

ACUERDO N° 7 /2018: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiún días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), integrada por los doctores **Oscar E. MASSEI, Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE**, junto a la señora Presidente de este TSJ, Dra. **María Soledad GENNARI**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. **Andrés C. TRIEMSTRA**, para resolver en los autos caratulados: **"COMISARÍA PRIMERA S/ INVESTIGACIÓN COACCIÓN, INCUMPLIMIENTO DEBERES FUNCIONARIO PÚBLICO, USURPACIÓN (...)"** (Legajo MPFNQ N°. 97821/2017).

ANTECEDENTES: I. El día 15/3/2018, la Fiscal del Caso, Paula GONZÁLEZ, dispuso el archivo en este legajo, conforme al artículo 131 inciso 4 del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén [CPPN] (cfr. sistema Dextra, legajo de referencia).

El 27/3/2018, la Jueza de Garantías, Dra. Mara SUSTE, resolvió admitir como querellante a Javier PINO MUÑOZ, apoderado de la Municipalidad de la ciudad de Neuquén, y otorgar una prórroga de cinco días para que presente la revisión del archivo (cfr. Cícero, registro audiovisual de la audiencia del 27/3/18).

El 31/5/2018, el Dr. Pablo VIGNAROLI, Fiscal Jefe, ratificó el archivo del caso.

La parte querellante solicitó la revisión de esa decisión y, en la audiencia del 31/7/2018, planteó la inconstitucionalidad de los artículos 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (MPF) N°. 2893, 64 y 69 del CPPN, en sus partes pertinentes.

En esa audiencia, la Jueza de Garantías resolvió: a) no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad; b) no confirmar el archivo dispuesto por el MPF, al tratarse de una

decisión que no causa estado y c) no admitir que el querellante formule cargos -en forma autónoma-, conforme a los lineamientos del Acuerdo N°. 22/2016 "BARREIRO" de este TSJ [en adelante: caso "BARREIRO"] (cfr. Cícero, registro audiovisual de la audiencia del 31/7/18 y f. 1).

El querellante dedujo una impugnación ordinaria contra esa última decisión (cfr. ff. 2/10 vta.).

El Tribunal de Impugnación (TI), integrado en la ocasión por los magistrados Andrés REPETTO, Liliana DEIUB y Federico SOMMER, dictó la resolución interlocutoria N°. 97/2018, el 3/9/18. En lo pertinente, resolvió declarar la admisibilidad formal de la impugnación ordinaria interpuesta por el querellante, hacer lugar a dicho recurso y ordenar el reenvío del caso a la instancia de garantías, para dar continuidad al proceso, en función de lo que pueda requerir el querellante dando impulso al mismo (cfr. ff. 11/40).

II. Contra ese pronunciamiento se interpusieron dos impugnaciones extraordinarias: una, por el Fiscal Jefe Pablo VIGNAROLI y otra, por la señora Silvia Lorena Beatriz FONSECA, imputada, con el patrocinio letrado de la abogada Gisella MOREIRA.

A) Recurso del Ministerio Fiscal (ff. 42/71): expuso que en la decisión del TI se reconoció a la Municipalidad de Neuquén, en su calidad de querellante, la facultad de formular cargos en forma autónoma.

En torno a la admisibilidad del recurso intentado, afirmó que la decisión recurrida es un auto procesal importante (según el artículo 233 del CPPN), equiparable a sentencia definitiva, porque: a) es el momento oportuno para que el perjuicio no se torne de imposible o insuficiente reparación ulterior y b) se presenta un supuesto de gravedad

institucional, conforme a los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), dictados en casos similares.

Expresó que se encuentra legitimado para recurrir esa decisión, dado que se puso en tela de juicio el rol constitucional y legalmente asignado a ese Ministerio como titular de la acción penal pública (artículos 1 y 2, incisos a y b, de la ley N°. 2893).

En particular, el alcance de su función requirente (impulso de esa acción), lo que le ocasiona gravamen. También, en defensa de la legalidad y el orden público, siendo que -a su entender- lo decidido excede el interés de los imputados y se proyecta en perjuicio de toda la sociedad, que podría ser sujeto pasivo de un criterio lesivo de garantías procesales, del derecho de defensa, frente a una acusación que debe ser legalmente formulada.

Entendió que al invocarse cuestiones federales que habilitan la competencia de la CSJN, en función del artículo 248 inciso 2 del CPPN, corresponde que se admita la impugnación presentada.

En subsidio, planteó la inconstitucionalidad de la limitación recursiva del artículo 227 del CPPN, en el caso concreto y respecto a las facultades de ese MPF.

Manifestó que la taxatividad de los recursos no puede ser interpretada en forma automática y aislada, descontextualizada del orden jurídico nacional que integra. Que no se desconoce que el legislador puede establecer ciertas limitaciones a la legitimación para impugnar de esa parte, pero que la restricción no puede resultar en vulneración de la supremacía constitucional (artículos 31 de la CN, 1 de la Constitución de la provincia de Neuquén y 1 *in fine* del CPPN).

Aclaró que no se esgrime la garantía de la doble instancia ni el principio de igualdad.

Sostuvo que cuando se invoquen cuestiones federales o agravios suficientes para habilitar el recurso extraordinario federal, no puede vedarse la impugnación al MPF, conforme a la jurisprudencia de la CSJN. Lo que ocurre - a su parecer- en este legajo, ya que el gravamen resulta de la arbitrariedad de sentencia (artículo 18 de la CN) y la gravedad institucional, conforme lo sentado en el caso "BARREIRO", en el que se declaró arbitraria una decisión análoga a la aquí impugnada. Que lo contrario, sería incompatible con el artículo 31 de la CN y el control difuso de constitucionalidad.

Expresó que, aunque la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio*, la mayor jerarquía de la CN determina que deba declararse la inconstitucionalidad parcial del artículo 227 del CPPN, en cuanto determina la inadmisibilidad de los recursos locales contra una decisión del TI, equiparable a sentencia definitiva, que -de tal forma- arribaría a la CSJN, sin ninguna revisión previa en instancias provinciales.

Que si se sostuviera una interpretación que ponga en pugna a los artículos 227 del CPPN y 31 de la CN, y se hiciera prevalecer al primero, se configuraría una cuestión federal constitucional directa (artículo 14 inciso 2 de la ley 48).

Encauzó la pretensión recursiva por el artículo 248 inciso 2 del CPPN.

Expuso como motivos de agravios: a) un supuesto de arbitrariedad por exceso de la competencia apelada y b) una presunta arbitrariedad y gravedad institucional de la decisión de fondo.

En cuanto al agravio a), señaló una arbitrariedad en la admisibilidad de la impugnación ordinaria de la querrela.

Criticó que, en el pronunciamiento del *a quo*, se consideró a la decisión recurrida -ante esa instancia- como un auto procesal importante.

Estimó que la impugnación ordinaria contra el archivo resulta inadmisibile porque no es una sentencia definitiva ni equiparable a tal, conforme a la doctrina de la CSJN, y que tampoco se trata de un auto procesal importante, ya que es una decisión que no causa estado, no constituye cosa juzgada, y que puede reabrirse la investigación si aparece nueva información conducente, según el artículo 131 *in fine* del CPPN.

Hizo referencia a casos en los que, con distintas integraciones del TI, se resolvió en el sentido propuesto por ese Ministerio ("FERNÁNDEZ, Rodolfo Daniel", legajo MPFNQ N°. 27539, y "ZAPATA" -por mayoría- legajo MPFNQ N°. 34628/15).

Sostuvo que la competencia del TI se habilita solo ante las decisiones enumeradas en el artículo 233 del CPPN y que el archivo no es una decisión impugnabile.

Que la decisión del *a quo*, en este caso, en cuanto admite formalmente el recurso del querellante y pasa a tratar el fondo de la cuestión, incurre en arbitrariedad por exceso en la competencia apelada, que menoscaba la garantía constitucional de la defensa en juicio (artículo 18 de la CN).

En el agravio b), adujo una arbitrariedad y gravedad institucional, por defectos en la fundamentación normativa de la decisión recurrida, dijo que no se supera el estándar de razonabilidad exigible y se vulnera una interpretación auténtica de la ley.

Que se hizo una interpretación errónea, inexacta y forzada del CPPN, contraria a la voluntad legislativa, para sostener que la querrela puede formular cargos en forma autónoma.

Que en la resolución del *a quo* se expresó que no importa la intención del legislador y se apeló a la garantía de la tutela judicial efectiva, de modo abstracto y dogmático, sin fundamentos suficientes. Que se aludió a que no existe ninguna norma en el CPPN que sostenga que solo luego de que el MPF haya formulado cargos, el querellante podrá avanzar en su pretensión legal.

Entendió que se vulneró la clara voluntad del legislador, que no concedió al querellante la facultad de promover la acción penal en forma autónoma, como surge de los antecedentes legislativos y de las normas aplicables.

Hizo referencia al anteproyecto final de la Comisión interpoderes, a los cambios efectuados a los artículos 68, 107, 161 y 165 del mismo, en el seno de la Comisión de Legislación de Asuntos Constitucionales y Justicia (comisión "A"), también, al modo en que fue aprobado el proyecto de ley (conforme a la redacción de la comisión "A"), en el que quedó descartada la posibilidad de la querrela autónoma en los delitos de acción pública. También, aludió a lo expuesto por los diputados José RUSSO y Marcelo Alejandro INAUDI, en apoyo de su postura.

Agregó que el CPPN otorga al querellante la facultad de intervenir, en la forma prevista en ese código (artículo 64). Según esa regla, cuando el legislador quiso conferir una facultad a la querrela lo hizo expresamente, en caso contrario, no la tiene. Que el querellante puede intervenir cuando se dé el presupuesto de que el Fiscal haya

formulado cargos y que ese Ministerio tiene el patrimonio exclusivo de la promoción de la acción penal.

Además, que se prevé una revisión judicial del desistimiento o el archivo (artículo 132) y que si se considerara que el querellante tiene facultades autónomas para promover la acción penal, tendría que contemplarse otra solución sin necesidad de tal revisión. Mencionó los artículos 64, 66, 132, 133, 135, 161 inciso 1 del rito local y 1 de la ley orgánica del MPF.

Señaló que en los casos "ACQUISTAPACE" (con los votos de la Dra. MARTÍNEZ y el Dr. MOYA) y "BARREIRO", este TSJ descartó que la querrela pudiera iniciar el proceso penal en forma autónoma y sostuvo que esa fue la voluntad del legislador. Y que el recurso extraordinario federal interpuesto contra el último precedente mencionado, fue declarado inadmisibile por la CSJN.

Agregó que los jueces -del TI- se arrogaron facultades exclusivas del legislador y que, respecto a la actividad legislativa, solo cabe el control de constitucionalidad. Que se decidió que no era necesaria una declaración de inconstitucionalidad, en este caso, y directamente, se prescindió del texto legal.

Criticó que, en la resolución impugnada, se sostuvo que el artículo 64 del CPPN no impone ninguna limitación a la querrela, cuando justamente esa norma dispone la intervención del querellante "en la forma prevista" por ese código y la posibilidad de formular cargos en forma autónoma, no está prevista.

También, que se ampara de modo incorrecto en el principio de reserva del artículo 19 de la CN, cuando no se trata de un derecho individual, ilimitado, sino de una competencia para ejercer la acción penal pública, una

prerrogativa de derecho público, que para estar habilitada debe ser prevista o atribuida por la ley. Lo que es aplicable a todo querellante, máxime, a la municipalidad, una forma de Estado, que tiene conferidas (o no) competencias por el ordenamiento jurídico.

Que los derechos no son absolutos y la regulación razonable que hace el legislador, conforme a los artículos 18 y 28 de la CN, debe respetarse. Que no dar al querellante facultades autónomas, no vulnera ninguna norma ni garantía constitucional.

Discrepó con la interpretación del artículo 132 del CPPN, dado que se partió de una dicotomía errónea, al sostener que, como el juez no puede obligar al fiscal a investigar porque sería inconstitucional, la única posibilidad es que se autorice a la querella a promover el impulso procesal en forma autónoma. Que ello, no es cierto porque, caben otras interpretaciones, que ante un pedido de revisión de la confirmación del archivo por el Fiscal Jefe, el juez puede controlar la legalidad, constitucionalidad y razonabilidad de la decisión fiscal.

Que se intentó hacer derivar de los artículos 169, 240 y 241 del CPPN, un carácter autónomo del querellante. Que esos preceptos contradicen la postura del TI en cuanto habilitan expresamente la intervención de la querella, en otras etapas, conforme al artículo 64 del mismo código.

Que lo discutido en este legajo, no es asimilable a lo debatido en los casos citados por el *a quo* ("QUIROGA" y "SANTILLÁN" de la CSJN) y que en el precedente "DIÉGUEZ HERRERA" del Máximo Tribunal Nacional, se resolvió aplicar el artículo 280 del CPCCN, sin entrar al fondo de la cuestión.

Que la doctrina reseñada por el TI (sobre argumentos históricos y políticos en torno al rol de la

víctima en el proceso penal) solo serviría para motivar un cambio legislativo. Hasta entonces, tiene que limitarse a aplicar el CPPN vigente.

También, que se fuerza la interpretación del CPPN pretendiendo que se ajuste a otros códigos rituales, restándole autonomía y desoyendo al legislador neuquino, se pretende incluir la figura del querellante autónomo por vía judicial, vulnerando el principio republicano de división de poderes.

Entendió que no corresponde la invocación de la garantía de la tutela judicial efectiva por parte de una forma de estado, como lo es la municipalidad de Neuquén. Que si bien cualquier parte en un proceso tiene derecho a la defensa en juicio y al debido proceso legal, el Estado municipal no puede pretender la protección de derechos y garantías reconocidos a las personas humanas, menos frente a los habitantes denunciados, que sí son sujetos protegidos.

Agregó que el artículo 1.2 de la CADH, estipula que para los efectos de esa convención, "persona es todo ser humano". Que solo pueden reclamar esa protección las personas físicas o, en forma excepcional, como accionistas de una sociedad anónima (Corte IDH, caso "CANTOS vs. Argentina"; Comisión IDH, casos "TABACALERA BONQUERÓN SA", informe N°. 47/97 y "MEVOPAL SA", informe N°. 39/99).

Que el Dr. SOMMER, reitera argumentos semejantes al primer voto y confunde la cuestión de si se admite o no a un querellante, con la que tenía para resolver, que versaba acerca de si un querellante (ya constituido y admitido como en este caso) puede o no formular cargos en forma autónoma. Que en las interlocutorias N°. 83/2018 y N°. 84/2018 de este TSJ, citadas por ese magistrado, se reiteró el criterio de que la actuación del querellante solo puede desarrollarse en

la forma prevista en el artículo 64 del CPPN y que su intervención no altera las facultades concedidas por la ley al MPF.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

Solicitó que se declare la admisibilidad de la impugnación extraordinaria, se anule el pronunciamiento del TI y que se confirme la decisión de la Jueza de Garantías o, en su defecto, se reenvíe para el dictado de una nueva resolución.

B) Recurso de la señora FONSECA, con la asistencia de la Dra. MOREIRA (ff. 79/86):

Aclaró que fue notificada de la resolución del TI, por el MPF, el 11/9/2018 y que, por una cuestión de defensa, se presenta solo una de las personas denunciadas, ante el riesgo de que se permita el impulso de la investigación -en solitario- por la querrella.

Adujo que la resolución impugnada se trata de un auto procesal importante en los términos del artículo 233 del CPPN, que resulta equiparable a sentencia definitiva y puede generar un perjuicio irreparable a la nombrada.

Que el gravamen se traduce en el peligro de tener que afrontar una persecución penal sin que esté presente un presupuesto procesal fundamental, esto es, el impulso del MPF, como titular de la acción penal pública y exclusivo órgano habilitado a la persecución de los delitos.

Expuso como motivos de agravio:

a) Una arbitraria admisión del recurso de la querrella por parte del TI, al carecer de legitimación objetiva y subjetiva.

Entendió que esa declaración de admisibilidad resulta errónea, ya que las resoluciones impugnables se

encuentran expresamente establecidas y que el archivo de las actuaciones no constituye una decisión de ese tipo, no configura un auto procesal importante porque no causa estado, conforme al artículo 131 *in fine* del CPPN.

Además, que el querellante no está habilitado para ese recurso, ya que el archivo no le genera ningún perjuicio irreparable, porque no hace cosa juzgada.

Discrepó con lo sostenido por el TI, en relación a que el querellante se encuentra legitimado a recurrir los autos procesales importantes.

Que ese tribunal entendió que si el legislador omitió mencionar a los autos procesales importantes respecto a todas las partes por igual, corresponde que sea impugnabile para todas, que las restricciones solo pueden surgir de la ley o de la aplicación de algún principio constitucional, y que la querella alegó la inconstitucionalidad de una norma de la ley provincial N°. 2893, siendo el control de constitucionalidad un supuesto de intervención aún de oficio, por el artículo 229 *in fine* del CPPN.

Sostuvo que la fundamentación resulta errónea, que, primero, el *a quo* debe justificar por qué, en este caso, considera que el archivo es una decisión impugnabile que causa gravamen irreparable.

Subrayó que el control de constitucionalidad solo puede ser admitido cuando objetivamente exista una decisión que pueda someterse al mismo, como así también, que del propio CPPN no se desprende que la querella se encuentre habilitada para impugnar el archivo.

b) Que la sentencia del TI resulta contradictoria con la doctrina sentada en un fallo anterior de este TSJ sobre la misma cuestión (artículo 248 inciso 3 del CPPN).

Que este Tribunal ya ha efectuado una interpretación y ha adoptado un criterio respecto a las facultades del querellante.

Indicó que en el caso "BARREIRO", ante un archivo confirmado, el TI había resuelto reconocer el derecho de la querrela de formular cargos en forma autónoma. Que este TSJ sentenció que "una interpretación respetuosa de la voluntad del legislador y sistemática lleva a concluir que, en los casos de presuntos delitos de acción penal pública, el querellante no se encuentra facultado para formular cargos en forma autónoma. Hizo referencia a distintas consideraciones expuestas en esa decisión, que consideró aplicables al presente caso.

Criticó que el *a quo* haya sostenido que, con el archivo, no se ha respetado la tutela judicial efectiva de la víctima, en este caso, la Municipalidad de Neuquén. Que tal afirmación resulta errónea.

Aludió a que no se llega a entender qué es lo que ha cambiado para que el Tribunal de Impugnación haya adoptado un criterio diferente al expuesto en el caso "BARREIRO". Además, que la Sala Penal, con anterioridad y con otra integración, ya se había expedido en el mismo sentido que el fallo invocado.

Citó jurisprudencia.

Solicitó que se declare la admisibilidad de su recurso, se declare la nulidad del pronunciamiento del TI y se confirme la resolución de la Jueza de Garantías o en su defecto, que se reenvíe el caso para un nuevo pronunciamiento.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del CPPN, se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas

argumentaciones (cfr. registro audiovisual y acta de audiencia de fecha 8/10/2018) y en ese contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En primer término, el Dr. Javier PINO MUÑOZ, por la parte querellante, planteó como cuestión previa que la Defensa no tenía que estar en la audiencia, en situación activa, solo escuchando, y dio sus razones.

Con posterioridad, se cedió la palabra al Dr. VIGNAROLI, por el MPF y a la Dra. MOREIRA, patrocinante letrada de la señora FONSECA, quienes argumentaron en contra de lo pretendido por la querrela y solicitaron que se dé la participación que corresponda a la imputada. Y el querellante, en su réplica, aclaró algunos aspectos que consideró relevantes.

Tras una deliberación, la Sala Penal de este TSJ resolvió rechazar el planteo efectuado por la querrela, sobre la base de un concepto amplio de imputado, conforme a los artículos 48 y 23 del CPPN. Se sostuvo que la Defensa tiene derecho a estar en la audiencia, con el alcance expuesto al inicio del acto, es decir, para tratar el recurso fiscal.

En relación a la impugnación extraordinaria presentada por el MPF, el Dr. VIGNAROLI argumentó en torno a lo expuesto en su presentación recursiva escrita, como así también, solicitó que se declare la admisibilidad formal de la vía intentada y que se haga lugar a los agravios planteados.

Luego, el Dr. PINO MUÑOZ expresó que el recurso fiscal debe ser declarado inadmisibile por aplicación de los artículos 227 y 241 del ritual. Que no tiene legitimación subjetiva, ni está dentro del catálogo de los actos procesales que puede impugnar. Citó antecedentes de este TSJ, sobre el rechazo de la admisibilidad ("BARREIRO", "MARCOTE").

Consideró que se debe rechazar el planteo subsidiario de la inconstitucionalidad del artículo 227, entre otros argumentos, dijo que se trata de una sanción de *última ratio* y que la vulneración no es real, efectiva ni manifiesta, que no hay un agravio concreto en ese sentido, simplemente una declaración abstracta para eludir eventualmente su capacidad recursiva.

Respecto a la cuestión de fondo, expresó que la municipalidad de Neuquén es respetuosa del artículo 14 bis de la CN, que se respeta el derecho de peticionar a las autoridades, de reclamar, pero que este caso ha excedido lo tolerable. Que hubo un conflicto porque se dieron de baja treinta contratos, que se vencieron, no se "echó" a nadie. Que se pretendía un ingreso a planta permanente. Durante tres meses estuvieron tratando de negociar, se hicieron dos conciliaciones previas en la Subsecretaría de Trabajo. Que se les explicó la doctrina de la CSJN (casos "MADORRÁN" y "RAMOS") y de este TSJ, que no hay pase a planta, también, los casos "TAMBORINDEGUI", "CONTRERAS". No se pusieron de acuerdo y el sindicato "fogoneó" el reclamo, se incrementó la violencia. Que el 10/10 tomaron la municipalidad, ingresaron al municipio con bidones de nafta, se hizo la pericia y contenían hidrocarburos. Describió distintas medidas adoptadas y dijo que se tuvieron que suspender las funciones propias de los agentes públicos en el ejercicio de las mismas. Que se entorpeció la prestación de los servicios públicos, artículo 194 del CP. Que hubo amenazas a funcionarios para pretender un acto del poder público, amenazas agravadas del artículo 189 inciso 4 del CP. Que el mismo día, fueron la Dra. BASTERRECHEA, de mediación penal, el Dr. NOACCO, de Familia, la Dra. Silvia ACEVEDO de la Defensoría, es decir, hubo un ámbito de diálogo pero la

Municipalidad, el Estado, no puede negociar bajo presión. Que para el Fiscal no hubo delito y durante cinco meses no se hizo ninguna medida de investigación. Que denunciaron los delitos que consideraron que había y ofrecieron prueba, que si se hubiera tomado declaración se habrían dado cuenta que habían amenazas pero la decisión política del MPF fue no hacerlo. Que la Dra. SUSTE, en la audiencia del día 15, anula el archivo, les da un plazo para el recurso de revisión ante el fiscal jefe y los constituye como querellante. Después, en la audiencia de revisión, la Dra. SUSTE se remitió al caso "BARREIRO" solo en cuanto al acatamiento a la doctrina de este TSJ. Que la sentencia del TI, no fuerza la interpretación, no prescinde del texto legal, no se arroga facultades del legislador, no tiene arbitrariedad ni gravedad institucional. Que esa sentencia está evitando que el Estado provincial siga incurriendo en responsabilidad internacional y lo único que aplicó fue el bloque de constitucionalidad (artículos 75 inciso 22), con los pactos internacionales en materia de tutela judicial efectiva (artículos 8.1 de la CADH y el 14.1 del PIDCP). Que a partir de la reforma constitucional, en el artículo 58 se establece la tutela judicial efectiva y que no se distingue si es persona jurídica o persona humana, desde el Código Civil. Tampoco el artículo 13 del CPPN lo establece de esa forma. Que si el legislador no está haciendo esa discriminación, tampoco la pueden hacer los operadores del derecho. Que el TI consideró que el artículo 64 no pone límites a la querrela y aplica el artículo 19 de la CN, "todo lo que no está prohibido está permitido". También, se tienen en cuenta los artículos 169 (posibilidad de que continúe la querrela ante defectos de la acusación fiscal no subsanados), 66 (unificación de las acusaciones) y 240 (mayores facultades recursivas de la

querella en relación al fiscal). Y se considera que el artículo 132 da un andamiaje para que se puedan materializar los derechos. Aclaró que no está discutiendo el alcance de las funciones del MPF, que no se tiene que preocupar de perder un rol institucional porque lo tiene por naturaleza, que el diseño constitucional está establecido así y la parte recurrente no lo va a sustituir, que eventualmente la formulación de cargos va a quedar a control de los jueces de garantías. Con respecto a la pretendida limitación que quiere hacer el MPF porque son un Estado, dijo que se cita el artículo 270 de la Constitución provincial, en forma abstracta y que el Estado también tiene derechos y no se puede coartar el de investigar y formular cargos. Mencionó los artículos 5 y 123 de la CN, 270, 274 (categorías de municipios) y la Carta orgánica de la ciudad de Neuquén de 1995. Que quiere ser respetuoso de la política criminal del MPF y le parece que no lo afectaría que las víctimas puedan formular cargos. Hizo referencia a otros códigos procesales (Río Negro, Chubut, también, los artículos 85 del CPP, del proyecto, y el 35 del CPP) que establecen que la víctima podrá provocar la persecución penal. Agregó que, lamentablemente, se extrajo el artículo 51 y se quitó la facultad. Opinó que lo que están ratificando esas legislaciones, es que la provincia de Neuquén está generando responsabilidad internacional del Estado, que van a plantear esas situaciones en los organismos internacionales. Estimó que el fallo del TI se ajusta a derecho, ha aplicado un principio de convencionalidad y esa ha sido la diferencia con el caso "BARREIRO". Que han planteado la inconstitucionalidad pero no la sostuvieron, pero que el TI consideró que esta sentencia mira a la ley procesal desde la constitución, en base al principio de convencionalidad.

Por último, se le confirió la palabra a la Defensa (artículo 85, segundo párrafo, *in fine*, del CPPN) para que se expida en relación al recurso fiscal. La Dra. MOREIRA consideró, como lo manifestó la Fiscalía, que los agravios son dos. En primer lugar, la errónea admisión de la presentación de la querrela por parte del TI. Que el CPPN ha sido claro, que en el caso de los archivos al no causar estado no es posible la impugnación. Que la querrela no ha podido demostrar cuál ha sido el agravio específico respecto del archivo de las actuaciones, teniendo en consideración que no hay una violación a los preceptos de los derechos de las víctimas establecidos por el código de procedimientos, la CN y los tratados constitucionales. Que el hecho investigado, en el que se ha dispuesto el archivo, tiene origen en un reclamo de derechos laborales, efectuado a un poder ejecutivo municipal que ha finalizado con contratos violentado diferentes preceptos, normas laborales, lo que está siendo debatido en otras instancias que son propias respecto de esos derechos conculcados. Que el conflicto fue en el mes de julio de 2017, que se resolvió que se despedía a treinta trabajadores que reclamaron esa decisión en el municipio. Que en ningún momento actuaron haciendo daño a otras personas ni al patrimonio del Estado, sino que simplemente estaban reclamando su reincorporación. Que la Fiscalía resolvió, de acuerdo al principio de la mínima intervención del derecho penal, que ese conflicto debía ser resuelto en una instancia de mediación. A la cual, la municipalidad no se presentó y expresó que no iba a participar porque consideró que había un delito. Que no hubo intencionalidad de la Fiscalía de no investigar sino que, atendiendo al criterio que tiene en otros casos similares, se entendió que no había delito alguno, que la conflictividad no había continuado. Que la

querella insistía en que sí había delito y que había que formular cargos a las personas que habían sido investigadas pero como lo establece nuestro sistema, el MPF tiene la carga de la objetividad de la persecución de los delitos, que es diferente del interés que tiene la víctima, en este caso, la Municipalidad, que siempre tiene un interés subjetivo en la persecución porque se considera agraviada. El daño que alega la municipalidad no puede vislumbrarse en este hecho, por lo que consideró que no hubo un agravio específico con el archivo de las actuaciones. Lo que se está debatiendo es la posibilidad de que la persecución exclusiva, en un proceso penal, quede en manos de una querella particular y eso, sí violentaría preceptos constitucionales porque impediría que se pueda respetar el principio de legalidad y el de objetividad, que establece nuestro sistema constitucional. Que esto ha sido una interpretación del caso "BARREIRO", en el que se expresó que se hacía una interpretación armónica de los artículos 120 de la CN, 71 del CP, 1 de la ley provincial y del código procesal penal. Que se entendió que la intención del legislador había sido exponer cuál iba a ser la posición de la querella en los procesos penales. Y esto, para poder armonizar el funcionamiento que tendría el querellante en un proceso penal. El fallo del TI contiene esos dos agravios, en primer lugar, la errónea interpretación y, en segundo lugar, no continuar con una doctrina que ya estaba establecida por este TSJ y que toda esta actividad jurisdiccional genera un desgaste de los recursos del Estado, en discutir criterios que ya han sido establecidos. También, manifestó que en los casos que cita la querella, como "SANTILLÁN", las víctimas eran de carácter particular. En este caso, la víctima, querellante, es el estado municipal y no puede demostrar cuál es el daño específico que generaría si se archivaran estas

actuaciones. Que las trabajadoras que fueron despedidas, además del despido, tendrían que tener a sus espaldas una causa penal, en la que no existiría un MPF que pudiera controlar la legalidad de esa acusación. Solicitó que se declare la nulidad de la sentencia del TI y que se confirme la decisión de la Dra. SUSTE, sobre la imposibilidad de que la querrela actúe autónomamente teniendo en cuenta la doctrina del caso "BARREIRO". Que esos son los planteos que hace esa Defensa, acotándose a los que hizo el MPF.

Pasados los titulares de la Sala Penal a deliberar en sesión secreta, se constató la ausencia de opiniones plenamente coincidentes en algunos de los temas a decidir, por lo cual se convocó a la señora Presidente del TSJ, Dra. María Soledad GENNARI; quien previo a terciar en el asunto tuvo acceso pleno al contenido de las audiencias y a las demás constancias del legajo (artículo 4, primer párrafo, segunda oración, del Reglamento de División en Salas del Tribunal Superior de Justicia, Acuerdo N°. 4464, punto XIII, modificado por Acuerdos N°. 4473, punto XXV y 5038, punto 6).

IV. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Oscar E. MASSEI, Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE y Dra. María Soledad GENNARI.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1ª.) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2ª.) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3ª.) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4ª.) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo:

1) Los escritos fueron presentados en término, por ante la oficina judicial correspondiente al órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, según lo previsto en los artículos 242, primer párrafo, en función del 249 del CPPN (cfr. 11, 41, 71 vta./72, 79/86).

Cabe aclarar, que se considera tempestiva la impugnación extraordinaria deducida por la señora FONSECA, en calidad de imputada en el presente legajo (cfr. resolución de esta Sala Penal en la audiencia del 8/10/2018), dado que se trata de una de las partes del caso, que fue notificada con posterioridad a los acusadores (MPF y querellante) y su presentación recursiva se hizo dentro del término legal computado a partir de dicha notificación.

2) En lo atinente a la impugnabilidad objetiva, si bien la decisión cuestionada no se encuentra prevista expresamente entre las enumeradas en el artículo 233 del CPPN, los recurrentes aducen que resulta impugnabile por tratarse de un auto procesal importante.

3) En el presente legajo, el *a quo* resolvió, primero, declarar la admisibilidad de la impugnación ordinaria deducida por el querellante, contra la decisión de la Jueza de Garantías que: a) no hizo lugar a un planteo de inconstitucionalidad efectuado por esa parte, b) no confirmó el archivo dispuesto por el MPF, al no tratarse de una decisión que cause estado y c) no admitió que el querellante formule cargos en forma autónoma.

Luego, el TI hizo lugar al recurso al entender que la querrela puede formular cargos en forma autónoma y ordenó el reenvío para la continuación del proceso, en función de lo que pueda requerir el querellante dando impulso al mismo (cfr. ff. 11/40).

4) Sobre la cuestión, se sostuvo que "(...) desde el punto de vista gramatical, no existe ninguna posibilidad de relacionar a los 'autos procesales importantes' con alguna de las autorizaciones para impugnar que los arts. 240 y 241 ponen en cabeza de la querrela y la fiscalía. En virtud de ello, debe afirmarse con absoluto énfasis que las partes acusadoras no poseen legitimación subjetiva para impugnar a través de esta vía (...)" (ELOSÚ LARUMBE, Alfredo A.; *El Recurso Ordinario de Impugnación en el marco de un sistema acusatorio*, Fabián J. Di Plácido Editor, C.A.B.A., 2015, p. 106 y ss.).

5) Si bien es cierto que dentro del catálogo de los pronunciamientos impugnables por el imputado están también ausentes los llamados "autos procesales importantes", es evidente que ello debe conjugarse con el artículo 23 del rito local, por el cual se establece que "(...) todas las normas que coarten la libertad del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos se interpretarán restrictivamente (...)". Así entonces, a fuerza de no incurrir en una analogía *in malam partem*, debe interpretarse que ese derecho recursivo se proyecta, de manera exclusiva, a favor del imputado.

6) Tal asimetría impugnativa se vuelve aún más evidente al confrontar la sistemática de los códigos procesales penales locales, el ya derogado y el actual. En efecto: el código anterior establecía que el derecho a recurrir correspondía a quien le sea expresamente acordado siempre que tuviera un interés directo, agregando inmediatamente después que cuando la ley no distinguía entre las diversas partes el derecho pertenecía a todas (cfr. artículo 392 CPP de la provincia de Neuquén, según texto de la ley N°. 1677 y sus modificatorias).

Este nuevo ordenamiento (ley N°. 2784), en cambio, ha suprimido ese derecho genérico e instaura un sistema de legitimación expresa y taxativa para impugnar en el cual, como reza el principio rector del artículo 227, el derecho a impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea "expresamente" acordado (cfr. ELOSÚ LARUMBE, op. cit., p. 106 y ss.).

7) Ahora bien, el acusador público efectuó un planteo de inconstitucionalidad, asociado a la limitación recursiva prevista en el artículo 227 del CPPN.

Al respecto, esta Sala Penal comparte la doctrina consolidada de la CSJN, según la cual, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad, siendo una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y que debe ser considerada como *última ratio* del orden jurídico (MONGES Analía M. C/ U.B.A. resol 2314/1.995, 19.96-12-26, Fallos 319-0, ED17-07-1.997, N°48.038, LL14-05-1.997, N°95.362), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180, entre otros), de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallo 260:153). Ello así, en la medida que es deber de [la] Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la misma es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que

siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicánicamente saludable (CSJN L.486 XXXVI "LLERENA, Horacio Luis s/ Abuso de armas y lesiones Art. 104 y 89 del Código Penal- causa 3221" rta. el 17/5/2005).

Conforme a tales parámetros, de la lectura del libelo impugnatorio se desprende que, si bien el recurrente planteó, en forma subsidiaria, la inconstitucionalidad del artículo mencionado, luego, ensayó una crítica insuficiente atendiendo a su pretensión, ya que se trata de una declaración que sólo procede de modo excepcional. Además, el propio recurrente reconoció el carácter de *ultima ratio* de la declaración de inconstitucionalidad.

Sobre el particular, el legislador neuquino dictó el código procesal penal vigente, en el ejercicio de la competencia reservada por la provincia en la organización estatal federal, conforme a los artículos 1, 5, 18, 31, 121, 122 y 123 de la CN.

En ese cuerpo normativo, reguló lo atinente al control de las decisiones judiciales (Libro V del CPPN), en el que se encuentra el artículo 227 (principio general).

Allí, el debido proceso se encuentra resguardado al establecerse los requisitos para la admisibilidad de los recursos, de tal modo que éstos sean un medio adecuado y factible de ser utilizado por las partes que se consideren perjudicadas por una decisión judicial, tendiente a evitar - de ser comprobadas- las consecuencias gravosas.

En este caso, el Ministerio Fiscal no logró demostrar ningún perjuicio para el ejercicio de sus funciones ni que sean irrazonables las limitaciones establecidas en la norma procesal cuestionada.

En ese escenario, no se advierte ningún atisbo de irrazonabilidad en lo previsto en el artículo 227 del rito local, que haga imposible su armonización con el principio de supremacía constitucional (artículo 31 de la CN).

En tales condiciones, se concluye que el artículo 227 del CPPN resulta acorde al ordenamiento constitucional (artículos 1, 5, 18, 31, 121, 122 y 123 de la CN).

8) En ese orden de ideas, la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Fiscal no supera el tamiz de admisibilidad, al no verificarse -a su respecto- la alegada impugnabilidad objetiva y carecer de legitimación subjetiva (artículos 227, 233, 241 *a contrario sensu*, y 249 del CPPN), por lo que propongo al Acuerdo que se declare su inadmisibilidad formal.

En cambio, en relación al recurso de la imputada se advierte que la decisión del *a quo* le genera el agravio de estar sujeta a las resultas de un proceso impulsado por quien carecería de la facultad de hacerlo, siendo esta la oportunidad en la que el derecho invocado puede encontrar la correspondiente tutela, por lo que la resolución recurrida reviste la calidad de auto procesal importante.

Por lo expuesto, estimo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la impugnación deducida por la imputada (artículos 227, 233, 248 y 249 del CPPN). Tal es mi voto.

El Dr. **Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Respetuosamente, dejo planteada mi disidencia parcial en torno a esta primera cuestión, con los alcances que a continuación expongo.

Tal como se desprende de los antecedentes que enuncia este Acuerdo, el Tribunal de Impugnación resolvió hacer lugar a un recurso de la querrela contra la decisión de

la Jueza de Garantías, que -en lo pertinente- no admitió que el querellante formulara cargos en forma autónoma.

Contra ese pronunciamiento, el Ministerio Fiscal dedujo una impugnación extraordinaria (cfr. ff. 42/71).

En primer término, aclaro que comparto las consideraciones desarrolladas en el voto ponente, respecto a la ausencia de impugnabilidad objetiva y legitimación subjetiva de la Fiscalía, en relación a la decisión aquí impugnada. En consecuencia, adhiero a la propuesta de la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario local intentado por el acusador público (artículos 227, 233, 241 *a contrario sensu*, y 249 del CPPN).

Ahora bien, en esta instancia, la señora Silvia Lorena Beatriz FONSECA, con el patrocinio letrado de la Dra. Gisella MOREIRA, presentó un escrito en el que expuso que se encuentra imputada en este legajo y que recién fue notificada por la Fiscalía, el día 11/9/2018 (cfr. ff. 79/86).

Ello aconteció con posterioridad a la radicación del legajo en la Secretaría Penal de este TSJ, luego de la presentación recursiva del acusador público y la correspondiente notificación a las partes intervinientes, esto es, al querellante y a la Fiscalía (cfr. f. 74 y 75, respectivamente).

Tras lo cual, el Dr. PINO MUÑOZ hizo una presentación, en el que afirma que la señora FONSECA no está imputada en el marco de este legajo. Que no estuvo presente ni representada en las audiencias de los días 15/3/2018 (control de investigación), 31/7/2018 (audiencia de revisión) y 17/8/2018 (audiencia de impugnación ordinaria), como así también, que la Dirección de Asistencia a Impugnación no la notificó de la resolución del *a quo* dictada el 3/9/2018, notificada a las partes (en alusión al Ministerio Fiscal y al

presentante) el mismo día. Subraya, que la señora FONSECA manifiesta que la notificación la recibió de la Fiscalía el 11/9/2018, por lo que infiere que fue remitido en una fecha como para que "le cierre" el plazo legal para impugnar (creando un plazo a medida), a fin de ayudar a esa Fiscalía a sortear el tamiz de admisibilidad de la vía extraordinaria local. Agregó que ese ingreso irregular al proceso no solo resulta improcedente, sino que transgrede el principio de igualdad y seguridad jurídica, lo que se agravaría si se hace lugar al mismo, porque se vulnerarían los principios de imparcialidad e imparcialidad (cfr. ff. 76/vta.).

El día 25/9/2018, entre otros puntos, se resolvió convocar a audiencia para debatir los fundamentos de la impugnación extraordinaria presentada por el Ministerio Fiscal y atento a que, respecto a la presentación efectuada por la señora FONSECA, no surge su calidad de parte en este legajo, siendo el contenido de su pretensión análogo al que amerita la audiencia, se dispuso que una vez que fuera aclarada su legitimación en los términos del artículo 48 del CPPN, se le de participación en el acto señalado. Lo que fue notificado a la Fiscalía, al querellante y a la Dra. MOREIRA (cfr. ff. 87/vta.).

En oportunidad de celebrarse la audiencia ante la Sala Penal de este TSJ, el día 8/10/18, el Dr. PINO MUÑOZ planteó como cuestión previa que la defensa no tenía que estar en el acto, en situación activa, solo sentada escuchando y aportó argumentos para respaldar su posición. Entre otros, que la sentencia del TI fue emitida el día 3/9 del presente año y el plazo para recurrir vencía el día 10. Y que después de vencido el plazo, el día 11, el Ministerio Fiscal notificó a la defensa y el 18 se presenta el recurso por la señora FONSECA. Que el día 19, la Dra. VILLALOBOS

informa que esa persona no es parte y el 20, el legajo ingresa a este Tribunal. Que ese mismo día, esa querrela presentó un escrito ante este TSJ, en el que denunció una forma irregular de ingresar al proceso, dado que informó que la señora FONSECA no fue parte, no estuvo presente ni representada en las audiencias que se celebraron ante la Jueza de Garantías y el TI. Que el MPF le generó un plazo "a medida", el que ya estaba vencido, para que se presente y así, superar el tamiz de admisibilidad, ya que en el caso "BARREIRO", el acusador público, no lo hizo. Entendió que la Defensa no tenía posibilidad de argumentar en la audiencia - en esta instancia- ni ser parte (cfr. registro audiovisual y acta de audiencia del 8/10/18).

En la misma audiencia, tras escuchar a la Fiscalía y a la Dra. MOREIRA, abogada de la señora FONSECA, este TSJ resolvió rechazar el planteo del querellante, al considerar que tiene que partirse de un concepto amplio de imputado, conforme a los artículos 48 y 23 del CPPN, ya que hubo actos de investigación, se practicaron medidas, hubo una mediación penal. Que la Defensa tiene derecho a estar en la audiencia ante la Sala Penal, con el alcance para el que fue convocada la misma, esto es, para tratar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal (cfr. registro audiovisual y acta de audiencia del 8/10/18).

Se reitera que, en la audiencia referida, se resolvió reconocer la calidad de imputada de la señora FONSECA, conforme a los fundamentos dados en ese acto. En consecuencia, tuvo la oportunidad de ser oída, a través de su patrocinante letrada, con un alcance prefijado, esto es, que se expida en torno al recurso fiscal.

En ese contexto, la cuestión -motivo de la disidencia- gira respecto a la admisión o no de la

impugnación extraordinaria intentada por la imputada, atento a las circunstancias antes expuestas.

Al respecto, en el recurso ordinario presentado y debatido en la audiencia ante el Tribunal de Impugnación, la controversia estuvo entablada entre la decisión fiscal (de mantener el archivo) y lo pretendido en sentido contrario, por el querellante. De ese modo, si lo resuelto por el *a quo* se limitó a dar solución a esa controversia, lo que se habilita es la posibilidad de un recurso entre los sujetos intervinientes, el que de ser presentado será objeto del juicio de admisibilidad.

Siendo ello así, considero que la imputada resultó ajena a la controversia planteada en tales términos.

Sin perjuicio de lo anterior, existe otro escollo relacionado con la tempestividad o no de la presentación de la señora FONSECA.

El querellante hizo referencia a una irregularidad en cuanto al plazo para recurrir, aludiendo a que la Fiscalía creó un plazo "a medida" para que la señora FONSECA tuviera la posibilidad de hacer efectiva una presentación y con ello, superar el obstáculo dado por la falta de legitimación subjetiva del Ministerio Fiscal, ya que se tenía conocimiento de lo resuelto en el caso "BARREIRO", en el que se declaró inadmisibile el recurso fiscal y solo se admitió formalmente la impugnación extraordinaria de la Defensa.

Sobre el particular, el código procesal penal local vigente recepciona, lo que considero es una cláusula de *in dubio pro recurso*, por la cual, en caso de duda, debe hacerse efectivo el derecho a impugnar de la imputada (artículo 239, última parte, del CPPN). Sin embargo, "(...) este principio no habilita a prescindir ni de los plazos para interponer el recurso ni la de la voluntad impugnatoria (...). Si se

admitiera que la flexibilización del recurso [deducido] directamente por el imputado alcanza también a los plazos para interponerlo, se llegaría a la absurda consecuencia de que no se supiera cuando una resolución se encuentra firme (...)” (cfr. ELOSÚ LARUMBE, Alfredo A.; *El recurso ordinario de impugnación en el marco de un sistema acusatorio. A propósito de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén*, ed. Fabián J. Di Plácido, 1ª. edición, C.A.B.A., 2015, p. 126/127).

A la luz de esos lineamientos, considero que si se pretende introducir a un sujeto ajeno a la controversia inicial, corresponde que se ponga en conocimiento a la Oficina Judicial para que sea ese organismo el que efectúe las notificaciones correspondientes, y con ello, evitar un perjuicio sorpresivo a quien ya se encuentra litigando. Es más, recuérdese, que a la fecha en que fue notificada la defensa por parte del Ministerio Fiscal de la resolución que se cuestiona, ya se encontraban vencidos los plazos para recurrir la decisión del *a quo*. La oficina judicial ya había remitido el legajo a la Secretaría Penal de este TSJ e, incluso, se había proveído su radicación y notificado a los litigantes, Fiscalía y querellante (cfr. ff. 41, 72/75 y 77).

En consecuencia, entiendo que no puede admitirse una prolongación irregular de los plazos para recurrir, por parte de alguno de los sujetos intervinientes, ya que ello atentaría contra el debido proceso, el derecho de defensa - que alcanza a todos los sujetos procesales- y la seguridad jurídica.

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo que, también, se declare la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria local presentada por la señora FONSECA, con el patrocinio letrado de la Dra. MOREIRA. Así voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: Atento a las distintas soluciones propuestas por los señores vocales que me precedieron, en relación al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria presentada por la señora Silvia L. B. FONSECA, corresponde que me expida a fin de dirimir en esta primera cuestión.

Analizadas las constancias del legajo, escuchadas las partes en la audiencia videograbada ante esta instancia y considerando las razones divergentes dadas por los integrantes de la Sala Penal, adhiero a todas las consideraciones y a la conclusión arribada por el señor vocal que hizo la apertura del Acuerdo.

Como punto de partida, en la audiencia celebrada en esta instancia se resolvió que la presentante reviste la calidad de imputada en este legajo. Ello, la posiciona como sujeto pasivo ante las pretensiones de la parte acusadora.

En ese marco, las diferencias entre el acusador público y el querellante particular sobre el destino del ejercicio de la acción penal pública, necesariamente, afecta a quien se encuentra ubicada en el otro extremo de la relación, esto es, a la persona imputada contra quien se pretende dirigir una formulación de cargos.

En ese orden de ideas, entiendo que la imputada como sujeto pasivo de la relación es una de las partes necesarias en el presente caso y, en consecuencia, puede ejercer su derecho al recurso contra la primera decisión que le causa agravio, esto es, la resolución del TI.

Definido ese punto, resta el análisis de la tempestividad de la presentación de la nombrada.

Primero, en el orden provincial, se tienen que tener en cuenta los principios que rigen el proceso acusatorio, en particular, los de oralidad, simplificación y

celeridad (artículo 7 del CPPN), que imprimen una flexibilización en distintos institutos.

Así, en materia de notificaciones, el artículo 94 del CPPN prevé -como regla general- que las resoluciones serán comunicadas de conformidad con las normas prácticas dictadas por este TSJ (según las cuales, son medios y comunicaciones válidos, los realizados a través de correo electrónico, llamado telefónico, mensaje de texto, oficio, cédula) y, en el segundo párrafo, dispone que se deberá asegurar "(...) que las comunicaciones se hagan a la brevedad, sin excesos formales y ajustados a los principios de claridad, precisión y suficiencia, respecto al contenido de la resolución (...)".

Sumado a ello, cabe tener en cuenta que el código procesal penal provincial prevé que todos los defectos deberán ser saneados (por ejemplo, cumpliendo el acto omitido, en este caso, la notificación). Y que "(...) se entenderá que el acto se ha saneado cuando, no obstante la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados (...) " (artículo 96 del CPNN).

En concreto, el plazo para recurrir comienza a partir de la notificación de la decisión que se impugna.

Si el tribunal dicta su resolución verbalmente quedarán notificados todos por su pronunciamiento (artículo 76, segundo párrafo, del CPPN).

Sin embargo, en este caso, el TI luego de escuchar al querellante recurrente y al MPF, en la audiencia, difirió su pronunciamiento para efectuarlo por escrito y comunicó -a los acusadores- que la resolución iba a ser notificada vía electrónica a sus casillas de correo (cfr. en Cíceros, registro audiovisual de la audiencia del 17/8/2018).

Atento a que, en ese acto, se constata que no estuvo presente la señora FONSECA ni su abogada, como así también, que el tribunal a quo pospuso su decisión, se puede descartar que se haya producido una notificación verbal e, incluso, una tácita.

Entonces, la única notificación que recibió la nombrada fue la realizada por el MPF, lo que no se encuentra discutido por ninguno de los intervinientes ante esta instancia.

La misma se efectivizó el 11/9/2018 y la presentación de la señora FONSECA, según el cargo colocado por la Oficina Judicial, se hizo el día 18/9 del mismo año. Es decir, dentro del término legal conforme al artículo 242, primer párrafo y 249 del CPPN.

En lo atinente al plazo para recurrir, se ha enseñado que "(...) en las causas penales, [según] la Corte, la notificación operada en cuanto al defensor del procesado carece de virtualidad para iniciar el cómputo para presentar el recurso extraordinario, el que únicamente comienza a partir de la notificación de la sentencia al acusado (...)". Y en caso de duda, "(...) debe resolverse en favor de la tesis que más tutele los eventuales derechos vulnerados (...)". (SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, ed. ASTREA, 4^a. ed., 1^a. reimpression, Bs. As., 2002, t. 2, p.386).

En ese escenario, para asegurar un auténtico ejercicio del derecho de defensa por parte de la imputada, a través del uso de un recurso contra una primera decisión que le genera un agravio de dificultosa o tardía reparación ulterior, estimo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria presentada por la

señora Silvia L. B. FONSECA, con el patrocinio letrado de la Dra. Gisella MOREIRA. Es mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo que: Luego de analizado el recurso de la imputada, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo, se propone al Acuerdo que la impugnación extraordinaria sea declarada **procedente**.

1) La Defensa formuló dos agravios, uno, relacionado a la declaración de admisibilidad de la impugnación ordinaria de la querrela y otro, respecto a la decisión del *a quo* sobre la cuestión planteada, que entendió contradictoria con la doctrina sentada por este TSJ, en el caso "BARREIRO".

2) En el pronunciamiento del TI, adoptado por unanimidad, al primer voto del Dr. REPETTO adhirieron los restantes magistrados, en lo atinente a los juicios de admisibilidad y procedencia. Respecto a éste último, se compartió lo sustancial y se efectuaron algunas consideraciones particulares (cfr. ff. 19/20 y 21/39 vta., respectivamente).

3) Respecto al primer agravio, la aquí recurrente adujo una presunta arbitrariedad de sentencia, al entender que el *a quo* declaró erróneamente la admisibilidad de la impugnación ordinaria de la querellante.

Advirtió que el archivo de las actuaciones, no se encuentra mencionado entre las decisiones expresamente establecidas como impugnables. Que tampoco configura un auto procesal importante porque no causa estado, conforme al artículo 131 *in fine* del CPPN.

Además, que al querellante no le genera ningún perjuicio irreparable porque el archivo no adquiere la

calidad de cosa juzgada, como así también, que no se encuentra legitimado para recurrir esa decisión.

Señaló que la fundamentación del *a quo* resulta errónea, ya que, primero, debió justificar por qué consideró que el archivo es impugnabile y causa un gravamen irreparable, para poder efectuar, luego, el control de constitucionalidad.

3.1) Sobre la admisibilidad de la impugnación ordinaria del querellante, el TI sostuvo que fue presentada en tiempo y forma. Consideró que la resolución impugnada debe ser encuadrada como un auto procesal importante, en razón de que pone fin a las pretensiones de la parte querellante, siendo por ello asimilable a sentencia definitiva, como así también, que el agravio resulta de imposible reparación ulterior.

En cuanto a la legitimación subjetiva de la querella, reconoció que el artículo 240 del CPPN no menciona expresamente a los autos procesales importantes como impugnables por la querella. Advirtió que tampoco surge de los artículos 239 y 241 del mismo código, esa facultad en relación al imputado y al MPF. De ello, dedujo que el legislador no tuvo en miras prohibir expresamente a la querella la posibilidad de impugnar dichos autos, sino que por razones de técnica legislativa omitió mencionar ese tipo de resoluciones respecto a todas las partes por igual. Sostuvo que si se habilita su impugnación en términos genéricos (artículo 233 del CPPN), esa habilitación lo es respecto a todas las partes por igual, ya que ninguna fue expresamente incluida o excluida de impugnar tales decisiones. Que efectuar una exégesis distinta implicaría crear restricciones a la capacidad de impugnación de las partes, por vía de interpretación, alterando la garantía de igualdad de armas. Que la diferencia de trato procesal debe

surgir expresamente de la letra de la ley, o de la directa aplicación de algún principio constitucional claro y evidente. Que en este caso, en la letra de la ley no existe una limitación en tal sentido, para ninguna de las partes (artículos 239, 240 y 241 del CPPN), ni existe una vulneración clara a ningún principio constitucional que de manera evidente colisione con el derecho de la querrela a impugnar ese tipo de resoluciones. Agregó que el querellante alegó en su planteo de fondo la inconstitucionalidad de una norma expresa de la ley provincial N°. 2893, siendo el control de constitucionalidad un supuesto de intervención aún de oficio del TI (artículo 229 *in fine* del CPPN). Concluyó que la querrela se encuentra habilitada a impugnar un auto procesal importante, por lo que debía declararse la admisibilidad formal del recurso ordinario, según los artículos 227, 229, 233 y 240 del CPPN (cfr. ff. 19/20).

3.2) En cuanto a la admisibilidad de los recursos locales, se sostuvo que rige el principio general establecido en el artículo 227 del CPPN.

Ese precepto prevé que "(...) las decisiones judiciales sólo serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas por ese 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".

Con ello, en nuestro sistema procesal, se consagró el principio de taxatividad del control de las decisiones.

Al respecto, se ha indicado que "(...) el código establece taxativamente las resoluciones jurisdiccionales recurribles [...], de modo genérico [...] o específico [...], por quiénes y mediante qué recurso en particular. A más de ello,

exige la observancia obligatoria de requisitos de tiempo y forma para su interposición, que varían según el recurso de que se trate (...)” (CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída; *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Comentado*, Ed. Mediterránea, Tomo 2, p. 357).

En cuanto a la impugnabilidad objetiva, el artículo 233 del CPPN establece que “(...) 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”.

Respecto a la equiparación a sentencia definitiva, la doctrina sostiene que “(...) el recurso se concede contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen, además de otros casos especialmente previstos [...] El criterio para determinar el concepto se funda más en el efecto de la resolución con relación al proceso, que en su contenido...” (DE LA RÚA, Fernando; *La casación penal*, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p. 178).

En relación a la legitimación subjetiva, el artículo 240 del rito local dispone que el querellante podrá impugnar el sobreseimiento, la absolucón y la condena, en las condiciones allí descriptas.

3.3) En el presente caso, la decisión recurrida por el querellante ante el *a quo*, no se encuentra prevista expresamente entre las enumeradas en el artículo 233 del CPPN.

Así, se constata que el Fiscal jefe confirmó el archivo dispuesto por la fiscal del caso. Y en la audiencia

de revisión, la Jueza de Garantías no confirmó ese archivo fiscal, al tratarse de una decisión que no causa estado, y no admitió que, en forma autónoma, el querellante formule cargos.

En el pronunciamiento del TI se intentó sortear ese obstáculo haciendo referencia, primero, a que pone fin a las pretensiones del querellante, siendo asimilable a sentencia definitiva y, segundo, que el agravio resulta de imposible reparación ulterior.

Se observa que lo decidido por la Jueza de Garantías se corresponde con lo que dispone el artículo 131, último párrafo, del CPPN: "(...) Ni la desestimación ni el archivo constituyen cosa juzgada y puede reabrirse la investigación si aparece nueva información conducente". Ello, le resta definitividad a lo decidido conforme a los lineamientos antes expuestos.

Además, la Municipalidad de la ciudad de Neuquén fue admitida como parte querellante, por la Jueza de Garantías (en una audiencia anterior, de fecha 27/3/2018, que fue consentida) y habilitada a continuar con las medidas de investigación, las que posibilitarán que obtenga o no información conducente en los términos del artículo 131 del rito local, por lo que no se vislumbra de qué modo, en el caso concreto, se ocasione a esa parte un gravamen de tardía o imposible reparación ulterior.

Aquí, cabe remitirse a lo ya expuesto en la presente, en el punto 4) de la primera cuestión, en cuanto a la imposibilidad de relacionar a los autos procesales importantes con la legitimación subjetiva de la querella, conforme a los artículos 227 y 240 del CPPN.

También, en la decisión aquí recurrida para la apertura del recurso, se aludió a que el querellante alegó en

su planteo de fondo la inconstitucionalidad de una norma de la ley provincial N°. 2893, siendo el control de constitucionalidad un supuesto de intervención aun de oficio.

Al respecto, se aclara que el artículo 229 del mismo código, establece que "(...) el tribunal a quien corresponda el control de una decisión judicial, sólo será competente en relación a los puntos que motivan los agravios, salvo el control de constitucionalidad".

Es decir que, ante la presentación recursiva de alguna de las partes, la primera cuestión a decidir por el tribunal revisor es si resulta admisible o no, para lo cual deberá verificar que estén cumplidos todos los recaudos legales de acuerdo con el recurso intentado.

En esa tarea, la ausencia de algún requisito necesario para la admisibilidad de un recurso, no se suple con un planteo de inconstitucionalidad asociado a la cuestión de fondo, ya que resulta ineficaz para modificar el carácter inimpugnable de la decisión o la carencia de legitimación del presentante.

En suma, la impugnación ordinaria deducida por el querellante, contra la decisión de la Jueza de Garantías dictada en la audiencia del 31/7/2018, no supera el juicio de admisibilidad, por ausencia de impugnabilidad objetiva y de legitimación subjetiva (artículos 227, 233 y 240 del CPPN).

En relación a la arbitrariedad de sentencias, la doctrina enseña que "(...) la resolución que decide la cuestión con *prescindencia* u *omisión* de lo preceptuado en la disposición legal que rija el punto, es arbitraria y debe ser dejada sin efecto (...)" (cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, ed. ASTREA, 4ª. ed., 1ª. reimpresión, Bs. As., 2002, t. 2, p. 170).

En consecuencia, el pronunciamiento del *a quo* que admitió el recurso de la querrela -en examen-, al prescindir de lo prescripto en las normas legales vigentes y aplicables al caso, resulta arbitrario.

4) Sentado ello, atento a la naturaleza del segundo agravio de la Defensa, que se encauzó por el artículo 248 inciso 3 del CPPN, resulta conveniente efectuar las siguientes consideraciones.

La recurrente alegó que el presente legajo presenta aristas similares a lo resuelto en el caso "BARREIRO". Y que lo decidido por el TI, respecto a la facultad de la querrela para formular cargos en forma autónoma, se apartó del criterio sostenido en aquel precedente.

4.1) En relación al tercer inciso del artículo 248 del rito local, se sostuvo que la finalidad de este tipo de impugnación es la de asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad.

Se trata de verificar que, ante situaciones sustancialmente iguales, se hayan producido respuestas divergentes, las que han de ser unificadas por la Sala Penal de este TSJ.

Siguiendo esa línea de pensamiento, corresponde verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) la identidad del supuesto legal del hecho; b) la identidad de la norma jurídica aplicada; c) la contradicción entre las diversas interpretaciones de la norma y d) la relevancia de la contradicción para la decisión recurrida.

4.2) En la decisión aquí impugnada, en el primer voto, el Dr. REPETTO expresó que no se tenía ninguna duda del carácter autónomo del querellante, en el CPPN.

Que no tiene importancia cuál fue la intención de cada uno de los legisladores que votó ese código a libro cerrado y no hay una exposición de motivos, por lo que atribuir alguna intención al legislador resulta vano y afirmar que fue una u otra, dogmático.

Expuso que lo único relevante es lo que dicen las normas aprobadas, por lo que corresponde realizar una interpretación exegetica e integral de las mismas.

Que el artículo 64, reconoce el derecho a la víctima a intervenir en el proceso de la forma prevista por el CPPN y ningún artículo subsiguiente limita de modo expreso su intervención a lo que pueda decidir el fiscal.

Que según el artículo 69, el MPF ejercerá la acción penal pública de acuerdo a las normas del CPPN, sin disponer que lo sea de manera exclusiva.

Respecto al artículo 132, dijo que se sancionó una ley que autoriza a la víctima/querellante a recurrir a un juez, en caso de no compartir el archivo fiscal, para que lo revoque y se la autorice a continuar con el trámite del proceso, más allá de lo que el fiscal decida hacer, es decir, que se autoriza al querellante a actuar de manera autónoma.

Y que se haya excluido un artículo del anteproyecto del código procesal, no cambió nada en relación a las atribuciones del querellante, dado que no se excluyó lo dispuesto por el artículo 132 del CPPN.

Que ninguna norma del CPPN prohíbe al querellante sostener una acusación de forma autónoma y restringir ese derecho vulnera el principio de reserva del artículo 19 de la CN.

Que solo el artículo 1 de la ley N°. 2893 hace referencia al ejercicio exclusivo de la acción.

Que si la determinación del carácter del querellante dependiera de la voluntad del legislador, entendió que fue reconocerle el de autónomo.

Que en el contexto de lo dispuesto por las normas procesales (artículos 169, 240 y 241 del CPPN), afirmar que el querellante es adhesivo resulta ilógico.

Que no alcanza con afirmar de modo dogmático que la intención del legislador (como si fuera un organismo unipersonal e ideológicamente unificado) fue restringir la intervención del querellante, solo porque quitó un artículo aislado de un anteproyecto.

Que si el MPF tuviera un monopolio del ejercicio del poder punitivo en su aspecto requirente, no podría existir la figura del querellante. Que la confusión radica en que uno, es el monopolio en el ejercicio del poder punitivo y otro, el que pudiera darse en la función requirente.

Que el derecho procesal penal es una rama del derecho público, pero existe un salto lógico al sostener que, por esa razón, la persecución penal siempre es pública. Que si esto no fuera así, no podría haber delitos de acción privada ni querellantes interviniendo en procedimientos públicos.

Que afirmar que el querellante adquiere autonomía solo a partir de que el fiscal haya formulado cargos, no encuentra respaldo legal. Y decir que, el código admite que un querellante puede requerir en juicio la imposición de una pena perpetua pero no puede formular cargos de forma autónoma, en el mismo caso, resulta un absurdo.

Que el legislador puede regular la intervención del querellante como lo considere adecuado, pero no puede desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. 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 del artículo 18 de la CN.

Que la víctima, al ser admitida como parte querellante, adquiere el derecho a sostener su pretensión y mantener una acusación en solitario, por la garantía del debido proceso legal, que incluye la tutela judicial efectiva reconocida por el artículo 25 de la CADH y el PIDCP, como un derecho constitucional.

En relación al artículo 1 de la ley N°. 2893, expuso que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es de extrema gravedad institucional, que es obligación de los jueces, efectuar los esfuerzos necesarios para lograr una interpretación armónica de las normas en pugna.

Que los artículos 18 y 75 inciso 22 de la CN, 8.1 y 25 de la CADH, y 14.1 del PIDCP se encuentran por encima del artículo 1 de la ley citada.

Que la contradicción entre el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima/querellante y la norma local que reglamenta el ejercicio de las funciones de la fiscalía (ejercicio exclusivo de la acción penal) resulta evidente. Frente a ello, el resultado es la supremacía de las normas constitucionales sobre las locales, lo que implica desestimar la aplicación al caso concreto, de la interpretación restrictiva del ejercicio de la acción por parte del querellante, que surgiría del mencionado artículo 1.

Destacó que el artículo 120 de la CN no otorga al MPF una actuación exclusiva o excluyente en el proceso penal.

Agregó que no se desconoce lo resuelto en los casos "BARREIRO" y "ACQUISTAPACE" (en un *obiter dictum*).

Que este legajo no es exactamente igual al caso "BARREIRO", dado que -en el presente- el querellante ha

reclamado el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuestionando la validez del artículo 1 de la ley N°. 2893, argumento que no fue utilizado en aquel precedente.

Concluyó que la decisión de la Jueza de Garantías coarta derechos constitucionales de la víctima reconocidos por los artículos 18, 19 y 75 inciso 22 de la CN; 8.1 y 25 de la CADH, 14.1 del PIDCP; 64 y 132 del CPPN, entre otros, por lo que entendió que correspondía que sea revocada debiendo continuar el caso según su estado.

En el segundo voto, el Dr. SOMMER expuso que, sin perjuicio del enfoque del primero, la labor revisora debe ser realizada a la luz del bloque de constitucionalidad.

Entendió que la decisión de la Jueza de Garantías carece de motivación, que con una mera cita del caso "BARREIRO", rechaza aquella labor jurisdiccional y limita los derechos y facultades de la víctima de un delito conforme a una interpretación aislada del artículo 132 del CPPN y sin clave constitucional.

Que ese precedente no configura un criterio pacífico y reiterado de este TSJ, que configure una suerte de jurisprudencia de obligatoria aplicación y fue dictado por los entonces integrantes de la Sala Penal, en un caso en el que hubo una activa investigación fiscal, y no se plantearon los mismos agravios que en este legajo.

Que pronunciamientos posteriores de ese TI se apartaron de aquel precedente, en los que se destacaron los derechos de la víctima y un razonable alcance de la tutela judicial efectiva.

Que la Sala Penal, con la actual integración, ha resuelto que la actuación del querellante no altera las facultades concedidas por la ley al fiscal, por lo que no

advirtió ningún gravamen irreparable o de imposible reparación ulterior para el MPF recurrente, ante pronunciamientos de ese TI que revocaron decisiones que restringían derechos de las víctimas de constituirse en parte querellante. En referencia a la resolución interlocutoria N°. 83/2018 "MARCOTE" de este TSJ.

Que una interpretación que reconozca el derecho de constituirse como querellante, la facultad de requerir la declaración de responsabilidad y la imposición de pena en un juicio, sin la anuencia fiscal, pero que, por otro lado, no pueda formular cargos en forma autónoma en los albores de la investigación, adquiere cierto grado de absurdidad.

Que se confiera a la víctima la posibilidad de controlar el archivo fiscal pero que, ese control jurisdiccional sea meramente declarativo, conllevaría una incoherencia normativa, ya que no se podría obligar al MPF a formular cargos ni tampoco, permitir a la víctima hacerlo de modo autónomo.

Entendió que la decisión de la Jueza de Garantías y la interpretación sustentada en los preceptos adjetivos conculcan el derecho o la garantía de la tutela judicial efectiva, de manera real, evidente y efectiva, al implicar una suerte de dependencia arbitraria de la víctima a la voluntad estatal -en cabeza del MPF- de perseguir e investigar delitos de acción pública, en los inicios de un proceso penal.

Que la facultad de la víctima de formular cargos en forma autónoma, resulta procedente en un proceso penal adversarial y respetuoso de las garantías constitucionales de la misma (artículos 18 de la CN y 58 de la Constitución de la provincia de Neuquén). Que no reconocer esa facultad no es una derivación razonada del ordenamiento, transgrede normas

convencionales y constituye una interpretación arbitraria de las facultades del querellante.

Que la declaración de inconstitucionalidad de una norma configura la *ultima ratio*, por lo que los preceptos locales deben interpretarse con coherencia y destacando que se debe reconocer tanto el derecho de la víctima para instar las acciones penales y permitir la investigación de los delitos, como la facultad del MPF de descartar aquella investigación por criterios de oportunidad o de política criminal.

Consideró que el ejercicio exclusivo de la acción penal pública asignado al MPF (artículo 1 de la ley N°. 2893), hace referencia a la imposibilidad de la judicatura de promover investigación o instar esa acción. Que incluso tiene la misma redacción que el anterior código procesal penal local (ley N°. 1677 conf. texto ley N°. 2153) y que, aun tratándose de un proceso inquisitivo mixto, no implicaba cercenar a la parte querellante el derecho a impulsar el proceso, requerir la instrucción de sumario o la elevación a juicio, de modo autónomo (artículos 6, 70, 171 y 311 del código derogado).

Destacó que en el legajo MPFNQ N°. 103470/2018 "N. s/ Fraude a la administración pública y administración infiel", este TSJ sostuvo que más allá de la posición que pueda tener respecto a la interpretación y alcance que debe otorgarse al artículo 60 del CPPN, la resolución del *a quo* se encontraba motivada en las circunstancias concretas del caso y traslucía una interpretación posible del concepto de víctima, y no se hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del MPF.

Agregó que, en este caso, la declaración de inconstitucionalidad no deviene necesaria para una correcta

interpretación normativa compatible con el prisma constitucional. Y concluyó que una interpretación razonable y coherente del proceso penal conlleva a facultar a las víctimas, con intereses directos, a instar las acciones penales sin dependencia jerárquica o funcional del MPF.

Que aquella interpretación posible y sistemática del ordenamiento ritual local es la que han receptado expresamente otros códigos adjetivos, como los de Río Negro, Chubut, La Pampa y el CPP de Nación.

Compartió que la decisión de la Jueza de Garantías debe ser descalificada por arbitraria, por carecer de una debida motivación, entendida como una derivación razonada del derecho a partir de las circunstancias particulares de la causa e implicar en el caso, una afectación a los derechos de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de la víctima de un presunto delito.

Propició hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria del querellante, revocar la decisión de la Jueza de Garantías, rechazar el pedido de declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas y reenviar el caso para que un nuevo Juez de Garantías celebre audiencia y permita a la parte querellante de modo autónomo formular cargos.

La Dra. DEIUB compartió los votos anteriores y acompañó el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del querellante. Agregó que el inicio de oficio previsto en el artículo 71 del CP para todas las acciones penales públicas no colisiona con el artículo 73 del mismo ordenamiento, que prevé que son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

Entendió que el presente legajo no resulta de sustancial analogía con el caso "BARREIRO", lo que sumado a una nueva integración de la Sala Penal de este TSJ, habilita que el tema sea revisado.

Concluyó que resulta procedente la impugnación de la parte querellante contra la decisión que ratificó el archivo fiscal, ante la arbitrariedad de la misma, por encontrarse vulnerado el derecho constitucional a peticionar ante las autoridades judiciales y a la tutela judicial efectiva (cfr. ff. 37/39 vta.).

4.3) En este punto, se aclara que la cuestión relevante gira en torno a si la querella se encuentra o no facultada para formular cargos en forma autónoma, en los delitos de acción penal pública.

Y desde esa óptica, se trata de la misma cuestión resuelta en el caso "BARREIRO", con la misma normativa vigente aplicable, como así también, existe una interpretación diversa en la decisión aquí impugnada, respecto al criterio sentado en el caso mencionado, y que resulta relevante para la solución de lo aquí planteado.

4.4) Al respecto, el caso "BARREIRO" fue resuelto por la Sala Penal de este TSJ, integrada por los Dres. Alfredo ELOSU LARUMBRE y Ricardo T. KOHON, por Acuerdo N°. 22/2016 del 21/12/2016.

En esta oportunidad, hago propias tales consideraciones al entender que, en este caso, corresponde adoptar igual criterio. Así, comparto que:

"(...) Primero, no puede afirmarse que el espíritu del código procesal penal sea algo distinto a lo que sancionaron los legisladores neuquinos, hace [siete] años atrás, recuérdese que la cuestión aquí planteada no se trata de un olvido o de un supuesto que no pudieron prever,

sino que al contrario, (...) los distintos institutos contemplados en el actual código fueron largamente discutidos previo a su sanción, incluido lo relativo a la querrela, además, resulta relevante que en el anteproyecto se encontrara contemplada la figura del querellante con facultades autónomas y que se decidiera excluirla previo al tratamiento parlamentario, en el que se aprobó en general y cada norma en particular del C.P.P.N.

Ello surge del Diario de sesiones de la Honorable Legislatura Provincial de Neuquén, en las reuniones N°. 25 y N°. 26 (del 23 y 24/11/2011, respectivamente) del XL período legislativo. En las que, asociado al tema que nos ocupa, lo único que se propuso a discusión fue la incorporación de un artículo '65 bis' que contemplara los casos especiales de la querrela (colectiva), que fue rechazado por falta de la mayoría necesaria. En ese marco, el diputado INAUDI -que no compartió la propuesta antes referida- aclaró que puede intervenir como querellante la víctima, que se encuentra definida claramente en el artículo 60 y que se establece el orden de prelación con el cual van a estar habilitados para participar y agregó que 'Esa suerte de privatización de la acción penal pública, la verdad que no termina de convencerlo'. A su turno, el diputado KOGAN manifestó que estudió la cuestión y que 'en la medida en que no [se viole] el principio de acusación única (...) que la redacción de la figura de la querrela colectiva no afecte tampoco el impulso siempre en manos del Ministerio Público' estaba de acuerdo con esa incorporación (cfr. www.legislaturaneuquen.gov.ar, diario cit., reunión N° 26, pp. 2674/8).

Entonces, resulta claro que el legislador optó por no incluir en el C.P.P.N., una norma que le permitiera al

querellante formular cargos en forma autónoma, en tal situación, los jueces no pueden apartarse de ello declarando una facultad descartada y por ende, no prevista expresamente.

(...) Una interpretación sistemática de los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N°. 2893, 64, 69, 99 y 100 del C.P.P.N. y concordantes, lleva necesariamente a una conclusión distinta a la arribada en el fallo impugnado.

En el primer voto [también en el presente caso,] no se desconoce (...) la facultad de ejercer la acción penal al Ministerio Fiscal pero sostiene que si no la ejerce puede hacerlo el querellante. En tal razonamiento se soslaya que el artículo 1 de la Ley N°. 2893, entre las funciones de ese Ministerio, le reconoce la de 'fijar políticas de persecución penal (...), dirigir la investigación, promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública', lo que se encuentra en consonancia con las funciones contempladas en el artículo 69 e incluso, con el artículo 64, primer y segundo párrafos -ambos del código de rito-, así respecto al querellante en delitos de acción pública se establece que 'la víctima (...) podrá intervenir en el proceso como querellante particular en la forma prevista en este Código. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades (...)´.

Es decir que la actuación del querellante particular se encuentra sujeta a las facultades reconocidas por el C.P.P.N., las que son diferentes según se transite las distintas etapas -a partir de los actos iniciales- previas al juicio, durante y posteriores al mismo. Por ello

no se puede deducir (...) que si el querellante tiene mayores facultades para impugnar que el fiscal entonces también puede formular cargos en forma autónoma. (...)

Respecto al artículo 132 del C.P.P.N. (...), cabe preguntarse si -hipotéticamente- se le reconociera al querellante la facultad de formular cargos en forma autónoma, para qué se le otorgaría a la víctima la posibilidad de controlar la decisión del fiscal ante una desestimación, aplicación de un criterio de oportunidad o el archivo. Ello no tendría sentido, dado que independientemente de lo que decidiera el fiscal, la víctima siempre podría formular los cargos. Entonces, una interpretación posible del último artículo mencionado también lleva a colegir que lo decidido por el Ministerio Fiscal puede causar agravio a la víctima -en los casos contemplados- y como no tiene la facultad autónoma de formular cargos, se le reconoce la instancia de control.

(...) En suma, una interpretación respetuosa de la voluntad del legislador y sistemática lleva a concluir que, en los casos de presuntos delitos de acción penal pública, el querellante no se encuentra facultado para formular cargos en forma autónoma, conforme a los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N°. 2893, 64, 69, 99 y 100 del C.P.P.N. y concordantes (...)" (cfr. Acuerdo N°. 22/2016 "BARREIRO", voto del Dr. ELOSU LARUMBE).

4.5) Sobre la interpretación normativa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene destacando de forma reiterada que el dar pleno efecto a la voluntad del legislador es el fin primordial del intérprete (C.S.J.N., doctrina de Fallos 324:1481; 328:1652; 329:3373; 331:1234; 331:2550, entre muchos otros). Además, no debe violentarse la

esfera de la actividad propia del legislador, cuestión que tendría una implicancia negativa sobre el principio constitucional de división de poderes. El Cíbero Tribunal sostuvo que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma, tal como se la concibió (Fallos 300:700 y 315:2443, entre otros), pudiendo añadirse en este tópico que desde siempre la Corte ha reconocido como principio hermenéutico que las leyes deben siempre interpretarse evitando suponer la inconsecuencia, la falta de previsión o la omisión involuntaria del legislador (C.S.J.N., Fallos 331:866, entre otros).

4.6) Por todo lo expuesto, al verificarse que la interpretación normativa efectuada en el pronunciamiento del TI, resulta contraria a los parámetros establecidos por la CSJN y opuesta al criterio sentado con anterioridad por este TSJ, en resguardo del principio de igualdad ante la ley, corresponde que se haga lugar a la unificación de la doctrina, conforme a las consideraciones vertidas en el punto 4.4) de la presente cuestión, por aplicación de los artículos 16 de la CN y 248 inciso 3 del CPPN.

5) En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la resolución impugnada, por presentar un déficit en la fundamentación, tanto en lo atinente al juicio de admisibilidad como al de procedencia, que le resta validez como acto jurisdiccional.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria de la Defensa debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El **Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Al haberse fijado por mayoría la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria presentada por la señora FONSECA, con la

asistencia técnica particular, adhiero a lo postulado por el Dr. MASSEI en la presente cuestión. Así, voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: Sin nada que terciar en esta cuestión, adhiero a los votos precedentes. Mi voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: Atendiendo al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la resolución interlocutoria N°. 97/2018, dictada el 3/9/2018, por el Tribunal de Impugnación (Legajo MPFNQ N°. 97821/2017) y que se confirme la decisión de la Jueza de Garantías, adoptada en la audiencia del día 31/7/2018, en cuanto se resolvió no admitir que el querellante formule cargos -en forma autónoma- (cfr. Cícero, registro de audiencia del 31/7/2018). Tal es mi voto.

El **Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Adhiero a la solución propuesta en el voto precedente. Mi voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: Adhiero a lo propuesto en esta cuestión por el Dr. MASSEI. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: Corresponde eximir de la imposición de costas en esta instancia, atento a que la solución arribada resulta favorable a la impugnación de la Defensa (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN). Mi voto.

El **Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Adhiero al voto precedente en esta cuestión. Así, voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: Adhiero a lo expresado por el señor Vocal ponente. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**

I. DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal, contra la resolución interlocutoria N°. 97/2018, de fecha 3/9/18,

dictada por el Tribunal de Impugnación, en el Legajo MPFNQ N° 97821/2017.

II. DECLARAR ADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por la señora Silvia Lorena Beatriz FONSECA, en calidad de imputada, con el patrocinio letrado de la Dra. Gisella MOREIRA, contra la resolución citada en el punto anterior.

III. HACER LUGAR al recurso de la Defensa antes mencionado, en consecuencia, **DECLARAR la nulidad** de la resolución interlocutoria N°. 97/2018 del Tribunal de Impugnación (Legajo MPFNQ N°. 97821/2017) y **CONFIRMAR** la decisión de la Jueza de Garantías, adoptada en la audiencia del día 31/7/2018, por la que se resolvió no admitir que el querellante formule cargos -en forma autónoma- (registro de audiencia del 31/7/2018).

IV. SIN costas (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN).

V. Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI - Presidente del TSJ. Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE
Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario