

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N°. 83

NEUQUÉN, 29 de junio de 2018

VISTOS: Estos autos caratulados "**MARCOTE, ALFREDO S/ DCIA. FRAUDE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**" (Legajo MPFNQ N°. 103323/2018), venidos a conocimiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), y

CONSIDERANDO:

I. Que el señor Juez de Garantías, Cristian Amadeo PIANA, en la audiencia del 20/3/2018, resolvió ratificar la decisión del Ministerio Fiscal, que había sido recurrida ante esa instancia por el señor Alfredo MARCOTE, pretense querellante, patrocinado por los Dres. Marcos PASTORUTTI y Federico EGEA (cfr. en el legajo de referencia, registros audiovisuales en Cícero, audiencias de los días 19 y 20 de marzo de 2018, ff. 1 y 2).

Cabe aclarar que, con anterioridad, el Ministerio Fiscal no hizo lugar a la solicitud del denunciante, señor MARCOTE, respecto a ser tenido como parte querellante (cfr. sistema Dextra, actuación del 7/2/2018).

II. El Tribunal de Impugnación (TI), integrado en la ocasión por los magistrados Richard TRINCHERI, Florencia María MARTINI y Alejandro CABRAL, en la audiencia del día 10/4/2018, por unanimidad, resolvió declarar la admisibilidad de la impugnación ordinaria del señor Alfredo MARCOTE, pretense querellante, y revocar la decisión del Juez de Garantías (cfr. reg. audiovisual en Cícero y ff. 8/9 vta.).

III. El Dr. José Ignacio GEREZ, Fiscal General y el Dr. Pablo VIGNAROLI, Fiscal Jefe, interpusieron una impugnación extraordinaria, por el artículo 248 inciso 2 del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén (CPPN), contra el pronunciamiento del TI (cfr. ff. 10/17 vta.).

El Ministerio Fiscal expresó, en torno a la admisibilidad, que la decisión recurrida es un auto procesal importante, en los términos del artículo 233 del CPPN, equiparable a sentencia definitiva, por resultar de imposible, dificultosa o tardía reparación ulterior, conforme a la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Entendió que es el momento oportuno para que este TSJ intervenga y que se trata de una situación cuyo análisis se revela como puramente jurídico, sin que sea necesario contar con otros elementos para reconocer el desacierto de lo decidido por el *a quo*.

En relación a la legitimación subjetiva, expuso que la CSJN ha admitido formalmente el recurso de la Fiscalía contra la admisión de un querellante.

Mencionó que -a ese Ministerio- le compete no solo la función requirente sino también, la de defender la legalidad en miras al interés general, velando por los derechos humanos y garantías constitucionales. Y que, a diferencia de las partes privadas, su actuación se encuentra signada por los principios de legalidad y objetividad (artículos 1 y 2, incisos a y b de la ley provincial N°. 2.893). Que cuando esos valores estén involucrados en los motivos de agravios del recurso, tiene suficiente interés para interponerlo.

Afirmó que el control extraordinario provincial de los autos procesales importantes, no puede estar vedado a la Fiscalía, cuando se trata de un agravio suficiente para habilitar el recurso extraordinario federal, como lo es un supuesto de arbitrariedad de sentencia (artículo 18 de la Constitución Nacional [CN]).

Que se invocan cuestiones federales que permiten acceder ante la CSJN, en función de la hermenéutica armónica del

artículo 248 inciso 2 del CPPN y la jurisprudencia de ese Máximo Tribunal.

Aludió a que la taxatividad de los recursos que surge del artículo 227 del CPPN no puede ser interpretada en forma descontextualizada. Que resulta arbitraria una aplicación automática y aislada del citado precepto, como así también, del artículo 233 y concordantes del mismo cuerpo legal.

Manifestó que no se desconoce que el legislador puede establecer ciertas limitaciones a la legitimación del Ministerio Fiscal para impugnar, pero que no se puede admitir una restricción que resulte en una vulneración de la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (artículos 31 de la CN, 1 de la Constitución provincial y 1 *in fine* del CPPN).

Aclaró que no se esgrime la garantía de la doble instancia ni el principio de igualdad.

Señaló que el gravamen resulta de la arbitraria admisión de una querrela particular.

Sostuvo que según la jurisprudencia de la CSJN, un tema en el que se encuentre habilitada la competencia recursiva de dicho tribunal, no puede ser excluido por limitaciones de fuente local, del conocimiento de los jueces de instancias anteriores.

Entendió que sería incompatible con el control difuso de constitucionalidad y el artículo 31 de la CN, que se vede a cualquier instancia ese control, que incluye las cuestiones de arbitrariedad de sentencia.

Que la interpretación que resulta ajustada al ordenamiento constitucional es la que considera admisible la impugnación extraordinaria, cuando los agravios constituyan cuestiones federales que habilitan el recurso extraordinario federal.

En subsidio, para el supuesto de que este TSJ considere que los artículos 227, 233 y concordantes del CPPN no pueden interpretarse de conformidad con el artículo 31 de la CN,

dejó planteada la inconstitucionalidad de los primeros, por los motivos antes desarrollados.

Sostuvo que aunque la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio*, la mayor jerarquía de la CN determina que deba declararse la inconstitucionalidad parcial de los artículos 227 y 233 del CPPN. En cuanto determinan la inadmisibilidad de los recursos locales contra una decisión equiparable a sentencia definitiva del Juez de Garantías, que genera una cuestión federal por arbitrariedad y que, de tal forma, arribaría a la CSJN sin ninguna revisión previa en instancias provinciales.

Que tales disposiciones resultan inconstitucionales por limitar y omitir reconocer la facultad del Ministerio Fiscal de acceder a las vías recursivas locales.

Que si se sostiene una interpretación que ponga a los artículos 227 y 233 del CPPN en colisión con el artículo 31 de la CN y se hiciera prevalecer a los primeros, se configuraría una cuestión federal constitucional directa (artículo 14 inciso 2 de la ley 48).

En cuanto a los motivos de agravio, adujo una presunta arbitrariedad de sentencia por defectos en la fundamentación normativa, asociada a una interpretación inexacta del *a quo*. A su parecer, se vulneró la voluntad del legislador provincial en relación al concepto de víctima.

Expuso que de los antecedentes legislativos y de las normas procesales correspondientes surge que no se ha reconocido ese carácter a quien invoca únicamente un interés simple, en condición de "ciudadano".

Que la propuesta de querrela "especial" para los delitos contra la Administración Pública fue expresamente debatida en el seno de la Cámara de Diputados, a través de la frustrada introducción de un artículo 65 bis, que fue rechazada por la mayoría de los legisladores.

Que los jueces han antepuesto su parecer a lo que realmente dice la ley. Que del artículo 64 y del debate parlamentario surge que el legislador ha adoptado un concepto restrictivo de víctima. Que solo se considera como tal, a quien resulta directamente afectado por el delito y que, en este caso, eso no ocurre ya que el bien jurídico protegido es la administración pública o el erario público, respecto de lo cual se carece de toda representación.

Manifestó que el TI se extralimitó al tratar una cuestión que no fue introducida por las partes. Ello, al referir que la Fiscalía no explicó cuál es el gravamen que le causa la inclusión del querellante.

Indicó que en la instancia anterior, ese Ministerio no fue el que impugnó, por lo que no le correspondía demostrar agravio alguno. Agregó que si no fue materia de agravio por el impugnante (denunciante) por qué iba a introducirlo ese Ministerio. También, dijo qué mayor agravio puede causarle a una parte, que se incluya otra, en clara violación a lo que la ley establece.

Opinó que a los jueces no les gustó como los legisladores resolvieron esa cuestión y arbitrariamente desoyeron la ley e impusieron su criterio, el que va en contra de lo que la ley establece. Que fueron más allá de sus facultades porque no argumentaron que lo dispuesto por el legislador resulta contrario a la Constitución ni declararon la inconstitucionalidad del precepto. Es decir, que no hicieron un control de constitucionalidad o si lo hicieron, pasó el tamiz sino hubieran declarado la inconstitucionalidad.

Que el *a quo* llegó a decir que se estaba en presencia de un delito de lesa humanidad. Que es así, al usar como uno de los argumentos que el delito denunciado afecta a toda la humanidad.

Sostuvo que nada impide que el denunciante aporte datos e información sin ser querellante. Que no existe norma alguna que lo impida.

Citó doctrina y jurisprudencia.

Solicitó que se declare la admisibilidad de la impugnación extraordinaria y se revoque la decisión del TI.

IV. En primer lugar, se impone el estudio de los recaudos de procedencia:

1) El escrito fue presentado en término y ante la oficina judicial correspondiente al órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona (artículo 242, en función del 249, ambos del CPPN).

2) Sin embargo, el Ministerio Fiscal carece de legitimación subjetiva en relación a dicha resolución. Tampoco se advierte la existencia de un gravamen o perjuicio de imposible reparación ulterior (artículos 227, 233, 241 y 249 del CPPN).

3) En tal sentido, el artículo 227 del rito local prevé que "(...) las decisiones judiciales sólo serán impugnables en los casos, por los motivos y en las condiciones establecidas por es[e] Código.

El derecho de impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado. Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio".

Con ello, en nuestro sistema procesal, se consagró el principio de taxatividad del control de las decisiones.

Al respecto, se ha indicado que "(...)el código establece taxativamente las resoluciones jurisdiccionales recurribles [...], de modo genérico [...] o específico [...], por quiénes y mediante qué recurso en particular. A más de ello, exige la observancia obligatoria de requisitos de tiempo y forma para su interposición, que varían según el recurso de que se trate (...)" (CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída;

Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Comentado, Ed. Mediterránea, Tomo 2, p. 357).

En cuanto a la impugnabilidad objetiva, el artículo 233 del CPPN establece que "(...) serán impugnables las sentencias definitivas; el sobreseimiento; la denegatoria de la suspensión de juicio a prueba; la decisión que imponga[,] mantenga o rechace una medida de coerción y todos los autos procesales importantes. Cuando el gravamen sea reparable en ocasión de revisarse la sentencia definitiva, el recurso se reservará para ser tramitado en esta última etapa".

Respecto a la equiparación a sentencia definitiva, la doctrina sostiene que "(...) el recurso se concede contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen, además de otros casos especialmente previstos [...] El criterio para determinar el concepto se funda más en el efecto de la resolución con relación al proceso, que en su contenido..." (DE LA RÚA, Fernando; *La casación penal*, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p. 178).

En relación a la legitimación subjetiva, el artículo 241 del rito local dispone que el fiscal se encuentra facultado para impugnar el sobreseimiento, la sentencia absolutoria y la sentencia condenatoria, en las condiciones allí descriptas.

4) En el presente caso, la decisión cuestionada no se encuentra prevista expresamente entre las enumeradas en el artículo 233 del CPPN. A raíz de ello, el Ministerio recurrente adujo que resulta impugnabile por tratarse de un auto procesal importante, equiparable a sentencia definitiva, por resultar de imposible, dificultosa o tardía reparación ulterior.

Ahora bien, el TI revocó la resolución del Juez de Garantías, por la que se había ratificado la decisión del Ministerio Fiscal. Y en esta última, no se había hecho

lugar a la solicitud del denunciante respecto a ser tenido como parte querellante.

Ello, nos ubica en los albores de la investigación, lo que resta definitividad a lo decidido conforme a los lineamientos antes expuestos.

También, cabe poner de relieve que, en los casos de delitos de acción pública, la actuación del querellante particular solo puede desarrollarse en la forma prevista en el CPPN. Y su intervención no altera las facultades concedidas por la ley al fiscal, por lo que no se advierte algún gravamen irreparable o de imposible reparación para el aquí recurrente.

Sobre el particular, 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 [el] art[.] (...) 241 pone[] en cabeza de (...) la fiscalía. En virtud de ello, debe afirmarse con absoluto énfasis que la[] parte[] acusadora[] no posee[] legitimación subjetiva para impugnar a través de esta vía (...). Asimismo, que el código procesal penal local instaura un sistema de legitimación expresa y taxativa para impugnar, en el cual, como reza el principio rector del artículo 227, el derecho a impugnar una decisión corresponderá tan sólo a quien le sea "expresamente" acordado (cfr. ELOSÚ LARUMBE, Alfredo A., *El Recurso Ordinario de Impugnación en el marco de un sistema acusatorio*, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2015, p. 106 y ss.)*.

Sentado ello, la impugnación extraordinaria deducida por el acusador público no supera el juicio de admisibilidad, por carecer -ese Ministerio- de legitimación subjetiva (artículos 227, 233, 241 y 249 del CPPN).

Se aclara que lo aquí decidido no implica una toma de postura del TSJ en torno al tema debatido. Y que el alegado

argumento respecto del auto procesal importante solo resulta oponible por la contraparte y no por quien recurre en el presente.

5) Además, la mera invocación de una presunta cuestión federal resulta insuficiente para justificar la viabilidad de la instancia extraordinaria local, siendo que no se demostró la pretendida arbitrariedad de sentencia.

Cabe aclarar que una exigencia formal semejante se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta nueva fórmula impugnativa, se hagan valer otras alejadas del significado jurídico que es propio de un recurso extraordinario como éste.

Así, este Tribunal Superior sostuvo reiteradamente que, por su fin y naturaleza, el recurso extraordinario implícitamente referenciado en el artículo 248 del código adjetivo es excepcional y de aplicación restrictiva, por la gravedad de la función que por esa vía pudiera cumplir luego la Corte Suprema de la Nación en cualquiera de los tres supuestos establecidos en la Ley 48. Y por otra parte, que es bueno recordar que el objeto del recurso extraordinario federal es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no la sumisión a la Corte de cualquier causa en que pueda existir agravio, error o injusticia, ya que no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir del fallo apelado, sino mantener la mentada supremacía.

Siguiendo tales directrices, en este caso, la crítica esbozada sólo trasluce una disconformidad del Ministerio Fiscal con las razones dadas por el TI, que aportó las razones por las que hizo lugar a los agravios planteados ante esa instancia.

En tal sentido, el *a quo* tuvo en cuenta la naturaleza de los presuntos hechos denunciados y la inexistencia de incompatibilidad entre las facultades del acusador público

y el querellante al encontrarse en los momentos iniciales de la investigación, por lo que sostuvo que la interpretación a favor de una tesis amplia del concepto de víctima resulta más acorde a la normativa vigente (CPPN y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la ley 26097).

En relación a la procedencia del remedio federal se sostuvo que la tacha de arbitrariedad es excepcional y que se "(...) requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta falta de fundamentación. Si así no fuera, la Corte podría encontrarse en la necesidad de revisar [todas] las decisiones de los Tribunales de la República en cualquier clase de causas, asumiendo una jurisdicción más amplia que la que le confieren la Constitución y las leyes [Fallos, 308:1372; 310:234; 311:904; 312:608; 313:209; 317:194; 326:1877, entre otros muchos] (...)'" (MORELLO, Augusto M.; *El recurso extraordinario*, Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 3ª. ed., Bs. As., 2006, p. 608).

En suma, y más allá de la posición que este TSJ pueda tener respecto de la interpretación y alcance que debe otorgarse al artículo 60 del CPPN, la resolución del *a quo* se encuentra motivada en las circunstancias concretas del caso y trasluce una interpretación posible del concepto de víctima. Asimismo, lo decidido posibilita al querellante a practicar diligencias y actuaciones dentro de las previsiones del CPPN y sin desmedro de las facultades del acusador público, por lo que se considera que lo resuelto no se contrapone con el debido proceso legal (artículos 18 de la Constitución Nacional).

6) También, se descarta la pretendida inconstitucionalidad de los artículos 227, 233 y 241 del CPPN.

Al respecto, esta Sala Penal comparte la doctrina consolidada de la CSJN, según la cual, la declaración de

inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad, siendo una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y que debe ser considerada como *última ratio* del orden jurídico (MONGES Analía M. C/ U.B.A. resol 2314/1.995, 19.96-12-26, Fallos 319-0, ED17-07-1.997, N°48.038, LL14-05-1.997, N°95.362), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 311:394; 312:122; 322:842) o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (Fallos 14:425; 105:22; 112:63; 182:317; 200:180, entre otros), de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallo 260:153). Ello así, en la medida que es deber de [la] Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la misma es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable (CSJN L.486 XXXVI "LLERENA, Horacio Luis s/ Abuso de armas y lesiones Art. 104 y 89 del Código Penal- causa 3221" rta. el 17/5/2005).

Conforme a tales parámetros, de la lectura del libelo impugnatorio se desprende que, si bien el recurrente planteó, en forma subsidiaria, la inconstitucionalidad parcial de los artículos mencionados, luego, ensayó una crítica insuficiente atendiendo a su pretensión, ya que se trata de una declaración que sólo procede con carácter excepcional.

El propio recurrente reconoce el carácter de *ultima ratio* de la declaración de inconstitucionalidad y que el legislador puede establecer ciertas limitaciones a la legitimación del Ministerio Fiscal para impugnar. También, aclaró que no esgrime la garantía de la doble instancia ni el principio de igualdad.

Sobre el particular, el legislador neuquino dictó el código procesal penal (ley N°. 2784), en el ejercicio de la competencia reservada por la provincia en la organización estatal federal, conforme a los artículos 1, 5, 18, 31, 121, 122 y 123 de la CN.

En ese cuerpo normativo, reguló lo atinente al control de las decisiones judiciales (Libro V del CPPN), en el que se encuentran los artículos 227 (principio general), 233 (decisiones impugnables) y 241 (legitimación del fiscal).

Allí, el debido proceso se encuentra resguardado al establecerse los requisitos para la admisibilidad de los recursos, de tal modo que éstos sean un medio adecuado y factible de ser utilizado por las partes que se consideren perjudicadas por una decisión judicial, tendiente a evitar -de ser comprobadas- las consecuencias gravosas.

En este caso, el Ministerio Fiscal no logró demostrar ningún perjuicio para el ejercicio de sus funciones, a raíz de la decisión del TI. Tampoco, que sean irrazonables las limitaciones establecidas en las normas procesales en cuestión.

En ese escenario, no se advierte ningún atisbo de irrazonabilidad en lo previsto en los artículos 227, 233 y 241 del CPPN, que hagan imposible su armonización con normas de jerarquía constitucional.

En tales condiciones, se concluye que la norma en cuestión resulta acorde al ordenamiento constitucional (artículos 1, 5, 18, 31, 121, 122 y 123 de la CN).

7) En virtud de las consideraciones expuestas, se colige que no se cumplimentan los requisitos para habilitar la vía extraordinaria local (artículos 227, 233, 241, 248 inciso 2 -a contrario sensu- y 249 del CPPN).

V. Por último, corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente, conforme a las consideraciones expuestas en R. I. N°. 52/2015 "CASTILLO" del registro de esta Sala Penal, a las que se remite por razones de brevedad (artículo 268 segundo párrafo, a contrario sensu, del CPPN).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I. DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal, contra el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación dictado en la audiencia de fecha 10/4/2018, en el Legajo MPFNQ N°. 103323/2018 (artículos 227, 233, 241, 248 inciso 2 -a contrario sensu- y 249 del CPPN).

II. EXIMIR de costas a la parte recurrente (artículo 268 segundo párrafo, a contrario sensu, del CPPN).

III. Regístrese, notifíquese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

ALFREDO A. ELOSU LARUMBE
Vocal

OSCAR E. MASSEI
Vocal

JORGE E. ALMEIDA
Subsecretario