

de viva voz

2018-vol.2

issn 2545-8922

**Asociación de Magistrados y de
Funcionarios de la Justicia de
Neuquén**



AMyF

CONSEJO DIRECTIVO AMyF

Presidente. WALTER RICHARD TRINCHERI
Vice-Presidente. ELIZABETH GARCÍA FLEISS
Secretario. LEOPOLDO SEBASTIÁN GÓMEZ
Pro-Secretario. MARÍA GABRIELA ÁVILA
Tesorero. HÉCTOR ÓSCAR OSER
Pro-Tesorero. LUIS PABLO TRANI

Staff revista

DIRECTOR/COORDINACIÓN GENERAL
MARÍA LORENA SPIKERMÁN

COORDINADORES POR MATERIA

Derecho Civil y Comercial. ELIZABETH GARCÍA FLEISS
Derecho Público. LUISA ANALÍA BERMÚDEZ
Derecho Laboral. FLAVIA CECILIA GARCÍA
Procesos Ejecutivos. MARÍA LUCRECIA VARNI
Derecho Penal. ALEJANDRO CABRAL
Derecho de Familia. VICTORIA PIGNOL – MARÍA GABRIELA ÁVILA

EDITOR

ANDRÉS MARTÍN PEDONI

EDITOR TÉCNICO

OCTAVIO MARINO PEDONI

DE VIVA VOZ – ISSN 2545-8922



Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia del Neuquén

Córdoba 214 - (8300) Neuquén. **Tel.:** (0299) 4481919 **Web:** www.magisneuquen.org
Correo institucional: amyf@magisneuquen.org
Correo revista: revistadelaasociacion@gmail.com

2018 – Año 2. Volumen 2

Neuquén – Argentina

DE VIVA VOZ. La revista de la ASOCIACIÓN de MAGISTRADOS y FUNCIONARIOS de la JUSTICIA de NEUQUÉN tiende a brindar un espacio a los asociados a efectos de publicar sus estudios o posturas jurídico-científicas sobre temas de interés local.

Está dirigida a todos los profesionales que integran la asociación, y por tanto, permite la incorporación de publicaciones de contenido interdisciplinario que tengan relación directa con la labor judicial.

Los artículos y consultas se recibirán en la siguiente dirección de correo electrónico **revistadelaasociacion@gmail.com**

Los trabajos deben observar las siguientes normas de publicación **<https://goo.gl/io7fQb>**

**LOS CONTENIDOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA
SON RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE SUS
AUTORES.**

SOBRE LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y SI PUEDE EL JUEZ DE GARANTÍAS RECHAZAR EL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO DEL FISCAL

Laura Andrea Barbé

I

El caso: El caso penal¹ que voy a comentar se inició a raíz de un hecho que sucedió en la ciudad de Neuquén, en el mes de Octubre de 2011, en el que dos personas intentaron robar a un taxista, mediante la utilización de amenazas con el empleo de armas blancas, con las que le provocaron lesiones de carácter leve al conductor del taxi; la policía acudió al lugar, aprehendió a dos personas que resultaron imputadas por estos hechos y así comenzó la investigación. La causa que reseño entró al sistema penal neuquino bajo el código de enjuiciamiento anterior, que regulaba un sistema de tipo mixto inquisitivo (Ley Provincial 1677, derogada) es decir que la misma tramitó por el entonces, Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N°5 de Neuquén Capital. En julio de 2013 se “radicó” la causa en la entonces Cámara Criminal Segunda de la I Circunscripción Judicial. El tiempo pasó –uno, dos tres años– y este es una de los tantos “expedientes” – ahora llamados legajos– que “llegaron” al “sistema procesal penal nuevo”, es decir continúan su trámite legal pero ahora bajo el sistema acusatorio instaurado en

¹ Legajo: (12237/2014) “M., N. A. – R., V. O. S/ Robo Calificado por el empleo de armas en grado de tentativa” (N. d. A.: la inicialización es mía).

Neuquén por la Ley 2784, que entró en vigencia el 14 de enero de 2014.

Así las cosas, en Junio de 2014 la Fiscal del Caso a cargo de la prosecución del trámite toma la decisión de solicitar el sobreseimiento de los dos imputados, toda vez que analizada la causa y los elementos con que contaba, además de tomar en consideración el tiempo transcurrido desde la fecha del hecho, determina, –en tanto titular de la acción penal– que esta solución del conflicto es la correcta. A los pocos días la Juez de Garantías, acertadamente devuelve el legajo a Fiscalía toda vez que se había omitido notificar, tal como lo prevé el código procesal², a la víctima –el taxista, el Sr. A– quien, aclaro, no se había constituido en querellante particular en el proceso. Trascurrieron algunos meses hasta que finalmente se pudo notificar fehacientemente al denunciante damnificado (el señor A.) de la solicitud de sobreseimiento de los imputados (M., N. A. y R., V. O.) por parte de la Fiscalía al Juez de Garantías. Una vez transcurrido el plazo sin que la víctima objetara el sobreseimiento instado (ver Nota al pie 2), el legajo es nuevamente remitido a la Oficina Judicial a fines Noviembre de 2014. Cabe destacar que, el artículo 61 inc. 7 establece que la víctima tiene el "derecho" a

² *Artículo 161° Petición.* Cuando el fiscal decidiera que existen motivos para sobreseer formulará la solicitud ante el juez, la que será comunicada al imputado, a la víctima y al querellante, si lo hubiere. En el plazo común de cinco (5) días podrán: 1) La querella, objetar el sobreseimiento y solicitar la continuación de la investigación. 2) La víctima, objetar el sobreseimiento y requerir que otro fiscal continúe la investigación; y 3) El imputado, pedir que se observe el orden del artículo anterior o se precise la descripción de los hechos del sobreseimiento. Cuando para resolver alguna de estas peticiones resulte necesario producir prueba, la parte que la ofrezca tendrá la carga de presentarla en la audiencia, que en todos los casos se realizará dentro del término de diez (10) días. En los demás casos, cuando no se dé ninguno de los supuestos anteriores, el juez resolverá sin más trámite.

ser escuchada antes de cada decisión que suponga la extinción o suspensión de la acción penal.

Durante la feria de verano, precisamente el 12 de enero de 2015 la Juez de Garantías resolvió rechazar el pedido de sobreseimiento petitionado por la Fiscal del Caso “de conformidad a las disposiciones de los arts. 160, 161 y 162 contrario sensu, del C.P.P.”. En síntesis, luego de valorar lo resuelto por la Fiscalía concluye: “Por todo lo expuesto, no habiéndose logrado un estado de certeza negativa en relación a la materialidad del hecho investigado ni de la autoría achacada a los imputados, habré de rechazar el pedido de sobreseimiento instado por el Ministerio Público Fiscal.”

Cabe brevemente reseñar que el principio de oportunidad adoptado por el Código neuquino es de tipo “reglado”, a diferencia del sistema anglosajón que es “libre”; en éste último la Fiscalía – *prosecutor* – tiene amplísimas facultades en cuanto a la disponibilidad de la acción penal, siendo su premisa fundamental, llevar a juicio sólo aquellos casos en los que “se pueda ganar”, siempre judicialmente hablando.

Cuando el sistema es de “oportunidad reglada”, dentro del que cabe inscribir al neuquino, si bien se parte de la consagración de principio de legalidad u oficiosidad, se admiten excepciones al mismo mediante la aplicación de criterios de oportunidad que complementan a aquel³, y asimismo se prevé como una de las

³ *Artículo 106° Criterios de oportunidad.* Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos siguientes: 1) Cuando se trate de un hecho insignificante o un hecho que no afecte gravemente el interés público. 2) Cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia, excepto que la acción atribuida tenga prevista una sanción que exceda los seis (6) años de pena privativa de libertad. 3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena. 4) Cuando la pena que pueda imponerse por el

formas de culminar la Investigación Penal Preparatoria⁴, la petición de sobreseimiento⁵. Es decir que el Ministerio Público Fiscal, en los casos previstos por la ley, puede pedir el sobreseimiento al Juez de Garantías, que es precisamente el caso que estoy analizando.

A partir de la petición de sobreseimiento, el Juez de Garantías efectúa el control de legalidad, pero... hasta dónde puede el Magistrado “valorar” las decisiones fundadas del Fiscal?

Entiendo que la resolución de la señora Juez resulta arbitraria, por ser contraria a la Constitución Nacional, a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y a la Ley Provincial 2784, que implementa en Neuquén el sistema acusatorio, receptado pretorianamente en el precedente del Cíbero Tribunal del 23/12/2004, in re Quiroga, Edgardo Oscar, Fallo 327:5863.

Es que si el Juez de Garantías pretende “obligar”, al Ministerio Público Fiscal a llevar adelante la acción penal se afectan los pilares básicos del sistema acusatorio establecido en los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así

hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta o a la que puede esperarse por los restantes hechos. 5) Cuando exista conciliación entre las partes; o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente, o se repare el daño en la medida de lo posible. No corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él.

⁴ *Artículo 159° Actos conclusivos.* La etapa preparatoria concluirá a través de los siguientes actos: 1) La acusación fiscal. 2) El sobreseimiento; y 3) La suspensión del proceso a prueba.

⁵ *Artículo 160° Sobreseimiento.* El sobreseimiento procederá: 1) Si el hecho no se cometió. 2) Si el imputado no es autor o partícipe del mismo. 3) Si el hecho no se adecua a una figura legal. 4) Si media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad. 5) Si la acción penal se extinguió. 6) Si no existe la posibilidad razonable de incorporar nuevos elementos de prueba ni fundamentos para requerir la apertura a juicio. 7) Si ha vencido el plazo máximo de duración de la etapa preparatoria.

como la imparcialidad del juzgador, la defensa en juicio, en orden a la separación de las funciones de acusar y juzgar, impuesta por mandato constitucional, dispuesto en el artículo 120 de la Constitución Nacional, además de apartarse de una sucesión innumerable de antecedentes jurisprudenciales y de destacadas opiniones doctrinarias.

