

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nro. 81

NEUQUÉN, 27 de agosto de 2019.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "**GALEANO, NORBERTO OSCAR S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA**" (MPFNQ Leg. 54692/2015, venidos a conocimiento de esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- El Tribunal de Juicio (integrado en la oportunidad por la Dra. Florencia Martini y los Dres. Mauricio Zabala y Gustavo Ravizzoli) declaró penalmente responsable a Norberto Oscar Galeano por el delito de lesiones graves, calificado por la utilización de un arma de fuego en calidad de autor (arts. 90, 41 bis y 45 del C.P). Asimismo, le otorgó a las partes un plazo de cinco días para ofrecer la prueba atinente a la segunda fase del juicio (cesura), ordenando la fijación de audiencia a tales fines a través de la Oficina Judicial (cfr. fs. 18/19).

II.- En cumplimiento de esta última manda y tras concretarse dicha audiencia, la defensa solicitó como *cuestión preliminar* que se le otorgue a su defendido la suspensión del juicio a prueba.

Explicó a este respecto que "*...la defensa no tuvo oportunidad anterior para solicitar dicho beneficio porque si bien inicialmente le formulan cargos por el delito de lesiones graves, luego se reformula la calificación del hecho al delito de homicidio en grado de tentativa, con la misma plataforma fáctica con que previamente le imputaran el delito menor...*".

Trasladada dicha petición a la Fiscalía, ésta se opuso y señaló que no era factible la suspensión del juicio cuando éste ya finalizó, quedando solamente establecer el *quantum* de la pena; a la vez que tampoco sería procedente

en relación a la sanción punitiva en expectativa, porque solicitarán una pena de cumplimiento efectivo y que, conforme lo establecido en el inciso 4° del artículo 76 bis del Código Penal, su oposición es vinculante para el tribunal.

Agregó que otra de las razones confluyentes de la postura negativa de ese Ministerio Público es que el imputado estuvo rebelde por casi dos años, siendo dable pensar que no se sujetará a otras nuevas pautas de conducta procesal.

Expresó también que contrario a lo aseverado por la defensa, el momento para requerir la suspensión del juicio a prueba cesó. Y si bien es cierto que en el Código Procesal anterior se preveía la posibilidad de requerirla frente a un cambio en la calificación del hecho, actualmente no está prevista esa posibilidad y esa es la voluntad del Legislador.

Dijo en este punto que en un régimen republicano los jueces no tienen la potestad de dejar sin efecto la regulación legal y deben ajustar su proceder a la norma.

Recalcó que el juicio ya está cumplido y que no hay nada más que hacer, con excepción de la fijación de la pena, que es en definitiva su objeto como derivación de un juicio válidamente cumplido.

III.- Tras escuchar las argumentaciones de las partes, el magistrado que dirigió la audiencia dispuso diferir el planteo hasta finalizar los argumentos en lo que refiere a la fijación de la pena; luego de ello (tras un cuarto intermedio) resolvió acoger dicha suspensión.

Para así decidir, expresó lo siguiente:

"...el Tribunal avaluó como justa la aplicación de una pena que rondaría en un año y diez meses, la cual a partir de la ausencia de antecedentes condenatorios, corresponde que sea impuesta en ejecución condicional [...] Concluido ello,

corresponde ahora sí, señalar que en base a la pena que en concreto podría ser impuesta a Galeano, corresponde que el Tribunal se aparte del dictamen Fiscal que propone rechazar la suspensión del proceso a prueba [...] porque la pena en concreto resulta ser la prevista por el cuarto párrafo del art. 76 bis. No fue objeto del contradictorio que esta es la primer ocasión que tiene la defensa para solicitar la suspensión del proceso a prueba, ni tampoco que Norberto Galeano carece de antecedentes condenatorios que obstan el otorgamiento de la suspensión del proceso a prueba; quedando como única pauta de oposición la posible imposición de una pena de efectivo cumplimiento. De este razonamiento se deriva que, siendo evidente que en base a las pautas de individualización de la pena no resulta ajustado a derecho imponer una pena de ejecución efectiva, corresponde hacer lugar a la suspensión del proceso a prueba. En punto a las condiciones de su otorgamiento, la imposición de tres años de suspensión se ajusta a la gravedad del hecho objeto del proceso y, en lo relativo a las reglas de conducta se considera adecuado imponerle que por el mismo tiempo se le prohíba mantener contacto por cualquier medio con Milton Henoch, como así presentarse ante los Gabinetes de Psicología Forense del Poder Judicial a los efectos de llevar adelante una entrevista que determine la necesidad de realizar un tratamiento relativo a la resolución no violentas de conflictos..." (textual del pronunciamiento de fecha 28/03/2019, obrante a fs. 21/24).

Tal decisión fue apelada por el Ministerio Fiscal, nutrida de cuestionamientos diferenciados en torno a: 1) la calificación a la que arribó el auto de responsabilidad (que mutó la calificación de "Homicidio en grado de tentativa" a "Lesiones graves"), 2) el monto de la pena (hipotéticamente establecido por los jueces), y 3) el

otorgamiento al imputado de la suspensión del juicio a prueba (fs. 26/36 vta.).

Sustanciado ello en audiencia, el Tribunal de Impugnación rechazó el recurso de su especialidad y homologó en todos sus puntos la decisión del *a-quo* (sentencia 29/2019, fs. 37/53).

Contra esta última decisión, el Acusador Público articuló la Impugnación Extraordinaria que motiva la intervención de esta Sala Penal (cfr. fs. 58/72).

Concretamente, afirma que existirían motivos suficientes para la intervención del Máximo Tribunal Nacional conforme a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Tras evocar una cita del órgano revisor bajo la cual ratificó el descarte del dolo de homicidio, manifestó que se omitió ponderar la actividad previa del imputado, quien estuvo buscando a la víctima durante una semana para matarlo (lo que incluso está documentado en la grabación de un teléfono celular que se reprodujo en el debate), como así en las acciones inmediatamente posteriores al disparo que hacían presumir dicha intención homicida, pues frente a una falla mecánica del arma que impidió otras detonaciones, comenzó a golpearlo con la culata de la misma mientras lo seguía amenazando de muerte.

Agrega que tampoco se valoró debidamente el testimonio de Adolfo Pacheco en torno a este último segmento del suceso, puesto que si bien los magistrados reconocieron que escuchó un ruido concordante con el desperfecto del arma de fuego, expresaron que no vio o no pudo decir sobre qué zona corporal apuntó Galeano; extremo que, a juicio del apelante, debió cohonestarse con la declaración de la víctima en el juicio, en cuanto a que indicó de forma inequívoca que los disparos fallidos fueron dirigidos hacia

su torso; lo que implicó una valoración sesgada de la prueba de cargo.

Respecto a la pena, dejó aclarado que fueron múltiples las razones que expuso por las cuales la intensidad punitiva debía alejarse del mínimo legal (vgr. empleo de un arma de gran calibre, la persistencia en la agresión, el peligro para personas ajenas por el lugar donde aconteció, el móvil de la agresión, la extensión del daño causado pues le generó manifestaciones psicopatológicas que aún subsisten, su comportamiento procesal al mantenerse rebelde de la Justicia durante dos años, etc.). Y que aún así, la respuesta del Tribunal de Impugnación sólo tomó en cuenta una de ellas para construir su respuesta, incurriendo así en una omisión dirimente que descalifica el pronunciamiento.

Finalmente, objetó las razones que llevaron al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba en tanto cada una de las razones que motivaron su falta de consentimiento eran razonables y fundadas, lo que constituía un impedimento legal suficiente (conf. art. 76 bis, 4° párrafo y doctrina de la C.S.J.N. que invocó en apoyo de su posición).

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

De acuerdo a tal directriz, la consulta de estas actuaciones permite advertir un grave vicio como el señalado.

En efecto: los jueces que conformaron el tribunal juzgador, al ordenar la suspensión del proceso a prueba una vez transcurridas ambas fases del debate, soslayaron que el momento para requerir la suspensión del juicio finalizó, sin que sea posible reeditar dicha discusión por fuera de las normas estipuladas en el Código Adjetivo (art. 108, 3° párrafo del C.P.P.N.).

Al resolver de ese modo sustrajeron el objeto de la audiencia de su cauce natural -en el caso, la cesura del debate- (conf. art. 178 del C.P.P.N.) e incumplieron con la manda del artículo 179 que impone a dichos magistrados a dictar la sentencia de rigor, "*...fijando la pena y modalidad de cumplimiento*" (textual de la norma antedicha).

En tales condiciones, no dictaron una sentencia *stricto sensu*, pues no emitieron el acto jurisdiccional que la complementaba -fijación de la pena- el cual a su vez era un hito concreto a partir del cual se podía contabilizar el plazo para articular el recurso pertinente (art. 179 citado, última parte), generándole a los litigantes un lógico desconcierto en este punto, no sólo en cuanto al modo de computar el término para la apelación, sino también en lo que respecta a la extensión de los agravios que cabían frente a esa anómala situación (cfr. fs. 26 vta. y 40 vta./1).

El decisorio de fs. 21/24 no declaró la inconstitucionalidad del artículo que fija un límite temporal para plantear la suspensión del proceso a prueba ni realizó una mínima justificación para apartarse de la norma; desconociendo así que los plazos procesales y el régimen de preclusión tienen por finalidad reglar la forma

en que se llegará a una decisión definitiva de certeza (conf. C.S.J.N., Fallos 313:711).

Lo dicho se hace más evidente en este caso, en tanto la misma pretensión ya fue resuelta negativamente en la audiencia de control de la acusación, sin que ésta hubiere realizado la reserva que le acuerda el artículo 172 del C.P.P.N. (cfr. audiencia de fecha 31/05/2018, minutos 15:27 y ss); no resultando cierto lo alegado por la defensa de Galeano en cuanto a que lo hizo (cfr. audiencia de fecha 21/03/2019, minutos 15:08 y ss.), pues la reserva que formuló sólo tuvo vinculación con una exclusión probatoria y en el tópicó de la suspensión del proceso a prueba, el mismo letrado defensor afirmó que su pretensión devino abstracta frente al sostenimiento de la calificación legal de su contraparte (cfr. nuevamente audiencia de fecha 31/05/18, minutos 15:58 y ss).

En tal orden de ideas, la concesión de la *probation* soslayó los efectos de la cosa juzgada, cuya jerarquía constitucional y su carácter de presupuesto ineludible de la seguridad jurídica han sido reconocidos por la Corte en numerosos precedentes (C.S.J.N., Fallos 311:495; 313:904; 314:1353; 315:2406 y 2680, entre otros).

Por lo demás, el modo en que resolvió el tribunal *a-quo* anuló toda posibilidad de apelar la sentencia, en tanto ésta sólo puede quedar perfeccionada con la pertinente determinación de la pena que ellos mismos omitieron (conf. arts. 15, 178, 179 y ctes. del C.P.P.N.).

A mayor abundamiento de lo anterior, se destaca que dicho tribunal de juicio tampoco ponderó la exigencia contenida en el mismo artículo 108 del C.P.P.N., en cuanto al carácter vinculante de la fundada oposición del Fiscal (tanto por la extemporaneidad del pedido como por las características propias del caso); sumado a que las reglas de conducta y del plazo no fueron sugeridas por la parte ni

debatidas entre los litigantes, sino decididas inaudita parte por el propio tribunal de juicio, lo cual no sólo infracciona el artículo 76 bis, 3° párrafo del Código Penal y el tantas veces citado artículo 108 del C.P.P.N., sino también el más elemental principio de contradicción imperante en el ordenamiento procesal actual.

V.- Al no poderse sanear ni convalidar dicha actividad procesal, corresponde sin más anular el pronunciamiento obrante a fs. 21/24 y del debate que lo precedió, lo cual se extiende por sus efectos a la actividad revisora del Tribunal de Impugnación (art. 98 del C.P.P.N.). Consecuentemente, deberá reenviarse para que el tribunal de juicio, con otra integración, cumpla con la audiencia de cesura y dicte el pronunciamiento pertinente (art. 34, 179 y 247, 1° párrafo, todos del C.P.P.N.).

VI.- En vista de lo anterior, deviene insustancial el tratamiento del recurso articulado, lo que así debe declararse.

Por todo ello la Sala Penal del Cuerpo, por mayoría,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA NULIDAD del pronunciamiento dictado por el tribunal de juicio en fecha 28 de marzo del corriente año, obrante en autos a fs. 21/24 por el que suspendió el proceso a prueba a favor del imputado **NORBERTO OSCAR GALEANO**, en virtud de las consideraciones precedentes (arts. 96 y 97, ambos a contrario sensu, y 98 del C.P.P.N.). Nulidad que se extiende, por sus efectos, al debate sobre la pena y a lo actuado por el Tribunal de Impugnación (art. 98, 2° párrafo, ídem).

II.- DISPONER EL REENVÍO del legajo para que el tribunal de juicio, con otra integración, cumpla con la segunda fase del debate aún pendiente (arts. 34, 179 y 247, 1° párrafo, todos del C.P.P.N.).

III.- DECLARAR ABSTRACTO el Control Extraordinario promovido a fs. 58/72 por el señor Fiscal Jefe a cargo de la Unidad Fiscal de Actuación Genérica, Dr. Pablo Vignaroli, en virtud de lo resuelto previamente.

IV.- Regístrese, notifíquese y firme que sea, hágase saber a la Oficina Judicial para el pertinente señalamiento de audiencia, tendiente a cumplir con el punto II del presente resolutorio.

ROBERTO GERMÁN BUSAMIA
Presidente

OSCAR E. MASSEI
Vocal

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
(en disidencia parcial)
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario

Disidencia parcial del Dr. Alfredo Elosú Larumbe.

No obstante compartir la solución propiciada en el voto mayoritario dejo manifestado mi criterio discrepante en algunos de los tópicos tratados.

En primer lugar, entiendo que el Ministerio Público Fiscal pudo ejercitar plenamente la actividad recursiva ante el Tribunal de Impugnación en relación a cada una de las cuestiones decididas por el tribunal de juicio en sus respectivos pronunciamientos de fs. 1/19 y 21/24 (cfr. fs. 26/36).

En efecto: todos estos aspectos fueron ampliamente litigados ante dicha Alzada y fueron resueltos de un modo contrario a las aspiraciones del Acusador Público con motivaciones suficientes que, al margen de su acierto o error, le dan sustento como acto jurisdiccional, cancelando así la vía impugnativa aquí articulada (art. 248 inc. 2°, a *contrario sensu*, del C.P.P.N.).

En segundo término, ya en lo referente a la suspensión del proceso a prueba, considero factible la posibilidad de

reeditar dicha temática cuando la sentencia de responsabilidad modifica sustancialmente los hechos que han sido materia de reproche, otorgándoles una entidad menos gravosa que renueva las condiciones para su viabilidad.

Esta posibilidad, contemplada abstractamente, lejos de contravenir el texto procesal resulta una interpretación posible de aquél, afín al principio de mínima intervención penal que se postula de modo manifiesto en la Declaración y Principios del Código Adjetivo (art. 17 C.P.P.N.).

De todas formas, para que ello sea procedente, entiendo que deben verificarse las siguientes condiciones: 1) que se haya efectuado un planteo tempestivo de ese derecho (conf. art. 108 del C.P.P.N.; 2) que se haya formulado la reserva pertinente frente a la decisión adversa del Juez de Garantías (art. 172, ídem); 3) que se produzca una modificación de la calificación jurídica en la sentencia de responsabilidad que habilite su aplicación; y 4) que la reiteración de esa pretensión se realice antes de la apertura formal del debate sobre la pena (art. 108, 3° párrafo).

El segundo recaudo que mencioné previamente tiene su razón de ser pues el voluntario sometimiento a un régimen jurídico, sin objeciones expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su discusión posterior (C.S.J.N., Fallos 323:1042 y 325:1922, entre otros).

Tal déficit resulta manifiesto en la audiencia del día 31 de mayo del 2018, ya que al no objetarse los fundamentos del *a-quo* sobre los cuales se rechazó el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, éstos devinieron incólumes y adquirieron la consolidación propia de la cosa juzgada. Esa situación jurídica no es pasible de modificación ni aún por vía de invocación de leyes de orden público (C.S.J.N., Fallos 329:5989 y 330:2964, entre otros).

De allí que no aprecio razones para que se vuelva a discutir una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada ni argumentos que puedan justificar la ausencia de su cuestionamiento oportuno.

Es por esta razón que comparto la posición adoptada por mis colegas.

Con este limitado y concreto alcance, adscribo a la solución postulada por la mayoría. Tal es mi voto.

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario