



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Legajo 139.849/2019. “MERGOLA, MAXIMILIANO EZEQUIEL S/HOMICIDIO (VMA.RODRIGUEZ, ERNESTO DANIEL) EN C.R. CON ROBO EN GDO. DE TTVA.”

Resolución oralizada el 8 de Julio de 2020.

Tema: Inconstitucionalidad Ley 3234.

Juez de Garantías: Gustavo Ravizzoli

Respuesta al caso.

Consideraciones generales, de hecho y derecho.

Principios generales que rigen en el derecho procesal penal. Anclaje constitucional o perspectiva constitucional.

El art. 18 de la Constitución Nacional dispone que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Los códigos procesales argentinos repiten la prohibición constitucional.

Pero la exigencia del juicio previo reclama ciertas características especiales de los procedimientos que se emplean en el proceso, y del juez o tribunal que interviene en él.

Así, el Código Procesal Penal Neuquino, en su **art. 1º Juicio Previo** establece que “... ninguna persona podrá ser penada sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ...”

La verdadera inteligencia de la norma procesal es pues, que el juicio previo sea el adecuado a una ley procesal (también previa al hecho) [cfr. **Creus, Carlos**. Derecho Procesal Penal. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1996, p. 8 y ss.].

Esto implica ni más ni menos que referirse a las Garantías de la persona sometida a proceso.

La normativa supranacional incorporada a la Constitución por el art. 75, inc. 22, hace expresas, ratifica y amplía los alcances de muchas de las garantías acordadas al acusado, que antes ya estaban contenidas o se deducían (garantías implícitas o no enumeradas) de la Constitución Nacional.

Desde aquella nueva perspectiva se acrecentó la tendencia a considerarlas como un todo, agrupadas por su común finalidad de limitar el poder penal del Estado “... en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”. Este aspecto ya se destacaba por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9/III/86).

Es que ambas clases funcionan como directivas o prohibiciones hacia el Estado, indicándole –en síntesis- cuándo y cómo (o sea, bajo qué condiciones) podrá condenar a una persona a cumplir una pena, y cuándo y cómo no podrá hacerlo. Y además, como el derecho penal sólo vive (podríamos decir que se encarna) mediante la actuación judicial, las garantías procesales se combinan con las penales, influyéndose recíprocamente y estableciendo unas los alcances y contenidos de las otras.

Del sistema constitucional surge precisamente el análisis de las garantías penales, en lo fundamental, la **legalidad**, sintetizada en la máxima penal, *no hay crimen ni pena, sin previa ley penal ... expresamente receptado*, como dije, en el art. 18 de la Constitución Nacional; art. 9 CADH; art.15, PIDCP).

Este principio, de legalidad penal se proyecta sobre la persecución penal, condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley sustantiva. Pero debe funcionar, pues se trata de una garantía, no ya en el “momento final” de imposición de la pena en una sentencia, sino frente al inicio de la persecución penal, y durante su desenvolvimiento posterior, erigiéndose en **obstáculos insalvables** respecto a cualquier investigación sobre una persona que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal.

Lo expuesto, conforme José I. Cafferata Nores. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Ed. Del Puerto. Buenos Aires. 2005.

Ahora bien, si “el acusado tiene el derecho de ser informado no solamente de la causa de la acusación, es decir, de los hechos materiales mantenidos contra él que constituyen la base de su inculpación; sino también de la naturaleza de la acusación, es decir de la calificación jurídica de hechos materiales” (Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/V/83), esto significa que no podrá iniciarse proceso alguno sin que exista un reproche penal concreto, en una acusación fundada en derecho procesal vigente al momento del hecho.

De lo dicho se concluye que la ley o norma en su conceptualización abarca la penal y la procesal, como un todo un todo. Carlos Creus, al referirse a qué debe entenderse por LEY a los fines de la aplicación del art. 2 del Código Penal, remite a Núñez quien expresa que se entiende por tal “... el total organismo jurídico que regula la imputación y sus consecuencias en un caso concreto”. Ello significa, señala Creus, que “en el artículo 2 del Código Penal el vocablo ley no se puede concebir en el sentido de la ley formalmente penal, sino que el concepto se extiende a aquellas disposiciones que

vienen a integrarse –complementándolo u otorgándole contenido jurídico- al tipo penal como figura, incluyendo, por supuesto, la de la determinación de la sanción, sea por aplicación del principio de plenitud organizada del sistema jurídico general, sea por remisiones expresas o implícitas de la misma ley penal, así como a todas las que en el caso habilitan el ejercicio del *ius puniendi*, que permite la aplicación efectiva de la sanción". Y esto último es de neto corte procesal. Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte General. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2015, p.96.

En este orden de análisis María Luisa Piqué sostiene: "... se ha señalado en doctrina la dificultad de categorizar a las normas como procesales o sustantivas dado que es imposible separar el ámbito de actuación del derecho penal procesal. Por lo tanto, el mandato del debido proceso previsto por el artículo 18, CN ("Nadie puede ser penado sin juicio previo") estaría integrado a toda la prohibición penal dado que la realización de un proceso con ciertas características vendría a funcionar como una condición objetiva de punibilidad. Cfr. Pastor, Daniel. "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", en Lascano (h), Carlos Julio (dir.), Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin. Editora Córdoba, Marcos Lerner. 2001, pág. 793 y ss..".

La exigencia de nuestro orden jurídico y fundamentalmente del artículo 18 de la CN y 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (dentro del bloque de legalidad), en el sentido que todas las implicancias de la intervención en los derechos estén regulados por la ley, debe aplicarse al proceso penal, dado que llegar a la aplicación de una pena se corrobora por haber transitado un camino, una consecución de actos previos que integran el proceso penal como tal (cfr. arts. 30 y 9, CADH).

Esta equiparación entre las normas consideradas como penales con las consideradas como procesales está todavía más justificada en el caso de las reglas sobre la prisión preventiva, cuyo carácter punitivo es innegable, independientemente de los fines formales que la ley le atribuya a dicha medida precautoria.

En definitiva, a mi entender el proceso penal es considerado por el legislador como un todo, un camino, un avance de etapas donde la información relevante se va incorporando y llegado el caso culmina con la realización de un juicio, la declaración de responsabilidad penal y la aplicación de una pena.

Destaca la autora de mención, que resulta innegable entonces que el proceso constituye, ya desde un punto de vista jurídico, sociológico y hasta ontológico, una especie de sanción, de allí que también la restricción de la libertad por encontrarse sometido a proceso, a través de la prisión preventiva no puede ser extendida más allá de su límite legal máximo en virtud de una reforma *ex post factum*, a igual modo que la pena no puede ser amplificada con posterioridad a la ocurrencia del hecho ilícito que se reprocha.

Esto deriva en el concepto de Seguridad jurídica, razón que impone aproximar a su definición. Se entiende por tal la situación donde se encuentran las personas cuando sus obligaciones y derechos de carácter legal están claramente determinadas por las leyes y correctamente aplicadas por las autoridades públicas, de manera que cada uno puede antes de actuar, de obrar, prever cuáles son las

consecuencias de un proceso penal, de un debido proceso y de un juicio justo. **Ello sin duda, tiene base constitucional y pertenece a los deberes fundamentales del Estado.**

En el caso particular no se desconoce una coyuntura extraordinaria a partir de la declaración de emergencia sanitaria por el COVID 19, pero el Estado de Derecho no es un Estado de Emergencia. Por el contrario, es una situación constante de pleno goce y uso de las garantías y derechos individuales. **La Constitución Nacional siempre es un programa de paz aún en tiempos de crisis.** Es nuestra ley FUNDAMENTAL Y FUNDACIONAL. Al respecto, Abel Cornejo. Seguridad Jurídica. Ed. Virtudes. Salta. Colección en Defensa de la Constitución.

En otras palabras, no pueden comprometerse garantías constitucionales por cuestiones de emergencia.

Por otra parte, la reforma introducida NO PUEDE SUSTRAERSE a la SISTEMATICIDAD DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE EN LA PROVINCIA.

En esta arista, coincido con la Fiscalía, que debe en definitiva la labor jurisdiccional materializarse en un control que CONCILIE LAS NORMAS.

En primer lugar, del texto de la Ley 3234, en su art. 1º, se desprende que la extensión se dará de forma excepcional hasta un máximo de 9 meses; aspecto que implica que dicha petición se solicitará ante un magistrado y se litigará para saber si corresponde o no. Tal circunstancia se corroboró en la audiencia de más de cuatro horas y media, en la cual se desarrollaron diversos planteos.

Ahora bien, también alude tal texto a los casos en que los juicios no se hayan realizado o no se puedan realizar, por encontrarse suspendida la realización de audiencias de juicio debido a la emergencia sanitaria a causa de la pandemia.

En este extremo, no paso por alto que todas las partes argumentaron y fundaron acerca de las diligencias que desarrollaron en este legajo para que el juicio se lleve a cabo, haciendo hincapié en que no contribuyeron a dilación alguna, cada cual a su turno, precisando determinadas fechas. Y, en un punto crucial coincidieron, en el mes de Noviembre de 2019, se llevó a cabo el control de la acusación, causa que fuera elevada a juicio, y para fines de diciembre del mismo año un juez de garantías resolvió que ya no había más plazo de investigación o prórroga de dicha etapa porque ya se había llevado a cabo el control o etapa intermedia.

Lo cierto es, que más allá de la discusión que se gestó en audiencia acerca de si hubiera o hubiese sido posible realizar el juicio en la feria judicial de Enero de este año, o bien durante el mes de Febrero, entiendo que por disponibilidad de agendamiento la OFIJU de la I Circunscripción Judicial fijó fecha primero para Mayo de 2020 y, tras ello, a pedido de la Fiscalía, adelantó la misma para el mes de Abril. Esto fue notificado y consentido por todas las partes, inclusive la Defensa que hoy invoca mora estatal.

Luego, como es de público conocimiento, a partir del 20 de Marzo de 2020 se decretó la Emergencia Sanitaria por la Pandemia (Covid 19), mediante decreto nacional y provincial, que se fueron prorrogando.

Con esto quiero decir que el caso de MERGOLA se trata de un legajo en el que dicha pandemia fue el motivo por el que finalmente no se llevó a cabo el juicio en Abril y tampoco en Junio de este año. Es decir, sería en principio un supuesto contemplado por la Ley 3234.

Pero, es importante remarcar que la Ley 3234 dispone en su art. 2° que entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial, circunstancia que se verificó el 26 de junio de 2020. De modo tal que no lleva acierto la Fiscalía cuando afirma que comienza su aplicación el 9 de julio, es decir, en el día de mañana.

Dicho ello, SE IMPONE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 3234, por violación del principio de legalidad y subprincipio de LEY PREVIA, de acuerdo a las consideraciones ya apuntadas.

A su vez, no solamente colisiona con la Constitución Nacional y Provincial sino que el art. 22 del Código Procesal Penal claramente manda que las normas procesales no tendrán efecto retroactivo y del texto de la Ley en análisis, al aludir a “... juicios que no se hayan realizado...” pretende una aplicación, en el caso, precisamente retroactiva de la prisión preventiva, la cautelar más gravosa para el imputado extendiendo su plazo; plazo que no puede ir más allá del año, dispositivo vigente en el art. 119, norma que regía, como **LEY ANTERIOR AL HECHO DEL PROCESO, términos ni más ni menos consagrados en la Constitución Neuquina al hablar del Debido Proceso, en su art. 63. Es decir, que el propio constituyente neuquino equipara en el concepto de LEY ANTERIOR...tanto la ley procesal penal como la ley penal.**

Consecuentemente, la norma procesal sancionada debe declararse INCONSTITUCIONAL por violación al principio de legalidad y subprincipio de ley previa (Cfr. arts. 18 CN y art. 63 de la Constitución Provincial).

Como Juez de Garantías, me convocan a resolver en una causa sensible, crucial y compleja. Como tal, ejerzo en cada resolución un Poder-Deber que se traduce en VELAR POR LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCION, Y ESPECÍFICAMENTE EN EL PROCESO PENAL, VELAR A UN MISMO TIEMPO POR LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO Y POR EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA VÍCTIMA O BIEN DE SUS FAMILIARES.

En el presente caso se imputa un hecho grave, el delito reprochado es un homicidio en concurso real con un robo en grado de tentativa, encontrándose el legajo a la espera de la realización del juicio.

Escuché en audiencia la palabra de familiares de la víctima, a su madre, quien llorando se manifestó por la muerte de su hijo y SOLICITÓ JUSTICIA, al igual que la hermana de Rodríguez. En este punto reflexiono que toda muerte violenta se nos presenta como absurda y lamento el profundo dolor que atraviesa la familia.

Esa justicia reclamada hoy debe concretarse con la realización del juicio.

Siguiendo el análisis, mientras tanto, cabe preguntarse si corresponde liberar a Mergola en el día de mañana? La respuesta es que no y anticipo que de acuerdo al marco legal vigente, con base en la Constitución, corresponde aplicar lo normado por el art. 113 inc. 3 y 6 del Código Procesal Penal de la Provincia, por existencia de los riesgos procesales invocados por los acusadores.

Dicho dispositivo expresa que “podrá imponerse” ciertas medidas cautelares entre las cuales se encuentra la detención domiciliaria.

En precisión, la detención domiciliaria del imputado MORGOLA por 6 meses, con custodia permanente, más la prohibición de comunicación de cualquier tipo con familiares de la víctima y testigos del caso.

Ello así, porque vencido el plazo del art. 119 del código de rito, que a mi juicio sólo alude a prisión preventiva, distinto de la detención domiciliaria, a fin de neutralizar los riesgos procesales; dicha cautelar se presenta como la única posible a mi criterio para concretar la realización del juicio. Sin encontrar medidas menos gravosas que de igual modo salvaguarden los fines del proceso (cfr. art. 110; CPPN).

En este punto, como lo he sostenido en numerosas resoluciones, la detención domiciliaria es un instituto distinto a la prisión preventiva. El legislador exige más recaudos para su imposición, están en incisos diferentes del art. 113 de dicho texto legal y el art. 119 sólo se refiere a prisión preventiva.

Brevemente, el riesgo procesal de fuga, a tenor de las características del hecho (grave, en inmediaciones de la casa de la víctima, con golpes múltiples en la cabeza); la solidez de la imputación (la calificación jurídica provisoria es homicidio en concurso con robo en grado de tentativa); la etapa procesal del legajo, se superó la etapa de control y se avanzó al grado de CAUSA PROBABLE; el peso de la prueba incriminante reunida (prendas del imputado con manchas con ADN de la víctima), dos testigos (Grancara y un efectivo policial) y la expectativa de pena que presupone la aplicación de una pena de prisión de cumplimiento efectivo, constituyen todos extremos que corroboran dicho riesgo.

En lo que respecta al hecho informado de la Comisaría en el sentido que Mergola habría tenido en su poder (en su celda), dos elementos prohibidos de tipo barreta, lo cierto es que fue refutado por la Defensa quien manifestó que se comunicó con personal de la dependencia policial negándole ello y diciéndole que no se había iniciado ningún sumario. En definitiva, no resultó acreditado debidamente por la Fiscalía. Circunstancia entonces que no corresponde valorar como parámetro.

En lo referente al entorpecimiento en la investigación, relativo a que el letrado defensor y madre del imputado tuvieron contacto con el testigo Grancara para pedirle que dijese en juicio que no lo había escuchado al imputado o visto el día de los hechos; más allá que la defensa refutó dicha información, ofreciendo la reproducción de un video (que por incidencia se rechazó), considero que es una circunstancia en esta instancia que me permite activar la presunción de entorpecimiento de Mergola, en el caso, tratando de influir sobre testigos, si bien a través de terceros.

En función de todo lo dicho,

RESUELVO:

I. Declarar la inconstitucionalidad de la Ley 3234, por violación al principio de legalidad y subprincipio de ley previa (arts. 18, C.N, 65, C.Pcial, arts. 22 y ccs. del CPPN.).

II. Se dispone a partir del vencimiento de la prisión preventiva, que el imputado continúe DETENIDO EN EL DOMICILIO DE SU MADRE, CON CUSTODIA POLICIAL PERMANENTE Y LA PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON FAMILIARES DE LA VICTIMA Y/O TESTIGOS DEL CASO (cfr. art. 113 inc. 3 y 6 del CPPN.).

III. Comuníquese dicha circunstancia, a través de la Oficina Judicial local, a la Comisaría que corresponda a dicho domicilio y de igual modo a la Jefatura de la Policía de la Provincia para su conocimiento.

IV. Disponer que la Oficina Judicial tome todos los recaudos necesarios para realizar el juicio, a la brevedad posible, en procura de resolver la situación procesal del imputado y dar urgente respuesta a los familiares de la víctima.

Nota: la resolución fue explicada de modo breve y sencillo al imputado y familiares de la víctima.