

ACUERDO N° 22 /2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiún días del mes de diciembre del año dos mil dieciseis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE y Ricardo Tomás KOHON**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para resolver en los autos caratulados: **"BARREIRO, RODRIGO S/ VÍCTIMA LESIONES GRAVES (ART. 90)"** (Legajo MPFNQ N° 11593/2014).

ANTECEDENTES: **I.** Que el Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por los magistrados Andrés REPETTO, Walter TRINCHERI y Fernando ZVILLING, en la audiencia del día 02/09/16, resolvió declarar la admisibilidad del recurso interpuesto por el querellante, revocar la decisión del Juez de Garantías de fecha 08/08/16 y en consecuencia, reconocer el derecho de la querrela a formular cargos en forma autónoma (cfr. registro audiovisual "LEG. 11593 -BARREIRO- (SALA 3) - PARTE 2-2" y reg. Interlocutorio N° 163/2016).

II. Contra ese pronunciamiento se interpusieron dos impugnaciones extraordinarias: una, por el Sr. Fiscal General, José Ignacio GEREZ, en forma conjunta con el Sr. Fiscal Jefe, Pablo VIGNAROLI y otra, por los Sres. Defensores particulares, Omar Nahuel URRA y Alejandro Rubén CASAS, a favor del imputado **Eduardo Raúl PALACIOS**.

A) Recurso del Ministerio Fiscal (fs. 10/20): En torno a la admisibilidad del recurso, manifestó que la decisión recurrida es un auto procesal importante -según

el artículo 233 del C.P.P.N.-, equiparable a sentencia definitiva a los efectos de la impugnación extraordinaria, porque: a) es el momento oportuno para que el perjuicio no se torne de imposible o insuficiente reparación ulterior y b) se presenta un supuesto de gravedad institucional, conforme a lo receptado por la Corte Suprema en casos similares.

Argumentó que la falta de presupuesto procesal dado por el impulso del Ministerio Fiscal, sella la improcedencia de continuar con la tramitación de la causa. Que se requiere tutela inmediata, dado que se puso en tela de juicio el alcance del rol constitucional y legalmente asignado a ese Ministerio como titular de la acción penal pública, siendo que -a su entender- lo decidido excede el interés de los imputados y se proyecta en perjuicio de toda la sociedad, que podría ser sujeto pasivo de un criterio gravemente lesivo de las garantías procesales y de la asignación de potestades en materia penal. Además, que la resolución impugnada puede ser equiparada a sentencia definitiva, conforme a precedentes del Máximo Tribunal Nacional en los que se desconociera la facultad de desistir recursos de la Fiscalía e implicara resolver sin jurisdicción.

Expresó que ese Ministerio se encuentra legitimado para recurrir tal decisión, dado que está en juego la determinación de sus funciones institucionales o el alcance de la función requirente que le compete -impulso de la acción pública-, como así también, en defensa de la legalidad y el orden público. Que en la Ley provincial N° 2.893, se asignaron al Ministerio Fiscal

las funciones de "...dirigir la investigación, promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública (...) y defender la legalidad en función del interés general, velando por los Derechos Humanos y garantías constitucionales" (artículo 1) y que a diferencia de las partes privadas, la actuación de dicho Ministerio se encuentra signada por los principios de legalidad, respeto por los derechos humanos y objetividad (artículo 2, incisos a y b).

Encauzó la pretensión recursiva por el artículo 248 incisos 2 y 3 del C.P.P.N.

Adujo una presunta arbitrariedad de sentencia por defectos en la fundamentación normativa, asociada a una interpretación errónea o inexacta del a quo al asignar facultades al querellante particular, cuando no las posee, en específico, la facultad de formular cargos en forma autónoma.

Que la resolución afecta los pilares básicos del sistema acusatorio, la imparcialidad del juzgador, la defensa en juicio en orden a la separación de las funciones de acusar y juzgar, la titularidad de la acción penal, resultando contraria a la Constitución Nacional (artículos 18, 75 inciso 22 y 120), tratados internacionales, al C.P.P.N. y a la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2893, como así también, al apartarse de antecedentes jurisprudenciales y destacada doctrina.

Afirmó que una cosa es la intervención de las víctimas en el proceso penal y otra, pretender la intervención de un querellante que sustituya a un órgano

estatal, que sería la transformación de la acción penal pública en privada. Que no se cuestiona la legitimidad del querellante sino el alcance de sus facultades.

Criticó la interpretación que efectuó el Tribunal de Impugnación de la figura del querellante.

Sostuvo que el legislador neuquino estableció, en el actual código procesal penal, que el querellante es adhesivo: puede acusar pero una vez que la acción está instada porque hablar de acusación no es lo mismo que hablar de titularidad de la acción penal.

Que en el anteproyecto final de la Comisión Interpoderes, la redacción de los artículos 107 y 161, que preveían la continuación del proceso -no la promoción inicial de la acción- con la acusación de la querrela privada únicamente se terminó de ajustar a la voluntad de eliminar la figura del querellante autónomo y el régimen de la promoción de la acción penal quedó en las exclusivas manos del fiscal.

Señaló los cambios efectuados en el seno de la Comisión de Legislación de Asuntos Constitucionales -comisión "A"- a los artículos 68, 107, 161 y 165 del anteproyecto de la Comisión Interpoderes.

El proyecto de ley fue aprobado en general por unanimidad -en la reunión 25 del XL período de sesiones, 23/11/11- y en el tratamiento en particular, no se formularon objeciones y se aprobaron por unanimidad los artículos mencionados en el párrafo anterior, según la redacción surgida de la comisión "A", esto es, descartada la posibilidad de la querrela autónoma en los

delitos de acción pública -reunión 26 de igual período, del día 24/11/11).

Aclaró que los miembros informantes de la Comisión fueron los diputados José RUSSO y Marcelo Alejandro INAUDI. Que con motivo a la propuesta de inserción de un artículo relativo a la querrela colectiva, INAUDI manifestó que: "*Esta suerte de **privatización de la acción penal pública, la verdad que no termina de convencerme***" (sic) y que el Diputado Gustavo KOGAN expresó: "*no violemos el principio de acusación única que estamos consagrando en artículos posteriores, en la medida que la redacción de la figura de la querrela colectiva **no afecte tampoco al impulso siempre en manos del Ministerio Público***" (sic) (cfr. fs. 14 vta., el resaltado corresponde al libelo recursivo).

Agregó que del debate parlamentario no se pueden extraer mayores menciones sobre el tema, dado que el poder legislativo se manifestó unánimemente y sin objeciones al descartar la propuesta de admitir la querrela autónoma, efectuada en el anteproyecto redactado por la Comisión Interpoderes. Que fue rechazada por la Comisión "A" y desterrada esa figura del proyecto de ley, los demás diputados ni siquiera mencionaron la posibilidad de su inserción en el tratamiento del C.P.P. en el pleno de la Cámara.

Que el código procesal local sancionado, actualmente vigente, determina claramente que el fiscal tiene el patrimonio exclusivo de la promoción de la acción penal -por medio de la formulación de cargos-, y que al querellante le otorga la facultad de intervenir -

en la forma prevista en dicho ordenamiento- cuando se dé el presupuesto de que el Fiscal haya formulado cargos.

Mencionó los artículos 64, 66, 132, 133, 135, 161 inciso 1 del rito local. Destacó que se contempla una revisión judicial del desistimiento o el archivo (artículo 132) y que si se considerara que el querellante tiene facultades autónomas para promover la acción penal, tendría que contemplar otra solución sin necesidad de tal revisión.

Que la interpretación que el a quo realizó del artículo 132 del C.P.P.N. fue a "contramano" de esos datos que revelan la voluntad del legislador, sin embargo, se llegó a sostener que el "espíritu" del código es admitir la querrela autónoma (voto del Dr. REPETTO).

Que tal fundamento no supera el estándar de razonabilidad exigible incurriendo en una contradicción, que vulnera la interpretación auténtica de la ley. Que el a quo sostuvo "algo así como que: si bien el Legislador directamente eliminó la posibilidad de habilitar la querrela autónoma en el Código Procesal, su 'espíritu' contrario a esa voluntad expresa prevaleció" (fs. 15/vta.).

Que el hecho de que haya otros códigos que solucionan el tema de manera distinta y otorgan al querellante facultades autónomas para promover la acción penal no justifica la decisión. Reiteró que ello estaba contemplado en el anteproyecto y fue sacado por el legislador, lo que vuelve impropia esa forma de valorar.

Que los jueces se están arrogando facultades exclusivas del legislador y que la única facultad que

tienen respecto a la actividad legislativa es el control de constitucionalidad, como así también, que no darle al querellante facultades autónomas no vulnera ninguna garantía ni norma constitucional.

Que de tal modo, se fuerza la interpretación del C.P.P.N. pretendiendo que se ajuste a otros códigos rituales, restándole autonomía y desoyendo al legislador neuquino, el que excluyó expresamente la figura del querellante autónomo, la que vía judicial se pretende incluir, vulnerando el principio republicano de división de poderes.

Opinó que la interpretación del artículo 132 del C.P.P.N. efectuada por el Dr. ZVILLING es forzada, al proponer una dicotomía errónea, mencionando una primera interpretación inconstitucional (juez que obliga al Ministerio Fiscal a acusar) y que por ello adopta la segunda lectura, que el querellante tendría autonomía para formular cargos. Que no es cierto que sólo deban hacerse esas dos interpretaciones.

Sobre el tercer carril del artículo 248 del C.P.P.N. expuso que se encuentra previsto para el caso de que la sentencia del a quo resulte contraria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal o de este Tribunal Superior.

Que el T.S.J. se pronunció en sentido contrario a permitir que una querrela autónoma dé el impulso inicial a la acción penal pública.

Que la Sala Penal se expidió -por mayoría- en una postura diametralmente opuesta a la seguida por la

decisión impugnada, en el Acuerdo N° 178/13 del 13/12/2013.

Que en igual sentido -que la mencionada Sala-, se expidió el Tribunal de Impugnación en los casos "F.R.D." Legajo MPFNQ N° 27539/2014 (el 27/05/2015) y "ZAPATA" Legajo MPFNQ N° 34628/2015.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó que se declare la admisibilidad de la impugnación extraordinaria y se revoque la decisión del a quo, con imposición de costas.

B) Recurso de la Defensa particular, a favor de PALACIOS (fs. 21/27 vta.): Adujo que la resolución impugnada le causa un gravísimo perjuicio al imputado ante la inobservancia y errónea interpretación del C.P.P.N.

Aludió a la normativa que consideró aplicable (artículos 120 de la Constitución Nacional, tratados de jerarquía constitucional -8.2.h de la C.A.D.H.-, Constitución Provincial, artículos 71 del C.P., 69, 123, 125, 129, 132, 159 inciso 1 y 164 del C.P.P.N., 2 Ley N° 2893 y concordantes).

Manifestó que, en este caso, se cumplimentan los requisitos formales de admisibilidad -condiciones objetivas y subjetiva-.

Expresó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que no corresponde restringir el acceso a instancias superiores de revisión por excesivos rigorismos formales respecto a la admisibilidad de los recursos y que resulta conocida la puesta en crisis del principio de taxatividad de los presupuestos objetivos

del recurso de casación. Hizo referencia a la necesidad de adaptar el doble conforme en materia penal, que se extendió a supuestos en los cuales la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior. Incluso, ampliando la admisibilidad formal a los supuestos de "gravedad institucional" por haberse afectado derechos que se proyectan sobre las instituciones fundamentales del orden jurídico.

Mencionó los carriles 1 y 2 del artículo 248 del C.P.P.N., agraviándose por una presunta arbitrariedad de sentencia, al entender que lo decidido no constituye una derivación razonada del derecho vigente en relación a las circunstancias del caso.

Afirmó que dicha arbitrariedad resulta manifiesta por contravenir la legislación vigente, la validez de la Ley N° 2784 y materia regida por la Constitución Nacional, que tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, y que la resolución cuestionada carece de fundamentación o tiene una tan sólo aparente e ilógica.

Expuso los motivos de agravio en los siguientes términos: 1) Permitir formular cargos al querellante de forma autónoma, 2) No cumplir con la manda del artículo 132 del C.P.P.N., 3) Desconocer el artículo 120 de la Constitución Nacional y redacción del código vigente, respeto a las funciones del Ministerio Fiscal, 4) Apartarse del código adjetivo y legislar en función de su interpretación, para no quedar en contramano a otros códigos que tienen ese modelo, inclusive el Código

procesal de la Nación y 5) Aplicar analogía en perjuicio del imputado.

Sostuvo que el fallo cuestionado es "atípico", se realiza al margen de la ley, lo que constituye arbitrariedad jurisdiccional y afectación de poderes. Que la creación de leyes es potestad exclusiva del poder legislativo, premisa del sistema republicano y el ejercicio de la competencia judicial supone la imposibilidad de auto crear normas, para autorregular su propia competencia.

Que el legislador derogó el "artículo 51" que preveía la figura del querellante. Que la aptitud acusatoria de la querrela nace si el fiscal realiza el respectivo requerimiento y que el querellante particular solo no puede promover la acción penal pública, que tampoco posee facultades para dar por concluida la etapa preparatoria a través de una acusación autónoma. Que se reconoce legislativamente la participación de la víctima como querellante pero que ella no altera las facultades concedidas por la ley al fiscal ni lo exime de sus responsabilidades. Que la acción pública es ejercida por el Ministerio Fiscal y es de carácter imperativo, que el C.P.P.N. fue pensado y sancionado de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Nacional.

Que el ejercicio de la acción penal es irrenunciable e irretractable. Que la Constitución Nacional y el código, no reconocen al querellante la potestad acusadora autónoma.

Ensayó una diferencia con el precedente "Santillán" de la C.S.J.N.

Cuestionó que se convierta una acción pública en privada sin respaldo legal. Que la facultad de ejercer-promover la acción fue conferida al Fiscal, sostener lo contrario, implicaría adjudicarle al querellante atribuciones extra legem y la consecuente conversión de la acción pública en privada.

Refirió que "nada jurídico" se respondió a la censura vinculada con la conversión de la acción pública en privada y que es nula la reglamentación legal respecto del tema, a diferencia de otros códigos de procedimiento.

Que pretende que se decida en función de la ley, que se respete el principio de legalidad y que los jueces no se aparten de la ley vigente aplicable al caso. Que no se pretenda jurisprudencialmente invadir, ni subrogarse potestades legislativas, que no se pretenda introducir lo que no se admitió en el seno parlamentario.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó que se declare admisible, que se deje sin efecto la decisión impugnada y se confirme la resolución dictada oportunamente por el Juez de Garantías.

III. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro de audio y acta de audiencia de fecha 03/11/16) y en ese contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En primer término, hizo uso de la palabra el Fiscal del caso, Maximiliano BREIDE OBEID, quien justificó la procedencia formal del recurso y desarrolló

los ejes centrales del mismo en los términos ya compendiados.

Luego, se cedió la palabra a la Defensa, que adhirió íntegramente a lo expuesto por la Fiscalía, ratificó la impugnación extraordinaria y desarrolló sus agravios de un modo plenamente coincidente a su escrito.

Posteriormente, el Dr. GUTIERREZ hizo uso de la palabra por la parte querellante y dijo que si bien es cierto que a la fecha no se individualizó un autor, en realidad la formulación de cargos pretendida obedece a un dato de la realidad, ya que no hay dudas de que el proyectil que Rodrigo BARREIRO tiene alojado en su cuerpo se corresponde con un plomo 12.70 de un arma de fuego, de las disparadas por el personal policial el día del hecho. No hay dos casos, como sostuvo la Fiscalía, sino uno solo, donde están las lesiones certificadas de BARREIRO y que aún no se ha agotado la investigación, por ello la necesidad del querellante de intentar lograr el impulso de la investigación.

Prosiguió por la querrela, el Dr. MENDAÑA, quien expresó que los recursos deben ser desestimados formalmente. Que ambas partes pusieron el acento en el artículo 248 del C.P.P.N. pero sin conectarlo con el artículo 233 ni con el 239, en los que se establecen las condiciones de impugnabilidad objetiva y subjetiva, partiendo de la taxatividad de los recursos. Que por la vía de los "actos procesales importantes", los recurrentes pretenden sortear ese valladar. Estimó que la misma se acuñó en favor de los imputados, no del

Ministerio Público Fiscal, y los primeros tienen facultades más amplias que la Fiscalía para impugnar.

Que la vía del "acto procesal importante" no puede ser invocada por la Fiscalía para fundar la apertura formal de su recurso. Sí lo puede la Defensa, pero con la debida justificación de la necesidad de tutela inmediata, ausente en este caso.

En referencia al recurso del Fiscal, manifestó que no están en juego la división de poderes ni las facultades del artículo 120 de la C.N. Que el principal afectado es BARREIRO, a quien la Fiscalía le cerró la puerta. No ve gravedad institucional.

Con relación al fondo del asunto, dijo que la víctima tiene derechos convencionales garantizados no sólo por el artículo 75 inciso 22 de la C.N., sino también por el artículo 58 de la Constitución Provincial neuquina. Que ello le impone al Estado argentino la obligación de respeto y de garantía, dentro de las que se encuentran el tomar las medidas legislativas, administrativas, etc., a fin de tutelar sus derechos. Citó jurisprudencia e informes de la Comisión I.D.H. (N° 5/96, caso N° 10970 y N° 34/96, caso N° 11228). Que BARREIRO fue admitido como parte, bajo las reglas del Código, por lo tanto tiene derecho a llegar a un juicio y a una sentencia. Que el a quo no hizo otra cosa que aplicar control de convencionalidad y vio si alguna norma local chocaba con las normas convencionales, arribando a la solución a la que llegaron por esa vía.

Opinó que la Fiscalía interpretó erróneamente el artículo 120 de la C.N., puesto que de ninguna manera

estableció en manos del Estado el monopolio exclusivo del ejercicio y persecución penal estatal respecto de la acción pública. En términos de política criminal, la Defensa dijo que esto era "privatizar la acción penal", pero nada más alejado, pues implica la participación ciudadana en sus distintas maneras, ya sea a través de jurados populares, de legitimación a las ONG y de la tutela de los derechos de las víctimas. Solicitó la confirmación de la decisión impugnada.

Por último, se le confirió la palabra nuevamente a la Defensa (artículo 85, segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N.), el Dr. URRRA manifestó que en el caso "Torresan Bruno", la querrela manifestó una opinión contraria a la hoy expresada en esta causa.

IV. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE y Dr. Ricardo Tomás KOHON.

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

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

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE dijo:

Los escritos fueron presentados en término, por ante la oficina judicial correspondiente al órgano

jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona (artículos 242, primer párrafo, en función del 249 del C.P.P.N.).

En lo atinente a la impugnabilidad objetiva, si bien la decisión cuestionada no se encuentra prevista expresamente entre las enumeradas en los artículos 233 y 239 del C.P.P.N., en este legajo, los recurrentes aducen que resulta impugnable por tratarse de un auto procesal importante.

En el presente caso, el a quo declaró la admisibilidad de la impugnación ordinaria deducida por el querellante, revocó la decisión del Juez de Garantías (del 08/08/16) y reconoció el derecho de la querella a formular cargos en forma autónoma.

Con relación a la cuestión, se sostuvo que *"...desde el punto de vista gramatical, no existe ninguna posibilidad de relacionar a los 'autos procesales importantes' con alguna de las autorizaciones para impugnar que los arts. 240 y 241 ponen en cabeza de la querella y la fiscalía. En virtud de ello, debe afirmarse con absoluto énfasis que las partes acusadoras no poseen legitimación subjetiva para impugnar a través de esta vía..."* (Elosú Larumbe, Alfredo A.: "El Recurso Ordinario de Impugnación en el marco de un sistema acusatorio", Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2015, págs. 106 y ss).

Si bien es cierto que dentro del catálogo de los pronunciamientos impugnables por el imputado están también ausentes los llamados "autos procesales importantes", es evidente que ello debe conjugarse con el

artículo 23 del rito local, por el cual se establece que "Todas las normas que coarten la libertad del imputado o limiten el ejercicio de sus derechos se interpretarán restrictivamente...". Así entonces, a fuerza de no incurrir en una analogía *in malam partem*, debe interpretarse que ese derecho recursivo se proyecta, de manera exclusiva, a favor del imputado.

Tal asimetría impugnativa se vuelve aún más evidente al confrontar la sistemática del Código Procesal ya derogado y el actual. En efecto: el Código anterior establecía que el derecho a recurrir correspondía a quien le sea expresamente acordado siempre que tuviera un interés directo, agregando inmediatamente después que cuando la ley no distinguía entre las diversas partes el derecho pertenecía a todas (cfr. art. 392 CPPC, L. 1677 y modificatorias).

Este nuevo ordenamiento, en cambio, ha suprimido ese derecho genérico e instaura un sistema de "legitimación expresa y taxativa" para impugnar en el cual, como reza el principio rector del art. 227, el derecho a impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea "expresamente" acordado (cfr. Elosú Larumbe, op. cit., pág. 106 y ss.).

Sentado ello, la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Fiscal no supera el tamiz de admisibilidad, al no verificarse la alegada impugnabilidad objetiva y carecer de legitimación subjetiva (artículos 227, 233, 241 y 249 del C.P.P.N.), por lo que propongo al Acuerdo que se declare su inadmisibilidad formal.

En cambio, en relación al recurso de la Defensa se advierte que la decisión del a quo le genera el agravio de continuar sujeto a las resultas de un proceso impulsado por quien carecería de la facultad de hacerlo, siendo esta la oportunidad en la que el derecho invocado puede encontrar la correspondiente tutela, por lo que la resolución recurrida reviste la calidad de auto procesal importante.

Por lo expuesto, estimo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la impugnación deducida por la Defensa (artículos 227, 233, 248 y 249 del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

El **Dr. Ricardo Tomás KOHON** dijo: Atento la solución dada a la cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante, a esta primera cuestión.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo que: Luego de analizado el recurso de la Defensa, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo, se propone al Acuerdo que la impugnación extraordinaria sea declarada **procedente**.

1) La Defensa se agravió por una presunta arbitrariedad de sentencia, al entender que lo decidido por el a quo no constituye una derivación razonada del derecho vigente en relación a las circunstancias del caso.

En este punto, se aclara que la cuestión relevante gira en torno a si la querrela se encuentra o no facultada para formular cargos en forma autónoma, en los delitos de acción penal pública.

2) En relación a la arbitrariedad de sentencias, la doctrina enseña que "el magistrado tiene generalmente, frente a la norma -decía Linares- un abanico de posibilidades exegéticas: si escoge una de ellas, lo decidido no es arbitrario; pero si opta por una versión ajena a éstas, aparece el fallo arbitrario" (op cit., Sagüés, pág. 182).

En cuanto a la sentencia autocontradictoria, se dijo que "tiende a agruparse dentro de los supuestos de arbitrariedad normativa, puesto que su defecto se refiere a la propia estructura del fallo, incumpliendo las prescripciones legales sobre la obvia armonía que debe mediar primero entre los fundamentos de la resolución, y después entre esos fundamentos y lo decidido. Sin embargo, y como el mismo Carrió apunta, la *contradicción interna* puede versar sobre los hechos (afirmándolos y negándolos a la vez), circunstancia que - en los casos donde ocurra- derivaría el problema, quizás, al ámbito de la arbitrariedad fáctica" (op cit., Sagüés, pág. 246).

3) Siguiendo tales lineamientos y tras el análisis del resolutorio puesto en crisis, se advierte que adolece de un déficit en la fundamentación que le resta validez como acto jurisdiccional.

Ello por cuanto, los argumentos utilizados por los magistrados de la instancia anterior (cfr. registro audiovisual "LEG. 11593 -BARREIRO- (SALA 3) - PARTE 2-2") no sólo desnaturalizan la voluntad del legislador local, sino que también se apartan de la

interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente.

4) La decisión del a quo fue adoptada por unanimidad, al primer voto del Dr. REPETTO adhirieron los restantes jueces en lo sustancial, efectuando algunas consideraciones particulares.

Del primer voto se desprende que, por un lado, el magistrado reconoce la historia de la reforma procesal penal en la provincia, que hubo muchas discusiones -a lo largo de más de diez años- alrededor de diferentes posiciones y en particular, acerca del reconocimiento de la figura del querellante en cuanto al carácter autónomo o adhesivo. Que originalmente se preveía expresamente un artículo "51" que transformaba la acción pública en privada en caso de que el Fiscal decidiera no ejercer la acción y que antes de que se cerrara la discusión final del proyecto en la Comisión Interpoderes y pasara al recinto, hubo una solicitud o propuesta de modificación de más de cien artículos -proveniente del poder ejecutivo-, las que no fueron aceptadas, salvo la "derogación del artículo 51".

Y a continuación, el mismo magistrado dijo que el problema que se presenta es que todo "sistema procesal" es eso, un "sistema", no son normas aisladas, sino que tienen una lógica, una coherencia única. Que el artículo 51 no era el único que regulaba la función del querellante en el proceso sino que hay una serie de otras normas que lo hacen que no fueron modificadas. Que lo único que se logró al no incorporar el artículo 51 del proyecto fue dejar un código con relativa inconexidad

pero no cambió en absoluto el espíritu del código (cfr. reg. cit.).

Al respecto, caben las siguientes consideraciones: primero, no puede afirmarse que el espíritu del código procesal penal sea algo distinto a lo que sancionaron los legisladores neuquinos, hace cinco años atrás, recuérdese que la cuestión aquí planteada no se trata de un olvido o de un supuesto que no pudieron prever, sino que al contrario, el propio Dr. REPETTO reconoce que los distintos institutos contemplados en el actual código fueron largamente discutidos previo a su sanción, incluido lo relativo a la querella, además, resulta relevante que en el anteproyecto se encontrara contemplada la figura del querellante con facultades autónomas y que se decidiera excluirla previo al tratamiento parlamentario, en el que se aprobó en general y cada norma en particular del C.P.P.N.

Ello surge del Diario de sesiones de la Honorable Legislatura Provincial de Neuquén, en las reuniones N° 25 y N° 26 (del 23 y 24/11/2011, respectivamente) del XL período legislativo. En las que, asociado al tema que nos ocupa, lo único que se propuso a discusión fue la incorporación de un artículo "65 bis" que contemplara los casos especiales de la querella (colectiva), que fue rechazado por falta de la mayoría necesaria. En ese marco, el diputado INAUDI -que no compartió la propuesta antes referida- aclaró que puede intervenir como querellante la víctima, que se encuentra definida claramente en el artículo 60 y que se establece el orden de prelación con el cual van a estar habilitados

para participar y agregó que "Esa suerte de privatización de la acción penal pública, la verdad que no termina de convencer[lo]". A su turno, el diputado KOGAN manifestó que estudió la cuestión y que "en la medida en que no [se viole] el principio de acusación única (...) que la redacción de la figura de la querrela colectiva no afecte tampoco el impulso siempre en manos del Ministerio Público" estaba de acuerdo con esa incorporación (cfr. www.legislaturaneuquen.gov.ar, diario cit., reunión N° 26, págs. 2674/8).

Entonces, resulta claro que el legislador optó por no incluir en el C.P.P.N., una norma que le permitiera al querellante formular cargos en forma autónoma, en tal situación, los jueces no pueden apartarse de ello declarando una facultad descartada y por ende, no prevista expresamente.

Segundo, en el voto ponente se puso el acento en que se trata de un "sistema" procesal pero cuando efectúa su interpretación no considera todas las normas relacionadas con la cuestión. El magistrado aludió a lo previsto para las impugnaciones de las decisiones judiciales -diferencias en las facultades reconocidas a las partes-, a que cuando se contempla la acusación única no se hace diferencia entre los acusadores, básicamente, sienta su razonamiento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, el fallo "Santillán" de la C.S.J.N. y en la interpretación del artículo 132 del C.P.P.N. Aquí se aclara, que el Dr. ZVILLING considera que tal precedente no resulta necesario para resolver la cuestión.

Ahora bien, una interpretación sistemática de los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código Penal, 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2893, 64, 69, 99 y 100 del C.P.P.N. y concordantes, lleva necesariamente a una conclusión distinta a la arribada en el fallo impugnado.

En el primer voto no se desconoce que la Carta Magna incluye la facultad de ejercer la acción penal al Ministerio Fiscal pero sostiene que si no la ejerce puede hacerlo el querellante. En tal razonamiento se soslaya que el artículo 1 de la Ley N° 2893, entre las funciones de ese Ministerio, le reconoce la de "fijar políticas de persecución penal (...), dirigir la investigación, promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública", lo que se encuentra en consonancia con las funciones contempladas en el artículo 69 e incluso, con el artículo 64, primer y segundo párrafos -ambos del código de rito-, así respecto al querellante en delitos de acción pública se establece que "la víctima (...) podrá intervenir en el proceso como querellante particular en la forma prevista en este Código. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades (...)".

Es decir que la actuación del querellante particular se encuentra sujeta a las facultades reconocidas por el C.P.P.N., las que son diferentes según se transite las distintas etapas -a partir de los actos iniciales- previas al juicio, durante y posteriores al mismo. Por ello no se puede deducir -como intenta hacerlo

el magistrado- que si querellante tiene mayores facultades para impugnar que el fiscal entonces también puede formular cargos en forma autónoma. El a quo para dilucidar lo planteado debió aplicar las previsiones relativas al momento inicial, en particular, las que refieren al ejercicio de la acción penal pública -antes mencionadas-.

Respecto al artículo 132 del C.P.P.N., además de las interpretaciones ensayadas por los Dres. REPETTO y ZVILLING, para sustentar su decisión, cabe preguntarse si -hipotéticamente- se le reconociera al querellante la facultad de formular cargos en forma autónoma, para qué se le otorgaría a la víctima la posibilidad de controlar la decisión del fiscal ante una desestimación, aplicación de un criterio de oportunidad o el archivo. Ello no tendría sentido, dado que independientemente de lo que decidiera el fiscal, la víctima siempre podría formular los cargos. Entonces, una interpretación posible del último artículo mencionado también lleva a colegir que lo decidido por el Ministerio Fiscal puede causar agravio a la víctima -en los casos contemplados- y como no tiene la facultad autónoma de formular cargos, se le reconoce la instancia de control.

5) En suma, una interpretación respetuosa de la voluntad del legislador y sistemática lleva a concluir que, en los casos de presuntos delitos de acción penal pública, el querellante no se encuentra facultado para formular cargos en forma autónoma, conforme a los artículos 120 de la Constitución Nacional, 71 del Código

Penal, 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 2893, 64, 69, 99 y 100 del C.P.P.N. y concordantes.

6) Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene destacando de forma reiterada que el dar pleno efecto a la voluntad del legislador es el fin primordial del intérprete (C.S.J.N., doctrina de Fallos 324:1481; 328:1652; 329:3373; 331:1234; 331:2550, entre muchos otros). Además, no debe violentarse la esfera de la actividad propia del legislador, cuestión que tendría una implicancia negativa sobre el principio constitucional de división de poderes. El Cívero Tribunal sostuvo que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma, tal como se la concibió (Fallos 300:700 y 315:2443, entre otros), pudiendo añadirse en este tópico que desde siempre la Corte ha reconocido como principio hermenéutico que las leyes deben siempre interpretarse evitando suponer la inconsecuencia, la falta de previsión o la omisión involuntaria del legislador (C.S.J.N., Fallos 331:866, entre otros).

7) Por todo lo expuesto, al verificarse la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado, por un déficit en la fundamentación efectuada por el a quo que le resta validez al acto jurisdiccional, corresponde dejar sin efecto tal decisión.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria de la Defensa debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El **Dr. Ricardo Tomás KOHON** dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la

conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Atendiendo al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la resolución interlocutoria N° 163/2016, pronunciada en audiencia del día 02/09/2016, por el Tribunal de Impugnación (Legajo MPFNQ N° 11593/2014) y que se confirme el punto a) de la decisión del Juez de Garantías, adoptada en audiencia del día 08/08/2016, en el que se resolvió: "No hacer lugar a la Formulación de Cargos solicitada por la Querella" (cfr. fs. 1/2 y registro de audiencia del 08/08/2016). Tal es mi voto.

El **Dr. Ricardo Tomás KOHON** dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Alfredo A. ELOSU LARUMBE** dijo: Corresponde eximir de la imposición de costas en esta instancia, atento a que la solución arribada resulta favorable a la impugnación de la Defensa (artículo 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Ricardo Tomás KOHON** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Mi voto

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**

I. DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal, contra la resolución del Tribunal de Impugnación pronunciada en

audiencia del día 02/09/2016, en el legajo MPFNQ N° 11593/2014 (registro interlocutorio N° 163/2016, videograbación identificada como "LEG. 11593 -BARREIRO- (SALA 3) - PARTE 2-2").

II. DECLARAR ADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por los Dres. Omar Nahuel URRÁ y Alejandro Rubén CASAS, defensores particulares, a favor de **Eduardo Raúl PALACIOS**, contra la resolución citada en el punto anterior.

III. HACER LUGAR al recurso de la Defensa antes mencionado, en consecuencia, **DECLARAR la nulidad** de la resolución interlocutoria N° 163/2016, pronunciada en audiencia del día 02/09/2016, por el Tribunal de Impugnación (Legajo MPFNQ N° 11593/2014) y **CONFIRMAR** el punto a) de la decisión del Juez de Garantías, adoptada en audiencia del día 08/08/2016, por el que se resolvió: "No hacer lugar a la Formulación de Cargos solicitada por la Querrela" (fs. 1/2 y registro de audiencia del 08/08/2016).

IV. SIN costas (artículo 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

V. Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

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

ALFREDO A. ELOSU LARUMBE
Vocal

RICARDO TOMÁS KOHON
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario