resolución, y recién se avocó a su tratamiento una vez que la orden de desalojo había sido librada y ejecutada. En efecto, en las actuaciones "SARQUIS, Héctor Andrés... s/ Incidente de nulidad", Expte. 524/03, se advierte que muy extemporáneamente el Magistrado declara la nulidad del dictamen fiscal, con fecha 23 de julio de 2003, incluso luego de formuladas las denuncias que motivan esta investigación y de producida la notificación de las mismas al Dr. Colabelli, hecho que tuviera lugar el 10/07/03 (fs. 140/141)"-----

----- Así entonces, se afirma en dicho informe que, "...debiendo el Magistrado bajo sumario decretar el sobreseimiento del encartado -por cuanto, al 04/02/03 no había tratado ni mucho menos resuelto la nulidad del dictamen fiscal- su decisión de ordenar y ejecutar una medida cautelar en el marco de la acción civil promovida transgrede el art. 18 del código Procesal Penal, en cuanto postula que "...la acción civil sólo podrá ser ejercida en el proceso mientras esté pendiente la acción penal..."-----

----- Dice el Sr. Instructor; "...Resulta criticable, por lo tanto, el apartamiento de la secuencia lógica procesal en que incurre el Magistrado, que anula ambos dictámenes luego de diligenciado el mandamiento de desalojo, con las secuelas que la actuación policial originó, y en conocimiento del posterior avocamiento de este Cuerpo a la denuncia formulada en su contra"-----

----- "...concluye el Magistrado decretando el cierre de la instrucción y ordenando la elevación de la causa a juicio respecto de Mauricio Fermín, por ser autor materialmente

responsable del delito de usurpación de inmueble".-----

----- El Consejero Instructor da cuenta asimismo, que los argumentos expuestos por el Sr. Juez de Instrucción, sustentados en los precedentes Santillán y Marcilese, no puede ser invocado al caso en cuestión, como una fuente de derecho válido para el presente, puesto que la Corte Nacional no ha dicho lo que sostiene el Dr. Colabelli.-----

----- Las restantes acusaciones fueron desestimadas por el Consejero Sumariante (en relación a la propiedad ancestral de la comunidad, orden de desalojo, restitución del inmueble y eventuales excesos policiales), pues no surge -a su criterio- hecho reprochable atribuible al Magistrado.-----

----- Concluye el informe, proponiendo al Pleno rechazar las denuncias en cuanto sugieren el enjuiciamiento del Magistrado en los términos de la ley 4461, sin perjuicio de remitir estas actuaciones al Superior Tribunal de Justicia para que adopte las correcciones disciplinarias necesarias atento el apartamiento del Dr. Colabelli de la norma procesal individualizada.-----

----- Se extrae que el Sumariante evaluó la siguiente prueba: -----

- 1)- Prueba documental aportada por los denunciados Silvio Isidoro Huilinao, fs. 110/117;
- 2)- Documentación aportada por el denunciado Carlos Pascuariello, fs. 119/131.
- 3)- Presentación suscripta por la Diputada Provincial Isabel César, agregada por cuerda, total 155 fojas.
- 4)- Expediente "Comunidad Mapuche de Vuelta del Río s/denuncia", número 19.086/C/03, remitido por el Superior Tribunal de Justicia, agregada por cuerda, 206 fojas.
- 5)- Presentación del señor Joaquín Lucas Antieco, agregada a fs. 119/131.
- 6)- Copia de la causa civil "El Khazen, José Vicente c/Huenchunao de Huilinao y otros s/Reivindicación", expediente número 1.945/99, con trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial de Esquel, agregada por cuerda, 312 fojas.
- 7)- Copia certificada de la causa "Actuaciones iniciadas por Fiscalía Esquel", número 5696/03, remitida por la Procuración Fiscal de Esquel, agregada por cuerda 135 fojas.
- 8)- En copia, autos "Fermín, Mauricio s/Usurpación-El Khazen, José Vicente s/Denuncia-Cushamen", expediente 2061/13/00, que se incorpora por cuerda con un total de 174 fojas.
- 9)- Actuaciones incidentales desprendidas de la última citada: a) "Sarquis, Héctor Andrés, Márquez, Cristina, Querellantes Particulares y Actores Civiles s/Incidente de Medida Cautelar", expediente 2662/02; b) "Macayo, Gustavo s/Reposición", expediente 408/03, ambas remitidas por la Cámara de Apelaciones del Noroeste con asiento en Esquel, en donde se encuentran actualmente radicadas; c) "Sarquis, Héctor Andrés, Márquez, Cristina, Querellantes Particulares y Actores Civiles s/Incidente de Nulidad", expediente 524/03. Las mismas se agregan por cuerda.
- 10)- Expediente número 98.611/29 y sus acumulados, los que fueron remitidos por el I.A.C., que se agrega por cuerda.
- 11)- Prueba testimonial ofrecida por el denunciado Huilinao y el denunciado Dr. Colabelli.
- 12)- Descargo presentado por el Juez de Instrucción de Esquel, Dr. José Oscar Colabelli, fs. 157/162.-

----- El Pleno del Consejo abordó el tratamiento del tema en reunión concretada el 16 de octubre de 2003, formalizada mediante Acta N° 118 -fs. 247/250 vta.-. Con el voto de la mayoría se dispone la elevación de las presentes, al Tribunal de Enjuiciamiento.-----

----- Mediante Acordada N° 522/03 C.M. de fs. 255/256, de fecha 17 de octubre de 2003, el Consejo de la Magistratura imputa al juez de Instrucción José Oscar Colabelli "mal desempeño de la función judicial" (art. 165 constitución Provincial), comprensivo de la "falta grave" (art. 169 Const. Pcial.); y "desconocimiento inexcusable del derecho"(Art. 165 Const. Pcial.), ello en referencia a la causa "Fermín, Mauricio s/ Usurpación" (Expte. N° 2061/00), por cuanto; "Conforme lo establecido por la Constitución Provincial (art. 195, inc. 3) y el Código Procesal Penal de la Pcia., la acción penal le pertenece en forma exclusiva al Ministerio Público Fiscal, es decir que si éste no ejercita la acción formulando la acusación correspondiente, el tribunal-juez, no puede intervenir dado que no hay juicio. Excitar la jurisdicción por parte del Ministerio

Público Fiscal es un requisito indispensable para que el órgano de enjuiciamiento actúe... la figura del querellante en el modelo procesal vigente en la provincia lo es en carácter de adhesivo (art. 12 CPP), ...".-----

----- "De las actuaciones sumariales y del informe producido -que en general se comparte- surge que el Sr. Juez Colabelli a sabiendas decidió no aplicar la clara y contundente disposición del art. 306 del CPP, ello así por cuanto ante dos pedidos de sobreseimientos avalados por el Fiscal de Cámara debió proceder en consecuencia, es decir dictar el sobreseimiento. No tenía otra alternativa. En la causa el juez se subrogó en la actividad acusatoria, ignorando completamente el accionar del Ministerio Público Fiscal quien solicitó reiteradamente el sobreseimiento. Este accionar del juez es absolutamente ilegítimo, pero relevante al momento de dictar la medida cautelar solicitada. Ello así porque si no mantenía viva la acción penal, le era imposible resolver favorablemente la accesoria".-----

----- El Consejo también entiende que la medida "fue dictada con escasa o nula fundamentación y bastante tiempo después de solicitado el sobreseimiento -firmando el mandamiento de restitución transcurrido poco más de un mes de haberse expedido el Fiscal de Cámara respecto del sobreseimiento. Así también, la ausencia de fundamentación de la resolución que ordena la restitución del inmueble en cuestión, debe ser considerada falta grave en los términos del art. 169 de la Constitución Provincial".-----

----- Con la prueba que la Fiscalía ha ofrecido y que se agregará y se producirá en este debate, quedará comprobada la conducta que estamos juzgando en este momento.-----

----- La conducta que reprocho al Dr. José Oscar Colabelli es el haber actuado de manera absolutamente ilegítima y arbitraria, pues a sabiendas decidió no aplicar en la causa Fermín S/Usurpación, el procedimiento que el ordenamiento procesal penal impone para llevar adelante -y concluir- con la instrucción, con su consecuente resultado que lejos de solucionar la controversia llevada a la justicia, generó un conflicto mayor.-----

----- Ante tales afirmaciones, la conducta del Dr. Colabelli, encuadraría en los términos del art. 15 inc. a) de la ley 4461.-----

----- Que por Secretaría se dio lectura a la acusación realizada por los acusadores particulares, la que manifiesta : -----

----- Exmo. Tribunal de Enjuiciamiento: Gustavo Manuel Macayo y Ricardo Tomás Gerosa Lewis, abogados inscriptos en la Matricula del colegio Público de Abogados de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut al T.I, fº 30, Nº E 29 y T.I, fº 39, Nº E 38, respectivamente, en la causa caratulada "SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA s/Denuncia" (C.M. Nº 49/03), constituyendo domicilio a estos efectos en la calle Bernardo Vacchina 266 de la ciudad de Rawson, ante V.E. nos presentamos y decimos:-----

----- Que conforme lo acreditamos con el testimonio de poder especial que acompañamos y juramos vigente, somos apoderados del Sr. Isidoro Silvio HUILINAO, D.N.I. 17.633.356, argentino, soltero con domicilio real en la Comunidad Mapuche-Tehuelche "Vuelta del Rio" (Dpto. Cushamen), quien ha sido denunciante en estos actuados.-----

----- En el carácter invocado y siguiendo expresas instrucciones impartidas por mi mandante, de conformidad con lo prescripto en el art-. 19 de la ley Nº 4461 (modificado por Ley 4496), venimos a constituirnos en acusadores particulares en la presente causa en nombre y representación de la persona antes nombrada que nos ha otorgado poder, a los fines de acreditar el hecho denunciado y la responsabilidad del Dr. José O. Colabelli.-----

----- Sin perjuicio de ello, dejamos expresa reserva de ejercer oportunamente las correspondientes acciones resarcitorias contra dicho magistrado en sede civil de conformidad con lo normado por el art. 69 de la Constitución Provincial.-----

----- Los hechos que motivan la presente causa se originan con motivo de la actuación que le cupo a este magistrado en la causa "FERMIN, Mauricio s/Denuncia" (expte. 2061-13-00) del Juzgado de Instrucción de Esquel.-----

----- En este expediente surge claramente que los días 15 y 16 de marzo de 2003 personal policial intentó efectivizar una orden del lanzamiento emitida por el Dr. Colabelli el día 12 del mismo mes y año contra la familia de don Mauricio Fermín (que forma parte de la comunidad mapuche tehuelche "Vuelta del Rio").-----

----- Dicha orden se originó en un incidente de medida cautelar solicitada por el abogado del Sr. El Khazen, denunciante en el expediente penal.-----

----- El personal policial, en aquella oportunidad, incurrió en numerosos excesos durante el procedimiento, destruyendo inclusive bienes de la familia Fermín y de la Comunidad aborígen.-----

----- Lo increíble del caso es que dicha medida (el lanzamiento) fue ordenado cuando había fenecido la acción penal y correspondía decretarse el sobreseimiento del imputado atento los dictámenes del Ministerio Público fiscal. Y que, además, no respetó los presupuestos básicos procesales que deben darse para el dictado de la misma.-----

----- En efecto: la causa penal se inicia en virtud de una denuncia penal formulada por el Sr. El Khazen contra el Sr. Fermín por una presunta usurpación de inmueble.-----

----- Dentro de esa causa el denunciante solicita como medida cautelar la restitución del inmueble.-----

----- Lo importante, en lo que a este caso se refiere, comienza a fs. 166/7 del expediente penal principal, ya que en tal oportunidad, concluida la instrucción, contesta vista el Fiscal Dr. Eduardo Falco, quien entiende que corresponde sobreseer al encausado por cuanto considera que Fermín había obrado con error invencible que le impedía comprender la criminalidad del

acto y la ilicitud de la conducta endilgada.-----

----- A fs. 169 la querellante evacua vista y manifiesta al Sr. Juez que omitió tenerla presente por actor civil, solicitando se subsane tal omisión, reiterando el pedido de medida cautelar (de restitución del inmueble) de fs. 118.-----

----- A fs. 174/177 la querellante requiere el cierre de la instrucción y la elevación de la causa a juicio, por considerar que el imputado se encuentra incurso en el delito de usurpación. En esa misma oportunidad la querellante plantea la nulidad del dictamen del ministerio público.-----

----- Con fecha 3 de julio de 2002 el magistrado admite que de conformidad a lo prescripto por el art. 306 CPP debe resolver sobre la elevación o no de la causa a juicio, pero en lugar de hacerlo suspende ese necesario pronunciamiento.-----

----- Al hacerlo, incurre en un claro apartamiento de las normas procesales, que le exigen optar por el sobreseimiento o la elevación a juicio, contradiciendo sus propios actos toda vez que a fs. 165 había juzgado que la instrucción se encontraba concluido en decisión no cuestionada por las partes.-----

----- Se aprecia, en consecuencia, un primer apartamiento del magistrado al ordenamiento procesal, toda vez que, habiendo manifestado el ministerio público su pedido de sobreseimiento, debió el Dr. Colabelli expedirse al respecto y, en caso de disentir con el

titular de la acción penal, acudir en consulta a la Fiscalía de Cámara, tal como lo dispone el art. 306 del CPP.---

