

SENTENCIA N° 46/2016.- En la ciudad de Neuquén, ***a los veinte días del mes de mayo del año dos mil dieciséis,*** se constituye la Sala Penal del Tribunal de Impugnación, integrada por los Dres. Héctor G. Rimaro, Héctor O. Dedominichi y Andrés Repetto, presidida por el último de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en el caso judicial “**OYARZO, DIEGO OMAR S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO (ART. 80)**”, Legajo MPFNQ N° 38229 Año 2015 del registro de la oficina judicial de Neuquén, seguido contra **Diego Omar Oyarzo**, DNI N° 39.130.165, hijo de José y de Miriam Ester Lozano, nacido en la ciudad de Neuquén el día 4 de octubre de 1993, con estudios primarios incompletos, ayudante de albañil, con domicilio en Jorge Luis Borges casa 170 del Barrio Confluencia, por el delito de homicidio calificado, en carácter de autor.

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Maximiliano Breide Obeid por la Fiscalía y el Dr. Carlos Vaccaro, como abogado de confianza del imputado, quien se encontraba presente.

ANTECEDENTES:

A continuación el Dr. Héctor Dedominichi describe los antecedentes del caso, los agravios del impugnante y la respuesta que a éstos efectúa la defensa del imputado.

I. Por sentencia N° 328/2015, del 10 de diciembre del año 2015, el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Ana del Valle Malvido, Martín Marcovesky y María A. Gagliano absolviéron al imputado Oyarzo por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego.

II. Contra tal sentencia dedujo recurso de impugnación el fiscal, Dr. Maximiliano Breide Obeid, quien entendió que se encontraban cumplidos los requisitos de admisibilidad del recurso interpuesto, en función de lo dispuesto por el art. 241 inc. 2° del CPP, el que confiere legitimación al Ministerio Público Fiscal para interponer impugnación contra una sentencia absolutoria, si se hubiere requerido una pena mayor a los tres (3) años de privación de libertad, situación que quedó verificada al formular la respectiva pretensión punitiva en el marco de la audiencia de control de acusación.

Expresó el fiscal que la sentencia atacada resulta arbitraria en los términos del art. 237 inc. 1° del código de rito.

Precisó que el hecho reprochado ocurrió en el barrio Confluencia el 10 de marzo de 2015, que se produjo frente a una plaza, más precisamente, el domicilio de la calle Cerro Catedral 2022 donde estaba enfrentándose a tiros con una persona de apellido Donatti. El acusado Oyarzo se encontraba al sur de dicha calle, la que corta con Cacique Calfulcurá y una que linda con la plaza, calle Moquehue. En esas circunstancias uno de los disparos pasó por dos ligustrinas e impactó con una persona de apellido Pereyra, quien intentaba cerrar la ventana, causándole la muerte.

Sostuvo el impugnante que el tribunal de juicio, a partir de un excesivo rigor formal en relación con la interpretación del principio de congruencia, dictó una sentencia absolutoria sin expedirse respecto de la responsabilidad penal atribuida al acusado.

A fin de acreditar dicha afirmación, puso énfasis en la necesidad de observar el registro fílmico de las audiencias previas, tanto la de

formulación de cargos, como la de control de acusación. A modo de complemento esa parte ofreció como prueba el plano del lugar, para acreditar la ubicación del tirador –supuestamente Oyarzo- la que no fue admitida.

En el escrito de impugnación hizo expresa mención a la arbitrariedad de la sentencia, afirmando que de ninguna manera se vio afectado el principio de congruencia y con ello el derecho de defensa en juicio del acusado. Es más, afirmó que la Defensa de Oyarzo supo en todo momento de qué defenderse y que por eso ofreció prueba a ese efecto.

Reconoció que esa Fiscalía cometió un error formal en el escrito de acusación (Art. 164 del CPP) al afirmar que el imputado “se paró en medio de la plaza pública”. Dijo que ese error fue señalado por la Defensa y sostenido por la Fiscalía en la audiencia de control de la acusación (Art. 168 del CPP). Aclaró que en realidad el imputado estaba al sur de la calle Cerro Catedral y la cortada.

Consideró el fiscal que en la audiencia del art. 168 la Defensa debió, en todo caso, haber objetado la existencia de errores formales en el escrito de acusación, al haberse transcripto la circunstancia de la ubicación errónea que tenía el imputado al momento en que se produjeron los disparos con el resultado fatal indicado. De esta manera hubiera solicitado el saneamiento del error advertido. Esa era la oportunidad para formularlo, y no afirmar que se modificó la acusación.

Dijo que en dicha audiencia no hubo duda acerca del lugar que ocupó el imputado, quedó claro que la ubicación de la mencionada plaza se encuentra flanqueada por las calles Cerro Catedral, al este, la calle

Moquehue, al norte y una que es 'cortada', al sur. Agregó que en ese marco de discusión, la Defensa trató de mantener esa confusión, cuestión que puede considerarse dentro de la estrategia de parte, pero de ninguna manera concebirse que el Tribunal de Juicio 'compre' esa versión. Ello, a su modo de ver, importó un caso de deslealtad procesal de parte de la Defensa de Oyarzo. Es más, según dijo, la Defensa intentó permanentemente llevar confusión con relación a la calle Moquehue en la audiencia de control de la acusación, mientras esa Fiscalía volvió sobre el tema y claramente señaló que se encontraba no en la cortada, sino al sur de la calle Cerro Catedral, pasando la calle Cacique Calfulcurá.

Se preguntó la Fiscalía ¿ello obstaculizó el derecho de defensa?; ¿le impidió a esa parte ofrecer su prueba? Evidentemente no. Luego agregó que presentó prueba y alegó como su teoría del caso, manifestando que su defendido no estaba en ese lugar 'precisado' por el Ministerio Fiscal a esa hora, ofreciendo prueba en esa dirección.

Expresó el impugnante que durante todas las entrevistas preliminares fue el testigo Donatti quien ubicó al acusado Oyarzo en el lugar indicado por esa fiscalía. Así lo manifestó en dos entrevistas previas, una ante la Fiscalía y otra ante la Defensa Pública. Al testigo Donatti se le pidió realizar un croquis en Google maps y ubicó a Oyarzo parado en el lugar que se dijo en la acusación. Dijo que el Defensor Vaccaro ofreció esa entrevista para el juicio.

Es más, en la pericia realizada por el Lic. Lepén, éste determina un cono (en la trayectoria del proyectil) y concluye que ello tiene relación con lo dicho por el testigo Donatti. Firmó que antes de la audiencia de

control la defensa tuvo acceso a dicha prueba y que se le mandó la información por mail.

Al volver sobre su argumentación, afirmó el Fiscal que hubo efectivamente un error en el escrito de acusación, pero ello fue salvado en la audiencia de control de la acusación y el Tribunal de Juicio resolvió sin haber visto esa audiencia; afirmando luego que tampoco escuchó el alegato de apertura, aun cuando éste no constituya prueba. Dijo que a Oyarzo se lo ubicó en ese lugar, donde se hizo la acusación, desde la formulación de cargos, 'al sur de la calle Cerro Catedral, pasando la calle Cacique Calfulcurá'.

Reiteró que la sentencia resultaba arbitraria, porque el Tribunal de Juicio copió el hecho descrito en el escrito de acusación (Art. 164 CPP) y no reparó en la subsanación realizada por esa Fiscalía en la oportunidad de la audiencia de control de la acusación (Art. 168 CPP). Dijo: el hecho ocurrido en circunstancias que el imputado se paró en medio de la plaza pública. Reiteró que en la sentencia se dice algo que no se dijo en el alegato de la Acusación. Fue el propio defensor, el Dr. Vaccaro, quien intentó volver a inducir al error, al alegar respecto de la violación del principio de congruencia en el alegato de apertura, y finalmente obtuvo una decisión que lo favoreció.

Sostuvo que resultó inconcebible que el Tribunal de juicio haya dejado desarrollar el debate, por cuanto de haber visto los videos, pudo evitar esa situación y subsanado el error. No obró de ese modo, sino que hizo lo más simple, no resolvió, acogió la 'violación' al principio de congruencia, y no dictó sentencia respecto de la responsabilidad atribuida al imputado, a pesar de haberse realizado íntegramente el juicio.

En suma, la sentencia transcribió mal la acusación de esa Fiscalía y luego se expidió sobre la violación al principio de congruencia. Dijo que eso no impidió a la Defensa ofrecer prueba. De allí que afirmar después que no se pudo garantizar de ese modo el derecho de defensa, no se ajusta a la realidad. En aquel momento no el defensor no intentó resolver las supuestas contradicciones, ejerciendo el derecho al contrainterrogatorio.

Dijo que en la sentencia se hizo una recomendación a la Fiscalía respecto de la declaración del testigo Donatti, relativa a no hacer declarar a una persona que al menos podría haber incurrido en el delito de abuso de arma, y de no realizar este tipo de acuerdos con el testigo. Sin embargo negó tal acuerdo, y que de haber existido el mismo, ello podría haber impactado en la credibilidad del testimonio.

Dijo que la jueza Malvido infirió que había un Acuerdo con el testigo, sin embargo ello no implica que el testigo mienta. A su modo de ver es indudable que fue la única valoración que hizo el tribunal de juicio de todo lo que pasó en el debate.

Finalmente estimó que el hecho que el imputado se encontrara a veinte centímetros atrás o adelante no cambia la circunstancia de modo alguno. Dijo que se trató, como lo anticipó esa Fiscalía, de un error subsanado en la audiencia de control de acusación cuando dijo que se encontraba 'en medio de la plaza' y se corrigió. Que fue la Defensa la que intentó llevar confusión al juez de garantías, el Dr. Muñoz, quien firmemente dio por cerrada la discusión, diciendo 'se entendió dónde estaba Oyarzo', sin

dejarse de destacar que la teoría del caso de la Defensa particular fue: 'mi cliente no estaba en ese lugar'.

Se preguntó el señor Fiscal ¿dónde se habría afectado el principio de congruencia? Y respondió: primero, la sentencia fuerza el concepto del principio de congruencia, bajo un excesivo rigor formal propio del sistema procesal anterior, las reglas del nuevo Código establecen la oralidad y la subsanación de los errores –art. 98- por lo que no se ha violado el derecho de defensa. Segundo, porque era conocida esa circunstancia por la Defensa de Oyarzo y en definitiva la sentencia no resolvió la cuestión de fondo, que era la responsabilidad penal atribuida, es decir determinar si el acusado es responsable o no del hecho juzgado.

Por todo ello solicitó la anulación de la sentencia, y se reenvíe a un nuevo juicio con otra integración.

III. Oportunamente el Defensor sostuvo que el recurso intentado por la fiscalía resultaba inadmisibles. Al respecto afirmó que el art. 237 inciso 1° del CPP viola la Constitución Nacional y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al permitir al Fiscal interponer un recurso contra una sentencia absolutoria. Consideró que asimismo viola la garantía contra el doble juzgamiento, en razón de que el recurso del fiscal tiene como objetivo lograr que Oyarzo sea nuevamente juzgado por el mismo hecho por el que ya lo fue.

En abono a su postura citó el fallo 'Sandoval' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostuvo que en dicho caso, el Máximo Tribunal hizo lugar al recurso de queja, al haber sido rechazado el recurso

extraordinario federal interpuesto por la Defensa ante el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, dictándose pronunciamiento absolutorio.

En igual sentido otro precedente, esta vez, de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal “Kang Yung Soo”. En ese caso se había ordenado realizar un nuevo juicio y no se hizo toda vez que, al interponerse el recurso federal, la Corte Suprema expresó que el ministerio público fiscal no puede exigir que se haga un nuevo juicio. También mencionó un fallo contra Jorge Rafael Videla del año 2003. En dicho caso fue juzgado y la Defensa planteó que no podía nuevamente ser sometido a juicio porque ya lo había sido, en el llamado ‘juicio a las Juntas’. Debe tratarse del mismo hecho, sin tener en cuenta que se haya concluido o no la investigación. Mencionó el considerando siete del voto del Dr. Petracchi y considerando doce, del voto del Dr. Maqueda. Si bien rechazó el recurso lo fue porque esos hechos no habían sido conocidos a esa fecha.

Refirió además que en tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 26 de septiembre de 2006, estableció que el ‘ne bis in ídem’ no es un derecho absoluto y no resulta aplicable, cuando, 1) hay ‘violación a los derechos humanos... 2) el procedimiento no fue instruido y 3) no hubo la intención real de no someter al procesado a la acción de la justicia. Se puede flexibilizar en el caso de violación a los derechos humanos.

Al volver sobre el punto, el defensor sostuvo que no se da el presupuesto exigido por el art. 237 inc. 1º del CPP, un supuesto de

arbitrariedad de sentencia que habilite que Oyarzo sea sometido al riesgo de afrontar un nuevo juicio.

Consideró a su vez que podría llegar a decirse que no se da la exigencia del art. 241 inciso 2º, al establecer el precepto legal de referencia “si hubiera pedido una pena mayor a los tres años de prisión”. Si la persona fue absuelta, como ocurrió en el presente caso, nunca el ministerio fiscal podría llegar a requerir pena. Esto tomando la misma como pena en ‘expectativa’.

Por todo ello solicitó se declare la inadmisibilidad del recurso de impugnación deducido por el señor Fiscal.

Para el caso de que se entienda que el recurso ha cumplido con las exigencias de admisibilidad, el análisis de los planteos para probar la arbitrariedad, no han de prosperar, debiendo en consecuencia rechazarse el recurso y confirmarse la sentencia dictada.

En el presente, interesa lo ocurrido a partir del alegato de apertura a juicio y el debate. El agravio se concreta en el alegato de apertura a juicio.

El punto es, si en el debate de apertura a juicio y si hasta ese momento se había cumplido el principio de congruencia o no. Esa parte expresó que ‘se ha violado el principio de congruencia’ en el minuto 12:50 de la audiencia de juicio del 23 de noviembre de 2015 (video 2). Entendió que el ministerio fiscal violentó dicho principio, cambiando la ubicación del tirador, en función de que ese tirador en esa posición pudiera efectuar el disparo mortal. El

tribunal conocía que había un problema de congruencia, debía hacerlo y esa Defensa no puede obligarlo a que difiera el tratamiento de dicha cuestión.

Sostuvo que el documento de acusación es el único elemento que este código exige que debe hacerse por escrito, en lo demás, el proceso es totalmente oral.

Agregó el Dr. Vaccaro que en este escrito de apertura a juicio “punto 3, hechos, dice: en la intersección de las calles... allí el acusado Diego Oyarzo se paró en medio de una plaza pública y efectuó disparos con un arma de fuego”. Ello está en el escrito, por lo que es la Fiscalía no la Defensa quien habla de un error material en la ubicación del imputado en el hecho. Por otra parte en la audiencia del art. 168 el fiscal dijo (minuto 02:43) “el acusado junto con Bimbo, se encontraban en la calle Cerro Catedral y Lago Argentino, en ese momento, Oyarzo efectúa con la misma, once disparos”.

Manifestó que ello no es lo mismo que decía el escrito de acusación, ni es lo mismo que sostuvo del ministerio fiscal al iniciarse la audiencia de juicio el 23 de noviembre de 2015. No es cierto que se estaba discutiendo y tenía correlato con las audiencias anteriores, ya se había violado el principio de congruencia, nada se podía hacer.

El Dr. Vaccaro describió que cuando se formularon los cargos la fiscalía ‘ubicó a Oyarzo en la calle Cerro Catedral y Lago Argentino’. Luego lo ubicó en Cerro Catedral y Moquehue y más adelante, en medio de la plaza pública. Luego lo vuelve a ubicar calles Cacique Calfulcurá y Cerro Catedral. El Dr. Vaccaro agregó que en la audiencia del art. 168 del CPP la fiscalía dijo (minuto 01:25) ante el juez Muñoz que el imputado se encontraba

en la intersección de calles Cerro Catedral y Moquehue. Durante la audiencia la defensa le pidió aclarara en cuál de esos dos lugares estaba, y el fiscal dijo que se encontraba Cerro Catedral y Moquehue.

Agregó que al abrirse la audiencia de juicio (minuto 03:50 del video 2 del 23-11-2015) el fiscal afirmó: ‘en un determinado momento Donatti se va a ubicar en medio de la arteria, pero más precisamente sobre la calle Calfulcurá. Ello da por tierra con lo dicho respecto de donde estaba Oyarzo. Dice Donatti sobre Cerro Catedral y Moquehue, más precisamente en Cerro Catedral con Calfulcurá. Si la víctima estaba en ese lugar, es obvio que mi asistido no podría encontrarse en ese lugar”.

Dijo que a su vez, en el alegato de cierre, la prueba ubica a la persona a mitad de cuadra entre Moquehue y Cerro Catedral. En ese lugar nunca el ministerio fiscal había ubicado a la persona que efectuaba los disparos.

Consideró que, como pudo verse, el ministerio fiscal fue cambiando las posiciones que había ubicado a Oyarzo y la última ubicación nunca la había informado a esa Defensa. Manifestó que tampoco surgía de la pericia que menciona la Fiscalía. A través de esa pericia se habla de treinta y cinco metros. Aclaró que esa es la esquina de Cerro Catedral y Calfulcurá donde estaba Donatti.

En suma, consideró que lo que está en discusión es si la sentencia es correcta. La acusación quedó plasmada ‘en la intersección de las calles Moquehue y Cerro Catedral, conforme el tribunal de juicio lo observara. A su criterio la Fiscalía mutó dicha circunstancia. La afirmación la hizo el

ministerio fiscal ratificando lo que dijo en la apertura de la audiencia, que estaba en la intersección de Cerro Catedral y Moquehue.

La defensa argumentó que, a mayor abundamiento, se puede advertir que en el acta de la audiencia de control de acusación quedó plasmado que la Fiscalía sostuvo que el imputado estaba en la calle de Cerro Catedral y Moquehue.

Dijo que el tribunal afirmó que la fiscalía ubicó al imputado en la misma posición en la que ubica al testigo Donatti, en la intersección de las calles Cerro Catedral y Moquehue.

A su modo de ver todo se trata de que el fiscal no comparte la interpretación que realizó el tribunal, y ello no puede ser motivo para someterlo a Oyarzo a un nuevo juicio.

El cambio de ubicación del imputado no fue la única irregularidad, ya que la fiscalía en la acusación sólo mencionó a Oyarzo en el hecho, aunque luego dijo durante el juicio que Daniel Limón, ofrecido como testigo por la defensa, también habría participado de los disparos, pretendiendo así desbaratar la estrategia de defensa. En la audiencia de debate, al ser consultado el Fiscal sobre esta cuestión dijo: “Limón está imputado en la causa”, a pesar de que nada dijo al respecto en la audiencia de control de la acusación. A pesar de ello no explicó como uno de los imputados no apareció en la descripción del hecho.

El fiscal finalmente acusó a Oyarzo de que estaba en Cerro Catedral y Calfulcurá y luego dijo, a mitad de cuadra, a unos 30 metros. La Fiscalía acusó por una cosa y probó otra.

Por todo ello, solicitó se ratifique la sentencia de absolución.

IV. Se le concedió la palabra al Fiscal para que responda acerca de la presunta violación al principio 'ne bis in ídem', y reiteró los conceptos ya vertidos con anterioridad. Señaló "hubiera sido útil se admitiera la prueba ofrecida por esa parte" refiriéndose a un croquis que no se admitió como prueba.

Reconoció que hubo un error en el escrito de 'acusación', el que, según él, fue subsanado en la audiencia de control de la acusación.

Dijo que "en lo que hace a la cuestión del 'non bis in ídem', se trata de un problema grave ya que Oyarzo no fue juzgado; se celebró un juicio y no hubo juzgamiento al hecho que la Fiscalía llevó".

Manifestó que en la sentencia se afirmó que se violó el principio de congruencia, y que por ello no lo juzgaron, no se expidieron sobre su culpabilidad o inocencia. No hubo un juicio de responsabilidad. Dijo que, más allá de que no se está hablando de que va a ser juzgado dos veces, consideró que en el caso, el Tribunal de Impugnación puede aplicar la llamada 'casación positiva'. Consideró que está habilitado a hacerlo atento estar filmada toda la audiencia.

Cuestionó la jurisprudencia citada por la defensa 'Videla' y 'Sandoval', y sostuvo que en realidad la Corte Suprema no los abrió esos recursos, agregando que en el segundo, el precedente del Máximo Tribunal, provocó la modificación del código procesal penal de Río Negro. Asimismo sostuvo que en el caso 'Zerdán' de la vecina provincia de Río Negro, luego de

ser absueltos los imputados, fueron nuevamente sometidos a juicio, el que se está sustanciando en la actualidad.

V. Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados, resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en segundo término el **Dr. Héctor Rimaro** y por último el **Dr. Héctor Dedominichi**.

CUESTIONES:

I. ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la fiscalía?, II. ¿Es procedente el mismo? y en su caso, III. ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, IV. ¿A quién corresponde la imposición de las costas?.

VOTACIÓN:

I. **A la primera cuestión el Dr. Andrés Repetto, dijo:**

El recurso fue presentado en término, contra una sentencia definitiva que pone fin al caso judicial y, en principio, por parte legitimada para ello (Arts. 227, 233 y 241 inc. 2 CPP). El impugnante alegó que se trata de una sentencia arbitraria por haber existido una interpretación absurda de los elementos que constituyeron la acusación por parte del Tribunal a-quo (Art. 237 CPP).

Sin perjuicio de ello la defensa introdujo una cuestión que, si bien ha sido ya tratada in extenso en la doctrina y en la jurisprudencia, resulta relativamente novedosa en el marco de la vigencia del nuevo sistema

procesal penal, en relación a la admisibilidad o no de un recurso interpuesto por la fiscalía contra una sentencia absolutoria.

En esencia la defensa consideró que, por aplicación de la garantía constitucional contra la múltiple persecución penal *–ne bis in ídem–* no puede admitirse un recurso de la parte acusadora contra una sentencia absolutoria que ha beneficiado al imputado, toda vez que ello implicaría *–en caso de que se hiciera lugar a éste–* reconocer la posibilidad de que una persona pueda ser juzgada dos veces por la misma conducta reprochada.

Al respecto he sostenido con anterioridad (in re: “Q., D. E. s/ abuso sexual” legajo 73/14, sentencia TI 117/2014 *–voto en minoría–*; “GONZÁLEZ SAD, Antonio MANCUSO, Norberto s/ adulteración de documento y estafa”, legajo OFINQ 650, sentencia TI 121/2014, *–voto de la mayoría–*, entre otros) que cuando se dicta la nulidad de una sentencia por razones ajenas a la conducta procesal del imputado, no corresponde disponer el reenvío del caso para la sustanciación de un nuevo juicio, sino disponer su absolución, por aplicación de la garantía contra la múltiple persecución penal, ello en ejercicio del control de constitucionalidad que la ley adjetiva impone a los jueces (Art. 229 CPP).

Si bien en el presente caso no se trata de evaluar la eventual nulidad de una sentencia condenatoria, sino de valorar la alegada arbitrariedad y consecuente nulidad de una sentencia absolutoria, ello de ninguna manera modifica sustancialmente el alcance de las garantías que aquí se encuentran en juego.

A mi modo de ver es evidente que el reenvío de un caso para la realización de un nuevo juicio importa afectar la *garantía constitucional que protege contra la múltiple persecución penal* y los principios de *progresividad y preclusión*, expresamente incorporados a nuestra legislación procesal, la que no hace más que regular en el derecho adjetivo garantías expresamente reconocidas en la constitución provincial.

Al respecto corresponde decir que el artículo 2 del código procesal penal (ley 2784) establece que *nadie puede ser **perseguido penalmente por el mismo hecho más de una vez**, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias*. Agrega luego que **no se podrán reabrir los actos fenecidos**, salvo los casos de revisión de sentencia a favor del condenado. Ello se complementa con lo dispuesto en el artículo 15 del mismo cuerpo legal el que establece que *la sentencia debe ser definitiva, absolviendo o condenando al acusado*.

Como ya sostuve, esta norma no hace más que reglamentar la garantía constitucional establecida en el artículo 64 in fine de la Carta Magna provincial, la que expresamente establece que ***nadie puede ser encausado dos (2) veces por un mismo hecho delictuoso***, agregando que ***la sentencia en causa criminal debe ser definitiva absolviendo o condenando al acusado***. Se puede apreciar sin el menor esfuerzo que lo establecido por la constitución es exactamente lo mismo que regulan los mencionados artículos 2 y 15 del CPP.

Este conjunto normativo determina un ámbito de aplicación de la garantía contra la múltiple persecución penal aún más amplio

que los estándares que surgen de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos incorporados a ésta –artículo 75 inc. 22 CN-.

La garantía *ne bis in ídem* surge de forma implícita del artículo 33 de la Constitución Nacional, y en forma positiva de los artículos 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El alcance de esta garantía -en el marco de ese plexo normativo-, se circunscribe a la prohibición de reabrir procesos penales concluidos por sentencia firme a excepción, claro está, del recurso de revisión de sentencia a favor del imputado. Es decir que el reenvío se encuentra prohibido en la medida en que exista una *sentencia firme* o, dicho de otro modo, no está prohibido si la sentencia no adquirió el carácter de firme o de autoridad de cosa juzgada.

Como dije, la prohibición de múltiple persecución penal en la provincia del Neuquén tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio porque impide, en primer lugar, que una persona sea **encausada** dos veces por un mismo hecho (Art. 64 Const. provincial) o **perseguida penalmente** por el mismo hecho más de una vez (Art. 2 CPP). Es decir que lo que se impide en la provincia del Neuquén por imperio constitucional es el acto jurídico de sostener -en más de una oportunidad- una acusación por un mismo hecho, sin que se exija la existencia de una *sentencia firme*.

Además, y como lógica consecuencia de lo anterior, se dispone que la *sentencia* en causa criminal debe ser *definitiva absolviendo o condenando al acusado* (Art. 64 in fine Const. provincial), prohibiendo reabrir

los actos fenecidos (principio de preclusión), con la obvia excepción de los casos de revisión de sentencia a favor del condenado (Art. 2 CPP).

En definitiva para que proceda esta garantía (*ne bis in ídem*), conforme nuestra Constitución provincial y código procesal penal, no es necesaria la existencia de una sentencia absolutoria firme, quedando prohibida la reapertura de los actos procesales fenecidos o, lo que es lo mismo, retrotraer el caso a etapas procesales ya superadas, como es el juicio en sí mismo.

Es importante poner de resalto que en el presente caso, aun cuando hipotéticamente se revisara el fondo de la cuestión plantada como reclama el fiscal, y eventualmente se advirtiera que éste tenía razón para considerar que la sentencia resultaba arbitraria, esta circunstancia de cualquier manera no admitiría que el imputado cargara con las consecuencias de la nulidad de la sentencia y el reenvío, en razón de que él no ha concurrido a causar esa supuesta nulidad (de hecho la absolución ha sido dispuesta por la violación al principio de congruencia en la que habría incurrido el propio fiscal), ni se ha afirmado la existencia de prevaricato, o de algún tipo de trato espurio entre los jueces y alguna de las partes a partir del cual se admita considerar que la sentencia absolutoria se sostiene en una mera apariencia de legalidad ya que en verdad no existió un auténtico riesgo para el imputado de ser condenado. Disponer el reenvío, sin que existan los supuestos excepcionales mencionados, implicaría lisa y llanamente someter al imputado a juicio nuevamente, persiguiéndolo por segunda vez y por la misma conducta o, si se quiere, encausándolo dos veces por un mismo hecho delictuoso, violando de esa manera la garantía contra la múltiple persecución penal *-ne bis in ídem-* y

el principio de preclusión procesal. Como dije, las únicas excepciones que pueden admitirse a la aplicación de esta garantía lo constituyen el supuesto en el que la nulidad de la sentencia se deba a la propia actividad procesal del imputado, o al supuesto de que hubiera existido una ficción jurídica a partir de la cual se comprobara que, como consecuencia de una actividad ilícita de las partes o de los jueces, el imputado en realidad nunca estuvo frente a un riesgo real de condena por los hechos reprochados. Sólo en esos casos se admitiría el reenvío sin violentar por ello la garantía constitucional indicada. Es obvio resaltar que ninguna de estas dos excepciones se da en el presente caso, ya que ninguna de las partes así lo indicó.

Por otra parte, y más allá de las claras disposiciones de la Constitución provincial (Art. 64) y del Código Procesal Penal (Arts. 2 y 15), considero que no surge de la normativa procesal una expresa autorización para la sustanciación de un nuevo juicio por vía del reenvío, en supuestos en los que el inculcado haya sido absuelto. Si bien el artículo 247 del CPP autoriza el reenvío, no surge con absoluta claridad que ese supuesto sea admitido frente a una sentencia absolutoria. De lo contrario se le estaría permitiendo al Estado - en ejercicio de su amplio poder punitivo- enmendar los eventuales errores que lo llevaron a dictar la absolución –como en el presente caso frente a la violación al principio de congruencia-, sumado al hecho de que resultaría inexplicable la contradicción que existiría entre los artículos 2 y 15 del CPP por un lado, y el artículo 247 del mismo código por el otro. Si se admitiera sin más en todos los casos de nulidad de sentencia el reenvío para la sustanciación del nuevo juicio

que sentido tendrían los artículos 2 y 15 del CPP, y en especial el artículo 64 de la Constitución provincial.

Además no puede obviarse el hecho de que el imputado ya soportó los costos materiales e inmateriales del juicio, y no corresponde que deba soportarlos por segunda vez, como consecuencia de actos procesales irregulares producidos exclusivamente por la actuación del Estado –en el caso de autos, por el fiscal-.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la garantía contra la múltiple persecución penal y los principios de preclusión y progresividad en varias ocasiones.

Algunos de los precedentes más importantes resueltos por la Corte Suprema son los fallos “**Kang, Yoong Soo**” (K 121 XLIV) en el que a su vez se remitió al caso “**Sandoval, David Andrés**” (S 219 XLIV), y los fallos “**Alvarado**” (disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, 321:1173), “**Olmos**” (considerando 17 del voto del juez Petracchi, 329:1447), “**Polak**” (P 259 XXXIII) y “**Lagos Rodas**” (330:4928).

En el caso “**Olmos**” el Juez Petracchi dijo: *“Que no puede sostenerse, en contra de lo expresado, que la nulidad de la sentencia y la consiguiente realización de un nuevo debate fue provocada por la propia defensa como consecuencia de su recurso contra la condena, en la medida en que éste se dirigió a invalidar la sentencia, lo cual implicaba, necesariamente, que se volviera a realizar la audiencia oral, como presupuesto de validez de una nueva decisión. Pues de ese modo se pierde de vista que la primera sentencia fue declarada nula por deficiencias esenciales en su fundamentación,*

es decir, por una nulidad instituida en beneficio del imputado. Por lo tanto, **no es posible, a fin de poder corregir los defectos de la sentencia anterior, y poder llegar, esta vez sí, a una condena válida, someter nuevamente al juicio al imputado, ya que ello significaría concederle al Estado una ‘nueva oportunidad’ que el principio de non bis in ídem prohíbe** (conf. Fallos 321:2826 caso “Polak” –voto del Juez Petracchi). Dicho en otras palabras: **si la sentencia era nula por haber violado el derecho de defensa de los imputados, la consecuencia del reconocimiento de la lesión a esa garantía no podría ser la autorización de un nuevo intento de condenarlos.**

Que, por lo tanto, **al ordenarse la reiteración del debate se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, y se produjo un apartamiento de las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal que ocasiona la nulidad absoluta de dicho acto y de todo lo actuado en consecuencia...”.**

En el precedente “**Polak**” (P 259 XXXIII) la Corte estableció que la imposibilidad de retrotraer el proceso a etapas ya superadas encuentra como excepción el supuesto en el que “...*la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado, por lo que corresponde valorar si en el sub lite, la decisión adoptada por el a quo ha incurrido sin falta de aquél...*”.

Salvada la excepción, la Corte sostuvo en ese precedente “...*que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena*

por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleva a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aún siendo inocente sea hallado culpable (Conf.. citas en Fallos: 3010:2845, disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué)...”.

En el caso “**Lagos Rodas**” dijo: “...**La prohibición de la doble persecución penal no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho...**” (L. 309. XLIII; RHE “Lagos Rodas, Jonathan y otro s/robo en poblado y en banda” -causa N° 3599-, 04/12/2007, T. 330, P. 4928). (En todos los casos la negrita me pertenece).

Esta interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sustentada en la aplicación de principios y garantías constitucionales resulta, a mi modo de ver, muy clara respecto de la imposibilidad de someter a un segundo juicio a una persona ya juzgada, y cuya sentencia fue nulificada por causas que no le son atribuibles –sin importar si fue declarada culpable o inocente-, en razón de que ello violaría la garantía que impide la múltiple persecución penal. Esa garantía no se ha visto modificada por la entrada en

vigencia en nuestra provincia de un código procesal acusatorio, sino que, por el contrario, la redacción de los artículos 2 y 15 del CPP resultan una fiel reproducción de lo dispuesto por el artículo 64 de la Constitución provincial.

Destacada doctrina ha compartido esta interpretación de la garantía contra la múltiple persecución penal. Julio Maier, por ejemplo, ha sostenido que *“...la importancia moderna del principio y toda su elaboración jurídica reside en su significado como garantía de seguridad individual, propia de un Derecho Penal liberal, de un Estado de Derecho. A pesar de que no parece que el principio fuera desconocido en la antigüedad¹...*

*...Se ha concordado en que **la fórmula correcta debe impedir la múltiple persecución penal, simultáneamente o sucesiva, por un mismo hecho.** Va de suyo que ella no inhibe el recurso de revisión, por condena injusta, a favor del reo: las garantías sólo juegan a favor, no en contra, de quien sufre el poder penal del Estado, y revisar la condena para lograr la absolución o una sanción más benigna no significa perseguirlo penalmente, sino, por el contrario, concederle otra oportunidad para fundar su inocencia o, al menos, la aplicación errónea del poder penal.*

‘La idea fundamental... es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad²’...’³.

¹ Maier, Julio; Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Ed. Del Puerto, 2º edición, p. 595.

² Cita de la Corte Suprema EE.UU *Quirin*, 1942, US vol. 317, ps 43 y s., en *Fallos CSN*, t. 298, p. 736, dictamen del Procurador General, p.745.

En razón de los fundamentos esgrimidos considero que en el presente caso le asiste razón a la defensa y en consecuencia el recurso de la fiscalía debe ser declarado inadmisibile, toda vez que no se ha alegado que el mismo proceda en razón de existir alguno de los supuestos excepcionales que admite habilitar la revisión de una sentencia absolutoria (que la nulidad se deba a la propia actividad desplegada por el imputado, o que la sentencia absolutoria fue dictada como consecuencia de actos ilegales desplegados por alguna de las partes o los propios jueces, y que éstos hayan tenido por finalidad generar la apariencia de un juicio penal en el que en realidad nunca existió un riesgo cierto de condena contra el imputado). Siendo ello así, fuera cual fuera el resultado de la impugnación deducida por el fiscal, no corresponde el reenvío del caso para la sustanciación de un nuevo juicio por constituir ello una evidente violación a la garantía contra la múltiple persecución penal (Arts. 18 y 33 CN, 64 de la Const. Prov., 2 y 15 del CPP).

En función de todo lo dicho devienen abstractos el resto de los agravios pronunciados, atento la solución propuesta al caso, por lo que no corresponde su tratamiento.

Tal es mi voto sobre la primera cuestión.

El Dr. Héctor Rimaro, dijo:

El tema del recurso fiscal contra la sentencia absolutoria - planteado en el presente caso- ha dado lugar a posturas tan respetables como disímiles. Esta particularidad sobre la materia fue expresamente reconocida por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia en "González Sad" (Acuerdo N°

³ Ob. Cit., p. 602.

2/2015), ocasión en la que confirmó el decisorio adoptado por mayoría del Tribunal de Impugnación por no emerger del mismo arbitrariedad, aunque no hubo concreto pronunciamiento respecto a la temática presentada aquí en orden a la admisibilidad formal.

Compelido por adoptar una posición al respecto comulgo con la idea del reconocimiento, no tanto como derecho del Ministerio Público Fiscal sino como deber del Estado de tutelar derechos humanos en una concepción laxa, comprensiva también de los derechos de la víctima y, en casos de registro de muerte de la misma, en función de lo prescripto por el art. 60, primer párrafo del CPP, de las personas en esa norma enunciadas.

La debatida cuestión encuentra inmediata y positiva respuesta en el ordenamiento procesal penal de la provincia cuando el art. 241, inc. 2º del Digesto Adjetivo otorga legitimación al fiscal para impugnar la sentencia absolutoria, aunque con una condición que se registra en el caso de marras (que se hubiera requerido pena superior a tres años de privación de libertad) y otro en hipótesis de juicio por jurados (que se soslaya aquí por no resultar evidentemente de aplicación al caso en trato).

El reparo central desde lo normativo finca en que la consecuencia del acogimiento de la pretensión contenida en el recurso fiscal proyecta a la ordenación de reenvío y nuevo juicio (cfr. art. 247 del CPP), con lo cual se estaría violando la garantía del *nen bis in ídem* (contemplada en el art. 2, *ibidem*).

Interpreto que el temperamento exteriorizado por el legislador neuquino en las normas citadas, más allá que pueda tenerse una

visión contraria sobre el tema, es claro. Por otra parte, no se advierte colisión interna en la sistemática del plexo de normas procesales que gobiernan la materia ni, tampoco, contradicción desde el punto de vista constitucional.

La Carta Magna de la Provincia de Neuquén en lo que a esa garantía atañe, expresamente reza: "Nadie podrá ser encausado dos (2) veces por un mismo hecho delictuoso..." (art. 64). El giro "encausado dos veces" implica, en una razonable concepción semántica, conteste ella con una interpretación armónica del conjunto de normas estatuidas por el constituyente, someter a una persona a nueva causa o proceso. Cabe decir, entonces, que lo que está vedado es que una vez que una persona ha sido juzgada por un hecho delictuoso no puede, por el mismo hecho, abrirse una nueva causa o proceso para juzgársela nuevamente. Pero, claramente, no es lo que exhibe el caso de marras, toda vez que Diego Omar Oyarzo fue sometido a un juicio y absuelto, pronunciamiento que fue impugnado en término, por ende, no firme, a resultas de lo cual cabe la posibilidad que se anule el pronunciamiento impugnado y, reenvío mediante, se realice un nuevo juicio. Empero, en esta situación dada, dable es aseverar que ese eventual nuevo juicio no implica nueva causa o nuevo proceso, sino el rehacer un acto anulado -por haber perdido todo efecto jurídico- dentro del mismo proceso judicial. La anulación, el reenvío y la realización de un nuevo juicio deben ser considerados pasos necesarios o alternativas surgidas dentro de un mismo proceso penal.

Tampoco se verifica colisión entre lo previsto por el art. 241 inc. 2º del CPP con prescripciones de rango superior, conforme pirámide de supremacía normativa. Concretamente con prescripciones de orden

supranacional con rango constitucional contenidas en el art. 75 inc. 22 de la Ley de Leyes. En efecto, si bien es cierto que no se desprende en forma explícita en los documentos que integran el bloque supranacional la potestad del fiscal de recurrir sentencias absolutorias, no es menos veraz que no surge tampoco una prohibición sobre el particular.

Paradigma de lo expuesto es lo que sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando en el art. 8º, párrafo 2º, inciso h, establece en lo que al punto interesa que: "...Durante el proceso, toda persona tiene derecho... a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Regulación similar encontró acogida en el art. 14, inciso 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre el particular. Ya en el precedente "Arce" (Fallos: 320:2145), acudiendo al preámbulo y al art. 1º de la Convención Americana, sostuvo que la palabra persona, acuñada en la disposición transcripta, sólo alcanzaba a personas humanas. Con lo cual, en esta primera aproximación para descifrar el alcance de la prescripción, menester es concluir que no tendría aptitud el Ministerio Público Fiscal para ejercer actividad recursiva ante un fallo contrario a su interés. No obstante, el Cíbero Tribunal Nacional dejó sentado algo que, con el tiempo, iría cobrando mayor significación, tal como que las garantías emergentes de los tratados de derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Visión que reitera cuando en "Ekmedjian" (Fallos: 218:56) sostuvo, con apoyatura en la Opinión Consultiva 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

que los Estado asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". A su vez, es trascendente que en "Arce" la Corte Suprema destacó que el objeto y fin del bloque único de legalidad supranacional es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos y, si bien existe incuestionablemente con expreso reconocimiento el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sea sometido al contralor de un tribunal superior, sentó doctrina de que ello no representa obstáculo para que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho al Ministerio Público Fiscal como órgano del Estado.

Esto último por qué debe ser así? Porque el Estado, en el marco de los instrumentos de derechos humanos incorporados a nuestro derecho con rango constitucional, posee deberes, no derechos, para con sus habitantes. Y tanto lo son las personas inculpadas de ejercicio de conductas delictivas como quienes ocupan el rol de víctima de las mismas, integrantes de la sociedad toda. Al derecho de unos y otros tiene obligación de brindar protección el Estado. Esta idea se desprende claramente expuesta por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia en "G., F. D. s/ Abuso sexual..." (Ac. 40/11), cuando entre otros interesantes pasajes por demás ilustrativos, con cita de la Corte Suprema de la Nación, dijo (text): "...La garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional ampara a toda persona a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que asuma el carácter de querellado o acusado, actor o demandado, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el

reconocimiento de un derecho, así fuera el de obtener la imposición de una pena y quien se opone a ello" (C.S.J.N., Fallos 268:266 y 299:17); añadiendo - en posición que la Suscripta comparte y hace propia (manifestaba la Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán)- que: "La garantía de la defensa en juicio en materia penal, no se reduce al otorgamiento de facultades por el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende -según los casos- a la provisión del Estado de los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor" (C.S.J.N., Fallos: 308:1557)... "Dicha tesis -proseguía este acertado pensamiento, desde mi interpretación- es precisamente la que se convalida con el acogimiento del recurso de casación fiscal y el reenvío dispuesto en los casos establecidos en la Ley Procesal, extremo que no se empaña con la genérica alegación de la afectación de la garantía que veda la persecución penal múltiple".

Sobre el particular el art. 14.7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento de cada país". El subrayado me corresponde y se pretende con él poner énfasis en una exigencia que no se registra en el caso en trato para que cobre virtualidad la prohibición. Claramente la impugnación fiscal, deducida en tiempo y forma, ha impedido que el pronunciamiento absolutorio adquiriera firmeza. Sólo hay firmeza cuando se vence el plazo previsto en la normativa local para ejercer la actividad

recursiva o impugnativa. No habiendo sentencia firme, conforme la disposición transcrita, no puede verificarse conculcación a la garantía del non bis in ídem. Similar redacción posee el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No escapa que un recurso o impugnación que se dirige contra una sentencia absolutoria traduce para el justiciable un mayor riesgo de resultar condenada, pero no puede soslayarse que el Estado debe otorgar protección al derecho de la víctima a la investigación y persecución de los delitos. Obviamente que este último reconocimiento provocará una afectación a la persona imputada, tanto como si a la víctima o a la sociedad como conjunto de individuos que conviven en una comunidad organizada no se les reconoce el derecho al acceso a la justicia y obtener de ello un pronunciamiento justo. Considerase que la opción entregada por el legislador local al Ministerio Público Fiscal -encontrándose vigente desde mucho tiempo atrás los mandatos constitucionales de la Provincia de Neuquén y de la Nación Argentina- no rompe el delicado equilibrio que debe procurar la debita tutela del derecho a la defensa en juicio del imputado y del derecho a la defensa en juicio de quienes lucen "prima facie" víctimas de su disvalioso comportamiento. El recurso fiscal no debe ser considerado entonces como una previsión instituida desde el Poder Legislativo que produce conculcación o violación a la persona imputada sino, antes bien, un medio de protección a los derechos humanos que también poseen los perjudicados por la conducta delictiva.

En búsqueda de mayor claridad sobre la cuestión en tratamiento, no puedo dejar de transcribir dos párrafos del pronunciamiento

citado del Tribunal Superior de Justicia local que tildo de sumamente contributivos en pos de la respuesta a dar. Se expresó en la ocasión que (text): "En cuanto al efecto que trae la nulidad (retrogradación del procedimiento..., es menester señalar que una interpretación... en el sentido de que el nuevo juicio no podría concretarse por perturbar la regla que impide la persecución penal múltiple llevaría a una exégesis no deseable desde varios puntos de mira: la primera... fincaría en que perdería todo sentido el instituto de la nulidad contemplado en todos los códigos procesales, en tanto jamás se podría condenar al imputado sin que se lesionase el mentado non bis in ídem, razonamiento que carece de sentido común, previsión y prudencia; en segundo lugar, porque despreocuparse del arribo a una sentencia justa al amparo de la garantía antedicha iría en desmedro del propósito de 'afianzar la justicia' enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, pues 'la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la justicia' (C.S.J.N., Fallos 249:37 y 302:1284); y, por último, porque una interpretación semejante tendería a dejar impune una gravísima ofensa penal...".

El Estado debe cumplir con el deber de investigar y sancionar presuntas conductas delictivas que socavan la vida social. Si se ha arribado a una sentencia absolutoria que es susceptible de ser considerada contraria a derecho o arbitraria, resulta racional y razonable que el órgano encargado de la persecución penal cuente con el medio necesario para procurar intentar, a través de la labor revisora de un Tribunal superior, remediar o subsanar tal situación. Por supuesto que la actividad estatal en la

consecución de ese propósito debe reconocer límites, los concretamente consignados por el legislador en el art. 241 inc. 2º del CPP y, en forma más genérica, en el art. 2º del Ritual. Límites que, reitero, en el caso en trato no advierto transgredidos.

La idea contraria a la postura que abrazo fue ingresada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Alvarado" (Fallos: 321:1173) a través de la minoría conformada por los Dres. Bossert y Petracchi, idea que reconoce génesis en la Corte Suprema de Estados Unidos y que, en prieta síntesis, exterioriza que no puede concederse al Estado, quien ha contado con todos los recursos y el poder, una nueva chance para reeditar su pretensión de condena. Dicho criterio fue reiterado por el Dr. Petracchi en "Acosta" (Fallos: 323:929). En "Kang" (año 2007), citado por el Dr. Vaccaro en audiencia, la Corte volvió a tocar el tema del non bis in ídem, pero no se pronunció sobre el fondo del asunto, sino que se circunscribió a ordenar que el punto debía ser abordado y resuelto en instancia de Casación. Por otra parte, cabe mencionar que la minoría en el precedente "Alvarado", tratando de justificar la que interpretaba violación al non bis in ídem, hizo alusión a la extensión temporal que implicaría retrotraer el proceso a etapas ya cumplidas, con lo cual se afectaría la dignidad humana; argumento este último que procuró robustecerse con la cita del precedente "Mattei". Sin embargo, corresponde recordar que en ese caso lo que se ventilaba era una extensión alarmante e inaceptable del proceso. Asimismo, esa postura minoritaria aludida abrevaba en la enmienda constitucional del double jeopardy, empero no puede dejar de manifestarse que la Corte norteamericana en casos de condenas dejadas sin efecto ha sostenido

que no se viola el double jeopardy cuando el acusado es llevado nuevamente a juicio por los mismos hechos ("United States vs. Ball", 163 US 662 -1896-).

Si perjuicio de lo expuesto, una motivación más me predispone a resolver a favor de la admisibilidad formal. Concretamente, aquella surge de tener presente lo que prescribe el art. 248 inc. 3º del CPP. Se dirá que esa es una norma regulatoria del control extraordinario de las decisiones jurisdiccionales y, obviamente, eso es así, pero no escapa que ella trasunta la voluntad del legislador en el sentido de unificar jurisprudencia. Y, en esa dirección, pone el acento en que la impugnación extraordinaria en el plano local capta supuestos en que la sentencia del Tribunal de Impugnación resulte contradictoria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal (pronunciamiento en caso "Zambrano", por ejemplo) o del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión (citado precedente "Quiroz"). Quede claro, no se trata de anular la libertad de pensamiento y de obligar a enarbolar criterios contrarios a las propias convicciones sino, a fin de evitar dispendio jurisdiccional y, con ello, preservar el principio de economía procesal, expedirse de consuno con la dirección en que se viene observando, sin perjuicio de dejar a salvo el personal criterio.

A esta altura interpreto haber fundado suficientemente mi posición. Por las razones apuntadas, queda claro que no comparto la apreciación de la esforzada defensa en cuanto sostiene que otorgar viabilidad formal a la impugnación fiscal contra sentencia absolutoria viola la Constitución Nacional y bloque de legislación supranacional con igual rango que aquella y, en particular, el principio de prohibición de la doble persecución penal.

Consecuentemente, propicio se admita formalmente la impugnación articulada por el Ministerio Público Fiscal.

El Dr. Héctor Dedominichi, dijo:

En la deliberación celebrada oportunamente, se arribó a una decisión por mayoría, con referencia a la admisibilidad formal de la impugnación interpuesta por el ministerio fiscal.

En consecuencia, me corresponde dirimir las posiciones encontradas de mis colegas, los Dres. Rimaro y Repetto respectivamente.

En pos de brindar una ajustada respuesta sobre el punto en discusión, he de acompañar al Dr. Rimaro y sostener que el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén tiene regulado, de modo taxativo, los supuestos en los que puede recurrir en impugnación el Ministerio Público Fiscal. En el supuesto traído a estudio –dictado de una sentencia absolutoria-. Así, en su artículo 237º. *“La sentencia absolutoria podrá impugnarse únicamente por el fiscal... por los siguientes motivos: 1. Arbitrariedad de la sentencia. 2. Apreciación absurda de las pruebas recibidas en el juicio”*. Seguidamente, el artículo 241º Legitimación del fiscal. *“Podrá impugnar las decisiones judiciales en los siguientes casos: 2. La sentencia absolutoria, si hubiere requerido una pena superior a los tres (3) años de privación de libertad”*. Como se aprecia, la Ley Procesal, por razones prácticas, ha impuesto a la parte acusadora (pública y privada) ciertas limitaciones objetivas al recurso de impugnación que no las tiene el imputado, restricción que por otra parte fue sostenida desde el plano constitucional en múltiples precedentes de este Cuerpo.

En contrapunto con lo anterior, es claro que si el Ministerio Público se encuentra amparado en alguna de las hipótesis recursivas ya indicadas, el derecho al recurso no puede ser válidamente restringido por este Tribunal, a menos que se reputen inconstitucionales los artículos que así lo prescriben. Ello así pues, como bien lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *“De acuerdo al principio primario de sujeción de los jueces a la ley, éstos no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad”* (C.S.J.N., Fallos 329:4688).

La inconstitucionalidad de la norma ritual no fue planteada por la Defensa en la oportunidad de ejercer su derecho de réplica (cfr. Audiencia del art. 245 del C.P.P.), detalle que no resulta menor en tanto una declaración de tal gravedad impone a quien lo pretende, según lo indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (C.S.J.N., Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros).

Es más, conforme la disposición contenida en el art. 229 del C.P.P. interpreto que aquella clausula adjetiva no deviene inconstitucional, al menos bajo pacífico principio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que establece que *“las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y*

que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (C.S.J.N., Fallos: 247:121; 314:424 y sus citas y 319:178, entre otros).Del voto de la Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán, Acuerdo N° 40 del 23 de junio de 2011, en los autos: “G., F. D. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL” -expte. n° 04-año 2009), del Tribunal Superior de Justicia.

Es, en función de los parámetros jurisprudenciales, que no advierto una evidente colisión entre el texto constitucional y la norma ritual, puesto que es doctrina consolidada del Máximo Tribunal Nacional que “*La garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional ampara a toda persona a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que asuma el carácter de querellado o acusado, actor o demandado, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho, así fuere el de obtener la imposición de una pena y quien se opone a ello*” (C.S.J.N., Fallos 268:266 y 299:17).

Con ello entiendo haber dado respuesta al cuestionamiento formulado por la Defensa de Oyarzo respecto de la legitimación que la propia norma procesal reconoce al Ministerio Público Fiscal, en casos –como el presente- en el cual como ya lo anticipara se ‘impugna’ una sentencia absolutoria dictada por el tribunal de juicio.

Lo dicho hasta aquí no se ve desmerecido por la genérica alegación de la afectación de la garantía que veda la persecución penal múltiple. Recuérdese que el señor Defensor, no planteó la inconstitucionalidad

del precepto legal en discusión, sino que expresó que, la posibilidad de reenvío, tal cual lo solicitara el Ministerio Fiscal, al petionar la declaración de nulidad de la sentencia en crisis, frente a un pronunciamiento absolutorio, afectaba el principio ‘ne bis in ídem’.

Sobre el particular, el señor juez Dr. Fernando Zvilling – voto minoritario- integrando la Sala del Tribunal de Impugnación en Sentencia Nº 121/2014 – **citar los autos:** González Saad..., “*En primer lugar, destac[ó] que no existe doctrina consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema...*” y *postuló una interpretación del artículo 246 del C.P.P.N. “in fine” que “...permite decidir en cada caso concreto el ‘reenvío’ [] o bien la ‘absolución’, cuando implique una afectación al principio [non bis in ídem], entre otros supuestos. La norma citada, en conjunción con las limitadas facultades recursivas que otorga al acusador, posibilita una interpretación que impida el reenvío en casos de afectación al non bis in ídem, dejando abierto el desarrollo jurisprudencial sobre el tema. No todos los casos son iguales, y no todos producen sin más [dicha] afectación...” (págs. 27/28). Agrega que, “...[lo] que debe analizarse son las causas y los motivos por los cuales se pretende la revocación de la sentencia [...] En el caso que nos ocupa, no puede sostenerse que el debate fue válido, desde que el juzgamiento se llevó a cabo por Jueces auto reconocidos como parciales. Puede sostenerse que esta nulidad no fue generada por el imputado. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que ante la decisión que rechazara las excusaciones, el imputado (de profesión abogado) y su defensa técnica no hicieron reserva alguna. Tampoco articularon la impugnación sobre esa base. El agravio fue introducido en [esa] instancia*

por la nueva defensa de González Sad. Y la decisión que se adopta implica la nulidad del debate, sin poder siquiera [ese] Tribunal llegar a valorar las pruebas producidas, porque se trató de un debate inválido. De allí que existe una particular situación que, estim[ó], no puede ser resuelta sino a través del reenvío para nuevo juzgamiento, limitándose la nulidad al debate, y no a la etapa de ofrecimiento de prueba, ya que significaría otorgar al fiscal una oportunidad para mejorar el caso...” (pág. 30).

Habida cuenta de lo expuesto en los precedentes considerandos, propicio se declare formalmente admisible el presente recurso de impugnación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal. Mi voto.

II. A la segunda cuestión el Dr. Andrés Repetto, dijo:

Atento el resultado de la votación a la que se arribó respecto de la primera cuestión, corresponde que me expida en relación a la cuestión de fondo planteada por la fiscalía en sus agravios. En razón de que éstos han sido expuestos ut supra, los doy por reproducidos en honor a la brevedad.

Como es bien sabido, el recurso del fiscal no es de carácter amplio como el reconocido a la defensa, por aplicación de la garantía del doble conforme (Art. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCyP), sino que éste se encuentra restringido sólo a los supuestos de arbitrariedad de sentencia o apreciación absurda de las pruebas producidas en el juicio (Art. 237 del CPP).

En el presente caso el fiscal sostuvo que la sentencia cuestionada incurrió en el supuesto de arbitrariedad (Art. 237 inc. 1 del CPP) toda vez que en ella se afirmó que el fiscal habría incurrido en violación al

principio de congruencia por haber mutado la acusación previamente sostenida en la audiencia de control de la acusación, circunstancia que, según afirma, no es correcta.

Sostuvo que los jueces habrían tomado erróneamente y en forma literal la ubicación del imputado, tal como fue descrita en el escrito de acusación presentado (Art. 164 del CPP) y sin tener en cuenta la corrección que sobre esa circunstancia puntual se habría efectuado durante la audiencia de control de acusación (Art. 168 CPP), en la que, afirmó, se habría subsanado el involuntario error material en el que incurrió esa fiscalía, al señalar el lugar en el que se encontraría el imputado al momento de efectuar los disparos.

Es importante aclarar que en el presente caso el lugar en el que se habría ubicado el imputado en el momento de los hechos resulta determinante, porque es a partir de esa información que se puede acreditar o no, que el tirador que causó la muerte de la víctima fue quien señaló el fiscal como autor del homicidio. Sostuvo el impugnante que las circunstancias por él alegadas resultan fácilmente comprobables por este Tribunal con sólo ver los registros fílmicos de la audiencia de control de acusación.

En definitiva, y tal como fue planteado el caso por el fiscal, todo se resume a verificar si en la audiencia de control de acusación el lugar en el que el fiscal ubicó al imputado al momento de los hechos es el mismo que luego refirió al realizar el alegato de apertura durante el juicio de responsabilidad o si, por el contrario, el fiscal mutó el lugar en el que el imputado se encontraba al momento en que se efectuaron los disparos que causaron la muerte de la víctima.

Corresponde remarcar que de la propia sentencia surge que los jueces del debate vieron el video de la audiencia de control de acusación antes de dictar sentencia, con el fin de verificar si efectivamente el fiscal mutó o no los hechos de la acusación, tal como afirmó la defensa durante el juicio. De allí que de ser cierto, como lo afirma el fiscal, que él no mutó los hechos, estaríamos ante una situación de suma gravedad porque ello implicaría que los jueces, como mínimo, habrían cometido un gravísimo error al sostener que sí modificó la fiscalía los hechos de la acusación, ya que estarían tergiversando groseramente lo que sucedió en una audiencia que afirmaron haber visto.

Es decir que la solución del caso se limita a ver los registros de las audiencias de control de acusación y de juicio, y comparar si el fiscal mantuvo en su acusación los mismos hechos o si, por el contrario los modificó, incurriendo así en la mencionada violación al principio de congruencia que debe existir en la acusación.

Los tres jueces que integramos esta Sala del Tribunal de Impugnación nos dispusimos a ver las audiencias mencionadas en forma conjunta y hemos podido advertir, sin ninguna duda al respecto, que no le asiste razón al fiscal en sus afirmaciones, sino todo lo contrario. Se pudo constatar con absoluta claridad que en la audiencia de control de acusación, en el minuto 30:12 aproximadamente, el fiscal afirmó que el imputado al momento de realizar los disparos contra el testigo Donatti se encontraba ubicado en la intersección de las calles Moquehue y Cerro Catedral, mutando luego dicha ubicación en el alegato de apertura del debate, al afirmar allí que Oyarzo se

encontraba ubicado en la intersección de las calles Lago Argentino y Calfulcurá. Como ya sostuve, en el presente caso la ubicación del imputado no resulta un dato menor o irrelevante, sino todo lo contrario, es un dato esencial en la teoría del caso de la fiscalía porque de ello depende que pueda o no considerarse al imputado como autor del hecho reprochado.

Es decir que, tal como sostuvieron correctamente los jueces del debate, el fiscal efectivamente modificó el lugar en donde ubicó al imputado primero en la audiencia de control de acusación y luego en el alegato de apertura del juicio oral, violentando de esa manera el principio de congruencia, tal como fuera correctamente señalado por los a-quos.

No es como afirmó el fiscal que en el escrito de acusación se cometió un error involuntario que luego fue subsanado en forma oral durante la audiencia de control de la acusación. Por el contrario, durante dicha audiencia y en forma oral la fiscalía sostuvo que el imputado se encontraba parado en la calle Moquehue y Cerro Catedral, afirmación que repitió y reiteró en varias oportunidades, y ubicación que luego en el debate mutó a la de Lago Argentino y Calfulcurá, cambiando de esa manera de forma radical la ubicación del imputado y en consecuencia su teoría del caso.

Siendo ello sí se ha podido acreditar, sin ninguna duda, que la sentencia lejos de ser arbitraria se ajusta a lo sucedido en las respectivas audiencias, y la conclusión a la que arriban los jueces lejos de ser arbitraria es absolutamente acorde a los hechos que en ella se describen. En función de ello de ninguna manera se puede afirmar que nos encontramos frente a un supuesto de arbitrariedad de sentencia, razón por la cual

corresponde rechazar la impugnación deducida por la fiscalía, confirmando en consecuencia la sentencia absolutoria que oportunamente se dictara en el presente caso.

Tal es mi voto respecto de la segunda cuestión planteada.

El Dr. Héctor Rimaro, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la segunda cuestión.

El Dr. Héctor Dedominichi, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

III. A la tercera cuestión el Dr. Andrés Repetto, dijo:

Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que el recurso de impugnación sea rechazado, por no haberse verificado el agravio sostenido por la fiscalía y en consecuencia confirmar la sentencia recurrida. Es mi voto.

El Dr. Héctor Rimaro, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la tercera cuestión.

El Dr. Héctor Dedominichi, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

IV. A la cuarta cuestión el Dr. Andrés Repetto dijo: Con costas en la instancia (Arts. 268 del CPP).

El Dr. Héctor Rimaro, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la cuestión planteada.

El Dr. Héctor Dedominichi, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

De lo que surge del presente Acuerdo, esta Sala del Tribunal de Impugnación

RESUELVE:

I.- Por mayoría DECLARAR ADMISIBLE desde el plano estrictamente formal el recurso de impugnación deducido por el fiscal.

II.- Por unanimidad NO HACER LUGAR a la impugnación interpuestas por el fiscal y en consecuencia confirmar la sentencia absolutoria dictada en autos (arts. 246 CPP), con costas (arts. 268 del CPP).

III.- Regístrese y notifíquese por medio de la oficina judicial. Firme que sea librense las comunicaciones de rigor y, cumplido, archívese.

Dr. Andrés Repetto
Juez

Dr. Héctor Dedominichi
Juez

Dr. Héctor Rimaro
Juez

Reg. Sentencia N° 46 T° IV Fs. 732/453 Año 2016.-