

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 68 /19.

NEUQUÉN, 1 de agosto de 2019.

VISTOS: Estos autos caratulados: "**S... C... A..... B..... S/ INC. EJECUCIÓN PENAL P/ VIOLACIÓN AGRAV. REIT. P/SER GUARDADOR...**", Leg. 1177/2014, venidos a conocimiento de esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal de Impugnación, mediante resolución proclamada en la audiencia de fecha 19 de julio del corriente año, revocó la decisión del Juez de Ejecución subrogante e incorporó al condenado C..... A.... S.... al régimen de semilibertad, dejando supeditadas las condiciones de su cumplimiento a las que eventualmente se debatan y se impongan en la instancia de origen (cfr. acta de fs. 10/14).

II.- En contra de esa decisión el señor Fiscal General -Dr. José Geréz-, junto al señor Fiscal Jefe de la Oficina de Ejecución de la Pena -Dr. Maximiliano Breide Obeid- y los adjuntos de esa misma Oficina -Dres. Carlos Caroselli y Andrés Marcelo Carrea- dedujeron impugnación extraordinaria (cfr. fs. 15/39).

III.- Expresan los apelantes que la concesión del beneficio de la semilibertad al condenado de referencia en total apartamiento del informe negativo del Gabinete Técnico Criminológico causa un perjuicio actual a dicho Ministerio Público.

En la parte inicial del documento recursivo afirmaron poseer legitimación objetiva para impugnar (conf. art. 233 del C.P.P.N.), en tanto se trata de un auto procesal importante. En cuanto al objeto, si bien reconocen que el control extraordinario es un recurso limitado, expresan que el mismo resultaría procedente en tanto se dirige a la aplicación uniforme de la ley y de la jurisprudencia; a la vez que existiría materia federal suficiente en virtud del control difuso de constitucionalidad que aquí se reclama. Como razón confluyente de tal apertura formal adujeron la existencia de gravedad institucional. En este tópico, expresaron que se trata de un caso grave, de gran notoriedad pública y que dada su naturaleza y características excede el mero interés individual de las partes y afecta de manera directa a la comunidad.

En carácter subsidiario, dejaron planteada la inconstitucionalidad de las normas procesales que limitarían dicho control extraordinario (arts. 227 y 248 del C.P.P.N.).

En esencia, afirman que la decisión apelada se aparta sin razón valedera del impedimento establecido en los artículos 17 y 23 de la ley 24.660.

Explican que el informe y la opinión negativa de las técnicas no sólo está fundada en la falta de tratamiento psicológico que lleve a S... a repensar su conducta reprochable penalmente, sino que existieron múltiples factores en sentido contrario (los cuales menciona en su presentación escrita [fs. 31 y ss]).

Aducen también (por el carril previsto en el artículo 248 inc. 3° del C.P.P.N.) que la concesión de la semilibertad

frente a los elocuentes informes negativos colectados en autos contraviene jurisprudencia de ese mismo Tribunal (cita los fallos "L., J. s/ robo agravado", Leg. MPFNQ 13328/14, del 27/5/2019 y "S., R. s/ abuso sexual", Leg. 314/14, resolución del 05/02/2019).

Concluyen en que lo decidido no contempla los pactos supranacionales, en particular la Convención de los Derechos del Niño, lo que evidencia una total carencia del control de convencionalidad.

IV.- Fijados así los antecedentes del legajo y las razones del acudimiento a esta instancia, vale decir que aunque el documento recursivo obliga, en principio, a un pronunciamiento sobre sus aspectos formales y sustanciales, constituye un requisito previo emanado de la función jurisdiccional, el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada (C.S.J.N., Fallos 317:2043). De acuerdo a tal directriz, la consulta de estas actuaciones permite advertir un grave vicio como el señalado. En efecto:

1.- El artículo 266 del Código Procesal Penal establece que las partes pueden requerir la revisión de las decisiones adoptadas en el marco de la ejecución penal, exigiendo que dicha pretensión se manifieste de manera inmediata por el agraviado una vez conocida la decisión judicial, a la vez que fija un plazo máximo de cinco días para que tres magistrados reexaminen en audiencia tal medida.

2.- Con base en dicha normativa y tras denegar la semilibertad requerida por la defensa que viene asistiendo al imputado S..., el juez interviniente le preguntó de manera expresa al letrado defensor -Dr. Ezequiel Espina- si tenía alguna solicitud en relación a lo que acaba de resolver, contestando que no (cfr. audiencia de fecha 04/07/19, minutos 14:03:25).

3. Así, ante la ausencia de un pedido de revisión, el magistrado dio por finalizada la audiencia, dando a las partes presentes por notificadas de su decisión.

4.- Fuera del procedimiento de revisión establecido en dicho articulado, la Dra. Melina Pozzer y el Dr. Ezequiel Espina interpusieron una impugnación ordinaria, motivadora de la decisión que aquí se recurre (cfr. fs. 03/9).

En base a lo expuesto y conforme a los antecedentes precitados, consideramos que existe un desvío del trámite recursivo establecido para esta clase de asuntos, que además de no haber quedado subsanado no puede sanearse, no sólo por la alteración de la instancia que debía reexaminar el caso, sino también por el incumplimiento de las condiciones que le son inherentes desde el plano formal (conf. nuevamente art. 266 del C.P.P.N.). Veámoslo en detalle: el artículo 227 del Código de rito, "*Las decisiones judiciales sólo serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas por este Código...*".

Dicha norma anticipa que existen presupuestos recursivos que irán variando según el tipo de pretensión impugnativa y la clase de resolución que se intenta atacar.

En torno a ello, la más destacada doctrina explica que "...como cada recurso tiene siempre un preciso y delimitado objeto, es menester que todo impugnante deduzca el único medio adecuado al fin propuesto y en función del supuesto precedente del caso [...] Si así no fuere, es obvio que estaríamos entronizando la arbitrariedad judicial a la cual se le teme tanto desde antaño. Que es exactamente lo que ocurre cuando alguna doctrina postula terminar para siempre con las formas del proceso y reemplazar todo el andamiaje impugnativo con lo que se ha dado en llamar el recurso indiferente, mediante el cual se afecta groseramente el derecho de defensa en juicio de los particulares..." (cfr. Alvarado Velloso, Adolfo "Introducción al estudio del Derecho Procesal. Tercera parte", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 246/7).

Tras pasado ello al caso en estudio, toda vez que el presupuesto del recurso viene dado por una decisión del Juez de Garantías, el medio idóneo para atacarla era la revisión que marca el artículo 266 del C.P.P.N. -y no otro-, a la vez que tal pretensión recursiva debió haber sido anunciada por el agraviado en el mismo momento de conocida (conf. norma citada).

No desconocemos que uno de los integrantes de esta Sala, en una obra de su autoría, tiene una posición diferenciada en este tópico en tanto cohonesta la impugnabilidad subjetiva del artículo 239 del C.P.P.N. con el vocablo "podrán" del art. 266 del mismo Cuerpo Legal, concluyendo así que el imputado puede hacer uso indistinto de tales remedios -revisión e impugnación- (cfr. Alfredo Elosú Larumbe "El recurso ordinario de impugnación en el marco de un sistema acusatorio. A propósito

de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de Neuquén”, Fabián d. Di Plácito Editor, bs. As., 2015, pág. 114).

Sin embargo, respetuosamente, interpretamos que cuando el artículo 266 se refiere a que “*Las decisiones del juez de Ejecución podrán ser revisadas en audiencia...*”, se ha querido decir, más limitadamente, que dicho acto de autoridad puede consentirse, o bien revisarse del modo previsto en ese mismo articulado.

En definitiva, la única exégesis que estimamos adecuada y aplicable -si es que se pretende una concordancia entre aquellas dos normas- es que la impugnación ordinaria sólo será posible si se transita previamente por la vía de la revisión inmediata que marca el Código Adjetivo.

Así lo ha entendido la Sala Penal -con otra integración- en el contexto de la revisión de las medidas cautelares (de sustancial equivalencia en lo que respecta al trámite impugnativo [conf. arts. 118 y 266 del C.P.P.N.]), al indicarse que “*...la Defensa y el imputado cuentan igualmente con el recurso de impugnación para el caso de que, **revisión mediante**, se confirme la medida [...] aplicada en la instancia...*” (conf. R.I. 74, 27/06/2014, autos “Ministerio Público Fiscal s/ Queja e/a ‘R, C. E. s/ Abuso Sexual’”, el destacado es propio).

A nuestro modo de ver no coexisten, pues, múltiples recursos supeditados a la estrategia que pretenda emplear la parte apelante, sino uno específico para cada decisión jurisdiccional -en este caso la revisión- sin que pueda darse por satisfecho u obviado por la actividad desplegada por el Tribunal de Impugnación en el recurso de su

especialidad, pues, como ha establecido de forma reiterada la jurisprudencia. “...el error en la vía impugnativa seleccionada por el recurrente no admite subsanación por el órgano [...] siendo nulo el auto que conceda una impugnación distinta de la interpuesta...” (cfr. CNCP, Sala I, JPBA, 114-132-263 y CNCP, Sala III, JPBA, 115-91-218, citados por Navarro Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl en “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, ed. Hammurabi, 3° edición, pg. 1266). Criterio éste que ha sido reiteradamente observado por esta Sala cuando advierte el error en la vía recursiva escogida (cfr. R.I. n° 47/14; 49/14; 76/14; 78/14; 80/14, entre muchos otros).

En definitiva, debe concluirse que no existió un recurso idóneo, válido y eficaz contra la decisión del Dr. Gustavo Ravizzoli, por lo cual toda la actividad jurisdiccional y el consecuente pronunciamiento realizado por el Tribunal de Impugnación fuera de las reglas establecidas en el artículo 266 del Código Adjetivo no puede convalidarse ni sanearse, llevando indefectiblemente a la declaración de su nulidad (conf. arts. 96 y 97, a contrario sensu y art. 98, todos del C.P.P.N.).

Tal solución, claro está, torna insustancial el tratamiento del recurso que articuló el Fiscal contra la decisión de ese Tribunal de Alzada, y así debe declararse.

En mérito de lo expuesto, por mayoría; **SE RESUELVE:**

I.- DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución Interlocutoria n° 84/2019, dictada por el Tribunal de Impugnación en fecha 19 de julio del corriente año, la que se extiende, por su conexión, a todo el trámite recursivo que la generó (arts. 96

y 97, a contrario sensu y 98, 1° y 2° párrafo, todos del C.P.P.N.).

II. - DECLARAR ABSTRACTO el Control Extraordinario interpuesto en este legajo por el Ministerio Público Fiscal a fs. 15/39, por las consideraciones previamente expresadas.

III. - Notifíquese a las partes y firme que sea, devuélvase a origen, a sus efectos.

Dr. Roberto Germán Busamia - Dr. Oscar E. Massei Dr. Alfredo Elosú Larumbe (en disidencia)