----- Producidas nuevas pruebas, considera nuevamente cerrada la instrucción y corre vista al querellante y al ministerio público fiscal para que se expiden nuevamente sobre el mérito del sumario.-----

----- Mientras la primera de ellas reitera su pedido de elevación a juicio, el Ministerio Público fiscal ratifica el pedido de sobreseimiento formulado a fs. 166/7.-----

----- A fs. 493 el magistrado ordena elevar el expediente en consulta al Sr. Fiscal de Cámara cuando en realidad debió primeramente manifestar su opinión al respecto y si no concordaba con el fiscal, elevar los autos en consulta al fiscal de Cámara.-----

----- Evacuada la consulta, el Sr. Fiscal de Cámara concuerda con el dictamen de fs. 166/7 del acusador público preopinante, instando de igual modo el sobreseimiento del encausado con fecha 03/02/03.-----

----- En consecuencia, contando el magistrado con dos opiniones del ministerio público fiscal que requerían el sobreseimiento del imputado, de conformidad con la categórica manda del art. 306, 2do. Párrafo, debió el Dr. Colabelli resolver en tal sentido, es decir, dictar el sobreseimiento.-----

----- Incurriendo en un notorio apartamiento del código ritual, el magistrado elude el dictado del sobreseimiento, manteniendo vivo el proceso para posteriormente ejecutar la medida cautelar solicitada por los abogados del El Khazen.-----

----- Es que la decisión de librar la orden de lanzamiento se adoptó cuando el proceso penal ya se encontraba fenecido, bastando solamente el dictado de la correspondiente resolución de sobreseimiento, lo que pone de manifiesto la infracción del principio de accesoriedad de las medidas cautelares.-----

----- Vale decir que, debiendo el magistrado decretar el sobreseimiento, no sólo ordenó y ejecutó una medida cautelar en el marco de la acción civil y en clara violación a lo establecido por el art. 18 del Cod. Procesal (ya que, reiteramos, la acción penal estaba fenecida), sino que además ordenó también la elevación a juicio de la causa.-----

----- Concretamente, imputamos al Dr. Colabelli desconocimiento inexcusable del derecho y mal desempeño en sus funciones por las siguientes razones:

Porque, en lugar de seguir el orden establecido por el código ritual y ordenar en consecuencia la elevación en consulta al fiscal de cámara en virtud del pedido de sobreseimiento formulado por el Dr. Falco, continuó con la instrucción no obstante que la misma ya había quedado completada en resolución consentida por las partes (incurriendo, además, en una contradicción con sus propios actos).-

Porque ante el doble pedido de sobreseimiento del Ministerio Público Fiscal, en vez de expedirse en este sentido (único posible de conformidad con el código de rito), mantiene viva la acción penal y con ello aporta una condición necesaria para que posteriormente se ejecute la medida cautelar solicitada por la parte querellante y/o actora civil.-

Porque - y esto es lo más importante - ordenó y ejecutó la medida cautelar cuando, como vimos, la acción penal estaba agotada, faltando sólo el dictado de una resolución que nunca llegó, desconociendo con ello no sólo el art. 18 del Código Procesal Penal sino también el principio de accesoriedad de las medidas cautelares.-

Porque los dictámenes fiscales fueron anulados por el juez luego de ordenado el desalojo, en claro apartamiento a la secuencia lógica procesal (es decir, por no haber tratado el pedido de nulidad en la oportunidad pertinente).-

Porque decretó la elevación a juicio (19/03/03) cuando debió - como vimos - dictar el sobreseimiento del imputado.-

Porque el magistrado no podía validamente elevar la causa a juicio con el sólo requerimiento del querellante adhesivo (siempre es necesario el requerimiento fiscal).-

Y, finalmente, porque la medida cautelar decretada por el magistrado - amén de haber sido dictada cuando no podía hacerse por haber fenecido la acción penal - no sólo no reunía los presupuestos necesarios de admisibilidad sino que además era inviable desde todo punto de vista jurídico.-

----- Es que , como se sabe, sólo la acción de responsabilidad civil extracontractual derivada de la comisión de un delito penal, resarcitoria de los daños causados por el mismo, es acumulable a la acción penal en los términos del art. 29 del Código Penal. Quedan entonces excluidas las acciones reales en sentido estricto (reivindicatoria, confesoria y negatoria) y las demás acciones personales, las que deben dirimirse en el fuero civil.-----

----- O sea que, además, el Dr. Colabelli excedió sus funciones y atribuciones ya que encontrándose la acción civil en sede penal limitada a la resarcitoria, nada tiene que ver la cautelar dispuesta por el magistrado con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una indemnización por daños y perjuicios, sino que apunta sin rodeos a producir efectos reales ("restitución de un inmueble") por una vía procesar que no es idónea y en una sede que no es la apropiada.-----

----- En mérito de todo lo expuesto, de V.S. solicito: -----

Nos tenga por presentados en calidad de acusadores particulares en la presente causa en representación del denunciante Sr. Isidoro Silvio Huilinao, domiciliado en la Comunidad Mapuche-Tehuelche "Vuelta del Río", departamento Cushamen.-

Tenga por constituido nuestro domicilio legal.

Disponga la notificación al imputado en los términos del art. 76 del CPCyC (de aplicación supletoria al caso que nos ocupa)

Dios proveerá justicia a través de los jueces. Fdo. Gustavo Manuel Macayo - Ricardo Tomás Gerosa Lewis.-----

----- Que corrido el traslado respectivo a la defensa, el Dr. Enrique Alejandro Korn dijo: --

----- Esta defensa está convencida, debido a los perfiles de la acusación por parte del Sr. Procurador y también al contenido de la acusación del querellante particular que en definitiva lo que aquí se está tratando es el juzgamiento de un Juez por las opiniones jurídicas vertidas en el transcurso de una causa. Esta defensa sostiene que esa situación no está comprendida en la capacidad de juzgamiento de este Tribunal por cuanto el art. 248 de la Constitución lo excluye expresamente. Los votos, el parecer, la opinión de un magistrado en el ejercicio de su función, en una causa determinada no es una cuestión susceptible de ser juzgada, como tampoco lo son las opiniones de los legisladores y de otros funcionarios. Pero en especial ese articulado lo contempla con estas palabras: "el voto de un juez no puede ser juzgado". Esto hace a los perfiles de lo que aquí se va a tratar, uno de esos perfiles, de importancia fundamental es este. El segundo perfil que esta defensa aprecia, siempre en este orden argumental, es que en definitiva el Acusador Particular y el Sr. Procurador, atribuyen al Magistrado no haber dado cumplimiento a una manda estricta, así lo dicen, como lo es la del 306 del ordenamiento ritual, en cuanto lo constreñía a realizar una actividad que en este caso no había hecho y que es sobreseimiento del Sr. Fermín, sobre la base de la acusación o del sostenimiento del Ministerio Fiscal y del Fiscal de Cámara en el sentido de que así lo debían haberlo hecho. Esa acusación se centra en que el magistrado no hizo algo que debió haber hecho de acuerdo al código ritual. Y en cambio sí elevó a juicio la causa y quiero hacer una pequeña digresión en eso, la elevación a juicio la hizo por existir un pedido específico, concreto y determinado para incorporar nueva prueba al expediente, es decir lo que el magistrado hizo es permitir que nueva prueba fuera adunada a la causa. Así que elevó la causa a juicio y suspendió esa elevación por esta precisa actuación en el sentido de dar oportunidad a que se realizara una ampliación de prueba. El magistrado con posterioridad dictó la cautelar que en esta audiencia se le ha atribuido como el elemento determinante de su mal desempeño y de su desconocimiento del derecho, con las consecuencias de falta grave que ello implica en los términos de la Constitución Provincial. Y sin embargo esta defensa sostiene que esa situación no es tal, y no lo es porque en el

momento en que se estaba tramitando ya en su tramo final la investigación que llevó a cabo el Consejo de la Magistratura, esa cautelar fue recurrida y la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Noroeste con asiento en la ciudad de Esquel, integrada por los Dres. Moisa, Rowlands y Margara se expidió con absoluta claridad respecto de estos temas aprobando y confirmando la medida adoptada por mi defendido. Esa situación no fue tenida en cuenta por el Consejo de la Magistratura y esta defensa la plantea concreta y específicamente en este Tribunal en el sentido de que respecto de esta cuestión existe cosa juzgada, cosa juzgada judicial. no podría este Tribunal, sin agravio severo al principio de defensa y al principio de "non bis inidem", expedirse atribuyendo alguna responsabilidad a mi defendido, pasando por encima de la autoridad de cosa juzgada tal cual como ha sido planteada en este momento y con anterioridad, sin un severo agravio, lo reitero, que ha sido motivo de reserva de esta defensa en cuanto al caso federal que ello pudiera producir. Sin perjuicio de lo expresado y de la resolución que sobre este particular, que constituye, vuelvo a repetir, una cuestión específicamente, concretamente, de derecho, constituye una cuestión de análisis de derecho, ha sido resuelta en el sentido de cobertura de lo que llevó a cabo el Dr. Colabelli en esta causa, en la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa Garipe, que me voy a tomar la libertad, de leer un breve párrafo: "la Corte ha considerado que todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado o como demandado o demandante, ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución, puesto que ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento - civil o criminal - de que se trate ... Con arreglo a estos principios, la limitación que se ha fijado en la sentencia apelada resulta irrazonable pues sin sustento normativo ha comprometido el derecho al debido proceso que, por imperio de la Constitución Nacional (art. 18) y de la Provincial (art. 44), ampara al acusador particular. Así lo pienso desde que - de adverso a lo resuelto por el a quo - el código en cuestión no prevé que los recursos de esa parte carezcan de autonomía ni que deban ser interpuestos conjuntamente con los del fiscal. ... Por otra parte, fundar esa restricción a partir de la conjunción copulativa "y" que, entre otros, trae el art. 295 del Código Procesal Penal provincial (ver considerando 12 idem) importa crear una distinción que al no surgir de la ley se opone al principio que enseña "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus". Y tanto es así, que el propio código desvirtúa ese fundamento pues, como aduce el recurrente, el título del artículo 417 dice, en plural y con esa misma conjunción, "recursos del Ministerio Fiscal y la parte querellante", y así desautoriza de plano la unidad considerada en la sentencia. En este sentido, ha sostenido V.E. que si bien el contenido de las normas rituales posee su reconocida e indiscutible importancia que exige su riguroso cumplimiento, su desnaturalización, su sobredimensionamiento por encima de su razón de ser, termina por convertir a esos imprescindibles preceptos en una suerte de trampas o valladares tendientes a frustrar el derecho constitucional del debido proceso, lesionando gravemente la garantía de la defensa. ... Según lo aprecio, se ha acreditado de tal modo una nueva causal que descalifica la sentencia impugnada pues, como ha sostenido V.E. la contradicción de criterio entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes" Y el fallo, Sr. Presidente, concluye en que se deje sin efecto la sentencia recurrida. Esta sentencia, por sí sola, si bien no constituye una materia estrictamente obligatoria para este Tribunal, establece, a juicio de esta defensa, la correcta senda interpretativa de este caso. El Sr. Juez Colabelli entendió por la presentación de una parte que debía hacer lugar a ese pedido en función del ejercicio del debido proceso. Así lo hizo, en función y como continuidad, como conexidad inmediata de esa situación procesal dictó la medida procesal. Y esa medida procesal tiene, en alguna medida el aval de dos votos de este Tribunal, uno de los votos es el del Dr. Ferreira de las Casas y, si mal no recuerdo es el del Dr. Karamarko que en la audiencia donde se resolvió la suspensión del Dr. Colabelli se estableció que los procuradores fiscales no podían actuar con lenidad frente a expresiones concretamente y acabadamente producidas por parte de la propiedad de quien fuera en su momento el denunciante, más allá de que con posterioridad esa situación de proyección de la medida cautelar fue considerada de distinta manera, pero esa fue y es a juicio de esta defensa una causal determinante y coadyubante, dirimente diría, de esta situación. Esta

situación es de interpretación de un parecer de un juez en una causa, esta situación es de puro derecho pero además no puede ser juzgada por este Tribunal. En estas condiciones y con estos precisos límites esta defensa quiere dejar establecidos los parámetros y el procedimiento que debe ser llevado por este Tribunal.-----

----

----- Que la prueba producida por las partes e incorporada por lectura en la audiencia de debate, surge el siguiente detalle: -----

La Procuración General ofreció:

DOCUMENTAL

A - Denuncia del Sr. Silvio Isidoro Huillinao obrante a fs. 108/109.-

B - Denuncia del Sr. Consejero Carlos Pascuariello y documentación aportada a fs. 119/138.-

C - Documental aportada por la Sra. Isabel César en calidad de Diputada Provincial del Bloque Partido Justicialista.-

INSTRUMENTAL

1 - "Comunidad Mapuche de Vuelta del Río s/Denuncia" (Nº 19086-46-2003).-

2 A - "FERMIN, Mauricio s/Usurpación de Inmueble - El Khazen, José s/Damnificado" y sus incidentes:

"MACAYO, Gustavo Manuel s/Incidente de Excepciones y Reposición" (Nº 591-119-2003).-

"SARQUIS, Héctor Andrés - MARQUEZ, Cristina

Querellantes particulares - Actores Civiles s/Incidente de Nulidad" (Nº 2661-150-2002).-

"Juez de Instrucción Dr. José O. Colabelli s/Incidente de Recusación en autos: "FERMIN, Mauricio s/Usurpación El Khazen, José Vicente s/Denuncia - Cushmanen - expte. 2061-13-2001" (Nº 89-180-2003).-

"SARQUIS, Héctor Andrés - MARQUEZ, Cristina

s/Reposición" (Nº 407-82-2003).-

2 B - "SARQUIS, Héctor Andrés - MARQUEZ, Cristina - Querellantes Particulares y Actores Civiles s/Incidente de Medida Cautelar - causa 2061-13-2000" (Nº 2662-150-2002).-

2 C - "SARQUIS, Héctor Andrés - MARQUEZ, Cristina- Querellantes particulares y actores Civiles s/Incidente de Nulidad" (Nº 524-105-2003).-

2 D - "MACAYO, Gustavo s/Reposición causa FERMIN, Mauricio s/ ... 2061-13-2000" (Nº 408-82-2003).-

3 - Resoluciones recaídas en autos: "MACAYO, Gustavo s/Reposición", Nº 45/03 CANO obrante a fs. 381/386, Nº 45/03 CANO obrante a fs. 387/vta., Nº 49/03 CANO obrante a fs. 388/389 de los autos principales.-

4 - "Actuaciones Iniciadas por Fiscalía Esquel" (Nº 5696/2003).-

5 - "EL KHAZEN, José Vicente c/HUENCHUNOA de HUILINAO, Segunda s/Reivindicación" (Nº 1945-32-1999).-

6- Fotocopia del Expte. Nº 98.611/29 y sus acumulados,.

7 - Antecedentes de Superintendencia correspondientes al Dr. José O. Colabelli que constan de las siguientes causas:

A - "Superior Tribunal de Justicia s/Remite Inspección Juez de Instrucción de Esquel" (Nº 17-33-2001) (Nº 39/01 C.M.).-

B - "Superior Tribunal de Justicia s/Actuaciones" (Nº 14403-372-1993) y sus acumulados:

"Sr. Juez de Instrucción del Juzgado de Instrucción Esquel- Dr. José Oscar Colabelli s/Sumario administrativo (Resolución Administrativa 6084 SA/93) (Nº 14.284/93 STJ).-

"Dr. Colabelli".-

"Cámara Criminal de Esquel s/Actuaciones superintendencia a Juez de Instrucción Dr. Colabelli, José Oscar" (Nº 13.326-269-1991).-

"Defensora de Menores e Incapaces subrogante s/Pedido de Superintendencia" (Nº 7-11-1991).-

"Fotocopia Actuaciones Nº 1156-140-1991 Juzgado de Instrucción Esquel" (Nº 13.919-325-1992).-

"Defensora General s/Pedido de Superintendencia" (Nº 21-12-1991) (Nº 14.470/1993 STJ).-

"Juez de Instrucción Dr. José Oscar Colabelli s/Superintendencia" (Nº 6-4-1992)(Nº 14.309/1993 STJ).-

C - "Denuncia de Miembros de la Familia Montero Epulef c/Juez de Instrucción de Esquel" (Nº 19/98 C.M.) (Nº 05-17-1995).-

8 - Legajo personal del Dr. José Oscar Colabelli.-

El Acusador Particular ofreció:

1 - Todas las actuaciones obrantes en la presente causa.-

2 - "Sr. Juez de Instrucción Dr. José Colabelli s/Recusación en autos Caratulados: "Mardones, María Cristina s/Denuncia - El Hoyo (expte. N° 784-157-03 y Fiscalía N° 6639/03 de Esquel) (N° 225-19-2003 Cámara Criminal Esquel).-

3 - "Sr. Juez de Instrucción s/Incidente de recusación en autos: "Montero, Pedro Andrés - Rua, José Guillermo s/Estafa" (expte. 2479-114-2002) (expte. 256-29-2003 CANO).-

4 - "Fermín, Mauricio s/Denuncia" (expte. 2061-13-2000) (solicitado también por la Procuración General).-

5 - Informe sobre la situación de causas judiciales de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut sobre Derechos Humanos elevado al Sr. Procurador General Dr. Eduardo Samamé por la Fiscalía de Puerto Madryn.-

6 - Informe elaborado por el equipo jurídico del Equipo Nacional de pastoral Aborigen como consecuencia del desalojo de la familia Fermín obrante a fs. 110/117.-

7 - "Neira, Beatriz María y otros s/Usurpación" (expte. 2874-172-2000) y sus incidentes: "Sr. Juez de Instrucción Dr. José Colabelli s/Incidente de recusación en autos: 2874-172-00" (N° 169-42-2000).-

"CODESAL, Hernán Luis s/Recusación en autos: 2874-172-00 (N° 05-52-2001).-

"MACAYO, Rafael Marcelo s/Nulidad autos: 2874-172-00" (N° 21008-199-2000).-

"GEROSA LEWIS, Ricardo Tomás s/Revocatoria autos: "NEIRA, Beatriz María y otros s/.. Esquel " (N° 2983-10-2001 Jdo. Instrucción - N° 31/02 CANO).-

----- La Defensa no ofreció prueba.-----

----- Que durante la audiencia prestaron declaración testimonial los Sres. Cristian Hendrickse, Eduardo Algañaras, Eduardo Hualpa, Rogelio Fermín, Gabino Huilinao e Isidoro Huilinao.-----

----- Que producidos los alegatos, el Sr. Procurador General dijo: -----

----- El art. 304 dice que cuando el juez hubiera dispuesto el procesamiento del imputado y estimara completa la instrucción correrá vista sucesiva a la parte querellante y al procurador fiscal por el término de seis días prorrogables por otro tanto en casos graves o complejos. No vamos a hacer mención de que al art. 304 el Sr. Juez llega después de haber vencido o excedido largamente todo el plazo de instrucción que tiene previsto el código de Procedimientos y que además de haber excedido esos plazos tampoco pidió las prórrogas que el mismo código de procedimientos exige. Ahora este art. 304 qué está diciendo al querellante y al fiscal? Les está diciendo: señores, esta es la instrucción que he llevado a cabo, cuál es la opinión de ustedes respecto a cómo se sigue con esta causa. Tenemos que dejar aclarado que la forma en que se corre traslado para requerir la opinión de los intervinientes es el orden siguiente: primero el querellante y después el procurador fiscal. Y esto lo tenemos que tener en cuenta por circunstancias que se van a dar con posterioridad. Qué es lo que pueden hacer el querellante y el fiscal, lo prevé el artículo siguiente: "el procurador fiscal y el querellante manifestarán al expedirse: 1) si la instrucción está completa o en caso contrario qué diligencias consideran necesarias. 2) Cuando la estimaren completa, si corresponde sobreseer o elevar la causa a juicio. El requerimiento de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad los datos personales del imputado, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda".-----

----- Quiero dejar resaltado que en este caso cuando se hace el requerimiento de elevación a juicio que si el escrito o la presentación del fiscal no tiene esos elementos, recién en esa oportunidad está previsto expresamente en el código la sanción de nulidad. En este caso, qué hizo el fiscal?, el fiscal solicitó el sobreseimiento, por una circunstancia que el juez le permite al querellante, éste pide una prórroga y se pronuncia después que el fiscal. Y sin que se lo permita ninguna norma, porque el querellante viene a ser una suerte de litisconsorte, está obligado a contestar antes y como está obligado a contestar antes no hay ninguna posibilidad de que advierta, adivine o vea de que manera se va a pronunciar el fiscal, el querellante para poder mantener la acción subsistente porque sabía que era querellante adhesivo, impone la nulidad, hace un pedido de nulidad del dictamen del fiscal, dictamen que se tiene que dar o tiene que ser expresado como opinión en los términos que prevé el art- 62 que dice: "Los representantes del Ministerio Fiscal formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones bajo pena de inadmisibilidad; nunca

podrán remitirse a las decisiones del juez; procederán oralmente en los debates y por escrito en los demás casos".-----

----- Es decir, el dictamen fiscal, en esta oportunidad, no está fulminado por la posibilidad de ser declarado nulo. El juez en un mecanismo al que suelen recurrir los malos jueces, en vez de resolver genera la primer lateralidad de un expediente que es formar un incidente. Y digo esto que es un mecanismo que ya hemos visto en otras oportunidades al que recurren los malos jueces, de generar expedientes alternativos o incidentes de manera constante y permanente, lo hacen con el objeto de que alguna persona que quiera seguir el hilo conductor como le puede pasar a un camarista que tiene que resolver, cuando resuelven lo van haciendo parcialmente, es decir, van resolviendo situaciones fotográficas del expediente, sin tener el contexto general de un expediente. El querellante adhesivo solicita la nulidad del dictamen fiscal, el fiscal pide el sobreseimiento, el juez no lo resuelve y le corre traslado por tres días al defensor particular. Que es lo que puede decir el defensor particular en esa oportunidad? Como facultad acordada por el art. 307 puede deducir excepciones no interpuestas con anterioridad, oponerse instando el sobreseimiento. Qué es lo que hace el defensor? Insta el sobreseimiento y de manera subsidiaria y aunque no está autorizado y para eso está el juez para oficiar de corrector y director del expediente, le provee la prueba. Es decir que el mismo juez que había corrido la vista del 304 diciendo que su instrucción estaba completa y consecuentemente había precluido una etapa del proceso, vuelve sobre sus pasos. Dice él en su declaración de esta mañana que es para facilitar el derecho de defensa y la verdad que a la luz del resultado, más vale que no nos defiendan nuestras garantías el juez de instrucción porque esa reapertura le permitió posteriormente de manera ilegítima disponer el desalojo que generó tantas consecuencias gravosas para una comunidad. Pero acá no termina la cuestión. Vuelve sobre sus pasos, incorpora la prueba y vuelve a correr vista, el fiscal vuelve a decir, remitiéndose a la pieza que había incorporado al expediente, que la ratificaba. De todo esto se vuelve con la vista al querellante, este vuelve a insistir en que se decrete la nulidad del dictamen fiscal, insiste en que se eleve la causa a juicio, cumple con el recaudo procesal del art- 305 inc. 2), es decir que hace la descripción y cumple con todos los detalles del art. 305, y se pide la ratificación del primer dictamen al fiscal de cámara. Quiero resaltar lo siguiente: la opinión del fiscal puede o no ser compartida, por eso el juez puede dictar una medida vinculada a compartir o no el dictamen, pero no puede decretar la nulidad de ese dictamen fiscal. Y tan no lo puede dictar que el Sr. Juez entiende que no puede y hace lo siguiente: pide la ratificación del fiscal de cámara de ese dictamen. Cómo? Si entiende que ese dictamen puede ser anulable y de hecho después declara su nulidad, cómo es que le corre traslado de un acto nulo para que después se emita una segunda opinión por el Fiscal de Cámara. Este expediente, con el cual después forma un incidente, es antológico y con esa sola pieza procesal el Dr. Colabelli no debería estar más en la justicia de la Provincia del Chubut porque demuestra la arbitrariedad, la prepotencia y el solo impulso de los actos procesales o de los procesos como consecuencia de una voluntad torcida en lo que es el recto ejercicio de la justicia. Voy a leer lo que dice el juez de instrucción para fundamentar este acto: "del juego armónico de los art. 305 del CPP y 44, 168 y 169 CP, las decisiones tanto de los magistrados como de los funcionarios judiciales es la de fallar y sustanciar las actuaciones conforme a derecho y con adecuada motivación legal". ES decir, cuando él habla de obligación de funcionarios judiciales, de fallar y sustanciar, cuando lean de manera completa este incidente, van a advertir que se refiere al fiscal. La confusión viene porque los únicos funcionarios judiciales que de acuerdo a nuestra constitución fallan y sustancian son los Jueces de Paz. El proceso de sustanciación, la sustanciación en los procesos es una tarea jurisdiccional, los fiscales dictaminan y requieren pero no sustancian, y ningún juez puede so pretexto de justificar sus aberraciones procesales imponerle obligaciones que los fiscales no tienen y que además en lógica división de las funciones y atribuciones que hay en el proceso, los fiscales no sustancian, no deciden, los que sustancian y deciden son los jueces. Pero también en el marco de esta circunstancia, invoca el art. 305 y lo hace para poder, ya lo había señalado antes, que el 305 son las formas sustanciales que debe contener el requerimiento de elevación a juicio, invoca el 305 que no es aplicable al fiscal porque dictaminó y no hizo requerimiento de elevación a juicio, lo invoca porque es el único acto procesal, en este marco del título 7 que puede ser sancionado de nulidad. Pero es el requerimiento de elevación a juicio del art. 305 el que puede ser atacado de nulidad, no el dictamen del fiscal, no el dictamen como opinión pidiendo por enésima vez el sobreseimiento para que esta causa terminara. Pero no termina ahí. Dice que el juego armónico del 305 lo tiene que compatibilizar con el art. 44 de la CP 168 y 169 CP. Los voy a demorar un instante pero es bueno leer lo que dicen cada uno de estos artículos porque la

investidura de un juez, cuando un juez habla, uno tiene la certeza, o tiene que tener la certeza de que uno está escuchando una opinión definitiva y por supuesto fundada. Ud. debe recordar que Héctor Pizoni, integrante del Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy y notorio novelista argentino, cuando hablaba de su paso por la universidad, la primera cosa que aprendió como estudiante de derecho es que toda contienda de opinión se resuelve en una opinión: la opinión del juez. Y nosotros hemos sido educados en esa concepción, y por eso cuando el juez nos dice lo que nos dice en una sentencia o en un auto resolutorio estamos incorporando una noción de verdad, a pesar de que nos diga: miren, he fundado mi opinión en Harry Potter o en Billiken, entonces vamos a Harry Potter o a Billiken y buscamos hoja por hoja porque lo dijo el Juez. Y resulta ser que acá si hubiera sido que citó a Billiken hubiera sido un poco más serio que citar la constitución y tratar de valerse de los artículos de la constitución para fundar la sin razón con que maneja todos los expedientes judiciales, tal cual la abundante prueba que tienen Uds. arrojada y que dan cuenta de que Colabelli, este tema, este expediente, es la repetición hasta el cansancio de una conducta absoluta y totalmente alejada a lo que debe ser el comportamiento de un Juez. Qué es lo que dice el art. 44: "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos en todo procedimiento o proceso de naturaleza civil, penal, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario, contravencional o de cualquier otro carácter. Nadie puede ser privado de un derecho sino por una sentencia fundada, dictada por juez competente con resguardo de las reglas del debido proceso; ni penado sino en virtud de un proceso regularmente tramitado con arreglo a las garantías consagradas en la Constitución Nacional y a las previsiones de la presente; ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho de la causa y designados de acuerdo con esta Constitución; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Siempre se aplica la ley procesal penal más favorable al imputado. Todo proceso debe concluir en un término razonable. Toda disposición legal que coarte la libertad personal, las facultades procesales en juicio penal o establezca sanciones procesales, debe ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no pueden aplicarse por analogía. En caso de duda debe decidirse por lo que sea más favorable al imputado".----

----- Me quieren decir, del art. 44, cuál de estos ítems es el que aplicó Colabelli para seguir este proceso que siguió contra la familia Fermín?. Después dice el art. 168 y 169: "art. 168: Es obligación de todos los magistrados y funcionarios judiciales (y él los cita, y ya digo porqué citó funcionarios judiciales) sustanciar y fallar los juicios dentro de los términos legales y conforme a derecho (qué derecho? El de la interpretación jurisprudencial que hace de Santillán y Marcilese) Vencidos los plazos a que se refiere el párrafo precedente, previa petición, pierden la aptitud jurisdiccional en el caso. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo se considera falta grave a los fines de la destitución, conforme a los procedimientos dispuestos por la presente Constitución." Dice el siguiente: "Las resoluciones judiciales deben ser motivadas, con adecuada fundamentación lógica y legal. En el caso de los órganos colegiados, la fundamentación es individual, aún cuando coincida con la conclusión de otro de los miembros. La ausencia de motivación suficiente e individual se considera falta grave a los efectos pertinentes". Lo único que le debemos agradecer a Colabelli de estas citas no es la adecuación de estas a su resolutorio sino el permitirnos leerlas nuevamente y poner en evidencia la falacia con la que cita los instrumentos legales, las leyes, las normas con las cuales pretende fundamentar sus decisiones absolutamente arbitrarias. Dice en otra parte de este incidente: "debe declararse nulos el requerimiento de elevación a juicio y el auto que así lo dispuso por haber omitido el hecho objeto de la imputación, la motivación de este y la calificación legal de aquél, pues la relación del hecho infringida por el art. 306/309 no se satisface con la retranscripción o relato de las constancias de la causa. Cuál requerimiento de elevación a juicio si el dictamen del fiscal era que estaba pidiendo el sobreseimiento de manera reiterada? Pero además hay una cuestión: en nuestro ordenamiento constitucional, los legisladores dan la norma de conducta general, los jueces la interpretan y la aplican a esa norma general en el caso concreto y es ley en ese caso concreto. No podemos caer en la tentación, los abogados, de transformar ese pronunciamiento judicial en una norma general de nuevo y consecuentemente con eso fallar, porque sino estaríamos dando vuelta todo el sistema institucional. El art. 306 dice de manera imperativa, sin que admita ningún genero de interpretaciones que tuerza el sentido, refiriéndose al dictamen del fiscal y del fiscal de cámara: "si este coincidiera con el sobreseimiento solicitado por el inferior, el Juez resolverá en tal sentido", es una norma imperativa, pero además esta mañana hicimos leer el caso "Garipe" porque lo que dice la Suprema Corte, es que el 295 cuando habla del acusador y del querellante, significa que al querellante se le da una instancia recursiva del

sobreseimiento pedido por el procurador fiscal. Es más, la Corte, o mejor dicho el dictamen del Procurador General que hemos leído, dice que cuando nuestra norma procesal quiere decir algo distinto excluyendo al querellante lo dice manera expresa y cita al art. 306 cuando está señalando que de manera expresa el que debe pronunciarse es el procurador o el fiscal de cámara. De manera tal que este caso "Garipe" que con tanta fruición ha sido citado, pero con la lectura completa y la inteligencia afortunada de que los miembros que hoy integran este tribunal sean todos abogados, podemos desentrañar fácilmente cual es el sentido de Garipe. También se dijo, el Juez que no se pronuncia de acuerdo a lo que dicta el Código Procesal, que es la norma, que es el camino que debe seguir, que admite que hay caminos laterales pero que hay que volver, que uno puede perdonarle al Juez que se aparte del camino y ande un ratito por la banquina, pero de ninguna manera el Código de Procedimiento es un punto de referencia que el Juez lo tiene ahí y va se arrima, se aleja, lo pasa por la izquierda, lo pasa por la derecha y hace lo que se le da la gana. Porque si no sería imposible para cualquier ciudadano sentirse protegido porque no sabe cuál es el camino que tiene que seguir para la actuación de sus derechos que es el Código de Procedimientos. Yo quisiera preguntarle a cualquier abogado de qué manera va a poder litigar y responder a los intereses de sus defendidos si el juez le dice: no yo no voy a resolver de acuerdo a esto, voy a resolver de acuerdo a la interpretación que yo tengo del caso Marcilese y Santillán, que no dicen absolutamente nada de lo que sostiene el Juez, porque Santillán y Marcilese lo que dicen es que producida la requisitoria de elevación a juicio, el Tribunal tiene abierta la actitud jurisdiccional para resolver aún a pesar de que en esa instancia el fiscal pida la absolución. De manera tal que Marcilese, Santillán nada tienen que ver, de la misma manera que tampoco tienen nada que ver los arts. 44, 168, 309, 307 que trajo a colación el Juez de Instrucción. Repito: esto es una muestra del mal desempeño. El mal desempeño qué es? Lo contrario al buen desempeño, y que es el buen desempeño': guiarse por el Código de Procedimiento, no hay una sola pieza procesal de todos los expedientes que se habrán tomado el trabajo de leer en que puedan decir que en alguna oportunidad Colabelli se equivocó y utilizó el Código de Procedimiento, no, no se equivocó, nunca lo usó. Hay una absoluta y total desprotección de todos los ciudadanos sometidos a la jurisdicción del Dr. Colabelli, porque en el Tribunal así como hoy les tocó a nuestros co-provincianos de la colonia Vuelta del Río, cualquiera que pase por el Juzgado de Instrucción, que se olvida de que existe un Código Procesal, no hay como se dijo por las leyes de transición, un código Esquel, un código Comodoro o un código Trelew porque todavía no hemos llegado a un sistema acusatorio pleno, en Esquel desde siempre, desde que está Colabelli, hay un código Colabelli que se resume en una sola norma: del proceso penal hago lo que se me da la gana y así son las consecuencias. ----

----- Porque Colabelli forma parte de la justicia que tenemos. Pero la destitución de Colabelli va a marcar el camino hacia la justicia que queremos. Esta es la que tenemos, la exclusión de Colabelli generará la justicia que queremos y no es porque Colabelli tenga que ser el chivo expiatorio de lo que se dice sobre el funcionamiento de la Justicia en la Provincia del Chubut, pero tampoco la Provincia del Chubut, su Poder Judicial puede ser rehén del funcionamiento inadecuado, alejado de derecho al que nos tiene acostumbrado Colabelli. Muchas gracias.-----

----- Concedida la palabra a los acusadores particulares, el Dr. Macayo manifiesta: -----

----- Creo que el Dr. Samamé ha sido muy explícito en explicar como funciona el procedimiento en el Juzgado de Instrucción de la Circunscripción Noroeste. Es en líneas generales lo que ocurre con las causas que llegan al Juzgado de Instrucción. Lo digo porque el 90% de mi trabajo es con las comunidades indígenas, lo que es de conocimiento público, pero la tarea me ha llevado al Juzgado de Instrucción, por una simple razón: las comunidades indígenas tienen un tesoro muy importante que es la tierra, sin la tierra las comunidades desaparecen. A raíz de la reforma constitucional de 1994 que abarca a nuestra provincia, los desalojos en sede civil han mermado prácticamente en un 90%. Qué ocurre en sede penal? Siguen ocurriendo los desalojos de las comunidades indígenas. Cómo ocurren?, es muy simple, las mismas personas que litigaban en sede civil ahora hacen una denuncia por usurpación, una denuncia penal que muchas veces es inexistente, como en el caso de la Familia Fermín donde no hay clandestinidad, no hay violencia, no hay nada, ni siquiera hay signos de posesión de la tierra por parte de El Khazen, es lo más interesante, y se presentan como querellantes o como actores civiles y a continuación solicitan la restitución de la tierra, con lo cual la denuncia por usurpación va quedando en el olvido o recorre distintos cajones, distintos lugares del juzgado, que nunca se sabe, porque a mi me ha pasado que me desaparezca una causa un año y medio y aparece el expediente

procesado, sin que yo haya tenido ninguna participación, hace participar a la defensora general cuando ya hay un defensor designado y yo pensando que la causa está archivada, no está archivada, se está tramitando a espaldas del defensor particular. Esto es gravísimo. Y lo menciono como prueba documental, es la causa "Montero, Pedro Andrés". Se presenta el denunciante por usurpación y solicita la restitución del inmueble. Una vez que está otorgada la causa penal cae en el olvido porque muchas veces esta familia no tiene defensa. Si tienen la mala suerte de no tener una defensa simplemente quedan desalojados, la causa penal cae en el olvido pero el actor tuvo lo que quería en definitiva que era recuperar la tierra, pero no lo podía hacer en sede civil porque existe la garantía constitucional y el juez civil difícilmente en una sede donde se tiene un conocimiento amplio de la situación y donde se puede hacer un planteo amplio del derecho indígena, no concede estos desalojos, por eso digo que el trabajo me ha llevado a la sede penal, me ha llevado de una manera en que todas las causas que tengo de comunidades indígenas son por desalojos con medidas cautelares y esto se ha transformado en una costumbre, en un hábito que es muy contrario al derecho porque por un fallo que técnicamente parece impecable, digo: restituyo la tierra, una medida cautelar, están dadas las condiciones de credibilidad y sin embargo eso es solamente una forma porque en el fondo no existe nada de eso. No puede existir la verosimilitud del derecho cuando el actor no hay comprobado que alguna vez ha ocupado la tierra, que la ha poseído. Esto es así. El Sr. El Khazen no ha demostrado en el expediente que ha tenido posesión de la tierra, los únicos que lo han hecho es la comunidad de Vuelta del Río y la familia Fermín y los abuelos de la familia Fermín. Esta pretendida restitución del inmueble es totalmente fantasiosa, no existe una restitución porque simplemente el actor no ha demostrado nunca haber tenido la posesión de la tierra y esto es lo que está ocurriendo en el Juzgado de Instrucción. Pero no solamente con la familia Fermín, está ocurriendo con todas las familias indígenas que son denunciadas por usurpación y esta es una violación indirecta, lateral a la legislación indígena, porque ningún momento se menciona la legislación indígena. La causa Fermín, desde el momento en que fue denunciado, planteamos que pertenece a una comunidad aborígen, preexistente al Estado, vive en una reserva creada por el Estado Nacional en 1899, la comunidad está reconocida por el Estado Nacional y por el Estado Provincial en su personería jurídica, la comunidad ha autorizado al Sr. Fermín por escrito, después de muchas asambleas en la que decidió que el Sr. Fermín va a vivir definitivamente en ese lugar, que aunque es de uso comunitario y lo continúa utilizando de pastoreo la comunidad, Don Fermín va a vivir ahí porque es la familia que tiene el rebaño más numeroso y esa tierra es muy apta para el pastoreo. Pero el Sr. Fermín hace muchos años que tiene animales en ese lugar, tiene la marca de su esposa y su marca registrada en el Juzgado de Paz de El Maitén, desde 1993, 1994, 1995 tiene todos los censos ganaderos. Yo me pregunto: una persona que tiene registrada su marca y cumple con el censo ganadero, podemos hablar de clandestinidad? Podemos hablar de que se metió con violencia en un predio?. Sin embargo el Sr. El Khazen no tiene marca registrada de animales en ese predio, con lo cual tenemos que caer en la realidad de que el Sr. El Khazen no tiene animales ni tampoco los tuvo en ese predio, con lo cual caemos en la realidad de que el Sr. El Khazen no es dueño de ese terreno. Esta prueba está en la causa Fermín, el informe del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas que dice que la familia Fermín pertenece a una comunidad indígena que tiene personería jurídica, que la Sra. Uberlinda Jones también pertenece a esa comunidad está en el expediente, el informe del IAC donde dice que vive la comunidad e incluso que los títulos fueron entregados ilegítimamente por el IAC, está en el expediente Fermín. El informe social que hace el Servicio de Tribunales donde dice que la comunidad ocupa ancestralmente las tierras y que la resolución de este conflicto debe ser una mediación, este material está todo en la causa Fermín. Por eso me pregunto: Qué elementos tuvo el Juez de Instrucción cuando ordenó el lanzamiento del Sr. Fermín y la restitución del inmueble? El Dr. Colabelli habrá leído el expediente?. Me queda la duda. Es probable que no lo haya leído y sin embargo ordenó la restitución del inmueble. Una restitución de inmueble con una fuerza policial de 22 miembros que parece un ejército, presuponiendo que la comunidad va a defender la tierra. Cómo no van a defender la tierra la comunidad de una persona que pretende expulsar a las 25 familias? Porque además El Khazen pretende títulos sobre otras tierras de la comunidad incluso sobre la comunidad vecina que es la comunidad de Ranquilhuao. Cómo no va a resistir el lanzamiento, esta pretendida restitución de inmueble? Pero hay otro hecho que es muy importante. Cuando en el año 2000 el Sr. El Khazen denuncia a Fermín primero pretendieron ingresar por la fuerza al lote, como no pudieron porque la comunidad resistió el intento se presentó la denuncia penal. Pero hay otra cosa que es definitoria: en el año 1999 el Sr. El Khazen había presentado un juicio reivindicatorio en sede civil del cual yo soy apoderado de la

comunidad y la estoy defendiendo. Allí planteamos la ocupación ancestral, hay documental de 1905, 1910, 1920, 1940, 1950, 1960 que acredita la presencia de las familias Inacayal, Marinao, Fermín de Huilinao, son ocupantes ancestrales, todos sus abuelos. Y posteriormente el Sr. El Khazen hace la denuncia penal que tiene una explicación y es justamente lo que mencionábamos en la primer línea argumental: la denuncia penal tiene un solo motivo, conseguir la posesión de la tierra que no la tiene en este momento porque la tiene la comunidad. En el juicio reivindicatorio en sede civil está planteada en estos términos: la comunidad tiene una posesión inmemorial de la tierra y el Sr. El Khazen tiene los títulos pero no tiene la posesión. Ese es el planteo jurídico. Ahora si el Sr. El Khazen se presenta en sede penal y consigue la posesión de la tierra por una orden judicial, por supuesto que la suerte del juicio reivindicatorio se va a modificar sustancialmente porque El Khazen además de tener los títulos va a tener la posesión de la tierra y esta es la única explicación que tiene esta causa penal que nadie comprende como no está cerrada y que incluso en el dictamen del fiscal Lucchelli dice que nunca debió haberse instruido. En los tres dictámenes fiscales que son coincidentes dice que esta causa no tiene elementos para seguir adelante. Me pregunto: con qué análisis jurídico el Dr. Colabelli piensa que esta causa puede ir a algún lado?, la eleva al Juzgado Correccional. El Dr. Eyo la devuelve porque están sin plantear y sin solucionar un montón de cosas, planteos que hace la defensa, porque nunca en tres años y medio que el Dr. Colabelli nunca dijo ni si ni no a los planteos de derecho indígena, de derecho colectivo. La familia Fermín no ocupa la tierra ellos solos, la ocupan un conjunto de familias donde comparten la tierra de pastoreo, y ellos no la pueden perder de ninguna manera porque es esencial para la comunidad y por eso esta orden de lanzamiento es tan grave porque viola el precepto constitucional que garantiza las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas. En el informe del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y en el informe del IAC consta expresamente que esta tierra es ancestralmente y tradicionalmente ocupada por la comunidad de Vuelta del Rio en forma colectiva, estos informes no se pueden dejar de lado al momento de ordenar esa pretendida restitución de la tierra. Por eso consideramos que la tarea del Dr. Colabelli ha sido absolutamente grosera en este sentido y no podemos pensar que esto es un comportamiento inocente. Nadie puede hacer esto en una manera inocente. Y quiero señalar algo muy importante: Mientras se desarrollaba el desalojo, donde se destruyeron prácticamente todos los bienes de la familia Fermín y donde participó el Sr. El Khazen inclusive, hay una actuación iniciada por la Fiscalía de Esquel, que está ofrecida como prueba, yo la recomiendo para que la lean y para que vean el nivel de violencia que tuvo este hecho. El día 17 la policía que quería parar el procedimiento porque no podían seguir adelante, porque había 80 hermanos aborígenes defendiendo la posesión de la tierra. El oficial Brand llama por segunda o tercera vez al Dr. Colabelli para que le diga lo que tiene que hacer. El Dr. Colabelli le dice que tenía que cumplir la orden sí o sí. La orden se cumple y administre todos los medios, la orden se cumple, ya está dada. Esas fueron las palabras, y está en el testimonio del Oficial Brand, en la causa 5696 que está en la Fiscalía de Esquel. Al día siguiente vuelve a llamar el oficial porque se da cuenta que va a correr sangre si cumple la orden, la gente iba a resistir la medida de cualquier manera y el Dr. Colabelli se había tomado licencia al día siguiente, estaba el Dr. Eyo subrogando. Por eso que el Dr. Eyo suspende el procedimiento como juez subrogante. Me pregunto: el Dr. Colabelli podía tomarse licencia por muy graves motivos, que a lo mejor los tenía, realmente podemos pensar que un juez que está generando un procedimiento de esta envergadura se puede tomar licencia y dejarle la responsabilidad al juez subrogante para que resuelva la situación?. Yo pregunto al Tribunal, Uds. creen que un juez que toma esta decisión de tomarse licencia mientras está aconteciendo un procedimiento de esta gravedad creen que puede ser un juez de instrucción en la Circunscripción del Noroeste?, esta parte piensa que no.-----

----- Por su parte, el Dr. Gerosa Lewis dijo: -----

----- Sr. Presidente, como había indicado anteriormente mi intervención será exclusivamente sobre la parte jurídica de este tema y basado al objeto de la acusación que se ha promovido en este Jury. No me voy a extender en demasía porque creo que son muy entendibles los argumentos de la Procuración General y tampoco voy a entrometerme en el tema de la causa Fermín propiamente dicha porque son más que conocidos, se pueden leer las constancias de la causa y fueron explicadas por el Dr. Macayo. Me voy a referir a los pormenores jurídicos que tiene toda esta causa. Voy a empezar diciendo qué es un juicio político, es importante remarcar. Se ha dicho que un juicio político o un jury de enjuiciamiento, en este caso, es un juicio de responsabilidad política, un procedimiento

constitucional especial, tendiente a evaluar la responsabilidad de determinados funcionarios y magistrados para juzgar acerca de la conveniencia de su continuidad en el desempeño de un determinado puesto de gobierno, en base a cargos que se le formulan a los acusados en relación a su actuación y al mantenimiento de idoneidad requeridas para ejercerlas adecuadamente. Su finalidad principal es siempre la tutela de bienes públicos, en particular el buen funcionamiento de las instituciones de gobierno. Qué queremos en este tipo de procesos? Garantizar nuestra forma republicana, que sea transparente, queremos garantizar nuestras instituciones de gobierno. Entonces lo que buscamos acá es ver si están dadas las garantías de idoneidad, si sigue manteniéndose la garantía de idoneidad de un funcionario de acuerdo a lo que dice el art. 16 de la Constitución Nacional, a fin de realizar esa meta suprema que dice nuestro preámbulo que es afianzar la justicia. Tenemos que ver qué es lo que pretendemos de un juez. Alvarado Belloso en "El Juez, sus deberes y facultades" lo decía claramente, queríamos ciencia, prudencia, independencia e imparcialidad, una condición fundamental para la justicia, para los jueces. Es el Dr. Colabelli un juez imparcial? Vamos a ceñirnos en primer lugar a esta causa. Como vimos había dos hechos: el primero es si el dictado de la medida cautelar fue correcta o no. En segundo lugar como resolvió el tema ante dos pedidos de sobreseimiento, el del procurador fiscal y el fiscal de cámara, como actúa en contra de las normas legales. De la medida cautelar tenemos para hablar un rato, grandes errores, algunos de ellos ya fueron analizados, no existía verosimilitud del derecho, no solo por la interpretación específica que hay que hacer de las normas, porque está relacionado con la materia indígena, con los tratados internacionales, con el convenio 169 de la OIT, o con el art. 75 inc. 17 de la Constitución que desde ahí debe partir la interpretación en materia indígena, sino también porque había un pedido de sobreseimiento, cómo va a dictar una medida cautelar si había un pedido del fiscal de sobreseimiento

que le quitaba cualquier viso de verosimilitud del derecho. No había un peligro de demora atendible para una medida de este tipo, máxime con el gran perjuicio que iba a ocasionar a las personas a las cuales estaba destinada. No era posible tampoco una medida de este tipo dentro de un proceso penal, ya lo dijo la jurisprudencia, Cámara Criminal Nacional, Sala C, 29-06-99, "no es posible dentro del marco de un proceso penal sustituir a la justicia civil y sus normas procesales, máxime si la habilitación procesal para intervenir está aparejada de una mera presunción de culpabilidad de los sujetos pasivos". No estaban dados los fundamentos ni de hecho ni de derecho para proceder a una medida de este tipo. Pero dejemos un momento de lado esta medida cautelar y vayamos a lo más grave que es como resolvió el tema de los pedidos de sobreseimiento. El fiscal dice que hubo un error de prohibición invencible y por lo tanto solicita el sobreseimiento del imputado en la causa. Ante esta actitud correspondía, si el juez discrepaba, elevar los autos al fiscal de cámara para que se expresara al respecto, haciendo lugar o no respecto de lo que decía el fiscal de primera instancia. Sin embargo no lo hizo, realiza una actividad jurisdiccional tendiente a darle ventaja a las otras partes y cuando tiene que tratar este tema dice que ante el pedido de elevación de la causa a juicio por parte del querellante adhesivo en la causa, ese acto era suficiente, de acuerdo a la doctrina de Santillán y Marcilese, para proseguir la causa y elevarla a juicio. Cuál es la interpretación que hay que darle a este artículo? La verdad leo Marcilese, leo Santillán, leo Garipe y todavía no puedo entender la resolución del Dr. Colabelli porque se trata de etapas procesales totalmente distintas. Qué tiene que ver la citación a juicio con la actividad recursiva del querellante adhesivo? No tiene absolutamente nada que ver. Los fallos que aplica el Dr. Colabelli para hacer una interpretación forzada en contra del ordenamiento jurídico, en contra del imputado, cuando las normas procesales deben ser siempre en beneficio del imputado, y los tratados con jerarquías constitucionales o todas las interpretaciones que se hagan de acuerdo a la Constitución Provincial, art. 21, 22 de la Constitución dice que las interpretaciones deben hacerse de acuerdo a los tratados internacionales vigentes en la materia, obligaban a optar por una postura distinta. Pero el Dr. Colabelli dice que el querellante tiene actividad autónoma y con su sólo pedido podía haber hecho la citación a juicio. Esto es correcto? Tenemos que tener en cuenta cómo es el ordenamiento jurídico procesal en nuestra provincia porque es una materia no delegada al gobierno nacional, por lo tanto es una materia propia nuestra determinar como es o como tiene que ser el procedimiento. Y qué dice el procedimiento en Chubut? Dice que al querellante se le agrega una palabra que es adhesivo, no puede hacer determinados actos sin que haya estado de acuerdo el ministerio fiscal. Pero no solo lo dice el Código Procesal, lo dice la elevación de un proyecto por parte del Poder Ejecutivo, respecto de esta cuestión específica, porque todos los fallos que trae el Dr. Colabelli ninguno se refiere a la citación a juicio. La comisión de legislación penal y lo