Así, “Siendo el fiscal quien tiene la tarea de acusar, aun en la etapa preparatoria del proceso, cuando arriba a la conclusión de que carece de la prueba suficiente para pasar a la etapa de juicio, desaparece el presupuesto de la contienda, toda vez que la acusación, no es ni más ni menos que el marco referencial que delimita el conflicto y respecto del cual se establece la estrategia de la defensa. Si el acusador declina la prosecución del proceso, el juzgador no puede suplantarle en su rol, sin romper el juego de equilibrio de partes, resignando la imparcialidad y afectando las garantías que la Constitución Nacional y la ley consideran vigentes desde la imputación.”⁶

II

El tema visto desde la perspectiva del fallo “Quiroga” y otros antecedentes jurisprudenciales:

En “Quiroga”, la Corte Federal, con incuestionable acierto, ha dejado sentado que: “La separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo

⁶ MORILLO-GUGLIEMI, Gisela, “La tendencia jurisprudencial en torno a la titularidad de la acción penal”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2007-2, la actividad procesal del Ministerio Público Fiscal, Rubinzal Culzoni, p.339.

teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. La garantía de la separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto de las partes de la causa; y por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación”. “Resulta insostenible que sea el tribunal encargado de controlar la investigación preparatoria el que pueda ordenarle al fiscal que acuse. Pues el ejercicio de tal facultad de sustituir al acusador hace que los jueces, en vez de reaccionar frente a un estímulo externo en favor de la persecución, asuman un compromiso activo en favor de ella. Tal actitud es susceptible de generar dudas en cuanto a la imparcialidad con que debieron haber controlado el procedimiento de instrucción, esto es, permaneciendo ‘ajenos’...”.

Aún a riesgo de abundar en detalles, y haciendo un paralelismo, me permito traer a colación que en oportunidad de debatirse en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el llamado “mecanismo en consulta” previsto por art. 348 del CPPN, in re “Alas, Leonardo Fabián s/Recurso de Casación” (30/08/2005 - A 138-XL) la Corte mantuvo la doctrina del precedente “Quiroga”, expresando la Juez Argibay que el artículo 348 del CPPN, en cuanto autorizaba al juez de instrucción requerir la intervención de la Cámara de Apelaciones si no estuviese de acuerdo con el sobreseimiento instado por el agente fiscal, se encuentra en contraste manifiesto con el artículo 120 de la Constitución Nacional, toda vez que sujeta a los fiscales a las órdenes de la Cámara de Apelaciones. Tal restricción, agregó, se

remite al modo en que debe ser ejercida la acción penal y dispone una sustitución de los fiscales por los jueces. En este sentido, entiendo que la situación resulta equiparable –aun cuando la expuesta, por la ministra citada, lo fuera en el marco del sistema mixto que impone el Código Procesal Penal de la Nación- a la que aquí se ha suscitado y que es objeto de esta impugnación, siendo aun mas grave ésta, dada la vigencia plena del sistema acusatorio impuesto por la Ley 2784 en nuestra provincia, a más de un año de su implementación.

En nuestra situación, la Juez de Garantías, mediante el dictado del resolutorio que analizo, violenta manifiestamente la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los antecedentes jurisprudenciales y lo dispuesto por la Ley 2784, pretendiendo llevar adelante una persecución penal y procurando ejercer la titularidad de la acción penal pública, facultad que le es absolutamente ajena. Como enseña Luigi Ferrajoli⁷ la separación entre el juez y la acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, debido a que es el presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Esta distinción “comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación –con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*, sino también, y sobre todo, el papel de parte -en posición

⁷ Doctrina: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p.567.

de paridad con la defensa– asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado” . En consonancia con esta línea argumental, el Tribunal Supremo Español -modificando la doctrina que venía manteniendo- ha establecido como principio la imposibilidad del Tribunal sentenciador de imponer al condenado una pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones y en tal sentido se han expedido los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Eugenio Raúl Zaffaroni al considerar que “el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella (...), cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita”. (Del Voto de la Mayoría) ⁸

En el precedente “Llerena”⁹, La CSJN expresó que la imparcialidad “...es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado”.

⁸ (Citas: CSJN "Quiroga", Fallos 327:5863 -considerando 17-; "Amodio, Héctor Luis s/causa 5530" Fallos: 330:2658-Voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni. Considerando 16, reiterado en "Godoy" Fallos: 331:2827, "Perucca" 16/11/2009, en LL2010-A, 477 y "Corbalán" 22/02/2011, en LLSup. Penal 2011 -mayo- 31. Tribunal Supremo del Reino de España, Sala en lo Penal, recurso de casación n° 10457/2006, sent. del 12/01/07, en "Derecho Penal y Procesal Penal", Revista Nova Tesis, Año I, n° 2, marzo-abril 2007, p. 209-222).

⁹ CSJN , Fallos, 328:1491

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I, en “Storchi”¹⁰ entendió que: “Es inconstitucional el procedimiento de elevación en consulta previsto en el art. 348 del Cód. Procesal Penal de la Nación -en el caso, se resolvió apartar al fiscal interviniente disponiéndose la realización del requerimiento de elevación a juicio-, toda vez que tal mecanismo resulta contrario a la independencia del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional en tanto establece un sistema por el cual un órgano jurisdiccional ordena al fiscal el impulso de la acción penal, vulnerando la necesaria bilateralidad que debe existir entre acusación y defensa, en clara violación de las garantías de debido proceso, defensa en juicio, juez imparcial e independencia de poderes.

Una de las columnas sobre las que se asienta nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal adversarial, es la garantía que se brinda a todo ciudadano sometido a proceso penal, de que su situación sea sometida al control jurisdiccional de un juzgador plenamente imparcial sin interés persecutorio, ajeno a la materia de litigio.

En el caso que nos ocupa, se culminó la etapa de investigación preparatoria mediante el acto conclusivo del sobreseimiento (cfr. art. 159 y ccdtes. del CPP) respecto de las dos personas sometidas a proceso, sobreseimiento basado en los términos del art. 160 inc. 6 del mismo texto legal, por los fundamentos expresados por la Fiscal del Caso, observando el presupuesto exigido por la ley procesal en el art. 69, cuarto

¹⁰ *Tribunal*: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I; *Fecha*: 08/03/2004, *Partes*: Storchi, Fernando, *Publicado en*: LA LEY 06/10/2004

párrafo, toda vez que fue debidamente motivada por ese Ministerio. De ahí en más, nada más debía hacer la Magistratura que expedirse sin más trámite, toda vez que carece de potestades persecutorias y además, en el presente caso no hay acusador privado y fue notificada debidamente la víctima de la decisión desinriminatoria sin objetarla. Es que, comunicado el sobreseimiento y notificados los interesados (en el caso, imputado y víctima, en atención a no existir querellante) no se verifica ninguno de los tres supuestos a los que alude el art. 161 del código de rito, destacando tal dispositivo meridianamente que “...En los demás casos, cuando no se dé ninguno de los supuestos anteriores, el juez resolverá sin más trámite”.

Así las cosas, la decisión de la a quo, violenta el esquema y paradigma acusatorio toda vez que al rechazar el sobreseimiento petitionado por la agencia fiscal se arroga facultades no consagradas por el legislador.

Tengo en todo momento presente que el juez de control o de garantías analiza el marco de legalidad, en este caso, de la solicitud de sobreseimiento del fiscal, procurando rechazar la actividad procesal defectuosa y siempre que se hubieran vulnerado derechos y garantías del imputado¹¹. Nada de eso ha ocurrido en el presente legajo, habiendo dado el Ministerio Público Fiscal todos los fundamentos¹² en los que basó su

¹¹ *Artículo 95° (Neuquén) Principios generales.* No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Provincia y en este Código. Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obsten al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes y facultades del fiscal salvo que el defecto haya sido convalidado.

¹² *Artículo 69° (Neuquén) Funciones.* El Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción penal pública de acuerdo a las normas de este Código, dirigiendo la investigación y la actuación de todos los funcionarios que participen en ella, interviniendo en todas las etapas del

solicitud de sobreseimiento en los términos del art. 160 inc. 6, del CPP.

Para finalizar este apartado, encuentro que tal es el yerro que se produce en el acto judicial aquí reseñado, que ni siquiera se encuentra previsto recurso alguno¹³ que permita al Ministerio Público Fiscal –reitero, titular de la Acción Penal– impugnar el auto que deniega su solicitud de sobreseimiento. Entiendo –y así lo encuadraría si fuera yo Fiscal– que hubiera correspondido que la Fiscalía planteara recurso en los términos del art. 277 del ordenamiento ritual, en tanto considerar que configura una “resolución que causa agravio”, o bien en el art. 233 del mismo código procesal –decisiones impugnables, enmarcándolo como “todo acto judicial importante”.

III

Hipótesis sobre las posibles soluciones a la impugnación presentada por el Fiscal ante el Juez que rechazó su petición de sobreseimiento:

Dentro de las posibilidades de respuesta al recurso, cabe la alternativa de que el Tribunal de Impugnación rechace la presentación por entender que el Ministerio Público Fiscal carece de legitimación para impugnar la resolución recurrida (conforme

proceso. A los fiscales les corresponderá la carga de la prueba de los hechos que funden su acusación. Será deber de los fiscales adoptar o requerir las medidas necesarias para proteger a las víctimas de los delitos, favorecer su intervención en el procedimiento y evitar o disminuir cualquier perjuicio que pudiera derivar de su intervención. *Formularán sus requerimientos, dictámenes y resoluciones en forma motivada.* No podrán ocultar información o evidencias que puedan favorecer la situación del imputado. Su inobservancia constituye falta grave.

¹³ Conforme, Libro V CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES, del CPP, Ley 2784 (Neuquén)

el art. 227 del CPP neuquino)¹⁴; aunque a *contrario sensu*, invocando este mismo artículo, en su último párrafo: “Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio.”, el Ministerio Público Fiscal puede invocar su legitimidad (conforme el art. 227, *in fine*, del CPP neuquino).

También, el Tribunal de Impugnación podría considerar la decisión como “no impugnabile”¹⁵; aunque, como señalé en el párrafo precedente, el mismo artículo puede ser invocado por el Ministerio Público Fiscal, considerando el decisorio atacado como incluido dentro de lo que la ley menciona como “todos los autos procesales importantes”.

Otro motivo del rechazo del recurso puede ser conforme el art. 234 del CPP¹⁶, aduciendo que lo que es impugnabile es el sobreseimiento, no el rechazo de la petición de sobreseimiento por parte del Ministerio Público Fiscal... pero, lo que es más llamativo aún es que ni siquiera puede impugnar el imputado!¹⁷, ello abona mi tesis de que el rechazo de la petición de sobreseimiento por parte del Fiscal, es una situación que resulta

¹⁴ *Artículo 227° (Neuquén) Principio general.* Las decisiones judiciales sólo serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas por este Código. El derecho de impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio.

¹⁵ *Artículo 233° (Neuquén) Decisiones impugnables.* Serán impugnables las sentencias definitivas; el sobreseimiento; la denegatoria de la suspensión de juicio a prueba; la decisión que imponga mantenga o rechace una medida de coerción y todos los autos procesales importantes. Cuando el gravamen sea reparable en ocasión de revisarse la sentencia definitiva, el recurso se reservará para ser tramitado en esta última etapa.

¹⁶ *Artículo 234° (Neuquén) Sobreseimiento.* El sobreseimiento podrá impugnarse por los siguientes motivos: 1) Cuando carezca de motivación suficiente, se funde en una arbitraria valoración de la prueba u omita la consideración de pruebas esenciales. 2) Cuando se haya inobservado o aplicado erróneamente un precepto legal.

¹⁷ *Artículo 239° (Neuquén) Legitimación del imputado.* Además de la sentencia condenatoria, el imputado podrá impugnar la revocatoria del sobreseimiento; la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; la que imponga la prisión preventiva, y las disposiciones que se adopten durante la etapa de la ejecución de la pena. El derecho al recurso corresponde indistintamente al imputado y a su defensor. En caso de duda debe presumirse que el imputado ha ejercido su derecho a impugnar.

imposible que se plantee dentro de la legalidad, es para mí, inconcebible jurídicamente, y el análisis del texto legal, me da la razón, es una situación que legalmente “no existe”. Justamente por eso, en el planteo recursivo, el Ministerio Público Fiscal y, seguramente, la Defensa, deben hacer reserva del “caso federal” en tanto la resolución atacada violenta la Constitución Nacional y Pactos incorporados a ella, tal como lo señalé al principio de este trabajo.

En lo que respecta a la ley que expresamente hace referencia a la “Legitimación del Fiscal”¹⁸, en base a este artículo, el Tribunal de Impugnación podría rechazar *in limine*, dado que la ley no habilita al Fiscal a recurrir el auto que rechaza su petición de sobreseimiento.

Finalmente, huelga decir que el Tribunal de Impugnación puede invocar todas las leyes que señalé *supra*, a fin de fundar su rechazo, y el Ministerio Público Fiscal, puede plantear todas las normas señaladas más arriba, hacer planteos de inconstitucionalidad de las normas que lo agravian, y hacer la reserva de recurrir en Queja ante del Tribunal Superior de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo la reserva del caso federal.

¹⁸ Artículo 241° (Neuquén) *Legitimación del fiscal*. El fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: 1) El sobreseimiento, si el delito tiene prevista una pena máxima superior a los seis (6) años de privación de libertad. 2) La sentencia absolutoria, si hubiere requerido una pena superior a los tres (3) años de privación de libertad. En los casos de juicios por jurados, sólo podrá impugnar la sentencia absolutoria cuando demuestre fehacientemente que el veredicto absolutorio del jurado fue obtenido mediante el soborno. 3) La sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida. Estos límites no regirán si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en el ejercicio de la función o en ocasión de ella.

El camino a seguir por la Fiscalía es la Queja¹⁹ –ante la denegación del recurso– o bien si la decisión le resulta adversa, puede plantear Impugnación Extraordinaria²⁰ pero, siempre con la reserva del caso federal.

IV

Es factible que la situación planteada se produzca en el marco del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063)?

Efectuada una primera lectura del Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063) encuentro que la respuesta a la pregunta es afirmativa. Ello es así, dadas las similitudes que surgen al examinar el nuevo ordenamiento ritual federal y ello no es de extrañar, dado que ambas leyes procesales –la neuquina y la nacional– son de neto corte acusatorio. En cuanto a la separación de funciones, es claro ya el Código, en su Primera Parte²¹ “...Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el

¹⁹ *Artículo 250º (Neuquén) Procedencia.* Cuando sea denegado indebidamente un recurso que procediere ante otro órgano judicial, el recurrente podrá presentarse en queja ante éste, a fin de que lo declare mal denegado.

²⁰ *Artículo 248º (Neuquén) Procedencia y motivos.* La impugnación extraordinaria procederá contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Impugnación, en los siguientes casos: 1) Cuando se cuestione la validez de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuyan sobre materia regida por la Constitución y la decisión sea contraria a las pretensiones del impugnante. 2) En los supuestos que correspondiere la interposición del recurso extraordinario federal. 3) Cuando la sentencia del Tribunal de Impugnación resulte contradictoria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal o del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión.

²¹ **ARTÍCULO 9º (Nación).**- Separación de funciones. Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y será considerada causal de mal desempeño de las funciones a los efectos del proceso de remoción de magistrados de conformidad con los artículos 53 y 115 de la Constitución Nacional.

impulso de la persecución penal...”, aquí ya se plasma claro uno de los fundamentos del sistema acusatorio cual es la disociación de las funciones de acusar y juzgar.

En esta línea de análisis, tampoco hay dudas en lo que respecta a la titularidad de la acción penal²², se parte de la misma base, lo cual no podría ser de otra manera, dado que así lo dispone el art. 120 de la Constitución Nacional. Lo mismo sucede en lo que se refiere a las *reglas de disponibilidad de la acción*²³ y a la aplicación de *criterios de oportunidad*²⁴; en ambos ordenamientos procesales –y es ello lógico– la aplicación de un criterio de oportunidad tiene como efecto la extinción de la acción penal y así se indica expresamente en las leyes²⁵ y, como consecuencia de ello y del juego armónico de las normas procesales, corresponde el *sobreseimiento* del imputado²⁶.

²² ARTÍCULO 25 (Nación).- Acción pública. La acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima. El Ministerio Público Fiscal debe iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley.

²³ Art.30 del C.P.P. nacional; art. 106, art. 107 del Código neuquino.

²⁴ Art. 31 del CPP nacional Art.30 del C.P.P. nacional; art. 106, art. 107 del Código neuquino.

²⁵ ARTÍCULO 32 (Nación) - Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se proceda de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 219. En el código neuquino: Artículo 107 (Neuquén) Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, determinará que el juez declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide.

²⁶ ARTÍCULO 236 (Nación) - Causales del sobreseimiento. El sobreseimiento procede si: a. el hecho investigado no se ha cometido; b. el hecho investigado no encuadra en una figura legal penal; c. el imputado no ha tomado parte en él; d. media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad; e. agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio; f. la acción penal se ha extinguido; g. se ha aplicado un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba, y se han cumplido las condiciones previstas en el Código Penal y en este Código. (N.de A.: el resaltado me pertenece). Artículo 160 (Neuquén) Sobreseimiento. El sobreseimiento procederá: 1) Si el hecho no se cometió. 2) Si el imputado no es autor o partícipe del mismo. 3) Si el hecho no se adecua a una figura legal. 4) Si media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad. 5) Si la acción penal se extinguió. 6) Si no existe la posibilidad razonable de incorporar nuevos

Interesantes conclusiones podemos extraer de la simple comparación de ambas leyes procesales; por un lado el código nacional menciona expresamente que la aplicación de un criterio de oportunidad es causal de sobreseimiento, cuestión que no está expresada en el código neuquino, aunque sí contemplada en el inc. 5 “La acción penal se extinguió”, es decir en ambos se incluye aunque con diferente técnica legislativa. A diferencia del nacional, el código ritual neuquino incorpora como causal de sobreseimiento el vencimiento del plazo máximo de duración de la etapa preparatoria. Como puede apreciarse, en lo que respecta a la aplicación de criterios de oportunidad, hay idéntica solución en ambos ordenamientos. Ahora, se trasluce aquí otro debate, que no es tema de esta investigación, cual es la incorporación mediante normas procesales provinciales, de nuevas causales de extinción de la acción penal además de las previstas por el código de fondo en el artículo 59²⁷ (la aplicación de criterios de oportunidad) pero aunque interesante, es otra discusión que excede los límites de la presente.

En el tema en concreto que estoy analizando, son idénticas las soluciones propuestas en ambas leyes, en Nación: “Agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio” (art.236, inc. e); en Neuquén: “Si no existe la posibilidad razonable de incorporar nuevos elementos de prueba ni

elementos de prueba ni fundamentos para requerir la apertura a juicio. 7) Si ha vencido el plazo máximo de duración de la etapa preparatoria.

²⁷ ARTÍCULO 59 del Código Penal.- La acción penal se extinguirá: 1º. Por la muerte del imputado. 2º. Por la amnistía. 3º. Por la prescripción. 4º. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

fundamentos para requerir la apertura a juicio”(art. 160, inc. 6). Esta última ley es justamente la que invocó la Señora Fiscal del Caso en Neuquén, a fin de solicitar el Juez de Garantías en turno, que dicte el sobreseimiento de los imputados, pedido que este último rechazó.

Hasta aquí, podría darse perfectamente un caso similar en el ordenamiento federal, que en el neuquino.

Situados en el ordenamiento nacional, en el caso de que el Fiscal considerara que ha agotado las tareas de investigación, que no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no cuenta con fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio (art. 236 inc. e CPP nacional), corresponde que, como en el caso neuquino, cierre la investigación con la solicitud de sobreseimiento del o los imputados²⁸ (art. 235 inc. a CPP nacional). El trámite²⁹ que sigue es fundar su solicitud de sobreseimiento y ponerla en conocimiento de la víctima, el querellante (si lo hubiere) y el imputado, sujetos procesales que tendrán la posibilidad de cuestionar, objetar u oponerse al pedido de sobreseimiento requerido por el Fiscal, para lo que cuentan con un plazo de tres (3) días a partir de su notificación.

²⁸ ARTÍCULO 235 (Nación).- Cierre de la investigación preparatoria. Practicadas las diligencias necesarias para la investigación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores y para garantizar el comiso, el representante del Ministerio Público Fiscal declarará cerrada la investigación preparatoria, y podrá: a. solicitar el sobreseimiento; b. acusar al imputado.

²⁹ ARTÍCULO 237 (Nación)- Trámite. Si el representante del Ministerio Público Fiscal considerara que corresponde dictar el sobreseimiento lo fundará por escrito y lo pondrá en conocimiento de las otras partes y de la víctima, quienes en el plazo de TRES (3) días podrán: a. la víctima, objetar el pedido de sobreseimiento solicitando su revisión ante el superior del fiscal o presentarse como querellante ejerciendo las facultades previstas en el inciso b); b. el querellante, oponerse al sobreseimiento ante el juez y, en su caso, formular acusación; c. el imputado o su defensor, pedir que se modifiquen los fundamentos o se precise la descripción de los hechos por los que se insta el sobreseimiento.

Haciendo un paralelismo con el caso bajo análisis en el que no hay oposición de la víctima, no hay parte querellante y tampoco hay planteos de los imputados (es el caso que analizo en Neuquén), la solución del código federal es la dispuesta en el art. 239 *in fine*, del ritual nacional “Si no existiere oposición, el juez deberá resolver el sobreseimiento del imputado.”³⁰

Ahora, tendríamos que suponer que durante la celebración de la audiencia respectiva, el juez resuelve rechazar el pedido de sobreseimiento del Fiscal, que es precisamente lo que sucedió en Neuquén, expresando el juez que la fundamentación dada por el Fiscal es insuficiente y que debe proseguir investigando. Cuestión que como ya he expresado está fuera de la ley. Una cosa es el control de la legalidad y otra distinta es valorar los fundamentos del titular de la vindicta pública y arrogarse, el Magistrado, facultades que le son ajenas.

V

Qué soluciones propone el ritual nacional, es decir qué recursos, remedios o impugnaciones podrían resultar de aplicación en el caso de que el Fiscal se agravie por el rechazo de su petición de sobreseimiento?

Como en el caso neuquino, no surge como taxativamente previsto este caso –insisto, a mi juicio no está previsto porque es

³⁰ ARTÍCULO 239 (Nación).- Audiencia ante el juez. El representante del Ministerio Público Fiscal solicitará el sobreseimiento en audiencia, ante el juez y con la presencia de todas las partes. Si el querellante actuara conforme lo establecido en el inciso b) del artículo 237 y el juez considerara que no procede el sobreseimiento, cesará la intervención del Ministerio Público Fiscal. El querellante deberá formular acusación conforme a las reglas de este Código. Si no existiere oposición, el juez deberá resolver el sobreseimiento del imputado.

una situación que por su ilegalidad no está prevista—, amén de ello hipoteticemos sobre qué remedio procesal podría valerse el Ministerio Público Fiscal ante esta situación y cuáles podrían ser las posibles respuestas. En principio, deberá interponer recurso, o bien en audiencia³¹, o bien dentro de los cinco (5) días de notificado de la resolución que pretende atacar.

Veamos ahora las posibilidades de rechazo del recurso del Fiscal por parte del Tribunal de impugnación: invocando el artículo 297,³² por no tratarse de un “caso expresamente establecido”, y por carecer el Fiscal de legitimación en tanto “El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le fuera expresamente reconocido...”. Por ésta última causal también podría rechazar invocando el artículo 308 del ritual³³ dado que la

³¹ARTÍCULO 313.- Interposición. La impugnación se interpondrá por escrito, debidamente fundada, ante el juez que dictó la decisión, dentro del plazo de DIEZ (10) días si se tratara de sentencias condenatorias o absolutorias, de TRES (3) días para la aplicación de una medida cautelar y de CINCO (5) días en los demás casos, salvo que este Código prevea la revisión inmediata. Si la impugnación fuera presentada y fundada en la misma audiencia, se dará por cumplida en ese acto la sustanciación del recurso. Si se indicara más de un motivo de impugnación, deberá expresarse por separado con sus fundamentos. En el caso en que los jueces que revisen la decisión tengan su sede en un lugar distinto, la parte deberá fijar con precisión el modo para recibir comunicaciones. El impugnante deberá acompañar las copias necesarias para el traslado a las otras partes. Si se advirtieran defectos formales en la impugnación, deberá intimarse a quien la interpuso para que en el plazo de CINCO (5) días éstos sean subsanados, bajo sanción de inadmisibilidad. Si la impugnación fuera interpuesta fuera del plazo, será rechazada sin más trámite. La oficina judicial enviará las copias de la impugnación a las demás partes, momento en el que se podrán deducir las adhesiones, sorteará los jueces que intervendrán y fijará audiencia dentro de los CINCO (5) días desde la última comunicación.

³² ARTÍCULO 297 (Nación)- Principio general. Las decisiones judiciales serán impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan solo a quien le fuera expresamente reconocido, e invoque un interés directo en la eliminación, revocación o reforma de la resolución impugnada. El representante del Ministerio Público Fiscal podrá recurrir incluso a favor del imputado.

³³ ARTÍCULO 308 (Nación).- Legitimación del representante del Ministerio Público Fiscal. El representante del Ministerio Público Fiscal podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: a. los sobreseimientos y demás resoluciones que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen las actuaciones y la denegación o revocación de medidas cautelares, cuando no hubiese habido DOS (2) pronunciamientos en el mismo sentido; b. la sentencia absolutoria; c. la sentencia condenatoria, si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida; d. las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena. Estos límites no regirán si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en el ejercicio de la función o en ocasión de ella.

situación planteada no está taxativamente enumerada. Ante la inexistencia de la situación planteada³⁴, también cabría el rechazo por no tratarse de una “decisión impugnabile”.

Tampoco el ritual nacional prevé la posibilidad de que el imputado impugne el rechazo por parte del Juez, de la petición de sobreseimiento a su favor, pedida por el Fiscal³⁵, y esto, entiendo que es por lo irrisorio de la situación, jurídicamente, es un imposible, por ello no está prevista.

Hace mención el código a la presentación de copias (art. 313 CPPN) pero... ¿para quién, cuando no hay querellante o víctima que se oponga?! Si no hay contradictorio!, ni contraparte!, ni oposición!, salvo la que existe entre el Juez y el Fiscal. Aquí se ve patente la “no razón de ser” de la situación dada en Neuquén.

A su favor, en cuanto a la procedencia del remedio, poco queda al Fiscal más allá de invocar cuestión constitucional, al encontrarse violentado el artículo 120 de la Constitución Nacional, así como Pactos Internacionales y antecedentes jurisprudenciales tanto de la Corte Suprema de la Nación como de la Casación Penal.

No hallo en el ordenamiento procesal nacional, el equivalente a la “queja”, algún recurso directo, o impugnación

³⁴ ARTÍCULO 309 (Nación).- Decisiones impugnables. Sólo podrán impugnarse el rechazo de la pretensión de constituirse en parte querellante, las decisiones sobre cuestiones de competencia, el sobreseimiento, la sentencia definitiva, las excepciones, la aplicación de medidas cautelares, la denegatoria de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, los procedimientos abreviados y las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

³⁵ ARTÍCULO 305 (Nación).- Legitimación del imputado. El imputado podrá impugnar: a. la sentencia condenatoria y la pena que se le hubiera impuesto; b. las medidas de coerción y demás cautelares y la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; c. la revocatoria del sobreseimiento; d. la decisión de aplicar a un proceso las normas de los artículos 293 y siguientes y la denegatoria de dicha aplicación si ésta hubiese sido solicitada por el imputado; e. las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

extraordinaria como si lo prevé la ley neuquina, o alguna posibilidad de revisión ulterior en el caso planteado, aunque quizás de un estudio más profundo podrían surgir otras vías de revisión ulterior; entiendo como ya lo mencioné que, habiendo cuestión constitucional involucrada, deben agostarse todas las instancias hasta obtener el máximo control de constitucionalidad en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

VI

Colofón:

En mi provincia, Neuquén, llevamos, a la fecha de elaboración del presente, apenas un año y tres meses de aplicación de la Ley n°2784, empezamos, y seguimos, todos los actores con la mayor buena voluntad y nuestra mejor interpretación de esta nueva ley penal, dejamos atrás de un día para el otro -literalmente- un sistema de corte inquisitivo mixto y pasamos a una muy buena versión de acusatorio que estamos transitando, con muchos aciertos y algún que otro error, pero no tengo dudas que, con pocos ajustes llegaremos a buen puerto.

La reforma procesal penal involucró en Neuquén dos modificaciones profundas. Por una parte, la variación, giro y avance hacia el sistema acusatorio, lo que implicó relevar a los jueces de las labores de investigación que tenían dentro del proceso penal y, a igual tiempo, la reforma a la gestión o procesos de trabajo.

En lo referente al rol de los jueces, estos deben erigirse en las etapas previas al juicio como actores que moderen el proceso,

para desarrollar con la mayor eficacia posible la realización de las audiencias; aspecto que supone el abandono del juez proactivo en su actuar, pues siempre será requerido por alguna de las partes para algún pronunciamiento, respetándose, claro está, el contradictorio.

La división de funciones entre acusar y controlar, acusar y juzgar, es una conquista que posiciona al Juez de Garantías como el custodio de la legalidad del proceso penal, en lo fundamental, en la investigación desplegada por parte del ministerio público fiscal, teniendo facultades limitadas de decisión. En concreto se libera al Juez de la pesquisa, desapareciendo la facultad que tenía el magistrado de ordenar determinadas medidas en pos de lograr la verdad histórica.

La función principal del Juez hasta la finalización de la etapa intermedia, es controlar la legalidad de la investigación que desarrolla el ministerio público, tanto respecto de aquellas actuaciones que impliquen o puedan significar la afectación de derechos fundamentales del imputado o de terceros como en la resolución de solicitudes o decisiones que puedan determinar una terminación anticipada del procedimiento, como lo es el sobreseimiento. En función de ello, si el Fiscal, luego de la fase preparatoria para juicio, precisamente entiende que no cuenta con elementos de rigor suficientes para solicitar la apertura de un debate y peticiona se ponga término al procedimiento de manera definitiva, corresponde al Juez efectuar un control tutelar desde la perspectiva de las garantías consagradas por los tratados internacionales, por lo cual, excepto la advertencia de alguna

actividad procesal defectuosa, debe sin más sobreseer por dicha causal.

En definitiva, si claramente avanzamos hacia un proceso penal acusatorio, el Juez de Garantías no puede en su labor concretar resoluciones propias del sistema anterior –mixto o inquisitivo moderado–, esto es como Juez de Instrucción. Por el contrario, proceder en la forma en que lo hizo la Fiscalía, acuña sin dudas la resolución del conflicto primario, principio rector que deben atender tanto jueces como fiscales a tenor de las previsiones pautadas por el legislador en el artículo 17 del digesto procesal.³⁶

En el orden nacional, desconozco el momento en que entrará en vigencia efectivamente el nuevo Código Procesal Penal, dado que la Ley de aprobación n°27063 no establece una fecha cierta; existe un tiempo, que siempre es insuficiente, para prepararse para cambios tan radicales, espero este trabajo sea un aporte que contribuya a mejorar o por lo menos cuestionar, estudiar, analizar nuestras leyes y tratar de tener una Argentina un poco más justa.

³⁶ *Artículo 17° (Neuquén) Solución del conflicto.* Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso.