

ACUERDO Nro. 9 /2018: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **ALFREDO ELOSÚ LARUMBE y OSCAR E. MASSEI**, con la intervención del señor subsecretario de la Secretaría Penal, **JORGE E. ALMEIDA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**B., I. U. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL**" (**MPFNQ. Leg. Nro. 118.480 - año 2018**).

ANTECEDENTES: I.- Que por resolución Nro. 103/2018 del Tribunal de Impugnación, integrado por la Dra. Florencia Martini y los Dres. Héctor Rimaro y Daniel Varessio, se hizo lugar a la impugnación ordinaria deducida por los Dres. Marcelo Muñoz y Alfredo Cury, en su carácter de defensores particulares de I. U. B., al revocar la decisión del Tribunal de Revisión, que había confirmado la prisión preventiva dispuesta por el señor Juez de Garantías, sin costas, ordenando que el imputado cumpla nuevamente prisión domiciliaria en el lugar en que venía haciéndolo, manteniendo los dos rondines semanales fijados en la decisión que, primigeniamente, había sido adoptada por ese mismo magistrado (fs. 11/14vta.).

En contra de dicha resolución, dedujo impugnación extraordinaria el señor Fiscal General, Dr. José Ignacio Gerez, en forma conjunta con el señor Fiscal Jefe, Dr. Rómulo Patti (fs. 15/34vta.).

La fiscalía plantea que la resolución atacada es nula, con invocación del art. 248, inc. 2), del código adjetivo.

Alega, en un principio, que la legitimación objetiva para impugnar la decisión que rechaza una medida de coerción surge de los arts. 113, inc. 7), y 233 del C.P.P.N., así como también por el hecho de estar recurriendo un auto

procesal importante, equiparable a una sentencia definitiva, que le causa un gravamen de imposible reparación ulterior. Agrega que, del juego armónico de los arts. 240 y 241 del rito local, surgen límites para impugnar el sobreseimiento, las sentencias de condena y las sentencias absolutorias, pero ninguno vinculado al rechazo de medidas de coerción; y, por otro lado, que es aplicable al caso la Convención de Belem do Pará, ya que el hecho imputado es un acto de abuso sexual constitutivo de violencia contra la mujer.

En cuanto a la legitimación subjetiva, afirma que la fiscalía estaría habilitada para impugnar en aquellos casos en los cuales invoca un agravio federal o un supuesto de arbitrariedad de sentencia (art. 248, inc. 2), del C.P.P.N.). En simultáneo y para el caso concreto, insta la inconstitucionalidad de la limitación recursiva prevista por el art. 227 del C.P.P.N., por contravenir el art. 31 de la C.N. y configurar, según dice, una cuestión federal directa regulada por el art. 14, inc. 2), de la ley 48 (fs. 17vta./22).

Paso seguido, deduce los siguientes motivos de agravio:

1) Alega, como una hipótesis de arbitrariedad normativa, que se realizó una interpretación inexacta del art. 117 del C.P.P.N., que lo desvirtúa y lo vuelve inoperante (fs. 30vta.).

Tilda de arbitraria la exégesis propiciada por el *a quo*, atinente que sólo es posible cautelar el riesgo procesal -integridad física de la víctima- tenido en cuenta primigeniamente por el señor Juez de Garantías al ordenar la prisión domiciliaria, arguyendo que toda medida de coerción es cautelar, provisional, revisable o revocable, a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento. En contraposición con ello, entiende que se pueden prevenir otros

peligros, tal como se plasmó en la segunda audiencia ante ese mismo Juez, en decisión que fue ratificada por el Tribunal de Revisión, disponiendo la prisión preventiva del imputado, por el riesgo de entorpecimiento de la investigación derivado de las amenazas proferidas a testigos de cargo, como el vecino M..

Arguye que si hubiese pretendido discutir la detención domiciliaria, habría transitado la vía de la revisión, fijada por el art. 118 del código de rito. A la inversa, la fiscalía denunció por ante el señor Juez de Garantías hechos sobrevinientes, descritos en el párrafo anterior, que justificaban la imposición de una diferente medida coercitiva, en los términos del art. 117 del código adjetivo.

2) Sostiene que es arbitraria la descripción del modo cómo ha quedado trabado el contradictorio en esta incidencia (fs. 32).

Expone que es inexacta la apreciación del Tribunal de Impugnación referida a que la defensa no pudo debatir si, los hechos nuevos denunciados por la fiscalía, afectaban la integridad de la víctima o de su familia, pues no guarda relación con lo ocurrido en las audiencias celebradas los días 23 y 27 de agosto.

3) Critica, por arbitraria e infundada, la mutación de la prisión preventiva por una detención domiciliaria (fs. 32vta.).

Refiere que, según la formulación de cargos, el hecho intimado consiste en que el día 20 de agosto del corriente año, B. habría cometido un abuso sexual con acceso carnal, en contra de una mujer, en el interior de la vivienda en donde cumplía la prisión domiciliaria, además de amenazar a los vecinos, muy especialmente a la familia M..

Hizo reserva del caso federal.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs. 43/44).

El Ministerio Público Fiscal, representado por el señor Fiscal Jefe, Dr. Rómulo Patti, funda la impugnación extraordinaria en el art. 248, inc. 2), del C.P.P.N., en la comprensión que la revocación de la prisión preventiva, que había sido dictada por el señor Juez de Garantías y confirmada por el Tribunal de Revisión, le provoca un agravio irreparable, que permite equipar la decisión atacada al auto procesal importante, generando un caso federal o, en su defecto, una hipótesis de sentencia arbitraria.

Refiere que la vía intentada sería admisible, debido a que la prisión domiciliaria no tendría la misma idoneidad que la prisión preventiva, en atención a la gravedad de los hechos y la vulneración de los intereses de la víctima (arts. 2 y 7 de la Convención de Belém do Pará). Solicita que la decisión sea revocada y se confirme la prisión preventiva; de lo contrario, insta su nulidad y el reenvío de la causa para que se dicte una resolución acorde a derecho.

La defensa niega que el órgano acusador esté legitimado para impugnar la decisión (arts. 33, 227, 235 y 241 del C.P.P.N.); el Dr. Marcelo Muñoz afirma que el pronunciamiento no es un auto procesal importante, ya que resuelve una medida de coerción en una causa donde el imputado está detenido (art. 113, inc. 6), del C.P.P.N.), ni existe un caso federal, ni genera a la contraparte un agravio de imposible reparación ulterior, ni es una decisión arbitraria, porque la parte acusadora sólo muestra una discrepancia subjetiva con el sentido de la decisión.

El Dr. Cury agrega que la fiscalía no ha invocado, a los fines de la admisibilidad de su reclamo, una cuestión de género; recalca que un acto de violencia contra la mujer no es, necesariamente, una cuestión de género, y que ésta fue introducida tardíamente en esta instancia.

Sobre el fondo del asunto, el Dr. Muñoz niega la existencia de riesgos procesales. En concreto, acerca del entredicho mantenido entre B. y el señor C. M., niega la existencia de amenazas concretas, y aclara que la supuesta víctima se enteró el día 24, después que se dictó la prisión domiciliaria. En efecto, el Tribunal de Impugnación revocó la prisión carcelaria y dispuso la prisión domiciliaria, tras valorar que no había riesgo de fuga, porque el enjuiciado siempre permaneció en la vivienda (rondines), ni entorpecimiento de la investigación, ya que el señor C. M. no vive más en esa vivienda, no hubo menoscabo a la integridad física de los vecinos, y B. no tuvo contacto con la víctima. Por esas razones, solicita que se declare la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria.

El Dr. Cury entiende, por su parte, que los motivos enunciados por la contraparte se volvieron abstractos; la fiscalía no realizó medidas de prueba para acreditar la denuncia, ni existen elementos de cargo para justificar esta medida de coerción, ya que los rondines demuestran que no existe un entorpecimiento de la investigación ni un riesgo para la integridad de la víctima. Solicita que la impugnación sea rechazada, con costas.

Concedida la palabra al Dr. Rómulo Patti, el fiscal niega haber alegado una cuestión de género, sí, en cambio, la vulneración de un Pacto Internacional.

La defensa no hizo uso de la última palabra.

En este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: El Dr. Alfredo Elosú Larumbe y el Dr. Oscar E. Massei.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

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

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el **Dr. Alfredo Elosú LARUMBE** dijo:

a) El escrito fue presentado en término, ante la Oficina Judicial correspondiente (art. 242, en función del art. 249, del C.P.P.N.; cfr. fs. 11 y 34vta.).

b) Desde un plano estrictamente objetivo, la decisión sería, en principio, impugnabile; se revocó una prisión preventiva que fue reemplazada por una detención domiciliaria (art. 233 del C.P.P.N.; cfr. fs. 11/14vta., pto. resolutivo II.-).

Sin embargo, la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal no supera el tamiz de admisibilidad formal, por cuanto la resolución puesta en crisis no es una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 227, primer párrafo, 248, inc. 2), a contrario sensu, del C.P.P.N.). En efecto, la fiscalía no pudo demostrar la existencia de un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior, ya que las medidas cautelares son, por su propia naturaleza, revocables o reformables en cualquier estado del proceso penal (art. 117, primer párrafo, del C.P.P.N.); distinto sería el examen de la cuestión siuviésemos que estudiar la situación procesal del imputado, al estar en juego su libertad personal.

c) Tampoco acierta el recurrente cuando alega que el pronunciamiento sería objetivamente impugnabile por tratarse de un auto procesal importante (arts. 233, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

En relación a esta categoría jurídica, que surge de los informes que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió en los casos "Maqueda" y "Abella", tuve ocasión de señalar, en una obra de mi autoría referida específicamente a la impugnación ordinaria, que: "...lo apropiado hubiera sido que el art. 233 mencionara las 'decisiones que se adopten durante la etapa de ejecución de la pena' en forma literal. Ello hubiera permitido establecer un correlato claro entre los arts. 233 y 239 sin necesidad de realizar un esfuerzo interpretativo para arribar a una solución racional del problema..."; es más, "...En Neuquén el recurso de impugnación permite una revisión amplia e integral de las sentencias y de distintas decisiones que taxativamente se enumeran en su articulado. Por ello, se insiste en que no hacía falta incluir la fórmula 'autos procesales importantes'. El derecho del imputado al doble conforme se garantiza de otra manera. La apuesta es otra. Se propone un juicio rápido con la menor cantidad de interrupciones posibles antes de la sentencia (art. 233, última parte) y un recurso amplísimo a favor del imputado, con la posibilidad de producir prueba nueva y de ver el video del primer juicio. Se juzga el juicio..."; por lo tanto, no existe la imperiosa "...necesidad de acudir a fórmulas abiertas..." (Elosú Larumbe, Alfredo A.: 'El Recurso Ordinario de Impugnación en el marco de un sistema acusatorio', 1º ed., C.A.B.A., Fabián J. Di Plácido Editor, 2015, págs. 109, 111 y 112, respectivamente).

Desde esta perspectiva de análisis, no es posible soslayar que nuestro sistema procesal prevé un sistema de control jurisdiccional previo de toda medida de coerción: la

revisión, vía impugnativa pluripersonal, horizontal, plasmada ante tres magistrados del Colegio de Jueces, regulada por el artículo 118 del C.P.P.N., y la impugnación ordinaria, examen de segundo grado de conocimiento, realizado ante el Tribunal de Impugnación, según las previsiones de los artículos 33, inc. 1), y 233 del C.P.P.N.; en consecuencia, la Sala Penal tiene a su cargo evaluar, antes que nada, y una vez cumplidos los requisitos comunes y formales de esta vía extraordinaria, si la resolución impugnada reúne la calidad de sentencia definitiva o equiparable a tal. Y, como se anticipó, la decisión no reúne esa calidad.

d) Por lo demás, la fiscalía no goza de legitimación subjetiva para presentar una impugnación extraordinaria en contra de esta clase de resoluciones jurisdiccionales (arts. 23, 227, 241, a contrario sensu, 248 y 249 del C.P.P.N.).

Este Tribunal Superior de Justicia, si bien con otra integración, inicialmente derivó esa clase de legitimación del último párrafo del art. 118 del C.P.P.N. (R.I. n° 74/2014, "MINISTERIO PÚBLICO FISCAL S/ QUEJA E/A: 'RODRÍGUEZ, CRISTIAN EMANUEL S/ ABUSO SEXUAL'", del 27/06/2014), pero luego modificó la inteligencia de la norma con una argumentación superadora.

En tiempos más cercanos, la Sala Penal llegó a la conclusión que: "...`...una exégesis conglobada y armónica de las previsiones del artículo 118 del Código de Rito con los demás preceptos legales que regulan el control de las decisiones judiciales, permite concluir que el término 'impugnada' contenido en la norma citada debe entenderse en su acepción de 'susceptible de ser revisable o controlable' y no referida al recurso de impugnación que regulan los artículos 233 y siguientes..." (R.I. n° 50/2016, "Fuentes, César Salvador s/ Homicidio Doloso Agravado", rta. el 27/04/2016; en

idéntico sentido: R.I. n° 47/2017, "NN; GODOY, JOSÉ ANTONIO; HERRERA, SEBASTIÁN S/ ROBO AGRAVADO", rta. el 23/03/2017).

No puedo más que compartir esta última postura sobre el tema, que es la que sostuve en la obra antes citada (aut. cit., ob. cit., 1° ed., C.A.B.A., Fabián J. Di Plácido Editor, 2015, págs. 94 y ss.).

Por ende, la fiscalía carece de legitimación subjetiva para impugnar la decisión (arts. 23, 227, 241, a contrario sensu, y 249 del C.P.P.N.).

e) Tampoco es viable el planteo subsidiario invocado por los acusadores, en el que proponen la inconstitucionalidad de los arts. 227, 233 y 241 del código adjetivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades respecto a la limitación de la facultad recursiva de las partes acusadoras (Fallos: 320:2145, "ARCE", donde se ocupó de las restricciones de la facultad de impugnar de la fiscalía, y Fallos: 324:3269, "MAINHARD", al aludir a los límites del derecho recursivo de la parte querellante); en donde desarrolló argumentos de índole constitucional que no pudieron ser rebatidos por los recurrentes, más allá de la genérica alegación sobre una presunta afectación del artículo 31 de la Constitución Nacional.

A excepción, claro está, de aquellos casos en los cuales entra en crisis el compromiso internacional del Estado de sancionar a aquellas personas declaradas culpables de delitos de lesa humanidad (FBB 93001103/2011/T01/61/1/1/RH5, "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Fracassi, Eduardo René y otros s/ privación ilegal de libertad (art. 144 bis inc. 1)", del 07/06/2018, por remisión, en lo pertinente, a los fundamentos y conclusiones del señor Procurador Fiscal),

que es una hipótesis por completo diferente a la que nos ocupa.

Tras interpretar armónicamente los arts. 8, párr. 2º, inc. H, de la C.A.D.H., 14, inc. 5º, del P.I.D.C.P., y 75, inc. 22, de la C.N., la Corte llegó a la conclusión que: "...7. (...) en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho (...). 9. Que por otra parte no es ocioso señalar que el Estado -titular de la acción penal- puede autolimitar el ius perseguendi en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como para justificar su actuación. En tales condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal le concede. Por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público (...) en la medida que, en las particulares circunstancias del 'sub lite', no se ha demostrado que se haya afectado la validez de otras normas constitucionales..." (Fallos: 320:2145). Ésta ha sido la exégesis seguida por la Sala Penal cada vez que le tocó resolver un planteo análogo al presente, pues el Ministerio Público Fiscal no puede demostrar ningún gravamen vinculado con el ejercicio de sus funciones, ni tampoco que las limitaciones legales, establecidas por el legislador provincial, asomen como irrazonables (R.I. n° 83/2018, "MARCOTE, ALFREDO S/ DCIA. FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA", rta. el 29/06/2018; R.I. n° 84/2018, "NN; s/ FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN INFIEL", del 29/06/2018, entre muchas otras).

En base a tales consideraciones, el pedido de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

El **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: Que adhiero a los fundamentos precedentemente expuestos por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que emito mi voto en idéntico sentido.

Tan sólo aprovecho la ocasión para formular una precisión adicional. En oportunidad de introducirnos en el estudio de la admisibilidad de la impugnación extraordinaria, concitó muy especialmente mi atención el argumento concerniente a la posible existencia de una cuestión de género. Sin embargo, aun cuando en la audiencia el señor Fiscal Jefe aclaró que habría sido vulnerado un Pacto Internacional (cfr. fs. 45vta.), ésta no pasó de ser una alegación genérica de su parte desvinculada de los hechos *prima facie* comprobados en la causa, por lo que carece de una mínima fundamentación. Así voto.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: en mérito a la forma en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria deducida por el señor Fiscal General, Dr. José Ignacio Gerez, en forma conjunta con el señor Fiscal Jefe, Dr. Rómulo Patti, por los motivos explicados al tratar la primera cuestión. Tal es mi voto.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr. Oscar E. MASSEI**, dijo: comparto la solución dada por el Sr. Vocal preopinante. Así voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: se exime del pago de las costas procesales a las partes acusadoras, de conformidad con las consideraciones expuestas en la R.I. Nro. 52/2015, "CASTILLO", del registro de esta Sala Penal, a la que se remite por razones de brevedad (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Tal mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD de la impugnación extraordinaria deducida por el señor Fiscal General, Dr. José Ignacio Gerez, en forma conjunta con el señor Fiscal Jefe, Dr. Rómulo Patti (arts. 227, 233, 241, 248 inc. 2), todos a contrario sensu, y 249 del C.P.P.N.).

II.- SIN COSTAS en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.)

III.- REGÍSTRESE, notifíquese y remítase a la Dirección de Impugnación a sus efectos.

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

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Dr. JORGE E. ALMEIDA - Subsecretario