mismo que dijo el ministerio de justicia en oportunidad de hacerse esto en el Senado de la Nación, se coincidió en observar la carencia de potestad acusatoria autónoma para el querellante, pero tal limitación debe entenderse en la imposibilidad de obtener el ingreso al debate de manera directa por voluntad exclusiva del acusador particular frente al sobreseimiento formulado por el ministerio público. Obsérvese que si en la oportunidad prevista por dicha norma el agente fiscal solicita el sobreseimiento, la postura contraria del querellante no posea una entidad que permita aún contando con el apoyo del juez de instrucción, lograr la elevación de la causa a juicio. Repárese que si en definitiva las actuaciones son elevadas a juicio es porque luego de efectuarse el procedimiento consulta a la Cámara de Apelaciones, el ministerio público así lo solicitó. Hubo un evidente apartamiento de las normas procesales por parte del Dr. Colabelli. Alcanza esto?. Vimos que no se daban los presupuestos de hecho ni de derecho para las medidas cautelares, primer supuesto, pero tampoco hubo una grosera interpretación del artículo específico del Código Procesal respecto de la segunda cuestión, de la posibilidad del querellante adhesivo para elevar la causa a juicio. Alcanza esto para destituir un magistrado? A mi entender es más que suficiente. Sin embargo podemos agregar una cuota muy importante en esta causa, de la cual hasta ahora no se ha dicho nada que es cuál es la finalidad a la cual apuntó el Dr. Colabelli cuando hizo esta interpretación en el expediente. Recuerdo lo que dijo un director de un periódico de Hong Kong: "lo más importante, la clave de una historia o de cualquier hecho, no es el qué, el donde o el cuando sino el porqué". Porque Colabelli toma una decisión de este tipo?, lo hace porque está convencido de la interpretación que hace? Con un solo acto queda sin efecto esta posibilidad porque si hubiera estado convencido que bastaba el pedido de elevación a juicio del querellante, para qué elevó la causa al fiscal de cámara. Esta interpretación la tenemos que descartar. Recordemos que la diferencia de tiempo que existe entre la parte querellante que solicita la elevación a juicio y cuando el fiscal de cámara adhiere al sobreseimiento. Lo primero ocurre el 24-6-02 y el fiscal de cámara adhiere el 15-01-03. Para qué lo hace si no tenía sentido según la interpretación del Dr. Colabelli? Lo hizo por error, es otra posibilidad, en el error no hay malicia, por lo tanto podría ser otra interpretación. O lo hizo por otro motivo? A mi no me queda ninguna duda que existieron otros motivos. La arbitrariedad, la prepotencia con la cual el Dr. Colabelli con la cual siempre se ha manejado desde que ha sido titular del juzgado de instrucción. Y hubo otro motivo que está probado que existió que fue un trato discriminatorio hacia los pueblos indígenas. Pero esto es como decía el maestro Alterini: "hay que probar o sucumbir", no queda otra. Cómo podemos probar estas arbitrariedades si no podemos aplicarle un detector de mentiras, no podemos aplicarle el suero de la verdad no podemos introducirnos en la voluntad del magistrado, pero podemos hacerlo por otros medios, tenemos otras pruebas, tenemos indicios, tenemos declaraciones precisas, concordantes que nos demuestran que el Dr. Colabelli en todos los actos de la vida judicial y específicamente cuando se trata de manejar expedientes, lo hace en forma arbitraria viendo quienes son las personas, quienes son las partes, los abogados. Y qué prueba tenemos de todo esto? Miren si no existen pruebas. "Cámara Criminal Esquel Sr. Juez de Instrucción s/incidente de recusación" N° 3 por parte de prueba ofrecida por esta parte, autos Montero, dijo la Cámara Criminal de Esquel en un incidente de recusación al Dr. Colabelli y que casualmente se trataba de un poblador indígena: "se ha producido en la misma una grave irregularidad procedimental, no se notificó al abogado defensor", nuevamente se omite notificar al abogado defensor y acá empieza lo peor, "es evidente que la situación planteada entraña una irregularidad grave en tanto el juez no puede ignorar que uno de los derechos que integran la garantía de defensa en juicio es nombrar un abogado de confianza" ... Y a continuación viene lo más interesante de este fallo que hace lugar a la recusación porque dice que el Dr. Colabelli no es imparcial: "parece razonable que las irregularidades producidas en la presente causa puede ser interpretado por el imputado como una persecución en su contra y/o de su familia" con lo que claramente se había instalado la sospecha de parcialidad del juez. Un juez parcial. Hay otro elemento importante dentro de la prueba documental que es el informe final sobre las violaciones a los derechos humanos que hace el fiscal Luchelli, dice: "en el mismo queda demostrado que cuando se hace el pedido de desalojo, acá va a correr sangre porque la comunidad se estaba oponiendo, Colabelli dice que se adopten las medidas correspondientes y que la orden sea cumplimentada" no interesa que haya un baño de sangre, no interesa nada. En la causa Montero, el informe dice que se desprende con claridad la desigualdad de trato judicial que recibe el imputado, posteriormente condenado, en comparación con el resto de los involucrados en el mismo hecho. Pero este es un caso aislado, la falta de imparcialidad, la falta de equidad, la falta de justicia? Por desgracia no, se verifica en casi todos los

expedientes en el cual este magistrado tiene participación. Hoy tuvimos la oportunidad de conocer la opinión de un ex juez y la opinión de un abogado. Se dijo que en la justicia de Esquel hay hijos y entenados, en la justicia de Esquel los paisanos no tienen derechos, hay gente que tiene muchos más derechos que otras, hay relaciones entre el juez y abogados que pasan el límite de lo tolerable, hay animadversión respecto de algunos y beneficios respecto de otros. Y esto está también, para determinar donde vemos las arbitrariedades del Dr. Colabelli, en la causa Neira, en su incidente de recusación donde quedó demostrado que había un mal manejo del juzgado, fs. 5, causas paralizadas por más de un año que prescriben por tal motivo, animadversión hacia abogados, fs. 9 en la cual se exhorta al juez para que evite en sus pronunciamientos frases o párrafos lesivos al decoro, la consideración y respeto que deben guardarse hacia los abogados defensores. Más arbitrariedades, para demostrar cual es la conducta, nulidad por falta de notificación, fs. 32, y lo peor cuando dice que va a reventar a ciertas personas, fs. 92 de ese expediente. No todo termina acá. Cual es la opinión que tenemos del Dr. Colabelli? Fíjense todas las firmas que hay en contra, las firmas que la propia ciudadanía de Esquel se encargó de buscar dicen que este juez no puede estar más en nuestra comunidad. Hendrickse dijo también todas las conductas de este magistrado de las cuales surgía una neta desigualdad y una falta de imparcialidad total. Si tenemos que ver porque se adoptó esta posición, no cabe duda que no fue por una interpretación correcta del derecho porque si eso es interpretación del derecho, mejor nos dedicamos a otra cosa. Tampoco fue por error. Fue exclusivamente por arbitrariedad y por un trato discriminatorio respecto a ciertas personas, tal como está acostumbrado en su diario trajinar por el juzgado, queda demostrado en la causa, surge de todos estos elementos de prueba, de las testimoniales, de la documentación que hay escrita, que siempre existió una arbitrariedad contraria a la razonabilidad que tiene que tener los fallos y la actividad jurisdiccional. No quiero terminar esto sin hacer, y siempre hay una defensa posible nos enseñaron en la universidad, y acá la defensa que hace respecto de este tema el Dr. Colabelli es que si no le permitimos al querellante elevar la causa a juicio habría una violación al derecho de defensa una violación al debido proceso, como dice Santillán aplicables a otras circunstancias, no para ésta. Entonces hay un nuevo error de derecho por parte del Dr. Colabelli, porque todos sabemos, y así lo dijo la Corte Suprema, que las leyes se presumen constitucionales salvo declaración de inconstitucionalidad, es decir que si había una violación al derecho de defensa, al debido proceso, como argumenta el Dr. Colabelli, necesariamente tendría que haberse pronunciado al respecto, declarar la inconstitucionalidad de acuerdo al art. 10 de la Constitución Provincial, pero de ninguna manera hacer una interpretación como lo hizo, que es en forma clara y burda atentatoria contra el texto legal y que nos deja sin seguridad jurídica, porque como dijo el Dr. Samamé, como le vamos a explicar a nuestros defendidos que el código dice una cosa y que el juez, por una interpretación que hace del tema dice otra. Queda pronunciarnos sobre dos temas que ha introducido la defensa, que es que estamos aquí enjuiciando el contenido de las sentencias y que no está autorizado ni este Tribunal, la cuestión de competencia que planteó, a juzgar una conducta de este tipo porque, según su entender, esto afectaría la independencia del Poder Judicial. El Poder Judicial es independientemente externamente y también internamente. Pero vuelvo a decir que este, si bien es un principio que la Corte Suprema lo hizo valer en "Bustos Fierro", cambió por completo en el último caso, "Moliné O'Connor", y es un principio que no es absoluto, lo dicen todos los fallos. Voy a leer la interpretación que hacen todos los autores de derecho constitucional y los autores que se han dedicado a este tema. "El contenido de la sentencia puede ser tenido en cuenta a la hora de considerar el mal desempeño de un magistrado al menos en los siguientes casos: cuando a través del contenido de la sentencia se advierta la presunción de un delito, cuando del examen del contenido de las sentencias se advierten notables desconocimiento del derecho aplicable" está hablando para esta causa, hay un notable desconocimiento del derecho, la ley dice una cosa y el Dr. Colabelli hace otra, "que serían demostrativos de la carencia de condiciones de idoneidad para continuar ocupando el cargo, falta de adecuado conocimiento del orden jurídico, cuando del contenido de las sentencias se advierta un desvío de poder", acá hubo desvío de poder, no hubo una interpretación jurídica respecto de un tema controvertido, acá se citaron mal dos fallos que nada tenían que ver con esa etapa procesal para discriminar a personas, para dictar un fallo arbitrario y para beneficiar a una de las partes del proceso en detrimento de las otras y la otra, que casualidad, tenía menos condiciones económicas, de defensa respecto de la otra. El contenido de la sentencia es el objeto más importante para ver el desconocimiento del derecho del Dr. Colabelli y para ver el mal desempeño de las funciones que el Estado le ha encomendado, que todos nosotros le hemos encomendado. El otro tema que ha introducido la defensa es el de "nom bis inidem".

Qué tiene que ver eso acá? Significa que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho, tiene que haber una serie de circunstancias tiene que haber cosa juzgada, identidad de partes, identidad de objeto. Acá estamos juzgando al Dr. Colabelli, no estamos juzgando a Fermín ni al El Khazen. Se trata de un procedimiento totalmente distinto, un procedimiento político, lo otro es un procedimiento judicial. Cuándo se lo juzgó al Dr. Colabelli por este hecho? Nunca. Lo otro fue dentro de un proceso una actividad recursiva y nada más. Pero acá lo que estamos juzgando exclusivamente es la conducta del Dr. Colabelli. Es decir que este principio no tiene nada que ver al caso que nos ocupa. Y voy a tomar para finalizar una frase que la dijo el Dr. Samamé, que hoy en día quedó demostrado la justicia que tenemos en Esquel, pero la destitución del Dr. Colabelli empezaría a mostrarnos la justicia que queremos. Asumimos hoy el cargo de querellantes, pero me tomo el atrevimiento y digo que no estoy solamente representando a una persona en particular, hoy en día, acá, estoy representando a toda la comunidad de Esquel, porque es una vergüenza para la ciudad tener un juez como Colabelli, es una vergüenza que haya una persona en el Poder Judicial que adopte decisiones como las que se tomaron en el expediente Fermín, por eso esta parte pide también la destitución del Dr. Colabelli y pide que tengamos en cuenta aquello que decía Hamilton, que tenemos que tener fe en la justicia y el derecho, asegurar que tengamos la mejor justicia y el mejor Poder Judicial porque con eso nos vamos a beneficiar todos, ante la existencia de móviles injustos nadie tiene la garantía de que vamos a ser en algún momento víctimas de móviles injustos por lo tanto necesitamos del Poder Judicial, aunque hoy en día no nos beneficiemos con él, lo necesitamos siempre porque nadie sabe qué nos puede ocurrir el día de mañana, como garantía para la ciudadanía. Hoy la ciudadanía de Esquel no tiene ninguna garantía posible. Pongámosle coto a esta actividad discrecional, arbitraria porque es la única manera de poder el tener el Poder Judicial que queremos. Gracias.-

----- Por último la defensa manifestó: -----

----- Sr. Presidente, esta defensa va a hacer una muy acotada referencia a un punto en el cual viene insistiendo en forma reiterada desde el inicio de esa audiencia. En esta causa con la estructura procesal a la cual se ha arribado, se pretende juzgar al Dr. Colabelli por las causales de mal desempeño y desconocimiento del derecho. Dónde se manifestaron esas condiciones, ese detrimento de la función judicial? En la causa Fermín, básicamente a través de lo que reiteradamente, en forma recurrente se ha venido planteando, y es la medida cautelar dictada por el juez en la causa que tenía como finalidad la recuperación de una posesión que, sin duda, tenía El Khazen porque fundamentalmente hasta ahora nos estamos rigiendo por el Código Civil argentino de Velez Sarfield, mal grado pueda pesarle a quien no esté adecuado con eso, pero Velez Sarfield y las instituciones de su Código Civil y su derecho de propiedad y el derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional y Provincial, la que nos rige, entonces, no se si lamentablemente o no pero todavía no tenemos un derecho comunitario ni un derecho indígena, quizá algún día lo tengamos, en este momento no lo tenemos y mal se puede invocar ese derecho inexistente. El Sr. El Khazen, nos guste o no nos guste, tenía la propiedad de su tierra y esa es una cuestión de hecho probada, definitivamente probada, con su título de propiedad que estableció el IAC. Con ese análisis, de partida, este Tribunal planteó lo siguiente: "no obstante ello y no ser motivo de juzgamiento, no puede soslayarse la lenidad de las intervenciones del Ministerio Público al propiciar el sobreseimiento del allí encartado Mauricio Fermín, solución que no puede llegarse sin un examen riguroso de su conducta antijurídica en los hechos que determinaron la denuncia por usurpación. La argumentación de ausencia de dolo para aconsejar el sobreseimiento no aparece como consecuencia de un análisis estricto de la conducta observada por Mauricio Fermín en el contexto del caso y teniendo a su disposición la documentación que previamente había requerido del IAC sobre la situación legal del inmueble y al cual estaba obligado como titular del bien del Estado en el cumplimiento de las leyes". A este punto de partida interpretativo de la realidad que aquí se juzga adhirieron los Dres. Karamarko, Relly, Castillo y el Dr. Pasutti no, adhirió solamente a la primer parte. Pero este es el punto de partida que genera el análisis de los hechos tal cual son. Nuestro derecho, que viene del derecho romano decía en uno de sus más conocidos adagios "dame los hechos yo te daré el derecho". Este es el punto de partida, cuáles son los hechos?, el hecho primordial, lo que genera el prisma interpretativo de esto es que el derecho que tenemos que aplicar es el derecho positivo de la República Argentina. La segunda cosa es que los fiscales que con denodado esfuerzo y poco fruto ha hecho el Dr. Samamé, no tienen justificativo en su disfunción fiscal. Eso es lamentable, no lo estamos juzgando en ese expediente, pero era lo que pasaba, son los hechos, son los "factum" sobre los cuales se elaboró y Colabelli como juez debió elaborar, porque este proceso no era

asimilable a cualquier otro, era un proceso más. Así como el resfrío o la angina de cualquiera es distinto de cualquier otro y el médico no puede aplicar la misma medicina, esto es exactamente igual, cada proceso es una unidad indisoluble, propia, definida, diferente de todas las demás. Y en esta circunstancia fue cuando Colabelli decidió hacer lo que hizo. Pero el tema no pasa por analizar, como lo pretende la parte querellante, determinar que es lo que pensaba Colabelli para justificar si era arbitrario, no, porque me hace pensar y me aterroriza suponer que otra vez el proceso volitivo de alguien puede hacer caer una sentencia sobre aquel lo pensó o no lo pensó, no lo vamos a saber nunca. Y una sentencia, un modo de comportarse de ninguna manera va a ser demostrativo de la intención que tuvo alguien para hacer las cosas que hizo. Y eso es lo que estamos juzgando acá, por lo que he oído, me da realmente terror pensar que van a tener que decidir una sanción de la naturaleza que se presume sobre la base de lo que alguien pensó. No lo puedo entender. De todas maneras como la inquisición ya pasó, no puedo dejar de hacer una referencia a esto, no podemos como tribunal de derecho hacer otra cosa que un análisis y un juzgamiento sobre los hechos, no sobre lo que interpretó, pensó, quiso beneficiar, sobre la parte volitiva no tiene ningún sentido hacerlo. Por otra parte sería imposible. De modo pues que con el perfil definido con que ha quedado esta causa, el perjuicio teórico que alegan las partes contrarias estaría dado por el desconocimiento del derecho y por la mala praxis del juez. Si esta situación no hubiera tenido un efector de contralor, quizá podríamos sí hablar de una situación análoga. Pero no ha sido así porque la justicia, la que tenemos, que quizá sea mala, ineficiente, pero no tenemos otra. Voy a hacer una digresión; creo que todos somos abogados con lo cual me congratulo porque cada uno de nosotros sabe perfectamente que pueden pasar 14 horas contando anécdotas sobre las arbitrariedades, barbaridades que nos han ocurrido en el ejercicio de la profesión, pero por una razón muy sencilla: la conducta, que eso es en definitiva el derecho, es conducta intersubjetiva, es lo mío que yo quiero contra lo de él que también quiere lo mismo o algo análogo y siempre va a haber una estructuración de pretensiones que va a tener un espacio común y otra que no lo va a tener, esto sin dudas es así. De modo pues que, reitero, la función de contralor que hubo en este caso estuvo dada por la apelación a la Cámara de Apelaciones y esta qué hizo? Está planteado no en la parte resolutoria sino en su parte razonadora, donde va hilvanando su conclusión: la medida dictada por el Dr. Colabelli fue una medida idónea, nos guste o nos guste; el contralor que la estructura jurisdiccional tuvo en cuenta dictó una decisión donde aprobó, confirmó lo que había hecho el Dr. Colabelli y refirió concretamente que los dictámenes de la causa penal fueron declarados nulos. Refirió a que el auto de elevación a juicio del Dr. Colabelli también. Que a la fecha del dictado de esa decisión de contralor no se había cerrado la investigación y admite la Cámara que el actor civil pueda requerir medidas cautelares. Esos parámetros de la intelección de la Cámara fue lo que la llevaron definitivamente y concretamente a establecer la confirmación de lo que Colabelli había dictado como medida cautelar. Conclusión: fue una medida adecuada, una medida precedente, que tuvo la tutela jurídica del ordenamiento jurídico en general. Sobre esa situación procesal, la parte interpone recurso de casación, llega al Superior Tribunal de Justicia y éste por la vía de la casación confirma ese procedimiento. De modo tal que si los organismos de contralor que se expidieron favorablemente confirmando el proceder del Dr. Colabelli en este hecho demostrativo, presuntamente de su mala conducta y desconocimiento del derecho, lo confirmaron y quedó confirmado también por la vía del pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia. Si este Tribunal va a juzgar y se va a expedir respecto de la bondad o no de este contralor, entonces esta defensa se ve compelida a solicitar que el mismo tribunal llame a este jury a la Cámara de Apelaciones que hizo exactamente lo mismo que Colabelli, porque en definitiva la cautelar via sujeto de control por parte de la Cámara fue confirmada, entonces me pregunto: cuál fue la mala praxis jurisdiccional, funcional de Colabelli y cuál fue su desconocimiento del derecho? Realmente no lo advierto, pero si la Cámara lo confirmó, traigamos a la Cámara acá y preguntémosle las mismas cosas. Por otra parte, esta situación de confirmación de la Cámara, nos guste o no, la resolución del juez de instrucción declarando que el hecho imputado como delito no ha existido tiene plenos efectos de cosa juzgada y es vinculante para el juzgador civil o laboral en aras del mantenimiento del concepto de unidad de lo jurisdiccional, seguridad jurídica y evitar el escándalo que habría de significar soluciones jurídicas contradictorias sobre un mismo acontecimiento y se considera la violación como la normativa del art. 1103 del Código Civil. Acá hubo un pronunciamiento sobre esta problemática fue la de la Cámara. Voy a leer una jurisprudencia: "es lógico y prudente ya que no puede condenarse a alguien en una sede y condenárselo en otra o viceversa pues lo que se pretende evitar es que un órgano jurisdiccional resuelva sobre un mismo punto en

sentido distinto al que resolvió otro cuando en realidad a pesar de ser órganos distintos existe unidad jurisdiccional". En otras palabras en ambos casos es el Estado quien actúa la voluntad de la ley. En este caso de la absolució penal la cosa juzgada se hace presente en cuanto al hecho principal ya que aquel reza: después de la absolució del acusado no se podrá alegar en juicio civil la existencia del hecho principal sobre el que hubiese recaído la absolució. Sr. Presidente, este Tribunal del modo, en la forma y en las condiciones que va a expedirse no puede dejar de tener en cuenta esta situació de prejudicialidad y de cosa juzgada porque como vimos en esta breve cita de un fallo, es el Estado el que insta la actuació de la justicia para bienestar general, es el Estado el que pretende minimizar el conflicto y dar cada uno lo suyo. Y esto es aquello que le corresponda en cada uno de los expedientes, en cada uno de las causas de que se trate, y en este caso no existe de ninguna manera otra cosa que una cosa juzgada respecto de la pretensió del Estado de hacer esa justicia. La hizo, ejerció su contralor a través de la Cámara y se terminó el problema. No puede este Tribunal volver a analizar las mismas cuestiones, volver a analizar si correspondió aplicar el caso Santillán, si lo comprende, o si Marcilese está excepcionalmente ajeno a esto, o si éste último expediente que hemos visto permite que el art. 306 sea interpretado de la forma en que se lo interpretó, es decir, el querellante puede hacer y puede funcionar de distinta manera, aunque sea como adherente, de lo que dice el procurador fiscal. Pero ese no es el tema, el tema es que ya se vio, ya se juzgó, ya es materia terminada. Voy a terminar pidiendo al Tribunal que le permita hacer al Dr. Colabelli una breve exposició sobre estos perfiles. Y se termine este Juri, sea por la aplicació del acogimiento de las nulidades oportunamente planteadas por esta defensa o bien sea por la absolució del Juez Colabelli de cuanto se la ha atribuido como responsabilidad, por inexistencia del tema decidendum.-

----- Con posterioridad a los alegatos el Dr. José Oscar Colabelli hizo uso de la palabra.-----

----- Que cerrado el debate el Tribunal paso a deliberar y emitió el veredicto.-----

----- CONSIDERANDO: -----

----- Que corresponde ahora emitir la fundamentació de las cuatro cuestiones decididas por el veredicto.-----

----- A la PRIMERA CUESTIÓN el Tribunal dijo: -----

----- Que, este Tribunal al momento de la deliberació, descartó como motivo de destitució el hecho referido a la escasa o nula fundamentació de la medida cautelar dictada en incidente: "SARQUIS, Héctor Andrés - MARQUEZ, Cristina - Querellantes Particulares - Actores Civiles s/ Incidente de Medida Cautelar" (Expte. 2662-150-2000), razón por la cual, la cuestió previa planteada por la defensa respecto a la falta de competencia de este Tribunal para revisar la medida cautelar toda vez que esta constituía cosa juzgada, carece de virtualidad, y por lo tanto debe ser rechazada.-----

----- A la SEGUNDA CUESTIÓN el Tribunal dijo: -----

----- Es evidente que este tema de la naturaleza del Jurado de Enjuiciamiento ha adquirido - al decir de PAOLINI - notoriedad en los últimos tiempos de marcadas exigencias ciudadanas sobre el funcionamiento del Poder Judicial y en especial, sobre la idoneidad e independencia de sus jueces. ( PAOLINI, Jorge Omar " El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios...", Edit. La Ley, Pág. 56 y sgtes., Buenos Aires, 2000).-----

----- Esta Ley debe ser primariamente respetada por aquellos que tienen la obligació de aplicarla. Cuando la vulneran su transgresió se magnifica o amplia en razón del sujeto que la comete, y con el fin de evitar el desmedro al Poder Judicial al que pertenece y representa, deben aparecer implacables las instituciones creadas por la Constitució, para que desde la propia entraña del instituto - esto es el jurado de enjuiciamiento - como una fuerza restañadora del tejido social dañado, juzgue la conducta del trasgresor.-----

----- Asimismo, debe señalarse que el tema del enjuiciamiento de los magistrados no se extingue con el análisis de la remoció en el cargo. Su estudio se relaciona con la disciplina de la Magistratura, como también con los problemas de la responsabilidad por los errores y actos perjudiciales de la actividad jurisdiccional y sus agentes.-----

----- Y tal como lo destaca PAOLINI "... el Jurado no juzga delitos, sino "mal desempeño" o " mala conducta", conceptos indeterminados que convierten al Enjuiciamiento en un juicio político y no en un juicio ordinario..." ( PAOLINI, Jorge Omar " El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios...", Edit. La Ley, Pág. 58 y sgtes., Buenos Aires, 2000).-----

----- Decía TOCQUEVILLE, el Jurado " sirve increíblemente para hacer crecer las luces naturales del pueblo", es por ello que se acudió a la figura del Jurado como forma de control del pueblo y despartidización de su juzgamiento.-----

----- En cuanto a la naturaleza de este instituto JOAQUIN V. GONZALEZ lo caracteriza " ... como política y esto se afianza aún más conociendo su fin. El objetivo de esta institución no es el castigo a la persona del delincuente sino, la protección de los intereses públicos contra el peligro y ofensa por abuso del poder oficial..." ( GONZALEZ, Joaquín V., "Manual de Constitución Argentina 1853 . 1860 " , Bs. As., 1951. ).-----

----- En sentido coincidente nuestra jurisprudencia ha resuelto que: " ... Los tribunales de enjuiciamiento de magistrados no son tribunales de justicia, sino que ejercen atribuciones de tipo político atinentes a la responsabilidad de aquellos, en sustitución del juicio político instituido en las respectivas constituciones ..." ( CS, marzo 21-978) E.D, 77- 483).-----

----- Formuladas estas consideraciones y reflexiones previas, se dirá que se encuentra acreditado que el Dr. José Oscar Colabelli, a sabiendas de lo que hacía, decidió no aplicar la clara y contundente disposición del art. 306 del C.P.P., ello así por cuanto ante dos pedidos de sobreseimiento avalados por el Fiscal de Cámara debió proceder en consecuencia, es decir dictar el sobreseimiento, ya que no tenía otra alternativa. En la causa Fermín, Mauricio s/ Usurpación - El Kazen, José Vicente s/denuncia - Cushamen - Expte. N° 2061 - F° 13 Año 2000), el Juez se subrogó en la actividad acusatoria, ignorando completamente el accionar del Ministerio Público fiscal quién solicitó reiteradamente el sobreseimiento del imputado. Este accionar del juez fue absolutamente ilegítimo, pero relevante al momento de dictar la medida cautelar solicitada. Ello así porque si no mantenía viva la acción penal, le era imposible resolver favorablemente la accesoria, pues ya carecía de jurisdicción. La materialidad de este hecho atribuido resulta de instrumentos públicos debidamente incorporados al proceso y sobre cuya existencia y calidad probatoria no existe controversia.-----

----- Que el art. 306 del C.P.P., reza: "Si el procurador fiscal y la parte querellante solicitaren diligencias probatorias, el juez las practicará siempre que fueren pertinentes y útiles y, una vez cumplidas, les devolverá el sumario para que se expidan, conforme al inciso 2° del artículo anterior.

