

SENTENCIA N° ciento seis /2014: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintidós días del mes de septiembre del año 2014, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Jueces **Dr. Andrés Repetto**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. Mario Rodríguez y Alejandro Cabral**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **"TAPIA, Cristina; FORNO, Jorge; FORNO, Miguel; ORUE; Walter Abel y VÁZQUEZ, Juan Carlos, acusado del delito de ESTAFA"**, identificado bajo el legajo OFINQ 655/2014, seguido contra **Cristian Gerardo Tapia**, DNI N°, con domicilio en calle Intendente Mando 1700 de la ciudad de Neuquén, **José Elglo Forno**, DNI N°, con domicilio en calle de la ciudad de Cipolletti, provincia de Río Negro, **Miguel Alcides Forno**, DNI N°, domiciliado en calle de la ciudad de, provincia de Río Negro, **Walter Abel Orue**, DNI, con domicilio en calle Misiones 1257 dúplex 2 de la ciudad de Neuquén y **Juan Carlos Vázquez**, DNI, domiciliado en de la ciudad de Neuquén.

Intervinieron en la instancia de impugnación como defensores de los imputados los Dres. Gustavo Olivera, Estefanía Sauli y Daniel García Caneva, como abogado de la Fiscalía de Estado de la provincia del Neuquén el Dr. Martín Marcovesky y por el Ministerio Público Fiscal el Dr. Rómulo Patti.

ANTECEDENTES: En la audiencia preliminar llevada a cabo el día 1 de octubre del año 2013 por la ex Cámara Criminal Segunda de la ciudad de Neuquén, integrada por los jueces Alfredo Elosú, Florencia Martín y Ana Malvado, se adoptó la resolución N° 199/13 conforme la cual se hizo lugar al planteo de los defensores Gustavo Olivera, Gustavo Vitale y Estefanía Sauli, y en consecuencia se apartó a la Fiscalía de Estado, impidiéndole continuar actuando en su rol de querellante institucional, por

considerar que la resolución del juez de instrucción que había declarado la nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por la Fiscalía de Estado (en los términos del artículo 312 del CPP ley 1677) había adquirido firmeza y, en consecuencia de ello, ésta no tenía caso penal que sostener en la etapa de plenario.

Entre los argumentos esgrimidos los jueces Martini y Elosú sostuvieron que ya habían declarado la inconstitucionalidad de la doble intervención estatal en carácter obligatorio como parte acusadora -en un caso referido a la intervención de la Defensoría de los Derechos de Niño como querellante-, siendo ese un caso análogo al presente, por lo que consideraron correspondía apartar a la Fiscalía de Estado conforme los mismos argumentos ya utilizados en los casos señalados. Citaron además el fallo “Del Olio” de la CSJN.

La Fiscalía de Estado interpuso recurso de casación en los términos previstos por el código procesal penal ley 1677, el que fuera readecuado por la Oficina Judicial al trámite previsto para la impugnación en los términos del código procesal ley 2784.

En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a la audiencia oral en la que se escucharon los argumentos de las partes a favor y en contra de la impugnación interpuesta.

Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados, resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el Dr. Andrés Repetto, en segundo término el Dr. Mario Rodríguez y por último el Dr. Alejandro Cabral.

CUESTIONES: 1) ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa del imputado?, 2) ¿Es procedente el mismo? y

en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, 3) ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACIÓN:

I. A la **primera cuestión** el **Dr. Andrés Repetto** dijo: El recurso fue presentado en término, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por parte legitimada para ello. Si bien el mismo no reviste el carácter de sentencia definitiva, la decisión cuestionada provoca un agravio de imposible reparación ulterior.

La impugnación además resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configura –a juicio de la parte recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido.

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

II. A la **segunda cuestión** el **Dr. Andrés Repetto** dijo:

a) Contra la resolución adoptada por la ex Cámara Criminal 2da, en la que dispuso hacer cesar la participación de la Fiscalía de Estado como parte querellante, ésta interpuso *recurso de casación*, en los términos del artículo 415 incisos 1 y 2 (CPP ley 1677), dando fundado sustento a sus agravios.

Sostuvo que la Cámara Criminal 2da. ordenó la cesación de su intervención en la causa en base a dos razonamientos. El primero tuvo como base la firmeza de la resolución del juez de instrucción que declaró la nulidad del requerimiento de elevación a juicio presentado por esa parte. Dijo que la Cámara entendió que a partir de esa declaración de nulidad la Fiscalía de Estado ya no tenía caso que sostener en juicio en función de lo cual no se justificaba mantener su intervención. Afirmó que, para la Cámara, si bien la Fiscalía de Estado tiene una participación necesaria, ésta debía ajustar su participación a las reglas previstas para la querrela, agregando que, a diferencia del Ministerio Público Fiscal, la Fiscalía de Estado no tiene el control de legalidad.

El segundo argumento utilizado por la Cámara fue la inconstitucionalidad de la intervención de la Fiscalía de Estado en carácter de parte acusadora obligatoria, habiendo hecho referencia en la decisión a sendos votos de los jueces Martini y Elosú, en los que declararon la inconstitucionalidad de la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente como parte querellante obligatoria, siendo esos precedentes análogos al caso aquí debatido.

Sostuvo que, a su modo de ver, se ha producido un verdadero cambio de paradigma procesal con la sanción del nuevo Código Procesal. Consideró que la intervención de la Fiscalía de Estado está regulada en la Constitución provincial y en la ley 1575. En dicha normativa se prevé la participación obligatoria y necesaria de la Fiscalía de Estado en procesos penales como el de autos, en razón de lo cual es parte necesaria y obligatoria, del mismo modo que el Ministerio Público Fiscal y el imputado. Por ello consideró que no resulta correcto sostener que la Fiscalía de Estado deba ajustar su participación a las reglas prevista para la querrela particular, en razón de que ello no es lo que establecen las normas que regulan su participación en el proceso. Puede intervenir en cualquier momento del proceso, sin sujetarse a ninguno de

los requisitos exigidos a la querrela, ya que no es una parte voluntaria sino que es una parte obligatoria del proceso, establecida por la propia Constitución.

Consideró que tampoco es cierto que la participación del Ministerio Público Fiscal y del Fiscal de Estado sea diferente en el proceso penal, y para advertir sostuvo que es suficiente con leer lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 1575, el que establece que la Fiscalía de Estado tiene iguales facultades que las del Fiscal penal.

Aclaró que esa parte no ha discutido la firmeza de la resolución que declaró la nulidad del requerimiento de elevación a juicio oportunamente dictada por el juez de instrucción. Consideró que, en todo caso, la consecuencia de la firmeza de dicha resolución no puede ser el apartamiento de la Fiscalía de Estado del proceso, sino que su intervención debe adecuarse a la situación análoga que se plantea cuando el fiscal penal no formuló acusación previo al juicio (en el que interviene un querellante), pudiendo en ese supuesto, por ejemplo, ofrecer prueba, aunque no sostener una acusación autónoma, como fue aceptado en los precedentes “Segovia”, “Sobisch” y “Ferreyra”.

Por otra parte sostuvo que las resoluciones por las se tuvo a la Fiscalía de Estado como parte querellante y por aceptadas las pruebas ofrecidas por ésta antes del juicio oral también están firmes, habiendo llegando incluso la Cámara Criminal a fijar en dos oportunidades fecha de debate con la participación de la Fiscalía de Estado, luego de que fuera declarada la nulidad del requerimiento. Ello demuestra que la misma Cámara que resolvió excluirlos del proceso, antes les había otorgado participación, más allá de la firmeza de la mencionada nulidad.

En lo que respecta a la alegada inconstitucionalidad de la intervención de partes acusadoras institucionales, sostuvo que la reforma procesal penal (ley 2784) incluyó en el art. 65 la intervención obligatoria

de la Defensoría de los Derechos del Niño, lo que demuestra que hubo una decisión política de la legislatura de insistir en sostener la postura de dar intervención obligatoria a ciertos organismo del Estado.

Por otra parte, sostuvo que además ya se ha expedido el TSJ a favor de la constitucionalidad de esta intervención en el caso de la Defensoría de los Derechos del Niño, precedente jurisprudencial que corresponde ser aplicado a este caso.

Consideró que de ninguna manera puede hablarse de una desigualdad de armas entre las partes, ya que la normativa procesal vigente se encarga de establecer el equilibrio entre las partes intervinientes, constituyendo en definitiva una decisión de política criminal del legislador dar intervención al Fiscal de Estado en este tipo de procesos.

En definitiva consideró que la decisión que adoptara la Cámara Criminal 2da. importa un avance sobre las facultades constitucionales de la Fiscalía de Estado, impidiéndole ejercer sus funciones de una manera ilegal, prescindiendo de la normativa legal y constitucional existente. Por ello solicita se le restituya su participación en el presente proceso, en el que no interviene como querellante particular sino como parte obligatoria con previsión constitucional.

b) El Ministerio Público Fiscal aclaró que el planteo de la defensa, por el cual se excluyó a la Fiscalía de Estado como parte del proceso, se produjo en el contexto de una audiencia preliminar ante la Cámara Criminal 2da. Sostuvo él que no tiene agravio en este caso, y cree que tampoco lo tienen las defensas, ya que la intervención de la Fiscalía de Estado está dispuesta por ley, y no causa un agravio a esas partes, sumado a que están dadas las condiciones para que se lleve a cabo el juicio con las plenas garantías del debido proceso.

c) El defensor oficial, García Cáneva sostuvo que, a su modo de ver, nos encontramos frente a un obstáculo insalvable que hace a la procedibilidad del recurso intentado por el agraviado, en razón de que no ha esbozado los motivos conforme los cuales, y bajo la vieja legislación procesal, se encuentran previstos sus agravios. Consideró que el impugnante no expresó en cuales de los supuestos previstos en el viejo artículo 415 incisos 1 y 2 del CPP (ley 1677) se centra su agravio, teniendo en cuenta la legitimidad que surge del artículo 418 bis, en función de lo dispuesto por el artículo 417 (CPP ley 1677).

