

Expte. N° 20343/05 STJ - "GILIO, Juan; MONTENEGRO, Susana Beatriz pssaa Promoción a la prostitución s/Casación" – S.T.J. RIO NEGRO - 21/03/2006.-

PROCESO PENAL. MINISTERIO PUBLICO FISCAL. CONTROL DE LA LEGALIDAD DE SUS ACTOS. Desistimiento de la acusación al término del debate. Deber del juez de ejercer el control de esa motivación (CONTROL EXTERNO). Análisis de los precedentes "Tarifeño" y "Quiroga" de la CSJN. Constitucionalidad del art. 404 del CPP Provincial en tanto posibilita que el Ministerio Público Fiscal recurra en virtud de instrucciones del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiese emitido (CONTROL INTERNO)

"La Cámara Segunda en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial resolvió -en lo pertinente- absolver a Susana Beatriz Montenegro y a Juan Gilio de los hechos materia de debate encuadrados legalmente como promoción a la prostitución calificada por el vínculo y corrupción de menores calificada por la edad (art. 125 bis tercer supuesto y 125 segundo supuesto C.P.). Contra lo decidido, el señor Fiscal de Cámara deduce recurso de casación, con la indicación de actuar bajo instrucción específica de la señora Procuradora General, no obstante su dictamen emitido en el debate celebrado (arts. 2.- 215 Const. Prov., "Unidad de actuación y dependencia jerárquica" y 404 C.P.P.)."

"En cuanto a la forma de actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal, el art. 60 del Código de Procedimiento Penal de la provincia dice que éstos formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones y nunca podrán remitirse a las decisiones del juez."

"El control de la motivación de tales actos se encuentra en manos de los jueces, toda vez que la sanción de nulidad procesal les pertenece, en la advertencia de todo apartamiento del estándar jurídico del derecho positivo (art. 14 y 28 C.N.)."

"La temática mencionada ya ha sido abordada por este Superior Tribunal de Justicia en el precedente "MONGIARDINI" donde se dijo: "... a) Conforme nuestro actual sistema procesal mixto, tanto el juez como las partes y específicamente el Ministerio Público, tienen el deber de motivar sus actos, resoluciones, desistimientos, pedidos, etc., durante la instrucción o el juicio común, y que al no hacerlo generan un acto intrínsecamente nulo, carente de validez, porque esa falta de motivación está comprendida dentro de las nulidades absolutas declarables de oficio (conf. arts. 10, 19, 109, 110, 159 y ss. del C.P.P.)... "En consecuencia, si bien es legítimo que el señor Fiscal de Cámara desista la acusación al término del debate y luego de oídos los alegatos de todas las partes, ello no debe confundir a los magistrados que tienen en última instancia la diferente función de juzgar y en consecuencia pueden y deben ejercer el control de esa motivación, legalidad y razonabilidad para que el juicio no se desnaturalice o frustre. En concreto, es tan peligroso el poder absoluto o discrecional del juez de instrucción como el del fiscal, si la decisión pasa sólo por un juicio discrecional o infundado, porque ello lesiona gravemente el sistema republicano de gobierno, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.) y la misión del Poder Judicial de afianzar la justicia, prevista en el Preámbulo."... "De lege ferenda y previa reforma constitucional (art. 215 Constitución Provincial), es posible otro sistema procesal de control, pero hasta tanto ello ocurra, aplicando la legislación vigente, este último corresponde al órgano jurisdiccional." ... "Ello es así aunque ninguna norma lo ordenara, porque sería absurdo que el requerimiento de elevación a juicio estuviera enmarcado en claras y completas exigencias (art. 318 y ccdtes. C.P.P.) mientras que el desistimiento, esto es, el fin de la actividad acusatoria, pudiera transcurrir de cualquier modo o con la sola voluntad del acusador".

"El análisis de la corrección de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal es por la observancia de la razonabilidad de lo decidido, esto es, por la ausencia de arbitrariedad, criterio de control que se compadece con la figura de un juez imparcial que controla en el debate la racionalidad formal y sustancial de sus actos. Es que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en "TARIFEÑO" [Fallo en extenso: elDial - AA1DED] y las posteriores que la convalidan no exige al órgano jurisdiccional absolver sin más a las personas imputadas, sino en la medida en que el retiro de la acusación sea razonable, por lo que si el acto emitido por el Ministerio Público no es válido, cabe el pronunciarse en tal sentido, declarar la nulidad y propiciar la realización de otro ajustado a derecho."

"Ocurre que, la posibilidad de conferirle efecto vinculante al dictamen desestimatorio del Ministerio Público afectado por tales deficiencias procesales es intolerable al control de legalidad

de los actos de gobierno de una república. El diseño de sistemas de control halla su fundamento en imposibilitar la existencia de decisiones arbitrarias, como dice Solimine ("La consulta al fiscal general como debido control del dictamen fiscal desestimatorio", en LL 2002-A, 1138 y ss.), quien en la cita 17 sostiene: "Máxime, cuando el sistema penal argentino se erige a partir del principio de legalidad (art. 71 CP.) -que presupone la persecución oficiosa, irrevocable y a rajatabla de todo delito de acción pública- siendo que los criterios de oportunidad que típicamente van admitiéndose por vía legislativa, especifican taxativamente los requisitos que deben cumplirse para que cese la persecución (sistema de legal-oportunidad), sin otorgar facultades discrecionales de disposición de la acción penal a los fiscales".

"Si el órgano portador de la jurisdicción no pudiera controlar la aplicación del principio de legalidad, se estaría aceptando su reemplazo por el de oportunidad, con lo que el ejercicio de la jurisdicción podría quedar absolutamente limitado por la discrecionalidad del Ministerio Público Fiscal."

"El principio de legalidad con criterios de oportunidad taxativamente reglados (sistema de legal-oportunidad) excluye la indisponibilidad de la acción por supuestos potestativos en su ejercicio. Entonces, el retiro de la acusación fiscal está sujeto a control de legalidad por parte del tribunal ante el cual actúa el representante del Estado, con fundamento en los principios de inderogabilidad de la jurisdicción penal, sujeción a la ley de toda la función judicial -principio al que también se subordina la actuación del órgano de la acusación-, igualdad e indisponibilidad de las situaciones penales, criterios que impiden homologar opiniones absolutamente discrecionales del Ministerio Público (Ferrajoli, "Derecho y Razón", pág. 570)."

"En el precedente "Quiroga" [Fallo en extenso: elDial - AA26C7] se sostuvo que "[e]n el marco de un sistema procesal regido por el principio de legalidad procesal, la exigencia de que las funciones de acusar y juzgar se encuentren en cabeza de funcionarios distintos queda completamente diluida si el tribunal de alzada puede, en contra del criterio del Ministerio Público, decidir por sí solo que se produzca la acusación y la apertura del debate" (CSJN, "QUIROGA", sumario 3). Ahora, en dicho precedente también se dice: "Si bien la introducción del artículo 120 de la Constitución Nacional sustrae al Ministerio Público del control de cualquiera de los poderes del Estado, ello no significa 'falta de control', porque más allá del control jurisdiccional que se ejerce en el marco del proceso, la ley 24946 (Adla, LVIII-A, 101) prevé controles internos y, además los fiscales no se encuentran exentos de ser sancionados por las posibles violaciones en la que pudieran incurrir por su calidad de funcionarios públicos".

"De tal modo, el control externo propiciado por este Superior Tribunal responde a las exigencias constitucionales, pues sólo analiza la formalidad de la actuación del Ministerio Público Fiscal -la motivación de sus actos- pero no lo suplanta en su rol acusador, pues no le impone determinada actividad."

"Pero, a la par de justificar el mencionado control externo, la Corte Suprema introduce la noción de control interno (dentro del propio Ministerio Público Fiscal) que lo deriva de la Ley 24946 -Orgánica del Ministerio Público- y reglamentaria del art. 120 de la Constitución Nacional, en el sentido de ejercicio de las funciones con unidad de actuación e independencia, atento a la existencia de una organización jerárquica que exige que cada miembro de dicho ministerio controle el desempeño de los inferiores."

"Dicho control interno tiene reconocimiento expreso en la normativa del Código Procesal Penal de nuestra provincia en cuanto a las disposiciones generales de los recursos -art. 413, tercer párrafo-, que le permite al Ministerio Público Fiscal desistir fundadamente de sus recursos, incluso si los hubiera interpuesto un representante de grado inferior."

"Es este tipo de control, exigido por los arts. 1º y 120 de la Constitución Nacional, con reconocimiento legislativo para la actuación del Ministerio Público Fiscal en la instancia ordinaria, lo que me lleva a sostener la constitucionalidad del art. 404 del Código Procesal Penal en tanto posibilita que el Ministerio Fiscal recurra en virtud de instrucciones del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiese emitido antes, de modo concordante con lo normado por el art. 215 de la Const. de la provincia de Río Negro, en tanto sostiene el ejercicio de las funciones del Ministerio Público Fiscal bajo los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, con lo que no cabe sino entender que las instrucciones dadas en el sub examine por la señora Procuradora General al señor Fiscal

de Cámara para que interpusiera un recurso de casación contra la sentencia absolutoria constituyen el ejercicio del control interno reclamado por la Constitución Nacional, siendo aquélla la única relación jerárquica que los implica."

"Entonces, las instrucciones dadas por la Procuración General al Fiscal de Cámara para que recurra en casación la sentencia absolutoria, aunque se encuentre motivada en la actuación procesal del propio fiscal, que por razones fácticas sólo puede ser individual y ex post, encuentra fundamento en la Constitución, a la que se debe adecuar toda la normativa inferior (entre ella el art. 428 C.P.P.), que es sólo la reglamentación de los derechos establecidos por aquélla. Ello así aunque sería conveniente, para una mejor administración de justicia, el reemplazo de dicho funcionario en la interposición del recurso respectivo, atento a la eventual violencia moral que podría provocarle la instrucción particular, aun cuando en el sub examine el recurso en tratamiento contempla los aspectos cuestionados por la señora Procuradora General."

"La modalidad de control interno que se señala -individual y ex post- es en defecto de otro previo, ante la ausencia de directivas generales o específicas de la Procuración General, pese a sus reconocidas atribuciones constitucionales, respecto de la actuación de sus inferiores jerárquicos en causas de gravedad manifiesta."

"Es cierto que un control sólo interno -dentro del marco de la propia acusación- sería admitir la irrupción de criterios de oportunidad, pues, a todo evento, la decisión del superior jerárquico dentro del Ministerio Público definiría el ejercicio de la jurisdicción, lo que demuestra la necesidad del otro jurisdiccional externo. La sola voluntad del Ministerio Público Fiscal no puede imponer al juez el dictado de una sentencia absolutoria. Así, "[e]l control de legalidad de los actos del Ministerio Público no resulta incompatible con su independencia, ambos son valores que deben conjugarse para no vulnerar la esencia del sistema republicano de gobierno" (Fallos 325:2005, voto del doctor Fayt), que encuentra su razón de ser en el control entre los poderes."

"En este sentido, afirma Ricardo Levene (h),... comentando la disposición del art. 404 C.P.P. nos dice: "Algunos Códigos, como el de La Pampa, prevén el recuso por instrucciones del Superior Jerárquico, no obstante el dictamen en contrario que se hubiese emitido antes, es decir conforme con la resolución obtenida. Esto sin duda parece contradictorio, pero permitirá salvar a tiempo algún error en que podría haberse incurrido al dictaminar y que podría haber repetido la sentencia o resolución"."

"Dicho lo anterior, admitida de tal modo la jurisdicción del Superior Tribunal, con plurales argumentos, por el recurso del señor Fiscal de Cámara, conforme las instrucciones de su superior jerárquica, señora Procuradora General de la provincia, es necesario verificar si la Cámara -en resguardo del principio de legalidad- efectuó el control de razonabilidad de la ausencia de acusación del señor Fiscal de Cámara cuando en su alegato manifestó que le era imposible sostener la acusación."

"El señor Fiscal impidió el desarrollo de una de las etapas esenciales del proceso, como es la producción de la prueba en el debate oral, cuestión que no fue advertida por el juzgador al momento de analizar la razonabilidad del retiro de la acusación."

"No oída la prueba propuesta por la propia Fiscalía en la etapa oral, cuando se produce el verdadero contradictorio que establece el art. 18 de la Constitución Nacional para la realización del juicio, las consecuencias procesales de lo que podría haber sido y no fue por exclusiva decisión del representante de la acción pública resultan sólo atribuibles a la adivinación."

"Para el examen de validez de la actividad del señor Fiscal de Cámara que se pretende también es dable destacar que éste, en su dictamen, dice que retira la acusación "... atento a las contradicciones existentes en los dichos de la denuncia con los relatados recientemente, ya que no sabemos bien cuántas veces fueron y siendo fundamentales los dichos de la menor y siendo contradictorios no cabe más que retirar la acusación. Que esta fiscalía se encuentra imposibilitada de sostener la acusación". Ante esta circunstancia, el juzgador no advierte que de "... la lectura del discurso surge palmariamente que el Fiscal cumplimentó el recaudo de valorar la única prueba receptada en la audiencia (alegación sobre la prueba, art. 364 CPP.), pero soslayó las derivaciones lógicas, debió explicitar qué es lo que surgía o no de dicha prueba... Luego no formuló concretamente su petitum. No surge del acta ni del análisis efectuado por el Tribunal, que el Sr. Fiscal haya solicitado la absolución de los imputados, como tampoco es dable colegir si

la imposibilidad de sostener la acusación se debió a la convicción de estar ante una plataforma fáctica inexistente (el hecho no existió), o si habiendo existido los imputados no fueron sus autores, o si la imposibilidad de la Fiscalía conllevaba la aplicación del principio "in dubio pro reo". Nada de ello fue expuesto por el titular de la acción penal", dictamen de la Procuración General). Entonces, técnicamente el acto procesal del señor Fiscal de Cámara no puede ser conceptuado siquiera como un retiro de la acusación."

"Es que "... la acusación fiscal no debe resultar confusa en la apreciación de los hechos y debe observar los requisitos mínimos que se establecen para la sentencia, es decir, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos que estime probados y la mención de las pruebas en que se funda la acusación para cada uno de ellos."

"Si el sistema de las libres convicciones exige al Ministerio Público Fiscal la valoración de la totalidad de los elementos de prueba objetivos para efectuar de modo razonado su acusación, es la misma exigencia para su retiro, atento al sistema de la sana crítica racional y a la exigencia de motivación de la decisión cuestionada, máxime cuando en el caso de autos no encontramos en el inicio del debate."

"En consecuencia, y en virtud de que se advierten tales gruesos errores en la postura del fiscal, sólo cabe entender por los motivos antes expuestos- que el sentenciante no ha cumplido con la exigencia del debido control de dicho acto procesal y ha incurrido en una falta de motivación sancionable con la nulidad en los términos de los arts. 110 y 369 del rito. Ello así también por haber adoptado su decisión absolutoria como consecuencia ineludible de un acto procesal cuya invalidez debió haber declarado (doctrina de la CSJN en "TARIFEÑO")."

NOTA COMPLETA

Expte. N° 20343/05 STJ - "GILIO, Juan; MONTENEGRO, Susana Beatriz pssaa Promoción a la prostitución s/Casación" - STJ RIO NEGRO - 21/03/2006

///MA, 21 de marzo de 2006.//-

Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Luis A. Lutz y Víctor Hugo Sodero Nievas, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: "GILIO, Juan;; MONTENEGRO, Susana Beatriz pssaa Promoción a la prostitución s/Casación" (Expte.N° 20343/05 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., con el planteo de la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es procedente el recurso deducido?

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:

1.- Mediante sentencia N° 9, de fecha 4 de abril de 2005, la Cámara Segunda en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial resolvió -en lo pertinente- absolver a Susana Beatriz Montenegro y a Juan Gilio de los hechos materia de debate, nominados primero y segundo, encuadrados legalmente como promoción a la prostitución calificada por el vínculo y corrupción de menores calificada por la edad (art. 125 bis tercer supuesto y 125 segundo supuesto C.P.).

2.- Contra lo decidido, el señor Fiscal de Cámara deduce recurso de casación, con la indicación de actuar bajo instrucción específica de la señora Procuradora General, no obstante su dictamen emitido en el debate celebrado (arts. 2.- 215 Const. Prov., "Unidad de actuación y dependencia jerárquica" y 404 C.P.P.). Las instrucciones se agregan a fs. 1559/1564 y están identificadas con el número 1/2005, según el registro de la Procuración General. Lo mismo hace la Asesora de Menores e Incapaces, y ambos recursos son declarados inadmisibles, conforme el auto interlocutorio N° 105/05, lo que motiva su queja ante este Superior Tribunal de Justicia, a las que se hace lugar. Por expresa instrucción de Presidencia se dispone que el expediente quede por diez días en la Oficina, para su examen por parte de los interesados, y también se corre vista a las

partes con el objeto de se expidan sobre los pretensos "amicus curiae". El abogado co-defensor del señor Juan Gilio deduce un escrito de mejora de fundamentos de la absolución y del rechazo de los recursos de casación y pide la declaración de inconstitucionalidad del art. 404 del Código Procesal Penal. Por su parte, la señora Asesora de Menores solicita que el escrito de amicus curiae agregado a autos sea tenido en cuenta al momento de dictar sentencia como un aporte voluntario, no () vinculante, sobre el objeto del litigio. Asimismo, la señora Procuradora General de la provincia emite un primer dictamen por el que amplía los fundamentos propuestos por el señor Fiscal de Cámara en orden a la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria, con la consecuente remisión del expediente al origen para la realización de un nuevo debate, y desiste del deducido por la señora Asesora de Menores. Luego, en su segundo dictamen, manifiesta que no puede admitirse la pretensión de los amicus curiae. Mediante sentencia N° 151, del 3 de noviembre de 2005, este Cuerpo resuelve hacer lugar sólo a la presentación de fs. 52/58 del expediente N° 20230/05 STJ respecto de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (Delegación San Carlos de Bariloche), autorizándola a la intervención prevista por el artículo 437 del rito antes de que se expidan las partes. Realizada en su oportunidad la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del código adjetivo, los autos quedan en condiciones para su tratamiento definitivo.

3.- El señor Fiscal de Cámara sostiene en su recurso la inobservancia del art. 200 de la Constitución Provincial, en tanto es deber de los magistrados y funcionarios judiciales resolver las causas con fundamentación razonada y legal. Como fue referido supra, justifica su facultad impugnativa en su carácter de representante del Ministerio Público Fiscal y en los arts. 404 del Código de Procedimientos y 215 de la Carta Magna de la provincia, y sostiene que las dos cuestiones sometidas a la deliberación del juzgador no han recibido el tratamiento exigido constitucionalmente. Así, en punto a la primera de ellas -nulidad del alegato-, dice que el votante que comienza la mayoría sostiene que no corresponde tal nulidad, porque se dan las condiciones de validez del debate y por razones de política institucional y que un rigorismo que propiciara la nulidad del alegato implicaría una nueva situación de análisis del expediente con el consiguiente desgaste emocional tanto para la supuesta víctima como para los imputados. Agrega que el sentenciante ingresa luego en otra temática, cual es la facultad del representante del Ministerio Público Fiscal de solicitar la absolución y su carácter vinculante para la judicatura. Al respecto, dice que dicho votante se limitó a descalificar la propuesta del otro vocal del tribunal para finalmente sostener que la propuesta desestimatoria del Fiscal no adolece de defectos formales que la hagan nula, esto último sin fundamentos. Expresa que el segundo voto de la mayoría tampoco hace un análisis motivado de las conclusiones del Fiscal de Cámara, pero sí alguna referencia, para puntualizar que constituyen motivación suficiente. Remite por último al primer voto, y concluye que ambos adolecen de una ausencia de fundamentación razonada, pues no analizan si existió motivación en la imposibilidad del Fiscal de Cámara para sostener la acusación en el debate oral. En su segundo agravio sostiene una vulneración al debido proceso legal, puesto que luego de la apertura del debate no se recibió la prueba cuya producción estaba ordenada por el Tribunal. Con esto se habría soslayado el debido equilibrio que la Corte Suprema diseña al definir el debido proceso legal como aquél que garantiza los actos de acusación, prueba, defensa y sentencia (art. 18 Const. Nacional), omitiendo las disposiciones rituales de los arts. 353, 364 y 369 2° párrafo, en violación del principio de adquisición de la prueba. En este sentido, afirma que el segundo votante de la mayoría no podía confrontar la sostenido por la menor en debate con ninguna otra prueba testimonial o pericial pues éstas no habían sido recibidas en el debate. Luego sostiene que el voto del magistrado restante es contradictorio pues se pronuncia por la nulidad del alegato fiscal, pero al votar la segunda cuestión adhiere a la absolución de la mayoría.

4.- La señora Asesora de Menores fundamenta su aptitud impugnativa en los arts. 403 del Código Procesal Penal y 77 de la Ley 2438, por la cual, como representante necesaria de la menor, se encuentra facultada para deducir su recurso de casación. También invoca de modo subsidiario el art. 59 del Código Civil. Luego desarrolla un agravio vinculado con la violación del principio constitucional de juez natural, toda vez que uno de los integrantes del tribunal juzgador carecía de competencia para ello, al no haberse cumplimentado las normas legales sobre subrogancias y/o excusaciones de los otros jueces de grado correspondientes a la Cámara Civil. En sustento de su reclamo cita la Acordada N° 45/99 STJ y, además, expresa que tampoco se le notificó de tal integración hasta la audiencia del día 21 de marzo de 2005. Posteriormente aduce la nulidad del alegato absolutorio del Fiscal de Cámara, porque se opondría a la manda del art. 60 del rito en cuanto a la formulación motivada de sus requerimientos y conclusiones. En este sentido, dice que el Fiscal de Cámara interrogó de modo escabroso a la menor y que cuando ésta se retiró del recinto, ante la programación por parte del tribunal para recibir el testimonio de los psicólogos

presentes en la sala de debate, retiró la acusación y desistió de la acción; y reseña el acta de debate que da cuenta de lo ocurrido. Expresa que -de tal modo- la sentencia adolece de un vicio "in procedendo" pues tiene como base un alegato nulo. Cita jurisprudencia y doctrina para abonar su postura, y agrega que la Cámara Criminal incumple el art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño. Destaca asimismo el voto en minoría del doctor Ramos Mejía, concordante con lo expuesto, para luego señalar la contradicción en que incurre al dar tratamiento a la segunda cuestión conforme con el voto de sus pares.

5.- En su mejora de fundamentos, el co-defensor del imputado Juan Gilio solicita que se confirme la absolución pues de lo contrario se estaría violentado el principio "ne bis, sed ter, in eadem", atento a que el Superior Tribunal ya se ha expedido por la nulidad de la resolución de condena a su pupilo en este expediente, con el consiguiente reenvío para la continuidad de la causa. Sostiene que el Fiscal de Cámara peticionó la absolución en el curso del debate luego de oír las contradicciones de la supuesta víctima sobre las circunstancias esenciales del hecho, siendo ésta la única prueba de cargo. Alega que luego de la deliberación los sentenciantes se pronunciaron por la absolución del imputado y que la señora Procuradora General dio orden al Fiscal de Cámara para que impugnara la sentencia que él mismo había pedido que se dictase, tras lo cual critica el art. 404 del Código Procesal, pues a su entender el art. 215 de la Constitución de la provincia sólo le permite al Procurador General expedir instrucciones generales pero no especiales, como en el sub examine, en donde se desnaturaliza la función de los integrantes del Ministerio Público Fiscal. En este orden de ideas, expresa que si bien el Ministerio Público Fiscal es único, quienes lo integran tienen determinada su competencia por las normas de las Leyes Orgánicas y ésta no puede ser sustituida sino por un órgano jurisdiccional.-

Manifiesta que idéntica solución prevé la Ley Nacional 24946, que reglamenta el Ministerio Público, cuyo art. 33 inc. d) faculta al Procurador General de la Nación a "[d]isponer por sí o mediante instrucciones generales a los integrantes del Ministerio Público fiscal...", pero ello será así "respetando la competencia en razón de la materia y del territorio" (inc. g). Esto es, en un caso particular, el Procurador General de la Nación no puede imponerle a un inferior jerárquico la adopción de una determinada postulación jurídica. Afirma que el integrante del Ministerio Público no está obligado a respetar una instrucción particular así emitida, puesto que resulta ilegal e inconstitucional. Luego se ocupa de la inadmisibilidad formal del recurso interpuesto por la señora Asesora de Menores, a la que niega el carácter de parte y la legitimación para recurrir. En lo referente a la inadmisibilidad sustancial por déficit en la fundamentación del recurso deducido por el señor Fiscal de Cámara, sostiene que repugna a la lógica que, por decisión del superior jerárquico, la postura adoptada por quien legítimamente representó al Ministerio Fiscal durante el debate deba ser contradicha agonalmente por él mismo, autocriticando su actividad. Suma que conforme el principio de unidad de actuación, el Fiscal de Cámara nunca podría recurrir su pedido absolutorio pues éste no le ocasiona agravio. A continuación hace un desarrollo del trámite del expediente y de lo sucedido en la audiencia del último debate oral para motivar el desistimiento del Fiscal de Cámara, y entiende técnicamente inconcebible un recurso contra una sentencia absolutoria dictada luego de un segundo debate oral pues supondría obligar al imputado a soportar una tercera persecución penal. En cuanto al recurso interpuesto por la Asesora de Menores, aduce su inadmisibilidad formal conforme el art. 403 del rito, pues dicha funcionaria no es parte en esta causa, ni querellante, y tampoco podría serlo porque la ley no le autoriza a desempeñar tal rol, atento a la Ley 2430 en sus arts. 74 inc. a y 75. A la vez, señala que los inc. h, k y l del art. 77 de tal norma no la autorizan a ejercer el rol de querellante cuando la acción sea pública y sí cuando sea privada. Menciona los arts. 59, 60 y 62 de la Ley 2748 y sostiene la plena vigencia del art. 69 ter del código adjetivo por el que, para poder ejercer el derecho de recurrir, debería haber intentado adoptar el rol de querellante. Asimismo, refiere que el art. 69 sexto le pone límite temporal a la presentación como querellante del particular ofendido, y agrega que vulneraría el derecho de defensa en juicio del imputado que se le admitiera carácter de parte para intervenir en el trámite recursivo a quien no participó del debate y, por ende, no acusó en el momento procesalmente apto para hacerlo. Ello a su entender violentaría los principios de progresividad y preclusión del proceso, en tanto el imputado no pudo refutarla antes de la discusión final. La intervención de la Asesora de Menores a posteriori de la sentencia -duplicando además la actividad recursiva del Ministerio Público- implica una clara violación de la igualdad de las partes en el proceso, con vulneración de las normas de los arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues habría dos funcionarios del Ministerio Público ejerciendo la acción penal pública.-

6.- En su dictamen de fs. 1621/1633 la señora Procuradora General mantiene del recurso interpuesto por el Fiscal de Cámara conforme sus instrucciones y señala la ausencia de motivación de lo actuado, atento a la exigencia del art. 60 del código de forma. Expresa que esto implica la no-intervención de dicho ministerio en los términos del art. 159 inc. 2º del Código Procesal. Agrega que no advierte ninguno de los supuestos que autorizan la aplicación del principio de oportunidad procesal que releva al Ministerio Público Fiscal de su deber de acusar. La prerrogativa de desistir de la acusación, por arribar al estadio de las conclusiones finales de un debate, sólo puede basarse en el análisis de la existencia o ausencia de pruebas relacionadas con el objeto del juicio (la existencia del hecho y la culpabilidad de los acusados) y no en el libre arbitrio o la mera voluntad del fiscal. También entiende vulnerado el debido proceso legal pues, abierta la audiencia de debate, no se recibió la prueba cuya producción estaba ordenada por el Tribunal, con lo que se ha soslayado el debido equilibrio diseñado por la Corte Suprema al definir el debido proceso legal como aquél que garantiza los actos de acusación, prueba, defensa y sentencia (art. 18 Const.Nac.), omitiendo las disposiciones rituales de los arts. 353, 364 y 369 2º párrafo del rito. Al igual que el recurso de casación reseñado en primer término, critica los votos de la mayoría en cuanto a la cuestión inicial por decidir y la lesión al principio de adquisición de la prueba y la contradicción del último votante. Por último, da las razones de su desistimiento del recurso de la señora Asesora de Menores. Así, argumenta que ésta no se encuentra legitimada para recurrir una sentencia dictada, sin ser parte. La participación de la Asesora en la audiencia de debate fue al solo efecto de acompañar a la menor víctima en el curso de su declaración y conforme el último apartado del art. 71 del Código Procesal. Alude que la obligatoria asistencia del Asesor de Menores e Incapaces, con clara finalidad tuitiva y con calidad de parte legítima y necesaria, está prescripta, bajo sanción de nulidad, para los supuestos de representación de menores en conflicto con la ley penal, esto es, el menor sometido a proceso (art. 384 inc. 3º), mientras que el interés del menor víctima debe ser protegido por el Ministerio Público Fiscal (art. 72 in fine). Luego agrega que la Ley Orgánica del Poder Judicial no impone la participación necesaria de la Asesoría de Menores en el juicio común, aun cuando la víctima sea menor o incapaz, pues corresponde que sea representada por el Ministerio Público Fiscal. Expresa que dicha Asesoría se encuentra habilitada para asumir el rol de querellante en el proceso penal, velando por los intereses del menor víctima, mas si no asumió dicho rol no es posible tenerla como parte ni posee legitimación activa para recurrir. Admitir lo contrario constituiría una vulneración al derecho de defensa de los imputados, quienes se encontrarían, en esta instancia, frente a un nuevo y sorpresivo contradictor.

7.- En cuanto a la forma de actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal, el art. 60 del Código de Procedimiento Penal de la provincia dice que éstos formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones y nunca podrán remitirse a las decisiones del juez.

Tal exigencia viene impuesta por la forma republicana de gobierno, que obliga a todos los funcionarios de la república a expresar los fundamentos y razones de su actividad, pues no hay otra forma de verificar el adecuado cumplimiento de su tarea (D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", pág. 188).

El control de la motivación de tales actos se encuentra en manos de los jueces, toda vez que la sanción de nulidad procesal les pertenece, en la advertencia de todo apartamiento del estándar jurídico del derecho positivo (art. 14 y 28 C.N.).

La temática mencionada ya ha sido abordada por este Superior Tribunal de Justicia en el precedente "MONGIARDINI" (Se. 66/05, obiter dictum del doctor Víctor Hugo Soderó Nievas), donde se dijo: "... a) Conforme nuestro actual sistema procesal mixto, tanto el juez como las partes y específicamente el Ministerio Público, tienen el deber de motivar sus actos, resoluciones, desistimientos, pedidos, etc., durante la instrucción o el juicio común, y que al no hacerlo generan un acto intrínsecamente nulo, carente de validez, porque esa falta de motivación está comprendida dentro de las nulidades absolutas declarables de oficio (conf. arts. 10, 19, 109, 110, 159 y ss. del C.P.P.).

"b) Esa fundamentación no puede suplirse con la sola voluntad de los jueces, sino respetando las bases del debido proceso legal y las reglas sobre carga, producción y valoración de la prueba -art. 200 Const.Prov....-

"c) Tal interpretación ya se ha señalado respecto del Ministerio Público con total claridad (vid STJRNSP in re 'LARREGUY', Se. 64 del 09-04-03; 'LARREGUY', Se. 141 del 25-08-04, y Julio Báez, 'Acerca del Ministerio Público Fiscal y la necesidad de fundamentar sus requerimientos',

LL 2003-A, 1071). En consecuencia, si bien es legítimo que el señor Fiscal de Cámara desista la acusación al término del debate y luego de oídos los alegatos de todas las partes, ello no debe confundir a los magistrados que tienen en última instancia la diferente función de juzgar y en consecuencia pueden y deben ejercer el control de esa motivación, legalidad y razonabilidad para que el juicio no se desnaturalice o frustre. En concreto, es tan peligroso el poder absoluto o discrecional del juez de instrucción como el del fiscal, si la decisión pasa sólo por un juicio discrecional o infundado, porque ello lesiona gravemente el sistema republicano de gobierno, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18 C.N.) y la misión del Poder Judicial de afianzar la justicia, prevista en el Preámbulo.-

"d) De lege ferenda y previa reforma constitucional (art. 215 Constitución Provincial), es posible otro sistema procesal de control, pero hasta tanto ello ocurra, aplicando la legislación vigente, este último corresponde al órgano jurisdiccional.

"e) Ello es así aunque ninguna norma lo ordenara, porque sería absurdo que el requerimiento de elevación a juicio estuviera enmarcado en claras y completas exigencias (art. 318 y ccđtes. C.P.P.) mientras que el desistimiento, esto es, el fin de la actividad acusatoria, pudiera transcurrir de cualquier modo o con la sola voluntad del acusador".

El fallo supra reseñado introduce dos cuestiones que quiero destacar:

La primera es la exigencia de un control de la legalidad de sus actos que podríamos denominar externo al Ministerio Público Fiscal, con fundamento en el art. 1º de la Constitución Nacional, acerca de la necesaria motivación de los actos de gobierno y dado que la forma republicana adoptada "... establece los principios básicos que le dan un perfil político definido al Estado argentino... siendo que la República se caracteriza por la división de poderes; existen ... diversos órganos a quienes se les otorgan determinadas funciones del poder (órgano legislativo, ejecutivo y órgano judicial)... Tradicionalmente se estudia la separación de poderes como nota distintiva de la república... El antecedente doctrinal de la separación de los poderes esta en Montesquieu, quien lo tomó (desarrollándolo) de Locke, diseñando la clásica teoría de los frenos y los contrapesos. Así, dice el escritor francés: Es una eterna experiencia que todo hombre que tiene poder se inclina a abusar de él y va hasta donde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición de las cosas el poder frene al poder" (Ekmekdjian, "Tratado de Derecho Constitucional", Tº I, págs. 117 y 157, y cita 68 de Carlos de Secondant, Barón de la Brède y de Montesquieu, "El espíritu de las leyes", Cap. IV).

En este orden de ideas, el análisis de la corrección de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal es por la observancia de la razonabilidad de lo decidido, esto es, por la ausencia de arbitrariedad, criterio de control que se compadece con la figura de un juez imparcial que controla en el debate la racionalidad formal y sustancial de sus actos. Es que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en "TARIFEÑO" [Fallo en extenso: elDial - AA1DED] y las posteriores que la convalidan no exige al órgano jurisdiccional absolver sin más a las personas imputadas, sino en la medida en que el retiro de la acusación sea razonable, por lo que si el acto emitido por el Ministerio Público no es válido, cabe el pronunciarse en tal sentido, declarar la nulidad y propiciar la realización de otro ajustado a derecho.-

Ocurre que, como fue mencionado supra, la posibilidad de conferirle efecto vinculante al dictamen desestimatorio del Ministerio Público afectado por tales deficiencias procesales es intolerable al control de legalidad de los actos de gobierno de una república. El diseño de sistemas de control halla su fundamento en imposibilitar la existencia de decisiones arbitrarias, como dice Solimine ("La consulta al fiscal general como debido control del dictamen fiscal desestimatorio", en LL 2002-A, 1138 y ss.), quien en la cita 17 sostiene: "Máxime, cuando el sistema penal argentino se erige a partir del principio de legalidad (art. 71 CP.) -que presupone la persecución oficiosa, irrevocable y a rajatabla de todo delito de acción pública- siendo que los criterios de oportunidad que tíbiamente van admitiéndose por vía legislativa, especifican taxativamente los requisitos que deben cumplirse para que cese la persecución (sistema de legal-oportunidad), sin otorgar facultades discrecionales de disposición de la acción penal a los fiscales".

Si el órgano portador de la jurisdicción no pudiera controlar la aplicación del principio de legalidad, se estaría aceptando su reemplazo por el de oportunidad, con lo que el ejercicio de la jurisdicción podría quedar absolutamente limitado por la discrecionalidad del Ministerio Público Fiscal.

El principio de legalidad con criterios de oportunidad taxativamente reglados (sistema de legal-oportunidad, ver supra) excluye la indisponibilidad de la acción por supuestos potestativos en su ejercicio. Entonces, el retiro de la acusación fiscal está sujeto a control de legalidad por parte del tribunal ante el cual actúa el representante del Estado, con fundamento en los principios de inderogabilidad de la jurisdicción penal, sujeción a la ley de toda la función judicial -principio al que también se subordina la actuación del órgano de la acusación-, igualdad e indisponibilidad de las situaciones penales, criterios que impiden homologar opiniones absolutamente discrecionales del Ministerio Público (Ferrajoli, "Derecho y Razón", pág. 570).

La segunda cuestión del precedente "MONGIARDINI" es a propósito del fallo de la Corte Suprema in re [Fallo en extenso: elDial - AA26C7] (en DJ del 02-02-05, 204) y en la necesidad de interpretar la ubicación institucional del Ministerio Público Fiscal luego de la reforma de la Constitución Nacional en su art. 120, sin perjuicio de que, conforme con lo previsto en el art. 215 de la Constitución de nuestra provincia, a diferencia de aquélla, el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, con autonomía funcional. También se vincula con la relación entre los principios de legalidad con el acusatorio, al que tienden las reformas del código adjetivo local de tipo mixto y el control interno de los actos del Ministerio Público Fiscal.

Es que, de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema en el precedente "QUIROGA", en la declaración de inconstitucionalidad del art. 348 segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación -para los casos en que el juez no acuerda con el pedido de sobreseimiento del fiscal, lo aparta e instruye a quien designe el fiscal de cámara para que efectúe el correspondiente requerimiento de elevación a juicio-, tal control se encuentra vedado por determinar el contenido de los actos del fiscal y no respetar la autonomía funcional de los fiscales establecidas en el art. 120 de la Constitución Nacional.

Así, "[e]n el marco de un sistema procesal regido por el principio de legalidad procesal, la exigencia de que las funciones de acusar y juzgar se encuentren en cabeza de funcionarios distintos queda completamente diluida si el tribunal de alzada puede, en contra del criterio del Ministerio Público, decidir por sí solo que se produzca la acusación y la apertura del debate" (CSJN, "QUIROGA", sumario 3). Ahora, en dicho precedente también se dice: "Si bien la introducción del artículo 120 de la Constitución Nacional sustrae al Ministerio Público del control de cualquiera de los poderes del Estado, ello no significa 'falta de control', porque más allá del control jurisdiccional que se ejerce en el marco del proceso, la ley 24946 (Adla, LVIII-A, 101) prevé controles internos y, además los fiscales no se encuentran exentos de ser sancionados por las posibles violaciones en la que pudieran incurrir por su calidad de funcionarios públicos" (sumario 21).

De tal modo, el control externo propiciado por este Superior Tribunal responde a las exigencias constitucionales, pues sólo analiza la formalidad de la actuación del Ministerio Público Fiscal -la motivación de sus actos- pero no lo suplanta en su rol acusador, pues no le impone determinada actividad.

Pero, a la par de justificar el mencionado control externo, la Corte Suprema introduce la noción de control interno (dentro del propio Ministerio Público Fiscal) que lo deriva de la Ley 24946 -Orgánica del Ministerio Público- y reglamentaria del art. 120 de la Constitución Nacional, en el sentido de ejercicio de las funciones con unidad de actuación e independencia, atento a la existencia de una organización jerárquica que exige que cada miembro de dicho ministerio controle el desempeño de los inferiores.

Dicho control interno tiene reconocimiento expreso en la normativa del Código Procesal Penal de nuestra provincia en cuanto a las disposiciones generales de los recursos -art. 413, tercer párrafo-, que le permite al Ministerio Público Fiscal desistir fundadamente de sus recursos, incluso si los hubiera interpuesto un representante de grado inferior. De igual modo, "... habrá de controlar los criterios desincriminatorios postulados por [el inferior jerárquico]... Nótese que, aun antes de resolverse en 'Quiroga' con arreglo a la conformación jerarquizada de los distintos estamentos del Ministerio Público (artículo 1º cuarto párrafo, de la ley 24946), extremo que también supone sistemas de control jerárquico, se han fijado criterios de revisión de los dictámenes de los fiscales de primera instancia por parte de aquéllos que actúan ante las cámaras de apelaciones, máxime frente al 'carácter individual' y 'ex post' de control que ejercerán los Fiscales de Cámara, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 66 del ordenamiento procesal [mutatis mutandis, nuestro art. 58 C.P.P.]... y frente al mantenimiento de la política criminal del Ministerio Público

Fiscal en el sentido de 'preferir aquellos criterios que conduzcan al mantenimiento de la acción y no a su extinción (Resolución de la Procuración General de la Nación nro. 32/2002)'... es la necesidad de garantizar que los fiscales actúen según pautas de objetividad lo que obliga a reflexionar sobre el control de los actos del Ministerio Público..." (CNCrim. y Correc., Sala VII, 24-02-05 in re "CUCHO MUÑOZ", en Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 29-04-05, págs. 33 y ss.).

Es este tipo de control, exigido por los arts. 1º y 120 de la Constitución Nacional, con reconocimiento legislativo para la actuación del Ministerio Público Fiscal en la instancia ordinaria, lo que me lleva a sostener la constitucionalidad del art. 404 del Código Procesal Penal en tanto posibilita que el Ministerio Fiscal recurra en virtud de instrucciones del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiese emitido antes, de modo concordante con lo normado por el art. 215 de la Const. de la provincia de Río Negro, en tanto sostiene el ejercicio de las funciones del Ministerio Público Fiscal bajo los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, con lo que no cabe sino entender que las instrucciones dadas en el sub examine por la señora Procuradora General al señor Fiscal de Cámara para que interpusiera un recurso de casación contra la sentencia absolutoria constituyen el ejercicio del control interno reclamado por la Constitución Nacional, siendo aquélla la única relación jerárquica que los implica.

Entonces, las instrucciones dadas por la Procuración General al Fiscal de Cámara para que recurra en casación la sentencia absolutoria, aunque se encuentre motivada en la actuación procesal del propio fiscal, que por razones fácticas sólo puede ser individual y ex post, encuentra fundamento en la Constitución, a la que se debe adecuar toda la normativa inferior (entre ella el art. 428 C.P.P.), que es sólo la reglamentación de los derechos establecidos por aquélla. Ello así aunque sería conveniente, para una mejor administración de justicia, el reemplazo de dicho funcionario en la interposición del recurso respectivo, atento a la eventual violencia moral que podría provocarle la instrucción particular, aun cuando en el sub examine el recurso en tratamiento contempla los aspectos cuestionados por la señora Procuradora General.

La modalidad de control interno que se señala -individual y ex post- es en defecto de otro previo, ante la ausencia de directivas generales o específicas de la Procuración General, pese a sus reconocidas atribuciones constitucionales, respecto de la actuación de sus inferiores jerárquicos en causas de gravedad manifiesta.

Es cierto que un control sólo interno -dentro del marco de la propia acusación- sería admitir la irrupción de criterios de oportunidad, pues, a todo evento, la decisión del superior jerárquico dentro del Ministerio Público definiría el ejercicio de la jurisdicción, lo que demuestra la necesidad del otro jurisdiccional externo. La sola voluntad del Ministerio Público Fiscal no puede imponer al juez el dictado de una sentencia absolutoria. Así, "[e]l control de legalidad de los actos del Ministerio Público no resulta incompatible con su independencia, ambos son valores que deben conjugarse para no vulnerar la esencia del sistema republicano de gobierno" (Fallos 325:2005, voto del doctor Fayt), que encuentra su razón de ser en el control entre los poderes.

Por lo demás, este Superior Tribunal ya se ha expedido acerca de la interpretación del art. 215 de la Constitución Provincial en un sentido contrario a la postura del señor defensor, con fundamento en "... la autoridad del maestro Vincenzo MANZINI, de quien recordamos es autor del proyecto de Código Procesal Penal Italiano el que, merced a la traducción de Antelo, se introdujo en nuestro país y sirvió como modelo de los modernos códigos rituales que rigen en la mayoría de las provincias argentinas -incluida Río Negro-. Refiere el mencionado tratadista (en relación con la legislación itálica antes mencionada) que: "En grado de apelación compete al Ministerio Público tanto el derecho de apelación principal o incidental, en los casos admitidos por la ley... El Ministerio Público de grado superior puede proponer impugnación no obstante la impugnación del Ministerio Público de grado inferior o no obstante su aquiescencia... el oficio del Ministerio Público de grado superior puede renunciar a la impugnación propuesta por el Ministerio Público de grado inferior..." ("Derecho Procesal Penal", T. III, p. 349). Continúa el maestro que mencioné, diciendo: "Tratamiento de un mismo asunto por parte de varios oficiales del Ministerio Público: Por las razones expuestas, un mismo asunto penal puede ser tratado, en todo o parte, indiferentemente, por uno o por todos los miembros del oficio del Ministerio Público; y el Jefe puede asignar a cualquiera de sus sustitutos el tratamiento de un determinado asunto y puede también, sin obligación de dar explicaciones, retirarles el encargo para encomendarlo a otro..." (op. cit., pág. 376)' (in re 'MASSACCESI', Se. 145/92).

"Es así que, de acuerdo con el principio de la indivisibilidad del oficio del Ministerio Público, es legal la decisión del señor Procurador General de atribuir competencia al señor Fiscal de su elección y mantener su actuación según su criterio de mejor adecuación al caso.

"En dicho precedente, también para dar respuesta a la facultad del señor Procurador de dar instrucciones especiales -no ya generales, como entiende el recurrente-, se afirma luego: '... Ricardo Levene (h),... comentando la disposición del art. 404 C.P.P. nos dice: "Algunos Códigos, como el de La Pampa, prevén el recuso por instrucciones del Superior Jerárquico, no obstante el dictamen en contrario que se hubiese emitido antes, es decir conforme con la resolución obtenida. Esto sin duda parece contradictorio, pero permitirá salvar a tiempo algún error en que podría haberse incurrido al dictaminar y que podría haber repetido la sentencia o resolución". Continúa el insigne profesor de nuestra materia, trayendo la doctrina extranjera de aplicación y en el caso, aparece nuevamente la inspiración de Manzini, diciéndonos Levene sobre la interpretación del autor italiano, que "Para el ejercicio del poder de impugnación el Ministerio Público no está vinculado a sus requerimientos anteriores, ya que pueden aparecer, incluso, contradictorios, ya se deban a la misma persona o a distinta persona" (Ricardo Levene (h), "Códigos de Procedimientos Penales Argentinos", T. 7, págs. 12/13, con cita de Manzini, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Vol. V, págs. 28 y sgtes.). Con tal bagaje doctrinario, de indubitable contundencia, la clara y expresa disposición constitucional normada por el art. 215 de nuestra carta fundamental y los artículos 69, 71, 73 inc. e, f, h, de la Ley Orgánica Judicial que son su consecuencia y teniendo en cuenta antecedentes nacionales como por ejemplo, la Resolución N° 14/88 de la Procuración General de la Nación de fecha 14-06-88, suscripta por el doctor Andrés J. D'Alessio, puedo concluir, sin duda ni hesitación alguna, que: a) la Procuración General se encuentra facultada para designar dos o más Fiscales en causas determinadas; b) las instrucciones para impugnar a que hace mención el artículo 404 C.P.P. pueden ser impartidas a cualquiera de los co-fiscales actuantes'" (ver in re "DENUNCIA", Se. 113/05 STJRNSP).

8.- Dicho lo anterior, admitida de tal modo la jurisdicción del Superior Tribunal, con plurales argumentos, por el recurso del señor Fiscal de Cámara, conforme las instrucciones de su superior jerárquica, señora Procuradora General de la provincia (que se glosan en copia a fs. 1559/1564 y llevan el número 1/2005 del registro de instrucciones de la Procuración General), es necesario verificar si la Cámara Segunda en lo Criminal de San Carlos de Bariloche -en resguardo del principio de legalidad- efectuó el control de razonabilidad de la ausencia de acusación del señor Fiscal de Cámara cuando en su alegato manifestó que le era imposible sostener la acusación (ver fs. 1491).

Tal actividad es aceptada por el propio juzgador, pues la primera cuestión del decisorio trata sobre la nulidad del alegato fiscal por falta de motivación y -como consecuencia de ello- su declaración de invalidez y la remisión a un nuevo tribunal (fs. 1493).

En este orden de ideas, el primero de los votantes sostiene que la eventual nulidad del alegato no tendría un reconocimiento expreso en la normativa ritual, por lo que debe recurrir a la interpretación del art. 18 de la Constitución Nacional. Luego invoca la división de las tareas acusatorias y juzgadora, en relación con la prohibición de los tribunales para actuar de oficio -"iudex ne procedat ex officio"-, lo que implica oponerse a cualquier intromisión sobre el ejercicio de la acción. Afirma que, sea el Ministerio Público un órgano extra-poder o perteneciente al Poder Judicial, debe tener "autonomía funcional", lo que involucra no sólo el aspecto administrativo, sino también en su vinculación procesal, como parte esencial y calificada para la promoción y sostenimiento de la acción. También sostiene que un proceso futuro indefectiblemente lesionaría el principio "non bis in ídem", por lo que se debe resolver de una vez y para siempre y restaurar el principio de inocencia de los imputados. A ello suma que la solución propuesta por el Fiscal no sólo no adolece de defectos formales que la nulifiquen, sino que es acertada, teniendo en cuenta su imposibilidad de fijar los hechos, puesto que la víctima no fue conteste en sus dichos, que no resultan objetivos ni independientes, y que continuar el proceso con la recepción de más pruebas habría significado un pedido de absolución o una sentencia en ese sentido por el principio "in dubio pro reo" (fs. 1496/ 1497).-

Luego destaca la existencia de un debido proceso, porque se verifica la relación del juicio lógico en la medida en que en debate se tuvo la posibilidad cierta para sostener y conocer los hechos atribuidos, producir prueba para demostración y descargo en relación con ellos y prueba esencial,

alegar sobre controversia o acuerdo, a lo que se agrega que ha participado la víctima y los imputados tuvieron la última palabra.

Por último, en cuanto a la segunda cuestión y conforme con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "TARIFEÑO", propicia la absolución de los imputados.

El segundo votante, que conforma la mayoría respecto de la primera cuestión, hace una reseña de la requisitoria fiscal de elevación a juicio y relata lo dicho por la menor en la audiencia de debate y su negativa respecto de los hechos reprochados. Luego de calificar tales dichos como contradictorios, suma las declaraciones efectuadas en sede instructoria, y dice que teniendo "... en cuenta todo ello el Sr. Fiscal de Cámara, luego de señalar algunas de las contradicciones referidas supra, concluyó su alegato manifestado que con estas imprecisiones de parte de la testigo se encontraba imposibilitado de sostener la acusación, habiendo adelantado al inicio del debate, que el testimonio de la menor víctima es el fundamento esencial de la acusación. Por lo cual el suscripto entiende que el alegato del fiscal fue debidamente motivado, al basarse en la valoración de la prueba principal de la causa, la cual resulta ser la declaración de la menor Yolanda Montenegro, la que a su vez daba sustento a todo el resto del material probatorio requerido por las partes y proveído por el tribunal" (fs. 1501). Después inicia una serie de preguntas retóricas para descartar la necesidad de producir el resto de la prueba en debate, para concluir que entiende cumplimentado el art. 60 del Código Procesal Penal, atento a que el Fiscal de Cámara indicó las contradicciones de la menor y su imposibilidad de sostener la acusación.

El tercero de los votantes se pronuncia por la nulidad del alegato del Fiscal de Cámara dada su ausencia de motivación y de congruencia y porque no formula "... ni siquiera petición en los términos requeridos por la ley, doctrina y jurisprudencia..." (fs. 1512). Ello se asocia con la consecuente invalidez de los actos anteriores, que abarcan hasta la audiencia de debate inclusive.

9.- Para los fines del voto, adelanto que considero que el juzgador incurre en un error de actividad, toda vez que no motiva en derecho la validez del alegato absolutorio que declara.-

En efecto, contrariamente a lo dicho por el votante que comienza el voto de la mayoría, señalo que el acto procesal merituado -esto es, el alegato del fiscal en que retira su acusación- se encuentra previsto como un supuesto de nulidad en el art. 60 del código adjetivo en tanto regula la forma de actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal, sus requerimientos y conclusiones. Asimismo, el art. 159 del rito entiende siempre prescripta bajo pena de nulidad la observancia de las disposiciones concernientes a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria. En este sentido, la acusación fiscal es un acto sustancial del proceso, por lo que la negativa del funcionario a practicarla debe ser motivada para dar validez al retiro de su intervención.

Asimismo, como sostuve supra, el control jurisdiccional externo no es incompatible con la independencia del Ministerio Público. Reitero: "... se evalúa el dato elemental de que la titularidad de la potestad represiva o 'ius punendi' pertenece sólo al Estado, la distinción entre ambas funciones aparece como necesaria consecuencia de la adopción, como regla, del sistema acusatorio, y reviste, por ello, carácter meramente formal, pues tanto la actividad de los representantes del ministerio público como la de los jueces persigue el propósito consistente en la obtención de la verdad objetiva. Por eso bien se ha observado que como órganos del Estado, ambos se inspiran en la misma finalidad (administrar justicia conforme a derecho) y procuran el imperio de la verdad que da base a la justicia.

"El control de legalidad del órgano jurisdiccional no sólo se encuentra permitido por aquella finalidad común sino por el propio texto del artículo 120 de la Constitución Nacional, en el que la función asignada al Ministerio Público Fiscal de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad no debe ser ejercida por los fiscales con carácter excluyente sino en coordinación con las demás autoridades de la República..." (Lino Enrique Palacio, "Acerca de la declarada inconstitucionalidad del artículo 348, párrafo segundo del CPPN", en LL 1997-E, 911 y ss).

Entonces, la desconcentración funcional del art. 120 de la Constitución Nacional -derivada de la vigencia del sistema acusatorio- no comporta impedimento para que un tribunal de justicia se expida acerca de la legalidad (razonabilidad formal) del requerimiento desincriminatorio del

fiscal, sea que el acto se produzca en la etapa crítica de la instrucción, en oportunidad de solicitar la desestimación de la denuncia o del retiro de la acusación en el alegato, en la etapa de juicio.

Además, no podría negarse una eventual nulidad con fundamento en que el consecuente reenvío de las actuaciones para realizar otro debate lesionaría el principio non bis in ídem, toda vez que las resoluciones nulificantes no revisten el carácter de definitivas ya que no ponen fin al proceso, ni son equiparables a definitiva. Más aun, los defectos procesales de la postura desincriminatoria en el debate, por afectar una de las etapas del proceso (la acusación), serían vicios esenciales en los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de lo que se colige que por su existencia "... no puede entenderse que la causa fue juzgada dos veces, ni que se produjo la retrogradación del juicio... La nulidad declarada no implica violar dicho principio, ya que de ser así la nulidad -recurso contemplado en los Códigos Procesales- carecería de todo sentido en cuanto jamás se podría condenar al imputado sin que se lesionase el 'non bis in ídem', razonamiento que resulta inaceptable. Por el contrario, dado que la sentencia anulada carece de efectos, no puede decirse que al dictarse una nueva haya dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues hay sólo uno que puede considerarse válido" (CSJN in re "WEISSBROD", Fallos 312:597). Es que el respeto a la garantía de la defensa en juicio consiste en la observancia de las formas sustanciales relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia; asimismo, los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuesto de nulidad (ver CSJN in re "MATTEI", ED 25-206). En consecuencia, en la medida en que se encuentren afectadas las etapas esenciales del proceso (acusación, defensa, prueba y sentencia), no hay obstáculo constitucional para la declaración de nulidad de un acto procesal y el reenvío de las actuaciones.

Dicho lo anterior, la conclusión del juzgador en el sentido de que la solución propuesta por el Fiscal es válida cuenta sólo con fundamentos aparentes pues, al sostener la imposibilidad de fijar los hechos dada la contradicción en que incurrió la víctima, no se hace cargo de las atribuciones del juzgador -y por ende también del Ministerio Público Fiscal en orden a la formulación completa de su alegato- para meritar las declaraciones prestadas en sede instructoria, que permitirían suplir las del juicio oral "cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo" (art. 362 inc. 2º C.P.P.), y para preferir unas sobre otras.

Dicha preferencia y la decisión final sólo pueden tener fundamento razonable en el mérito de la totalidad del contexto probatorio, que es negado porque el Fiscal de Cámara, luego de oír a la menor víctima, desistió de manera prematura de las medidas probatorias restantes fundado en la imposibilidad de mantener los hechos, con lo que impidió el examen de las declaraciones de auxiliares de la justicia -peritos psicólogos que se encontraban en la sala de audiencias para atestiguar respecto de los peritajes realizados- y de la testimonial de la menor.

Con esto el señor Fiscal impidió el desarrollo de una de las etapas esenciales del proceso, como es la producción de la prueba en el debate oral, cuestión que no fue advertida por el juzgador al momento de analizar la razonabilidad del retiro de la acusación.

No oída la prueba propuesta por la propia Fiscalía en la etapa oral, cuando se produce el verdadero contradictorio que establece el art. 18 de la Constitución Nacional para la realización del juicio, las consecuencias procesales de lo que podría haber sido y no fue por exclusiva decisión del representante de la acción pública resultan sólo atribuibles a la adivinación.

Para el examen de validez de la actividad del señor Fiscal de Cámara que se pretende también es dable destacar que éste, en su dictamen, dice que retira la acusación "... atento a las contradicciones existentes en los dichos de la denuncia con los relatados recientemente, ya que no sabemos bien cuántas veces fueron y siendo fundamentales los dichos de la menor y siendo contradictorios no cabe más que retirar la acusación. Que esta fiscalía se encuentra imposibilitada de sostener la acusación". Ante esta circunstancia, el juzgador no advierte que de "... la lectura del discurso surge palmariamente que el Fiscal cumplimentó el recaudo de valorar la única prueba receptada en la audiencia (alegación sobre la prueba, art. 364 CPP.), pero soslayó las derivaciones lógicas, debió explicitar qué es lo que surgía o no de dicha prueba... Luego no formuló concretamente su petitum. No surge del acta ni del análisis efectuado por el Tribunal, que el Sr. Fiscal haya solicitado la absolución de los imputados, como tampoco es dable colegir si la imposibilidad de sostener la acusación se debió a la convicción de estar ante una plataforma fáctica inexistente (el hecho no existió), o si habiendo existido los imputados no fueron sus

autores, o si la imposibilidad de la Fiscalía conllevaba la aplicación del principio "in dubio pro reo". Nada de ello fue expuesto por el titular de la acción penal" (ver fs. 1624/1625, dictamen de la Procuración General). Entonces, técnicamente el acto procesal del señor Fiscal de Cámara no puede ser conceptualizado siquiera como un retiro de la acusación.

Estas falencias procedimentales no fueron advertidas por el sentenciante; a la vez, el segundo votante que conforma la mayoría intenta suplir tales omisiones argumentativas con una reseña de lo sostenido por la menor en debate y sus contradicciones con los hechos reprochados, cuando esto -si bien en lo vinculado con la sola prueba producida en debate- no hace más que poner de manifiesto, dado el contraste expositivo, las deficiencias del alegato fiscal.

Es que "... la acusación fiscal no debe resultar confusa en la apreciación de los hechos y debe observar los requisitos mínimos que se establecen para la sentencia, es decir, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos que estime probados y la mención de las pruebas en que se funda la acusación para cada uno de ellos. Deberá bastarse a sí misma. Es que la exigencia de motivación de los dictámenes y pronunciamientos de la fiscalía implica la necesidad de efectuar un análisis crítico de razonabilidad tanto en el aspecto objetivo, concurrencia de requisitos formales, como, el subjetivo, es decir, la aplicación concreta de las prescripciones normativas de subsunción al caso concreto" (Bruno, LLNOA, 2005, págs. 840 y ss).

Si el sistema de las libres convicciones exige al Ministerio Público Fiscal la valoración de la totalidad de los elementos de prueba objetivos para efectuar de modo razonado su acusación, es la misma exigencia para su retiro, atento al sistema de la sana crítica racional y a la exigencia de motivación de la decisión cuestionada, máxime cuando en el caso de autos no encontramos en el inicio del debate.

Entonces, las mismas exigencias caben respecto del "retiro de la acusación", por tratarse de una decisión que -de ser válida- implica la imposibilidad de la jurisdicción de dictar una sentencia condenatoria y del acabado desarrollo de la etapa del debate y de la prueba.

Es que, "[s]i una sentencia puede invalidarse por no constituir derivación razonada del derecho vigente de conformidad con la prueba producida en la causa, igual sanción procesal le alcanza al alegato que no cumple con el principio de razonabilidad en orden a la ponderación de la prueba producida en el debate, cuando se frustra el legítimo derecho de la sociedad a ejercer el 'ius punendi' contra el autor de un delito grave" (TOralCrim. Fed, Mar del Plata, 05-07-98, "COLLI", en LL 1998-F, 398).

En consecuencia, y en virtud de que se advierten tales gruesos errores en la postura del fiscal, sólo cabe entender por los motivos antes expuestos- que el sentenciante no ha cumplido con la exigencia del debido control de dicho acto procesal y ha incurrido en una falta de motivación sancionable con la nulidad en los términos de los arts. 110 y 369 del rito. Ello así también por haber adoptado su decisión absolutoria como consecuencia ineludible de un acto procesal cuya invalidez debió haber declarado (doctrina de la CSJN en "TARIFEÑO").

Al final, entiendo necesario tratar el desistimiento de la señora Procuradora General respecto del recurso interpuesto por la señora Asesora de Menores, por las consecuencias procesales que se derivan -dada la continuidad del trámite que se propone-, al negarle legitimación activa para la interposición de su recurso de casación, cuestión sobre la que la defensa no manifestó desacuerdo.

En este orden de ideas, en cuanto a tal desistimiento, corresponde sostener la doctrina legal sentada por este Cuerpo al respecto: "en la causa 'FISCALÍA N° 1' (Se. 59 del 12-06-02), entre otras consideraciones, se estimó oportuno '... traer a colación lo expresado por Raúl E. Torres Bas en relación con el art. 443 del Código Procesal Penal Nacional (idéntico al 413 provincial), que reza: "El Ministerio Fiscal podrá desistir, fundadamente, de sus recursos, inclusive si los hubiere interpuesto un representante de grado inferior". Al respecto, tal autor comenta: "... muchas veces se ha resuelto que el Fiscal de la Corte o Tribunal Superior, podía desistir de la casación articulada por el Fiscal de Cámara, quien a su vez puede realizarlo de las impugnaciones deducidas por el Agente Fiscal. Únicamente corresponde tener presente, que para la procedencia del desistimiento señalado, no basta que el fiscal superior no alegue a favor de los agravios o que simplemente manifiesta la corrección del pronunciamiento recurrido. En cambio debe, aunque ello no constituya un acierto jurídico, rebatir los fundamentos o motivos expresados por el

recurrente, o establecer razones justamente en defensa de la resolución impugnada" (autor citado, "Código Procesal Penal de la Nación", T. III, pág. 384)...'-

"[...] A mayor abundamiento, en el precedente citado también se dijo: 'El dictamen fundado que se opone al recurso del inferior, se ha afirmado, implica desistimiento' (conf. Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray en 'Código Procesal Penal de la Nación'; T. II, pág. 180, con cita de la CCC, Fallos II-2-427)" (ver in re "INCIDENTE", Se. 132/03 STJRNSP).

Es que no puede obviarse en el sub examine que la menor es víctima de un delito contra la integridad sexual y uno de los sospechados de su comisión es quien detenta la patria potestad (la madre). Asimismo, cabe agregar que quien debía ejercitar el "ius punendi" como representante de la acción pública desiste infundadamente de continuar el debate, desertando del alegato al que la ley procesal obliga en la discusión final (art. 364 y ss.).

De tal modo, la vía recursiva ante la instancia extraordinaria por la Asesora de Menores, contra lo actuado por dicho funcionario y la Cámara Criminal que se pronuncia por la absolución de los imputados, era la adecuada para dar cumplimiento a la exigencia a los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto se le dará "... oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (art. 12, inc. 2º).

Ello así ante la advertencia puesta de manifiesto por la señora Asesora de Menores sobre su oposición a lo actuado por el Ministerio Público Fiscal, lo que implica que su representación promiscua, necesaria y complementaria puede "... revestir carácter autónomo, asumiendo la representación directa del menor, cuando mediere una disparidad de intereses entre los que asisten o defienden los padres, tutores o curadores y los que pertenecen al incapaz, o cuando mediara una grave y notoria omisión funcional del representante necesario susceptible de frustrar el derecho de su pupilo, que imponga la actuación supletoria del Defensor de Menores para evitarla; o cuando la pasividad de los titulares de la patria potestad o de la tutela demuestren que media un inequívoco estado de abandono, obligando al Ministerio Pupilar a subrogarlos con la finalidad tuitiva del interés minoril en juego. No es otra la interpretación que emerge de la doctrina de los arts. 61 y 397 del Cód. Civil, que impone a los jueces merituar si las circunstancias fácticas determinan en el caso concreto que deben resolver si es viable la sustitución por el funcionario que ejerce la representación promiscua del incapaz" (STJ Entre Ríos, Sala I Penal, 06-08-03, in re "MAMANI", en LLLitoral, Año 9, N° 2, marzo 2005, pág. 160).

De igual modo la Ley 26061, de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (ADLA, Bol. 29/2005, pág. 2) da cumplimiento al art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto los Estados parte se obligaron a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención referida. Son relevantes los lineamientos de la nueva ley en tanto: "... a) Dispone la aplicación obligatoria, en las condiciones de su vigencia, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo acto decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza, que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad (art. 2º, primer párrafo). b) Declara que los derechos y garantías de los sujetos comprendidos en la ley, son de 'orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles' (art. 2º, segundo párrafo). c) Define al interés superior del niño como 'la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley' (art. 3º, primera parte)... e) Determina el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, como también se impone a la 'autoridad competente' escuchar al niño 'cada vez que así lo solicite' (art. 2º segundo párrafo, art. 3º, inc. b); art. 24, incs. a) y b); y art. 27, inc. a)... g) Ordena que 'Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros' (art. 3º, 'in fine')... l) Preceptúa que el niño tiene derecho a 'ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia', y que 'en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine' (art. 27, inc. c)" (ver Mauricio Luis Mizharni, "Los derechos del niño y la ley 26061", en LL, 16-12-05, pág. 1). Esta ley sólo excluye de su tratamiento al niño que haya cometido un hecho por el cual se le pueda imputar la comisión de un delito (Néstor E. Solari, "El derecho a la participación del niño en la ley 26061. Su incidencia en el proceso judicial", en LL, 29-11-05, pág. 1) y no distingue en cuanto a la naturaleza de los procedimientos en los que los derechos y

garantías deban observarse, "... con lo que aprehende naturalmente a los administrativos como a los judiciales, y dentro de éstos a los civiles ('lato sensu') como a los penales" (Jorge L. Kielmanovich, "Reflexiones procesales sobre la ley 26061", en LL, 17-11-05, pág. 1).

¿Y cómo negar la actividad procesal de la señora Asesora de Menores ante la evidente y sorpresiva defección de Fiscal de Cámara, que la deja en un estado de indefensión? Cabe tener en consideración aquí la normativa constitucional y legal mencionada, en cuyo marco en el examen de la cuestión "... debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema ha sido objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Ley Suprema), tales como la Convención sobre los Derechos del Niño..." (CSJN, 01-07-97, in re "QUINTANA", LL 1997-E, 763).-

Asimismo, la representación directa encuentra reconocimiento en la mejor doctrina, según la cita de Elena I. Highton de Nolasco en "Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control" (LL 1978-B, Sec. Doctrina, págs. 904 y ss.) para los supuestos de omisión en el ejercicio de la función de los representantes del menor y la consecuente actuación del Ministerio Pupilar para impedir la frustración de un derecho. Pueden consultarse, en este sentido, las citas de Jorge Llambías ("Tratado de Derecho Civil. Parte General", Tº I, págs. 414/415 y 420), Eduardo B. Busso ("Código Civil Anotado", Tº I, art. 59, pág. 434), Guillermo Borda ("Tratado de Derecho Civil. Parte General", Tº I, pág. 427) y J.O. Machado ("Código Civil", Tº I, art. 59, págs. 122 y ss.).

Es que si la renuncia de derechos está prohibida a los padres según los arts. 297/299 del Código Civil, también la actividad del representante del menor que demanda en forma insuficiente debe ser completada, salvada o modificada por el asesor de menores con el ejercicio de las vías recursivas e incluso solicitando el discernimiento de la tutela ante la sospecha sobre quien detenta la patria potestad.

Ya desde agosto de 1947 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires había decidido -sin los fundamentos constitucionales de los pactos de Derechos Humanos a los que se comprometió la República Argentina con mucha posterioridad- que el Ministerio de Menores, como representante promiscuo de la menor actora, es parte legítima y esencial y en ese carácter ha podido recurrir y expresar agravios contra la sentencia de primera instancia, a pesar de haber sido consentida por la madre de la menor (ver LL 47, pág. 752).

También parece una postura errónea, como lo hace notar la Procuradora General en su dictamen, exigirle a la Asesora de Menores la constitución como parte querellante en el proceso para poder deducir los recursos pertinentes, pues el querellante es un "... sujeto eventual del proceso y, en opinión de la Corte Suprema, resulta una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo (Fallos, 143:5)..." (Francisco J. D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", págs. 205/206), mientras que aquélla es "... parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación" (art. 59 C.C.), con lo que no se encuentra sujeta a la restricción señalada y puede ejercer desde el inicio todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles según la ley procesal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 2430, art. 77 inc. k), que la facultan a intervenir como parte legítima en todos los procesos penales donde haya menores e incapaces, cuyos representantes legales fueran querellantes o querellados por delitos contra las personas o bienes de incapaces.

Según una interpretación sistemática de la totalidad del ordenamiento jurídico, para evitar aquélla que ponga en contradicción unas normas con otras, no puede colegirse que el inc. k) del art. 77 supra reseñado sólo admita la intervención de la Asesora de Menores como parte legítima para los supuestos de delitos de acción privada -los que tramitan por querrela-, pues los deberes y atribuciones que se establecen son sólo ejemplificativos y no pueden restringir ni oponerse a los del principio general de la norma, esto es: los "... Asesores de Menores e Incapaces son parte legítima y esencial en todo asunto judicial en que se trate de la persona o intereses de menores e incapaces", con lo que el desistimiento invocando la Ley Orgánica del Poder Judicial es absolutamente infundado y agrava la situación de indefensión de la víctima. No contradice lo anterior la mención del art. 384 inc. 3º del rito, pues éste se refiere a los menores imputados, cuando en el caso se trata de una menor víctima.

Asimismo los delitos que tramitan por querrela -juicios por delito de acción privada (arts. 386 y ss. C.P.P.)- son los previstos por el art. 73 del Código Penal y su catálogo es muy limitado como para resguardar los bienes y las personas de los menores, con lo que no cabe entender aquella referencia a la querrela en los términos del art. 386 del código ritual, sino en el más amplio de denunciantes o denunciados.

En consecuencia, la intervención de la Asesoría de Menores en el procedimiento penal debe ser de acuerdo con el derecho que aquí se declara para resguardar el art. 18 de la Constitución Nacional, pues el derecho de defensa también abarca a la víctima, y la declaración de nulidad de lo actuado se deriva de lo expresado en relación con el recurso interpuesto por el señor Fiscal de Cámara -es decir, de la sentencia cuestionada y el debate correspondiente-, en tanto el contenido de ambas impugnaciones y sus pretensiones son similares y los agravios de dicha funcionaria se restringen a dicha segunda etapa del proceso, lo que permite confirmar los actos anteriores por su convalidación implícita.

"En efecto, se ha entendido que la nulidad establecida por la norma civil mencionada (art. 59 CC.) es de carácter relativa, razón por la cual el asesor de menores puede confirmar expresa o tácitamente lo actuado sin su intervención, como asimismo que aquella sanción se aplica también a los actos procesales siempre que de la falta de intervención resulte algún perjuicio para el incapaz" (ver A.E. Salas, "Código Civil Anotado", Tº 1, Bs. As., 1977, p. 237, según cita del STJ Corrientes in re "COLDANI", del 29-03-85, en JA 1987-IV, 425).

En conclusión, resulta difícil de comprender el cúmulo de desaciertos en estas actuaciones, dado que en forma flagrante se ha conculcado el derecho de la menor víctima a ser oída y a continuar participando en un proceso del cual es sujeto pasivo.

8.- Por las razones que anteceden, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal de Cámara, anular la sentencia y remitir el proceso al origen para que continúe su sustanciación, con distinta integración tanto del tribunal como del Ministerio Público Fiscal, en conformidad con el derecho que aquí se declara en cuanto a las atribuciones de la señora Asesora de Menores.-

MI VOTO.

El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:

Llega a mi voto la presente causa, de suma complejidad y variados avatares procesales, en la cual anticipo mi adhesión a quien me antecede en orden de votación, el distinguido colega doctor Alberto Ítalo Balladini en cuanto propone hacer lugar al recurso del señor Fiscal de Cámara doctor Enrique Sánchez Gavier por instrucciones de la señora Procuradora General de la provincia, doctora Liliana Piccinini, ante la omisión del juzgador de la exigencia del debido control del acto procesal del "retiro de la acusación", con lo que ha incurrido en nulidad por falta de motivación respecto de un acto procesal cuya invalidez debió declarar.

Adhiero también a la interpretación del preopinante en cuanto a la constitucionalidad del art. 404 del rito, con el consecuente reenvío al tribunal de origen para que con otra integración dicte nuevo pronunciamiento. Hasta allí mi plena coincidencia y que es suficiente para conformar la mayoría.

En cuanto al rol y la actuación del Ministerio de Menores, si bien comparto la posición de quien me precede en orden a la invocación de la legislación de fondo, en particular la derivada de la reciente Ley Nacional 26061 y el derecho supranacional incorporado por la reforma constitucional de 1994, más las citas doctrinarias y jurisprudenciales que se aluden e inclusive la propia legislación local en esa materia, ante la opinabilidad de la cuestión, entiendo conveniente no compartir la crítica que se hace al obrar de la señora Procuradora General, quien a mi entender ha actuado dentro de sus atribuciones derivadas de la naturaleza "bifronte" del Ministerio Público en los arts 215 y ss. de la Constitución rionegrina de 1988, respecto de cuyos alcances es conveniente revisar, precisar y eventualmente reglamentar por vía legislativa, posición que ya fijé -extrajurisdiccionalmente- en el Expte 307-STJ-2004.

Entiendo también que debió ser más activa la participación de la señora Asesora de Menores en el proceso, como bien lo señala el doctor Balladini muy fundadamente en cuanto a tales deberes, lo que hace aconsejable para el futuro dar instrucciones generales que coadyuven a la

diferenciación de los respectivos roles y actuaciones por cada una de las ramas de los Ministerios Públicos que dependen de la Procuración General de la provincia, remitiendo en lo específico del Ministerio de Menores al plexo normativo que menciona el votante que me precede.

En efecto, ante la eventual vulneración de los derechos de una menor, el Ministerio Público Tutelar tiene una obligación ineludible de intervenir y evitar cualquier posible estado de indefensión, ejerciendo los instrumentos legales, no solamente de orden organizacional o procesal, sino esencialmente de la legislación sustantiva, en particular sobre el discernimiento de la tutela ante una problemática que involucra a la o los progenitores, a quien tiene que sustituir en la defensa del impúber.

Asimismo, comparto puntualmente el voto del doctor Balladini en cuanto a que, para casos análogos, es conveniente instruir a otro representante del Ministerio Público Fiscal ante el tribunal de juicio para recurrir del modo en que se efectuó a fs 1520/1528 (según fs 1559/1564), con el fin de evitar consideraciones de la índole de las advertidas en autos sobre presuntas contradicciones, incongruencias o incoherencias en el desempeño de un mismo Fiscal de Cámara en el curso de las diversas instancias del mismo proceso.

También valoro, en ese contexto, el aporte esclarecedor en carácter de "amicus curiae" de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos en la presentación de fs 52/58 del Expte.Nº 20230/05 STJ, admitida según fs. 1643/1652.

Con el fin de evitar futuras situaciones controvertibles, ha de recomendarse la estricta observancia del art. 8 de la Acordada Nº 12/2005 en cuanto al inc. c) del art. 22 de la Ley Orgánica, las Acordadas Nº 45/99 y Nº 65/2002.

En conclusión: 1º) El art. 404 del Código Procesal Penal es constitucional. 2º) Corresponde hacer lugar al recurso de casación del Fiscal de Cámara contra la sentencia del a quo, interpuesto según instrucciones de la Procuradora General de la provincia. 3º) El Ministerio de Menores tiene el deber de actuar conforme con un plexo normativo que no se limita a la Ley Orgánica y las disposiciones de la ley ritual, sino que principalmente se extiende a la legislación de fondo, la Convención de los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que la República Argentina es signataria. **MI VOTO.-**

El señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero Nieves dijo:

Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).

Por ello,

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
R E S U E L V E :**

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1520/1528 de las presentes actuaciones por el señor Fiscal de Cámara doctor Enrique Sánchez Gavier.

Segundo: Declarar la nulidad de la sentencia definitiva Nº 9 dictada por la Cámara Segunda en lo Criminal de San Carlos de Bariloche en fecha 04-04-05 y del debate precedente, y reenviar la causa al origen para que, con distinta integración del tribunal y del Ministerio Público Fiscal, continúe la tramitación del proceso (art. 440 C.P.P.).

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.//-

Fdo.: BALLADINI - LUTZ - SODERO NIEVAS EN ABSTENCIÓN

Ante mí: **WENCESLAO ARIZCUREN - SECRETARIO**