El juez dictará sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido; de lo contrario, elevará las actuaciones al fiscal de Cámara. Si éste coincidiera con el sobreseimiento solicitado por el inferior, el juez resolverá en tal sentido. En caso contrario, el fiscal de Cámara formulará el requerimiento de citación a juicio".-----

---

----- Como puede observarse, el dictamen de sobreseimiento del procurador fiscal, ratificado por el fiscal de Cámara no deja otro camino al juez que decidir en ese sentido. La norma, sin lugar a dudas, ha desplazado al querellante adhesivo y dado preeminencia al Ministerio Público Fiscal, otorgándole a su dictamen carácter vinculante.-----

----- En tal sentido en reciente fallo se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Garipe, Omar Osvaldo s/ p.s.a. administración fraudulenta", originaria de nuestra provincia. En efecto, al tratar un tema relacionado a la autonomía del querellante adhesivo, el procurador General de la Nación -en un dictamen cuyos fundamentos hace suyos el mas alto Tribunal del país- sostuvo que: "(...)Una interpretación contraria importaría atribuir al legislador un criterio inconsecuente, constantemente descartado por V.E. (Fallos 310:1689; 313:132 y 1149, entre muchos otros), pues cuando su intención ha sido otorgar preeminencia al Ministerio Fiscal, lo ha regulado de manera explícita, que es como corresponde legislar las restricciones a los derechos, y no implícitamente (conf. Art. 3° del código, recién citado). Así surge del artículo 161, que fija el procedimiento de consulta a seguir ante el pedido fiscal de desestimación de la denuncia; y también de los artículos 304 a 306, cuando en la etapa de clausura de la instrucción y elevación a juicio asignó carácter vinculante exclusivamente al dictamen del fiscal de Cámara .(....)" .-----

----- El Dr. Colabelli, no sólo inobservó la clara norma ritual, sino que, con la acción penal herida de muerte como consecuencia de los dos pedidos de sobreseimiento, arremetió

contra el encartado con una medida coercitiva como lo es el desalojo de la familia Fermín y a los pocos días elevó la causa a juicio en base al requerimiento del querellante adhesivo, fundando tal decisión en la doctrina Santillán y Marcillese, a juicio de este Tribunal de Enjuiciamiento, completamente extrañas a la etapa de la instrucción.-----

----- Como puede observarse, el desapego al ordenamiento legal del Dr. Colabelli en la causa Fermín, surge sin mayor esfuerzo: 1)desoyó la opinión de una parte esencial; 2)Resolvió en contra de la ley y 3)Ejecutó la medida sin amparo legal de ninguna especie, toda vez que la acción en contra de los imputados estaba agonizando.-----

----- Asimismo puede decirse que la retención de la resolución de la situación procesal del imputado, aparece preordenada hacia la adopción de la medida cautelar en expediente "SARQUIS , Hector Andrés -MARQUEZ , Cristina -Querellantes particulares -Actores Civiles s/ Incidente de Medida Cautelar" (Expte 2662 - F° 150 - Año 2000), que no podría haberse dictado mediando sobreseimiento y extinguida la acción (C.P.P., art. 18).-----

----- En este contexto cabe examinar si la conducta del acusado configura la causal de destitución de mal desempeño establecidas en el artículo 165 de la Constitución Provincial y en el art. 15 inc. a) y 16 inc. a) de la ley 4461.-----

----- Las inobservancias a las reglas de forma en una causa aislada, traerían, en principio, aparejado sanciones de tipo procesal y/o disciplinarias. Pero en el caso del Dr. José Oscar Colabelli las inobservancias apuntadas en el expediente "FERMÍN, Mauricio s/ Usurpación....." son sintomáticas de un desvío de poder, de un abuso de autoridad sostenido en el tiempo, y ello, constituye causal de mal desempeño que autoriza su destitución.-----

----- En efecto, como surge de los autos: "Superior Tribunal de Justicia s/ Actuaciones (expte. 14.403-372-1993-S)" y "Superior Tribunal de Justicia s/ Inspección Juez de Instrucción de Esquel" (Expte. 17-33-2001), ofrecidos como prueba por el Sr. Procurador General, Colabelli ya había padecido severas sanciones administrativas donde se lo alertaba que debía adecuarse a las normativas que ciñen la función jurisdiccional, no obstante lo cual, siguió realizando actos reñidos con las normas legales, lo que vuelve intolerable su permanencia en el cargo de juez.-----

----- Las progresivas sanciones administrativas impuesta por el Superior Tribunal de Justicia (primero un apercibimiento, después diez (10) días de suspensión en una causa que el Consejo de la Magistratura remitiera a la Corte Provincial para que imponga al juez una rigurosa sanción) debiera haber inducido al Magistrado a un cambio de conducta, a menos que esas sanciones no tengan mas efecto que permitir que las faltas se reproduzcan en el tiempo sin mas sentido que tolerar el ejercicio ilegítimo de un cargo.--

----- De la causa: "Superior Tribunal de Justicia s/ Actuaciones" (Expte. 14.403-372-1993-S), se desprende que la sanción aplicada al Dr. José Oscar Colabelli se debió a hechos relacionados con la parcialidad del Juez a favor de la Autoridad Policial ante denuncias de maltrato a detenidos; a no investigar suficientemente los eventos denunciados por las víctimas del accionar de la Policía y a desatender el control sobre la privación de la libertad decidida fuera de los casos previstos en la ley.-----

----- En tanto, de los autos: "Superior Tribunal de Justicia s/ remite Inspección Juez de Instrucción de Esquel" (Expte. N°17-33-2001-S), la suspensión de diez días que sufriera el juez se debió al incumplimiento de plazos procesales en diversas causas, a la detención de un imputado por mas de un año sin resolver su situación, a no detener a un imputado del delito de violación con abundante prueba de cargo y otras graves irregularidades según constancias de fs. 1/10 y 108/158.-----

----- Estas constancias, sumadas al precedente por el que el Consejo de la Magistratura remitiera el expediente a la Corte Provincial para que imponga al juez una rigurosa sanción, acreditan en forma suficiente hechos que constituyen un modo de conducir la labor jurisdiccional reñido con lo que cabe ser calificado como buen desempeño.-----

----- Esos antecedentes son apreciados en el marco de las facultades no estrictamente judiciales que brinda el carácter "político" del presente proceso y permiten concluir que no estamos ante un hecho singular y aislado del proceder del Dr. José Oscar Colabelli, sin que los actos bajo examen son continuidad de una conducta que ha merecido importantes y sistemáticas observaciones.-----

----- En tal sentido no aparece razonable ni prudente prescindir de tales precedentes para rechazar la acusación por la mera singularidad del hecho que constituye el nodo del asunto,

permitiendo por esa vía la continuidad en el cargo de quien no ha observado una conducta que pueda calificarse sin hesitación como apropiada de un Juez de la Nación.-----

----- Debe tenerse presente que la defensa no aportó pruebas, aún cuando el Tribunal de oficio, ante la inacción de la parte, le amplió el plazo correspondiente en treinta (30) días para ampliar sus garantías en el proceso. Asimismo no objetó la ofrecida por las otras partes, Ministerio Fiscal y Querellante, que lo hicieron en término oportuno (art. 28 Ley de Enjuiciamiento).-----

----- Cabe ahora examinar la defensa articulada con relación al artículo 249 de la Constitución Provincial, norma que no puede considerarse aisladamente sino en el contexto constitucional que integra para llegar a una interpretación armoniosa sustentable de las normas que no prescinda de unas de beneficio de otras.-----

----- Es claro que el artículo 249 se refiere a lo expresado por los jueces en sus actos jurisdiccionales y es también claro que esos actos pueden, por lo dispuesto en el artículo 165, conllevar una decisión que importe o bien mal desempeño o bien desconocimiento inexcusable del derecho ya que, especialmente en este segundo caso, no se concibe que pueda perpetrarse la causal fuera de una resolución judicial.-----

----- En consecuencia, una interpretación correcta de los arts. 165 y 249 de la Constitución Provincial conducen a que la inmunidad consagrada en el segundo respecto de los jueces funciona siempre y cuando la decisión jurisdiccional en examen no configure una de las causales de destitución establecidas en el primero. De ello se debe seguir el rechazo del argumento defensivo en cuanto pretende que, por la mera calidad de opinión vertida en el voto judicial, el acusado no puede ser sancionado al respecto.-----

----- Al respecto la doctrina ha señalado: "En síntesis, considero que el contenido de las sentencias puede ser tenido en cuenta a la hora de considerar el mal desempeño de un magistrado, al menos, en los siguientes casos: a) Cuando a través del contenido de la sentencia se advierta la presunta comisión de un delito. B) Cuando del examen del contenido de las sentencias se adviertan notables desconocimientos del derecho aplicable, que serían demostrativos de la carencia de condiciones de idoneidad par continuar ejerciendo el cargo: falta de adecuado conocimiento del orden jurídico, de la salud psíquica, etcétera. C) Cuando en el contenido de la sentencia se advierta un desvío de poder, es decir, la utilización del poder jurisdiccional para fines distintos de aquellos para los que le fue atribuido a los jueces. Estos desvíos del poder jurisdiccional suelen estar relacionado con la falta de independencia o de imparcialidad de los magistrados" (Grandezas y Miserias en la Vida Judicial, Alfonso Santiago (H), El Derecho, Buenos Aires, pág. 82/83).-----

----- A la TERCERA CUESTIÓN, el Tribunal dijo: -----

----- La decisión de requerir la elevación a juicio en la causa "FERMIN , Mauricio s/usurpación..." existiendo un doble dictamen fiscal propiciando el sobreseimiento, ratificado por el Fiscal de Cámara, ha sido adoptada por el acusado: -----

a) Con pretendido fundamento en los fallos de la Corte Suprema de la Nación en los casos "Santillán" y "Marcilese" que, aún cuando aplicaran al caso, asunto que solo con notable esfuerzo podría admitirse (ambos precedentes exigen el requerimiento de elevación a juicio por parte del fiscal de instrucción como base para dictar una sentencia condenatoria), reconocen fundamentos en ordenamientos normativos distintos a los de la Provincia del Chubut.

b)Desconociendo el imperativo normativo del artículo 306 del C.P.P. que ante la concurrencia de dictámenes en tal sentido lo obligan a disponer el sobreseimiento.

c)Desconociendo la existencia de un criterio, opuesto a la interpretación que propicia, sustentado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut que se erigía así como doctrina legal al respecto. En efecto, al tiempo en que Colabelli dictaba el requerimiento de elevación a juicio, se encontraba vigente la doctrina sentada en autos: "MOTTINO, Carlos Angel y otros s/ Estafa en Conc. Ideal con Fraude en Perjuicio de la Adm. Pública (Expte. 15.714-M-1996), en el cual se le niega carácter autónomo al querellante adhesivo.-----

----- En ese contexto la decisión de requerir la elevación de la causa a juicio aparece adoptada por el Dr. José Oscar Colabelli con notoria prescindencia de las normas procesales del ordenamiento local, con lo cual su conducta también configura la hipótesis

del art 165 de la Constitución Provincial y el art.15 inc. b) de la ley 4461.-----

-----  
----- A la CUARTA CUESTIÓN, el Tribunal dijo: -----

----- Con arreglo a lo manifestado en las cuestiones que anteceden, corresponde destituir al Dr. José Oscar Colabelli del cargo de Juez de Instrucción de la ciudad de Esquel por las causales establecidas en los art. 15 incs. a y b de la ley 4461 y 165 de la Constitución Provincial.-----

----- Con lo que se dio por finalizado el acto quedando acordado dictar, en nombre y representación del pueblo de la Provincia del Chubut, la siguiente: -----

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

----- 1º) DESTITUIR al Dr. José Oscar Colabelli del cargo de Juez de Instrucción de la ciudad de Esquel por las causales establecidas en los arts. 15, inc. a) y b) y 16) inc. a) de la ley 4461 y 165 de la Constitución Provincial.-----

----- 2º) COSTAS al Dr. José Oscar Colabelli.-----

----- 3º) REGISTRESE y notifíquese.-----