

RESOLUCION Nro. diecisiete /2015.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los *veintitrés días del mes de febrero de dos mil quince*, el Tribunal de Impugnación conformado por los Dres. Héctor O. Dedominichi, Richard Trincheri y Liliana Deiub bajo la presidencia del primero de los nombrados, emite la presente sentencia en relación a la audiencia celebrada el pasado cinco de febrero del corriente año, en el caso judicial "BAIGORRIA, Raúl Fabián s/Incumplimiento de los deberes de funcionario público", identificado como Legajo MPFNQ 13376/2014, en el que figura imputado Raúl Fabián Baigorria, argentino, DNI N° 22.473.051, nacido en Neuquén, el 17 de noviembre de 1971, con instrucción completa, empleado, con domicilio en B° Melipal, Mza. 19, lote 3 de esta ciudad.

En la audiencia prevista por el art. 245 del C.P.P., a la que asistieron, por el Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal Jefe, Dr. Ignacio Di Maggio y el Fiscal, Dr. Fernando Fuentes; el querellante, Matías Sánchez, asistido por su letrado particular, el Dr. Gustavo Lucero, el imputado Raúl Fabián Baigorria junto a sus defensoras particulares, Dras. Ivana Dal Bianco y Natalia Ormazabal, la fiscalía y la querella, ampliaron fundamentos de los recursos oportunamente interpuestos contra la resolución dictada en las audiencias de los días 29 y 30 de octubre de 2014 por la jueza de garantías, la Dra. Ana

Malvido, mediante la cual dispuso, por aplicación de los arts. 8, 17, 160 inc.6°, 162 y cc. del C.P.P. dictar el sobreseimiento total y definitivo de Raúl Fabián Baigorria del delito por el que fuera acusado conforme las partes acusadoras, calificado de conformidad a lo dispuesto por el art. 249 del código penal, por aplicación del art. 160 inc. 'c' del C.P.P., dejando sin efecto la audiencia de juicio oral fijada oportunamente.

El Ministerio Público Fiscal dedujo la impugnación por haber sido arbitraria la resolución dictada y haber violentado varias normas procesales de nuestro actual código.

Así sostuvo: 1) errónea interpretación del art. 75 del C.P.P., afectando de esa forma el principio de oralidad establecido por el nuevo ordenamiento adjetivo. 2) errónea aplicación de los arts. 36 inc.1° y 172 del C.P.P., al excederse la magistrado interviniente, revocando una decisión adoptada por el juez de garantías en el ámbito de la audiencia de control de la acusación y el carácter irrecurrible el último precepto legal establece y 3) errónea aplicación de los arts. 17, 69 y 106 del digesto adjetivo, al ejercer la Dra. Ana Malvido funciones que son propias del Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, el querellante, a través de su letrado de confianza, el Dr. Gustavo Lucero coincidió en

la línea argumental de la Fiscalía conforme las consideraciones vertidas en la audiencia realizada en los términos del art. 245 del C.P.P.

Ambas acusadoras solicitaron el acogimiento de los recursos y la revocación de la decisión cuestionada, ordenándose la inmediata fijación de la audiencia de juicio oral y público para enjuiciar al imputado Baigorria.

A su vez, al momento de efectuar su refutación la Defensa de Baigorria solicitó en primer lugar se rechace el recurso de la parte querellante, toda vez que la misma no tiene legitimación para actuar en el presente, habida cuenta el bien jurídico afectado por la presunta conducta que se le atribuye a su asistido y conforme las razones que expuso, peticionó asimismo el rechazo de la impugnación del Ministerio Público Fiscal.

La parte querellante contestó la petición de la Defensa, cerrando la audiencia, el imputado, quien efectuó diversas consideraciones.

Todo ello emerge de la audiencia a la cual por razones de economía procesal remito.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Héctor O. Dedominichi, luego el Dr. Richard Trincheri y, finalmente la Dra. Liliana Deiub.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 246 del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?

El Dr. Héctor O. Dedominichi dijo:

La impugnación fue deducida en tiempo y forma ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento impugnado, por parte legitimada, (art. 241 del C.P.P.) tratándose la resolución recurrida de las expresamente contempladas en el art. 233 del C.P.P.

En cuanto a la impugnación deducida por la Querellante, cabe la misma respuesta toda vez que la Defensa no recurrió la decisión que mantuvo a aquella en el proceso y en consecuencia carece de agravio sobre ese particular. Funda su procedibilidad formal las disposiciones contenidas en los arts. 233 y 240 del C.P.P. respectivamente.

El Dr. Richard Trinchero expresó: Por compartir los argumentos entregados por el señor Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Liliana Deiub manifestó: Participando de los términos y conclusiones vertidos en el voto inaugural, me expido en el mismo sentido.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?

El Dr. Héctor O. Dedominichi dijo:

Tres son los motivos principales que la Fiscalía y la querrela invocan para sostener los recursos deducidos.

1.- arbitrariedad de parte de la juez de garantías al fijar audiencia para tratar la presentación, cuando la misma no se encuentra prevista en el C.P.P., y menos aun para resolver cuestiones que fueran decididas por el Dr. Mauricio Zabala en la audiencia de control de acusación celebrada oportunamente.

Como fuera expresado en la audiencia del art.245 del C.P.P., las razones esgrimidas por la Fiscalía (sea por afectación del principio de oralidad, al efectuar una incorrecta interpretación del art. 75 del C.P.P.) o por la Querrela (al desconocer que no está prevista en el ordenamiento procesal audiencia específica a tal efecto, una vez realizada la audiencia de control de la acusación) no resultan procedentes, toda vez que el nuevo código procesal penal provincial que entrara en vigencia el 14 de enero de 2014, en su artículo 75 establece la oralidad como uno de los principios rectores, precisando que todas las peticiones o planteos de las partes que deban ser debatidas se resolverán en audiencias orales y públicas.

Es decir que en una primera aproximación al agravio introducido por las acusadoras, ante la presentación efectuada por la 'nueva' Defensa del imputado, resultaba necesaria la fijación de una audiencia para debatir (controvertir) el contenido de la misma.

Ingresando de lleno a la crítica efectuada, cabe señalar que, por el contrario a lo sostenido por las acusadoras, en el Código no hay norma alguna que impida petitionar como lo hiciera la Defensa, más allá de la consecuencia o efecto que la audiencia celebrada en el marco del art.168 del C.P.P. había provocado.

Es decir, no le asiste razón a ninguno de los impugnantes en torno a este motivo, habida cuenta constituir el principio de oralidad, uno de los pilares del nuevo código provincial. Se han abandonado las formas de la escrituración, propias de un modelo inquisitivo, para dar paso a un sistema adversarial que se nutre de la celeridad, economía procesal y desformalización en las primeras etapas del proceso.

Además, no es correcta la afirmación efectuada, en tanto y en cuanto a juzgar por las cuestiones debatidas en el marco de la audiencia celebrada, se denunciaba la violación del derecho de defensa en juicio, al calificar la intervención del anterior profesional como

'defensa técnica ineficaz' (conf. video-filmación - audiencia ante la Dra. Ana Malvido).

De allí entonces que resultara ajustada la decisión de la señora juez de rechazar el planteo inicial de los aquí impugnantes al oponerse a la realización de aquella, habida cuenta que debía abrirse la instancia oral para escuchar las peticiones y en el marco de la 'controversia' resolver lo que correspondiera.

2.- Violación de los arts. 36 y 172 del C.P.P., al haber resuelto la jueza, revocando una decisión adoptada por otro juez de garantías en el ámbito de la audiencia de control de la acusación prevista en el art.168 del C.P.P., al igual que el anterior, debe rechazarse.

En ese sentido, se dice que la Dra. Malvido, excedió la competencia que le acuerda el art. 36 del ritual; que como juez de garantías no tiene competencia para 'revocar' y/o actuar como órgano de revisión de otro juez de garantías, en la medida que quien debe hacerlo por ley, es el colegio de jueces y/o según el caso el tribunal de impugnación.

Si bien parte de los argumentos resultan ciertos, en particular cuando se alude a la intervención del colegio de jueces respecto de una decisión del juez de garantías y lo mismo ocurre con el tribunal de impugnación, no es menos cierto que las razones esgrimidas por la

Defensa de Baigorria en la audiencia del pasado 29 de octubre de 2014, fincaban en que el imputado a través del asesoramiento legal prestado por su anterior defensor había quedado en un estado de indefensión que afectaba la garantía del derecho de defensa y el debido proceso legal.

Es decir, nada más y nada menos que el Derecho de Defensa consagrado en la Constitución Nacional, que expresamente dispone en su artículo 18 que 'Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos'. Que además, está concretamente consagrada por el artículo 75, inciso 22, en función de los artículos 9° y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas éstas que son operativas. Lo mismo ocurre con los códigos procesales penales provinciales, y entre ellos, nuestro digesto, lo hace en su art. 1°.

Aquí entiendo estriba la principal cuestión a resolver, no ya una situación vinculada con la competencia y su ámbito de atribución, como lo pretenden las acusadoras, sino con la verificación del estándar mínimo exigido, tanto en la Constitución Nacional como en los Documentos Internacionales citados, con relación a la garantía de la defensa en juicio.

Como lo señalara, el art 1° del C.P.P. al referirse al Juicio Previo, establece: 'Ninguna persona podrá ser penada sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Regirán de manera directa todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional, tratados internacionales de rango constitucional y la Constitución de la Provincia.

A su vez, el art. 6° -Función de los jueces- dispone: 'Los jueces cumplirán los actos propiamente jurisdiccionales, velando por el resguardo de los derechos y garantías'.

Es decir, junto a la denominada defensa material, que es la que lleva adelante en forma personal el propio imputado, luce como una exigencia necesaria en el proceso penal la defensa técnica, que es ejercida por abogado, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de Derecho, entre otros' (Eduardo M. Jauchen - Derechos del Imputado - Rubinzal - Culzoni Editores - Santa Fe 2005 - pág.154/155).

De allí que la defensa técnica que se preste al imputado para satisfacer la garantía constitucional debe ser necesaria, obligatoria, efectiva y eficaz.

En tal sentido, aunque parcializado atento a las características del particular supuesto, se ha expedido la Corte Suprema de la Nación en el caso 'Rojas Molina' al declarar que: "...se han violado reglas esenciales del procedimiento; puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado..." (Fallos: 189:34, op.cit.pág.161/162).

A ello debe sumarse, la argumentación dada por la Dra. Ana Malvido al afirmar que el proceder de ese defensor, quien venía asistiendo al imputado antes que asumieran las Dras. Dal Bianco y Ormazabal no satisface las exigencias de un autentico patrocinio exigido por el art. 18 de la Constitución Nacional, y al agregar, con cita de la C.S.J.N. en el precedente 'Domínguez, Alcides', que la función de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio es propia de los demás jueces de los tribunales inferiores y no función exclusiva del Máximo Tribunal Nacional.

En el caso, como muy bien lo expuso la jueza de garantías, luego de observar la audiencia celebrada en el marco del art. 168 del C.P.P. quedó

demostrado que el Dr. Villablanca Pastor no ejerció una tarea técnica diligente y eficaz, es decir su asistido no contó en esa etapa del proceso con una asistencia profesional que garantizara plenamente su defensa material.

No solo no cuestionó la descripción del hecho imputado, en cuanto a sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino que tampoco puso en crisis la calificación legal en ese mismo sentido, amén de no haber ofrecido prueba de descargo y aun más grave, adherir a la ofrecida por la Fiscalía y la Querrela.

Aunque no aparece en la argumentación de la defensa, ni tampoco en la resolución impugnada, no está demás señalar una omisión más del defensor de Baigorria en la audiencia celebrada ante el Juez Zabala, que contribuye a observar más nítidamente cómo se lesionó el constitucional derecho de defensa, circunstancia que en modo alguno este Tribunal puede dejar de controlar (art.229 CPP). Me estoy refiriendo a que toleró que se identificara en sus alcances la declaración indagatoria del viejo sistema con la formulación de cargos del Código actual cuando, sabido es, no pueden equipararse porque la audiencia de formulación de cargos le concede al imputado variadas alternativas que se desconocían en el Código inquisitivo (Entre varias resoluciones del TI puede mencionarse "Colihuinca Nelson Adrian s/homicidio doloso

"legajo 19572, resolución del 18/12/2014). Entonces, debió peticionar el letrado se transforme la audiencia de control de la acusación en una de formulación de cargos y así no lo hizo, menguando aún mas las chances de una defensa efectiva de Baigorria.

Para concluir la consideración del presente agravio, debo agregar que, la jueza de garantías cumpliendo con la obligación del art. 6° de nuestro C.P.P., y ante las razones expuestas por las nuevas defensoras de Baigorria, examinó el requerimiento de apertura a juicio y sostuvo que la Fiscalía no había cumplido con la exigencia contenidas en sus incisos 2) y 3) respectivamente.

Claramente luego de transcribir la acusación tal como fuera presentada por la Fiscalía, analizó el tipo objetivo y subjetivo de la descripción efectuada a la luz de la figura contenida en el art. 249 del C.Penal, esto es: el incumplimiento de los deberes de oficio.

Reparó en que la acusación efectuada fue totalmente incompleta, al haberse omitido aspectos esenciales del tipo penal, enrostrados al encartado, sin siquiera, como ya lo expresara, hubiese existido oposición del anterior defensor de Baigorria.

Enfatizó en que el tipo penal del art. 249 alude a un delito de omisión formal, que no requiere que se produzca daño alguno para que se consume.

Nada dijo la Fiscalía respecto a cuales eran los elementos constitutivos de la figura penal enrostrada. Solo hizo referencia a la supuesta negación de Baigorria de trasladar a un efectivo policial que se encontraba lesionado.

Así agregó la magistrada, en primer lugar, la norma legal del 249 prevé 3 tipos de conductas. 'omitir', 'rehusar', 'hacer o retardar' algún acto propio de su oficio nada se dijo de en cuáles de estas conductas omisivas incurrió el imputado. Solo se mencionó escuetamente su negativa.

Asimismo se omitió hacer referencia a uno de los aspectos del tipo objetivo, sabido es que en todo delito de omisión se describe una situación típica en la que se omite una determinada acción, pese a que el sujeto podría haberla realizado.

Es decir, por lo que la estructura de todo tipo de omisión pura como es el 249 consta de tres elementos: la situación típica; la ausencia de una acción determinada y la capacidad de realizar la acción, fácil es advertir respecto de este último recaudo, en que las partes

acusadoras, no solo omitieron realizarla, como si no existieran como parte del tipo penal enrostrado.

Es tan contundente en su análisis la jueza, que al momento de efectuar la alegación en punto al presente 'agravio' es el propio Ministerio Fiscal quien introduce una circunstancia que no estaba contenida en la 'acusación' cual es la que al momento de ser requerida la intervención de Baigorria para que trasladase al efectivo policial lesionado, no había ninguna persona de sexo femenino o masculino para ser asistida.

Esto último prueba acabadamente que la crítica efectuada por la Fiscalía, vinculada con el hecho que la descripción fáctica era la misma que la Dra. Malvido, como jueza de instrucción, en el sistema procesal anterior había imputado en el marco del llamado a prestar declaración indagatoria no alcanza para pretender sostener el cumplimiento de la acusación fiscal en los términos del art.164 del C.P.P.

Ello en la medida que es el Fiscal quien debe presentar la acusación, la que 'debe' contener la relación precisa y circunstanciada del hecho que se le atribuye al imputado, así como su calificación legal.

Evidentemente no se trata como lo pretende la Fiscalía de un exceso de la competencia en los términos del art.36 del C.P.P., sino como ya lo pusiera de

resalto al abordar el presente 'agravio' de ejercerla y así asegurar el respeto de las garantías constitucionales en favor del imputado.

En cuanto a la irrecurribilidad de la decisión adoptada en la audiencia de control de la acusación, que deriva del art. 172 del C.P.P., el antecedente que la magistrado invoca resulta ajustado y es el que ha permitido ingresar al tratamiento de las excepcionales circunstancias expuestas en favor de Baigorria en la audiencia realizada.

Con relación a las consideraciones de la Fiscalía, al afirmar que la decisión de la Dra. Malvido ha violado el principio de preclusión, el cual como se consignara ha regido en el proceso inquisitivo y rige en el adversarial, no reparan en el hecho significativo que dicho principio debe ceder frente a una clara conculcación del derecho de defensa en juicio que se le reconoce a quien se encuentra sometido a proceso.

3.- Violación de los arts. 17, 69 y 106 del C.P.P. Como lo acentuara la Defensa del imputado, es por demás claro que, la Dra. Malvido al resolver como lo hiciera, calificando la anterior defensa técnica como violatoria de la garantía constitucional (art. 18 C.N.) y dictando el respectivo sobreseimiento, en modo alguno se atribuyó funciones propias del Ministerio Fiscal (criterios

de oportunidad) sino que conjugando los principios constitucionales de legalidad y lesividad resolvió el 'conflicto' conforme las directrices del art. 17 del C.P.P.

Por todo ello, es que deberá rechazarse el recurso de impugnación deducido por el Ministerio Público Fiscal, confirmándose la resolución que fuera materia de agravio.

El Dr. Richard Trincheri dijo: Adhiero a la solución propuesta por el colega preopinante por coincidir con los argumentos.

La Dra. Liliana Deiub dijo: Me pronuncio en idéntica dirección que el vocal que inaugurara la votación adhiriendo a los fundamentos.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de Costas?

El Dr. Héctor O. Dedominichi dijo:

Atento haberse admitido formalmente las impugnaciones deducidas, no corresponde imponer costas.

El Dr. Richard Trincheri dijo: Adhiero a la solución propuesta por el colega preopinante por coincidir con los argumentos.

La Dra. Liliana Deiub dijo: Me pronuncio en idéntica dirección que el vocal que inaugurara la votación adhiriendo a los fundamentos.

Por todo ello, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR la admisibilidad formal de las impugnaciones deducidas.

II.- RECHAZAR las impugnaciones interpuestas por el Ministerio Público Fiscal y la parte Querellante en todos sus términos.

III.- Sin costas.

IV.- Remítase la presente a la Oficina Judicial correspondiente, para su registración y notificaciones.

Dr. Héctor Dedominichi

Juez

Dr. Richard Trinchero

Juez

Dra. Liliana Deiub

Juez

Reg. Interlocutorio N° 17 T° I Fs.

Año 2015.-.