En cuanto al fondo de la cuestión consideró que la intervención obligatoria establecida por ley, a su modo de ver, no implica que pueda esa parte abstraerse de cumplir las reglas procesales establecidas por el código procesal, ya que de lo contrario se estaría estableciendo una especie de *bill de indemnidad* para la actuación del Estado en el proceso, aun incumplimiento las reglas procesales.

Afirmó que la situación del rechazo a su intervención ya había sido dispuesta por el juez de instrucción, y había pasado en autoridad de cosa juzgada. Afirmó que la situación de cosa juzgada no fue recurrida por los medios procesales correspondientes, por lo que concluyó que si no se cumplen las reglas procesales estamos ante un supuesto de violación al debido proceso. Consideró que, en todo caso, la intervención que le dio la Cámara Criminal al notificarlo en los términos del art. 319 fue en violación a las reglas procesales, ya que la participación de la Fiscalía de Estado en el proceso ya había cesado, no por decisión de la Cámara sino por la anterior decisión del juez de instrucción. Afirmó que mal se puede conceder una participación en nuevas instancias procesal cuando estas instancias procesales ya habían indicado que debió reclamar la participación por vía recursiva y no lo hizo.

Concluyó que habiendo cosa juzgada no puede reeditarse la discusión respecto de su participación, aún en el supuesto de readecuación a las normas del nuevo código. A su modo de ver la intervención del Estado se encuentra vedada porque existe cosa juzgada que así lo determina, más allá del perjuicio que pueda causar a la parte la existencia de dos acusadores y no de uno solo. Finalizó diciendo que la cuestión procesal se encuentra definida y ha pasado en autoridad de cosa juzgada, por lo que no puede volver a invocarse.

d) La Dra. Sauli adhirió a lo dicho por el Dr. García Caneva, agregando que la oportunidad que tenía la Fiscalía de Estado para poder continuar con su participación en el juicio precluyó cuando el juez de instrucción declaró nulo su requerimiento de elevación a juicio, y esta decisión no fue apelada.

Consideró que más allá de que la causa fuera elevada a juicio sólo con el requerimiento del Ministerio Público Fiscal, la Fiscalía de Estado pretendió salvar su error de no haber impugnado la nulidad intentando adherir a la acusación de la Fiscalía penal, lo que a su modo de ver es incorrecto, porque debió haberlo hecho cuando se le notificó la nulidad del requerimiento, lo que no hizo.

Entendió que el impugnante se equivoca cuando afirma que es una parte obligatoria en el proceso. Esto será así en tanto y en cuanto cumpla con las obligaciones procesales que tienen todas las partes, y en tanto y en cuanto cumpla con una parte esencial del proceso que es presentar una acusación válida para que el imputado sepa de que se lo va a acusar.

Consideró que tampoco se le pueden reconocer las mismas facultades y atribuciones que las del Fiscal penal, porque éste es el titular de la acción penal pública, y, a su modo de ver, la Fiscalía de Estado no tiene esas potestades, por lo que no puede igualarse a la Fiscalía penal.

Consideró que si adecuamos toda esta situación al marco del nuevo Código Procesal Penal nos encontraríamos frente a lo previsto por el actual artículo 165, en la etapa en la que el Fiscal penal notifica a las partes el requerimiento de elevación a juicio para que la querrela y la defensa tomen conocimiento de la acusación, y puedan hacer los ofrecimientos de prueba. Ese es el momento en el que la querrela puede adherir a la acusación del Fiscal o puede presentar su propia acusación. Consideró, sin embargo, que esa etapa ya concluyó porque fue en ocasión de la notificación del artículo 311 del viejo código cuando se contestó el requerimiento de elevación a juicio. Por ello entendió que retrotraer esta cuestión vulneraría el derecho de defensa en juicio.

El paso a seguir en este caso, sostuvo, sería llevar a cabo la audiencia prevista en el artículo 168 de control de acusación, aclarando que a esa audiencia ya se llega con el requerimiento de elevación a juicio presentado, y habiendo tomado conocimiento las partes de cuál es el hecho que le imputa, debatiéndose únicamente respecto de la prueba que se utilizará en la etapa de juicio. Insistió que esa etapa para la Fiscalía de Estado ya precluyó, por no haber presentado oportunamente un requerimiento de elevación a juicio válido. Por ello solicitó que el planteo sea rechazado.

●) El Dr. Gustavo Olivera sostuvo que el planteo del impugnante resulta casi abstracto, porque a la luz del nuevo sistema procesal cualquier querellante podría adherir a la acusación de la fiscalía. Consideró que la retroactividad en términos procesales no es aplicable por no estar en juego el principio de legalidad, citando a Roxín. Consideró que debe readecuarse lo actuado al nuevo código, por lo que cualquiera que tuviera un interés legítimo puede participar del proceso. Aún cuando haya un querellante el código no exime a la Fiscalía penal de su intervención, por lo que la participación del querellante no es adhesiva sino autónoma.

Consideró que exista más de un acusador no afecta ninguna garantía de la defensa. Sostuvo que la participación amplia en el proceso penal de la víctima es la que propicia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sumado a las disposiciones del nuevo código, que autorizan una amplia participación de la gente en la persecución del delito. Autoriza además la participación de una cantidad indeterminada de acusadores, en tanto y en cuanto se sostenga una acusación única que no vulnere derechos de la defensa.

Manifestó que si bien antes se había opuesto a la participación del Fiscal de Estado con argumentos formalistas, hoy, a partir del nuevo código, considera que se ha potenciado la participación del Fiscal de Estado en la investigación y represión de las conductas cuya intervención sea requerida, cuando está en juego el patrimonio provincial.

Por todo ello no encontró objeciones para la participación de la Fiscalía de Estado en carácter de querellante.

f) Luego de un minucioso análisis de los agravios presentados por la Fiscalía de Estado, y de los argumentos vertidos por todas las partes que se expusieron en la audiencia, concluyo que le asiste razón al impugnante, por lo que considero que la resolución de la ex Cámara Criminal 2da que dispuso apartarlo en este proceso violentó normas que regulan expresamente su participación como parte necesaria en ciertos tipos de procesos penales.

En primer lugar, y tal como se afirmó, en nuestra provincia la figura de Fiscal de Estado tiene rango constitucional. Sus funciones fueron establecidas en el artículo 252 de la Carta Magna provincial, el que dispone: “Habrá un fiscal de Estado encargado de defender el patrimonio del fisco, que será parte en los juicios contencioso-administrativos y en todos aquellos otros en que se afecte directa o indirectamente intereses del Estado; tendrá también personería para demandar ante el Tribunal

Superior de Justicia y demás tribunales de la Provincia, la nulidad de toda ley, decreto, contrato o resolución contrarios a las imposiciones de esta Constitución o que en cualquier forma perjudiquen los intereses fiscales de la Provincia; será también parte en los procesos que se formen ante el Tribunal de Cuentas de la Administración Pública, al cual servirá de asesor; gestionará el cumplimiento de las sentencias en los asuntos en que hubiera intervenido como parte”.

Esta norma constitucional, sin perjuicio de ser lo suficientemente precisa, fue además reglamentada por ley 1575, la que con mucha claridad estableció en su artículo 1 que el Fiscal de Estado será parte *legítima y necesaria* en todos los juicios, cualquiera fuere su fuero o jurisdicción, en los que se controvierta y/o se afecten directa o indirectamente intereses del Estado provincial, municipal, organismos autárquicos, entidades descentralizadas, sociedades o empresas del Estado y sociedades mixtas. Establece además que si *intervención procesal obligatoria* será promovida de oficio o a petición de partes.

De ambas normas surge en forma indiscutible la obligatoria participación del Fiscal de Estado en los procesos judiciales ya indicados, debiendo su intervención ser dispuesta aún de oficio. Mal podría afirmarse que tal intervención resulta no obligatoria.

En cuanto a las facultades que la ley le asigna, se dispone que en los procesos penales tendrá las mismas que se le reconocen al Fiscal penal (Art. 3 ley 1575).

Es bien sabido que al organizarse jurídicamente el Estado Nacional las provincias se reservaron para sí la prerrogativa de dictar sus propias normas procesales. De allí que no exista impedimento constitucional alguno para que el orden jurídico provincial disponga reconocerle al Fiscal de Estado las mismas facultades para intervenir en los procesos judiciales que el Código Procesal le asigna al Fiscal penal.

Es por ello que, a mi modo de ver, no puede existir ninguna duda de que en la provincia del Neuquén, por disposición del artículo 252 de la Constitución provincial, y lo dispuesto en la ley 1575, el Fiscal de Estado es cotitular de la acción penal pública, en aquellos casos penales en los que pueda haber intereses patrimoniales en juego del Estado. Ello en nada se contradice con el estándar constitucional establecido por el artículo 120 de la Constitución Nacional, en el sentido de que la funciones de juzgar y acusar se encuentra claramente diferenciadas entre el poder requirente (ejercido por el Ministerio Público Fiscal) y el poder jurisdiccional (ejercido por los Jueces), en el marco y con el alcance entendido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Quiroga”. La intervención de la Fiscalía de Estado como parte necesaria en ciertos procesos penales no afecta este esquema constitucional, ni importa una intromisión indebida en las funciones que le son propias al Ministerio Público Fiscal.

Como bien señaló el impugnante, si bien la Fiscalía de Estado cumple el rol de querellante, no lo es en los mismos términos en los que se constituye la víctima en el proceso penal, sino que su intervención surge del cumplimiento de una responsabilidad funcional dispuesta directamente por normas constitucionales y legales que lo obligan a esa intervención, la que incluso puede ser dispuesta de oficio por el juez. Esta última circunstancia demuestra que su participación no es optativa, y por ende no puede sujetarse a los mismos derechos y deberes que posee el querellante particular.

Un ejemplo claro que demuestra que las funciones y atribuciones del querellante particular y del Fiscal de Estado -constituido como querellante institucional- no son las mismas, lo demuestra las disposiciones del artículo 274 del Código Penal, el que sanciona al funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes. Mientras al

querellante particular no podría reprochársele responsabilidad penal alguna por no intervenir en un proceso penal determinado, al Fiscal de Estado sí podría serle reprochable dicha conducta, cuando debiendo intervenir no lo hiciere dolosamente. La intervención del querellante particular está reconocida como un derecho que la víctima puede o no ejercer, mientras que la intervención del Fiscal de Estado está regulada como una obligación funcional que debe cumplir.

Queda claro entonces, que su intervención en el proceso penal (en los casos en los que esté en juego el patrimonio del fisco) no es optativa sino necesaria, y que dada esa intervención en un caso concreto ésta se deberá ajustar a las mismas facultades que la ley le reconoce al fiscal penal (artículo 3 ley 1575).

El punto a dilucidar es qué ocurre cuando el Fiscal de Estado, al igual que puede suceder con el Fiscal penal, no requirió la elevación de la causa a juicio (en los términos del viejo artículo 312 CPP ley 1677), o éste requerimiento fue declarado nulo como ocurrió en el presente.

A este respecto el impugnante sostiene que de todos modos debe permitírsele participar del proceso, ajustando su requerimiento al efectuado por el Fiscal penal, mientras que dos de las defensas (García Cáneva y Sauli) sostienen que la resolución que dispuso la nulidad del requerimiento del Fiscal de Estado se encuentra firme, por lo que ha fenecido su derecho a participar del proceso.

Considero que no existen obstáculos legales que impidan a la Fiscalía de Estado continuar participando del proceso y ajustando su intervención a lo solicitado por el Fiscal penal en su requerimiento, por varias razones.

En primer lugar porque, como ya vimos, la participación del Fiscal de Estado es legítima y necesaria.

En segundo lugar porque su participación en el caso de autos no implica permitirle sostener una segunda acusación distinta, sino la posibilidad de mantener la misma acusación que ya enunció el Fiscal penal, con lo cual no existe gravamen para las defensas, ello respecto de su afirmación relativa a que no es lo mismo ser acusados por una parte, que serlo por dos. Es una falsa dicotomía en razón de que es una misma y única acusación enunciada por dos partes, y no dos acusaciones distintas sostenidas por dos partes, como sí permitía el viejo sistema ya derogado. En los términos del actual código procesal no se podría admitir una acusación distinta en cabeza de cada una de las partes acusadoras (artículo 66 CPP vigente).

En tercer lugar porque el efecto que tuvo la resolución que nulificó el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Fiscal de Estado fue el de excluir esa petición como acto procesal válido, y no el de excluir a la figura del Fiscal de Estado como parte del proceso. De allí que la exclusión efectuada por la Cámara resulte arbitraria, en razón de no haber tenido en cuenta el carácter de parte necesaria en este proceso penal en particular.

En cuarto lugar, porque el Fiscal de Estado había sido admitido en el proceso como parte por la misma Cámara Penal que luego lo excluyó, aún después de decretada la nulidad del requerimiento de elevación a juicio se dispuso notificarlo de la citación a juicio (artículo 319 CPP ley 1677), e incluso se le aceptó la adhesión que formulara a la pruebas ofrecida por la Fiscalía penal.

En quinto lugar, porque conforme lo dispuesto en el artículo 51 de la ley 2891, a esta causa se le debe imprimir el trámite previsto para el artículo 168 del CPP actual, en razón de que las partes ya habían ofrecido la prueba para sustanciar el juicio, incluido el Fiscal de Estado, quien adhirió a la prueba ofrecida por el Fiscal penal. De allí que no exista

agravio para las defensas porque, como ya dije, en esa audiencia no se sumará una nueva acusación, sino que se sostendrá la misma acusación oportunamente enunciada por el Fiscal penal, y sostenida en forma conjunta por éste y el Fiscal de Estado.

En sexto lugar, y en lo que respecta al argumento utilizado por la Cámara relativo a la inconstitucionalidad de la intervención de un organismo del Estado en carácter de querellante, sumado a la figura del Fiscal Penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que ello no afecta ninguna garantía constitucional, no existiendo impedimento alguno para que un organismo del Estado (en ese caso se trataba de la Oficina Anticorrupción), se constituya como querellante institucional sin perjuicio de la intervención que le es propia al Fiscal penal (in re “Gostanian”, -la CSJN hizo suyos los argumentos esgrimidos por el Procurador General), actuando en forma adhesiva a lo requerido por éste último, tal como la propia Fiscalía de Estado reclama en el presente caso.

Por último, y en lo que respecta a la cita efectuada respecto del precedente “Del’ Olio” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considero que la misma a sido sesgada, en razón de que dicho precedente no resulta análogo al caso de autos. En ese caso intervenía un querellante particular y no un querellante institucional necesario, con iguales facultades que las del fiscal para intervenir en el proceso penal, como sí ocurre en el presente caso conforme el artículo 3 de la ley 1575. Además porque en aquel no se le reconoció al querellante particular la facultad de sostener una acusación válida por no haber requerido previamente la elevación de la causa a juicio, pero ello en razón de que la fiscalía se había abstenido de formular acusación al finalizar el juicio (lo que en autos no ocurrió), por lo que la intervención del querellante no pretendía ser *adhesiva* como en este caso, sino *autónoma*.

En función de todo lo dicho considero que la resolución que aparta al Fiscal de Estado del presente proceso violenta lo dispuesto por el artículo 252 de la Constitución Provincial y las disposiciones de la ley 1575, por lo que corresponde ser revocada, permitiendo a la Fiscalía de Estado intervenir en el presente proceso con los alcances que la ley le reconoce. Tal es mi voto.

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: La presente causa viene a impugnación a raíz del recurso interpuesto por la Fiscalía de Estado, a raíz de la resolución de la Cámara Criminal N° 2, por la que hizo cesar la intervención de la Fiscalía de Estado.

Está claro que se encuentra firme el auto por el cual el Juez de Instrucción, declaró la nulidad del requerimiento de elevación a juicio efectuado por la Fiscalía de Estado.

La Fiscalía de Estado manifiesta que es parte necesaria y obligatoria, en función de lo establecido por la ley 1575, teniendo las mismas facultades que el fiscal penal. Dice que si bien no cuestionó en su momento la decisión del Juez de declarar la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, ello no es óbice para su intervención en el juicio.

Expresa que la situación es análoga a la Defensoría del Niño y del Adolescente, la que está legislada en el art. 65 del nuevo Código Procesal Penal, perdurando su intervención durante todo el proceso.

Por su parte, el fiscal, Dr. Rómulo Patti, considera que se debe hacer lugar al planteo de la Fiscalía de Estado y que la defensa no tiene agravio alguno.

Corrida vista a la Defensa, el Dr. Daniel García Cáneva, expresó que la intervención del Fiscal de Estado debe adecuarse a las reglas procesales vigentes. Que si el Juez declaró la nulidad del requerimiento de elevación a juicio y dicha resolución quedó firme, el querellante no puede intervenir y ello está firme con autoridad de cosa juzgada. Solicita se rechace la impugnación de la Fiscalía de Estado.

A su vez, la Dra. Estefanía Sauli, amén de adherir a lo expresado por el Dr. García Cáneva dijo que habiendo quedado firme la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, ha precluido la posibilidad de su intervención. Entiende que el art. 165 (requerimiento de apertura del juicio) ya precluyó y la causa no puede retrotraerse a etapas anteriores. En definitiva, también solicita no se haga lugar a la impugnación deducida.

Por su parte, el Dr. Olivera, dijo que a su criterio no existe impedimento alguno para que se haga lugar a lo peticionado por la Fiscalía de Estado. Considera que este Código amplía la participación del querellante en la persecución de los delitos, máxime que está prevista por la ley 1575 su intervención obligatoria y debe instar la acusación en los delitos contra la Administración Pública.

En primer lugar, debo mencionar que uno de los actos más importantes del proceso es el requerimiento de elevación a juicio (art. 311 del anterior Código Procesal Penal), tal como lo es hoy el requerimiento de apertura a juicio en el actual Código (art. 164 del CPPN).

Tan es así que la CSJN en el fallo “D’ Olio, Edgardo Luís y otro s/ Defraudación por administración fraudulenta”, con fecha 11/7/2006, dijo: *“Que tiene dicho esta Corte en el precedente “Santillán” Fallos: 321:2021 que la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga*

distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula. Que la decisión del juez de instrucción de dar por decaído el derecho a responder la vista que prevé el art. 346 del Código Procesal aparejó la pérdida de los derechos procesales vinculados al acto precluido. Si el particular ofendido no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión, no podría integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente. Que este aspecto es decisivo para resolver el pleito en sentido adverso a la eficacia del fallo de condena, lo que permite descalificar a la sentencia apelada como pronunciamiento jurisdiccional válido, pues al haberse dictado en las condiciones señaladas resultó violatoria del derecho de defensa en juicio”.

De lo expuesto, se deduce lo siguiente: que tanto el requerimiento de elevación a juicio como el actual requerimiento de apertura, son actos absolutamente indispensables para formular una acusación válida. Tan es así que el art. 68 del nuevo Código Procesal Penal, trae graves consecuencias para aquel que no efectúa la acusación: *“La querrela se considerará abandonada en los siguientes casos: ...en lo delitos de acción pública: 1. Cuando no presente acusación ni adhiera a la de la Fiscalía”.* Pero aún más grave es lo que establece el art. 169 último párrafo cuando dice: *“Si no se subsanaren los vicios, se tendrá la acusación como no presentada. En tal caso, procederá el sobreseimiento definitivo, salvo que el caso pueda continuar con otra acusación. **Si se trata de la acusación del fiscal continuará sólo el querellante”*** (la negrita es mía).

De ello, se desprenden otras varias cuestiones: que la acusación es absolutamente indispensable para pasar a la etapa de juicio y que si no es presentada, corresponde el sobreseimiento. Pero más aún, para el caso que se decrete la nulidad de la acusación fiscal, este no podrá continuar, sino sólo el querellante si lo hubiere.

Si tal es la sanción que tiene para la nulidad del requerimiento de apertura efectuado por el fiscal, parte necesaria y esencial en el proceso, ¿por qué debería permitírsele al Fiscal de Estado continuar con su acusación sino realizó una acusación válida?

La respuesta es clara, no puede tener más derechos que el mismo fiscal del caso. La misma respuesta fue dada por la CSJN en el fallo “Del’ Olio” ya citado respecto del Código anterior, si alguna de las partes acusadoras no efectuó el requerimiento de elevación a juicio, no puede efectuar una acusación en el juicio. Lo contrario implicaría violar el derecho de defensa en juicio.

Esto siempre se ha interpretado de igual manera en el ámbito provincial. Bajo la vigencia del anterior sistema procesal, en los casos en que el fiscal solicitaba el sobreseimiento y la parte querellante la elevación a juicio, el juez podía elevar la causa a juicio y si así lo disponía, se citaba al fiscal pero no para que ofrezca prueba, ni para que efectúe su alegato, simplemente como parte esencial del proceso y por si existía algún planteo de constitucional que él debiera contestar (ver causa “Sobisch, Jorge Omar s/ infracción al art. 248 CP”).

Así, aun suponiendo que la participación del Fiscal de Estado es necesaria y obligatoria -lo que no es así pues luego de la ley 1575, se dictó el anterior Código Procesal y ahora este nuevo-, su función es la de *“ser parte en los procesos contencioso-administrativos y en todos aquellos otros en que se afecte directa o indirectamente intereses del Estado”*, como encargado de defender el patrimonio del fisco, pero no la persecución penal pública (art. 252 de la Constitución Provincial).

En definitiva el Fiscal de Estado tiene como función defender el patrimonio del Estado y no la persecución penal, es decir todo lo relativo a la acción civil, aunque se puede constituir como querellante para coadyuvar al fiscal del caso. El nuevo sistema del Código Procesal no le

veda de manera alguna su función, pues aunque no se pueda constituir en actor civil (parte que no existe en este nuevo Código Procesal), sí se puede constituir como querellante, independientemente que también puede ejercer su función iniciando la acción civil correspondiente en el fuero civil.

Es más, de existir abstención fiscal entiendo que no podría continuar sólo con su acusación, pues el Estado no se puede desdoblarse en dos funcionarios distintos que opinen de distinta manera y afectando la división de poderes. Así lo dio a entender el Procurador General de la Nación en el caso “Gostanian” cuando dijo: *La única posibilidad dudosa desde el punto de vista constitucional, sería, en mi opinión, la circunstancia de que la Oficina Anticorrupción, por medio de su titular, el llamado fiscal de control administrativo, excediendo su rol de parte querellante y amparándose en el artículo 13 de la ley 25.233, se arrogara la potestad que el artículo 45, inciso "c", último supuesto, pone en cabeza del fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas, esto es la de "...asumir, en cualquier estado de la causa, el ejercicio directo de la acción pública, cuando los fiscales competentes antes mencionados tuvieren un criterio contrario a la prosecución de la acción". En este supuesto en el que el funcionario dependiente del Poder Ejecutivo demandare para sí la titularidad directa y exclusiva de la acción penal pública reservada a los fiscales investidos por la Constitución y las leyes (artículo 120; ley 23.984), habría, sí, una intromisión de ese Poder en la misión propia y específica del Ministerio Público de la Nación".*

Cabe destacar que este fallo fue dictado una vez que el Fiscal de Investigaciones Administrativas, era parte integrante del Ministerio Público Fiscal y no –como era antes- cuando dependía del Poder Ejecutivo. Ello quiere decir que si bien el Poder Ejecutivo -ya sea por el fiscal de Estado (en la provincia) o por la Oficina Anticorrupción (en Nación)- se puede constituir como querellante, su actuación siempre será

adhesiva a la del Ministerio Público Fiscal, pero no autónoma. De manera tal que si el fiscal, solicitase el sobreseimiento, la causa no podría continuar con la acusación del Poder Ejecutivo como parte querellante.

De no ser así, el Fiscal de Estado tendría aún mayores facultades que el Ministerio Público Fiscal, lo que sería absolutamente inadmisibles, pues implicaría una intromisión del Poder Ejecutivo en el ámbito reservado a la actuación autónoma del Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN), y hasta podríamos hablar de una intromisión en el Poder Judicial, pues en nuestra legislación provincial el Ministerio Público Fiscal es parte del Poder Judicial, así lo establece el art. 1° de la ley 2893 *“El Ministerio Público Fiscal es un órgano del sistema de administración de Justicia, forma parte del Poder Judicial, con autonomía funcional. Tiene por funciones fijar políticas de persecución penal, teniendo en cuenta el interés general; dirigir la investigación, promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública...”*.

En definitiva, esto quiere decir que el único que tiene la titularidad de la acción penal pública es el fiscal y no el fiscal de Estado, y existiendo posiciones encontradas siempre se debe estar a lo que opine el fiscal, ya que el Estado no puede desdoblarse su función, aunque sí coadyuvar siempre y cuando cumpla con los actos que requiere el proceso penal, para así resguardar el derecho de defensa en juicio, cuestión esta que la fiscalía de Estado no cumplió en la presente causa.

A todo lo expuesto cabe destacar que efectivamente, tal como lo ha planteado la defensa, ha existido cosa juzgada sobre la nulidad del requerimiento de elevación a juicio efectuada por el Fiscal de Estado, etapa que precluyó y respecto de la cual, no se puede volver atrás, tal como lo afirma el fallo “Mattei” de la CSJN, diciendo: *“que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así*

que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre...”.

En este contexto, teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 8 y 22 del CPPN que establecen *“Siempre se aplicará la ley procesal más benigna para el imputado”* y que *“las normas procesales no tendrán efecto retroactivo”*, conlleva a que esta reforma procesal, no puede de manera alguna perjudicar la situación del imputado.

Por tal razón, en el entendimiento que no se puede retrotraer el procedimiento para otorgar nuevos derechos a la querrela, es decir dándole una nueva oportunidad al fiscal de Estado para que haga su acusación, violando de esta manera derechos adquiridos del imputado - que por otra parte, ya había consentido al dejar firme la resolución que decretó la nulidad de su requerimiento de elevación a juicio-, es que entiendo no se puede hacer lugar a su participación en el proceso.

Por tal razón, habiendo perdido el Fiscal de Estado la oportunidad de efectuar su acusación, es que entiendo que no corresponde hacer lugar a la impugnación por él realizada, pudiendo sólo coadyuvar al fiscal con su presencia, pero no ofrecer prueba, ni preguntar en el debate, ni efectuar el alegato de clausura, limitando su actuación a su sola presencia de considerarlo ello pertinente, tal como actuaba el fiscal en el anterior régimen para el caso que hubiera solicitado el sobreseimiento o, como lo declara el nuevo Código, que continuará sólo la acusación válida (art. 169 segundo párrafo del CPPN).

III. A la **tercera cuestión** el **Dr. Andrés Repetto**, dijo: Sin costas (Arts. 268 CPP).

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

Por todo ello, el Tribunal de Impugnación por mayoría

RESUELVE: I. DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de impugnación deducido por la defensa de Juan Carlos Hermosilla.

II. HACER LUGAR a la impugnación interpuesta por la Fiscalía de Estado, y en consecuencia revocar la resolución de la ex Cámara Criminal 2da. de la ciudad de Neuquén, en cuanto apartó del trámite de la causa a la Fiscalía de Estado, en violación a lo dispuesto por los artículos 252 de la Constitución provincial y a las disposiciones de la ley 1575, sin costas en esta instancia.

III. Dejar constancias que el Dr. Mario Rodríguez no firma la presente por encontrarse en uso de licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación.

IV. Regístrese y notifíquese por medio de la Oficina Judicial.

Dr. Andrés Repetto

Juez Tribunal de Impugnación

Dr. Alejandro Cabral.

Juez Tribunal de Impugnación.