

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL. RESERVA RECURSOS PARA ANTE LA C.I.D.H.

Excmo. Superior Tribunal de Río Negro:

OSCAR RAUL PANDOLFI, abogado inscripto al T.3, Fo. 254 de la matrícula de respectiva de la CSJN, codefensor del Sr. **Juan Gilio**, con domicilio legal en la calle Alvaro Barros 135, P.B., de Viedma, en la causa N° 20.343/05 STJRN, caratulada "**Gilio, Juan - Montenegro, Susana Beatriz p.s.a. de Promoción de la prostitución**" actuando con el copatrocinio letrado de los Dres. **FRANCISCO JOSE y NICOLAS D'ALBORA**, inscriptos al T. 12 Folio 363 CSJN y T. 71 Folio 899 CPACF respectivamente, y constituyendo el legal ante la CSJN en el estudio de mis copatrocinantes, sito en la calle Talcahuano 736, piso 8°, "B" de la C.A.B.A., a V.E. decimos:

I. EXORDIO.

Venimos en tiempo y forma a interponer el recurso extraordinario federal de apelación, contra la sentencia N° 20. dictada por V.E., por la Secretaría N° 2 del Tribunal, con fecha 21 de marzo de 2006, que nos ha sido notificada por su lectura el mismo día, la que en su parte dispositiva resuelve: "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 N° 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 CPP).*"

La sentencia anulada había absuelto a ambos imputados, ***después del segundo debate producido en esta causa, y una vez que el mismo Fiscal recurrente, solicitase la absolución de ambos.***-Es decir, que la sentencia de ese STJRN que ahora recurrimos por esta vía extraordinaria, dispone la realización de un ***tercer juicio, ya que la primera sentencia dictada por el Tribunal de origen (con otra composición) había concluido con una condena que fuese anulada por sentencia de ese mismo STJRN N° 84 dictada el día 21 de mayo de 2003.***

El recurso se interpone de acuerdo con las previsiones de los arts. 14 de la ley 48 y 6 de la ley 4055, sobre la base de los argumentos que se expondrán a lo largo del presente.

El fundamento para plantear la vía excepcional que importa recurrir al Supremo Tribunal de la Nación a los efectos de instar el control de constitucionalidad, es la configuración de cuestión federal trascendente y suficiente por arbitrariedad manifiesta y violación de los artículos 18 y 75 inc. 22 de la CN, ya que en el pronunciamiento que se impugna, se ha violado el derecho de defensa en juicio, por múltiples razones.

En primer lugar, porque aquí no solamente se ha violentado el principio de raigambre constitucional "***ne bis in eadem***", (arts. 8.4 CADH y 14.7 PIDCP) sino que - tal cual lo

advirtiésemos en nuestro escrito "Mejora Fundamentos" - lo resuelto importa no una "doble persecución penal", sino que - si esta inicua sentencia quedase firme - resultaría que a los imputados - **que obviamente para nada han concurrido a que ocurriese la supuesta violación de los "principios esenciales del proceso" que habrían determinado la anulación (que consideramos absolutamente arbitraria, como pasaremos a demostrarlo oportunamente), es decir que "no son culpables de la nulidad", serían juzgados por TERCERA VEZ, por sucesos ocurridos HACE SEIS AÑOS ATRÁS, EN EL AÑO 2000...** Es decir, que si el latín escolar no nos falla, debería postularse "*ne bis, sed ter, in eadem*"...

Es decir que la consideración de la larga fila de precedentes de la CSJN, que comienza en "Mattei" y tiene su hito más destacado en "Polak", casualmente también anulando una sentencia dictada por ese STJRN ¹ ha sido omitida, mediante la invocación de un fallo ²de la CSJN dictado en 1986, y **con la disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué**, es decir, con otra composición absolutamente diferente, que parece difícil que el más Alto Tribunal en su actual composición vaya a convalidar.

O sea que por una parte existe una clara violación de la prohibición de la doble persecución penal, por otra paralela inobservancia de las reglas jurisprudenciales de la Corte, que atienden al cumplimiento de la obligación internacional del "plazo razonable" para la persecución penal, pues la anulación se produce cuando han transcurrido seis años desde la fecha de los hechos y además, otras violaciones autónomas de la defensa en juicio de los imputados.

En primer lugar, porque la decisión jurisdiccional que recurrimos, es técnicamente arbitraria pues incurre en afirmaciones dogmáticas - absolutamente insustentables en materia jurídica - como sostener (como lo hace el voto del señor vocal preopinante) que en función de los "Pactos Internacionales" que establecen los "derechos preferentes de los niños", **han quedado derogadas todas las normas que reglamentan la interposición de los recursos, que incluyen no solamente las del Código de Procedimientos, sino las de organización de los Tribunales Provinciales, validando formalmente un recurso de casación interpuesto por un Fiscal de Cámara, contra una sentencia que dispone la absolución petitionada por el mismo funcionario en el curso de la discusión final, a quien la Procuradora General de la Provincia - atendiendo al "clamor público"**³ y sin haber siquiera leído la causa, le instruya obligatoriamente para que promueva ese recurso, pese a que el texto del art. 215 de la Constitución Provincial veda inequívocamente, la expedición de "instrucciones particulares" por parte de quien encabeza el Ministerio Público. Y finalmente, porque además omite la consideración de argumentación dirimente efectuada por nuestra parte, que no ha sido rebatida.

En segundo término, porque se citan truncadas las constancias de la causa, se omite hacerse cargo de la ostensible inconstitucionalidad de la norma del art.404 del CPCr. de Río Negro, que colisiona con el art.215 de la Constitución Provincial, que prohíbe - implícita, pero

¹ Casualmente anulando una sentencia de la actual Procuradora General, cuando se desempeñaba como Juez Correccional

² "Weissbrod" al que Alejandro Carrió critica duramente, como más adelante veremos

³ de doscientos personas que gritaban en una marcha...

clarísimamente - que el Procurador General de la Provincia le confiera instrucciones particulares a los señores Fiscales que integran ese Ministerio, ***cuya competencia está determinada por una ley previa***, porque lo resuelto violenta el principio de preclusión y una vez que el Tribunal de Juicio validó el dictamen fiscal de absolucón y lo juzgó fundado - ***y sobretodo coherente con el material probatorio contenido en la totalidad del expediente*** - mal podían ni su Superior Jerárquico, ni nadie, imponerle al Fiscal que ***recurriese la sentencia fundada en su propio pedido de absolucón, ni el Superior Tribunal de Justicia entrar a analizar si tal petición había sido fundada o no.***

Todo lo cual tiñe de una inequívoca arbitrariedad lo resuelto.

Y como si todo lo expuesto fuera poco, V.E. advertirá que la sentencia del STJRN es también nula, *porque ha omitido resolver en relación al Recurso deducido por la Asesora de Menores*. Ya que en relación a este recurso - desistido ulteriormente por la Procuradora General - el voto preopinante del Dr.Balladini, sostiene que ese desistimiento es inapropiado y no lo toma en cuenta, pues "corresponde aplicar la doctrina de este Tribunal", mientras que por el contrario, el voto adherente del Dr.Lutz defiende ese desistimiento, sosteniendo que sobre este particular no adhiere a la ponencia, y como el tercer votante, el Dr.Sodero Nieves, se abstiene, ocurre que *la cuestión no ha sido resuelta...aunque en la parte dispositiva se aluda solamente al recurso de casación del Dr.Sánchez Gavier y se guarde un profundo silencio sobre el de la Dra.Pereyra...Y* - como dato anecdótico - diremos que ***tampoco se ha resuelto sobre la imposición de las costas...***

O sea que - como se verá - la sentencia en recurso ofrece material abundante para su crítica. Así que la alusión del señor vocal preopinante cuando habla del "cúmulo de desaciertos", parecería que debería generalizarse. Olvidando - claro está - el mensaje implícito contenido en la sentencia "Polak" de la CJSN...Olvido que llama la atención cuando ésta - precisamente - revocó una anterior dictada por este mismo Tribunal Superior de Río Negro.

II. REQUISITOS DEL RECURSO

1) Requisitos comunes

a) Tribunal de Justicia

Sólo contra resoluciones emanadas de tribunales de justicia, puede la Corte entender en el recurso que intentamos. Y siendo que no pueden caber dudas de que el Tribunal Superior de la Provincia de Río Negro lo es, está cumplido este requisito.

b) Juicio

Sólo las decisiones de los tribunales que se vinculan a un juicio, son aptas de ser recurridas ante la Corte por la vía extraordinaria.

En este caso, el requisito se cumple acabadamente, pues V.E. dictó resolución en un proceso penal, causa judicial o juicio de su competencia.

c) Materia justiciable

La cuestión decidida es materia justiciable porque V.E., en el ejercicio de su función específica, que es la judicial, ha decidido respecto de nuestro defendido, anulando la absolución dispuesta por el Tribunal de Juicio, y ordenando someterlo **por tercera vez, a la realización de un nuevo juicio oral** por el Tribunal Oral de Grado.-

d) Gravamen

De la sentencia que es objeto del recurso extraordinario, debe para que éste proceda, surgir un gravamen, que esté demostrado que afecta a la parte recurrente y que no siendo reparable por otra vía, lo sea por el recurso. Se trata de una resolución que por su naturaleza si bien no reviste - siempre - el carácter de definitiva, origina si se le diera cumplimiento, un perjuicio absolutamente irreparable para el ejercicio de defensa en juicio de los imputados, ya que el principio constitucional "ne bis in eadem" queda violentado no solamente con el doble juzgamiento, es decir, con un nuevo fallo, sino con el mero sometimiento a la doble (en el caso triple) persecución penal. Tal como lo ha declarado reiteradas veces a partir del caso "Mattei" la CSJN.

Y por ello, sólo puede ser atacada a través del remedio federal que ahora se interpone.

II.-2. Requisitos propios

a) Cuestión Federal

Para la admisibilidad del recurso se exige que se haya debatido en el pleito una cuestión federal, la que hemos descripto acabadamente en el capítulo correspondiente. Y que ésta lo es, lo ha dicho, específicamente la CSJN in re "Ganra de Naumow", ratificado luego en los casos "Plaza" y "Peluffo", como asimismo paradigmáticamente en "Polak"⁴ en el cual la CSJN - según Alejandro Carrió⁵ - **"abandonó el peligroso criterio de "Weissbrod", el mismo - acotamos - al cual se aferra el voto del señor vocal preopinante en esta causa...."**

Pero además, siendo que la Corte tiene dicho ya desde antiguo que la arbitrariedad se caracteriza como materia constitucional federal, parece claro que por esta vía también se cumple el requisito, pues la cuestión federal nace con la sentencia y surge de la incompatibilidad de ella con disposiciones constitucionales, afectándose de manera substancial, la inviolabilidad de la defensa en juicio y la garantía del debido proceso.

En cuanto a su introducción, el carácter sorpresivo de la arbitrariedad, exime de ella en etapas anteriores. No obstante, esta defensa introdujo la cuestión federal referida a la violación de la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional), oportunamente, es decir, al "Mejorar los fundamentos").

Como mejor fundamento, me permitiré reproducir un párrafo de un Considerando de la sentencia dictada por la CSJN in re "Polak":

"9°) Que si bien los pronunciamientos que decretan nulidades procesales no son, como principio, sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a esa regla general en la medida en que, **sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, se hayan dejado sin efecto actuaciones regularmente realizadas en un juicio criminal** (Fallos: 272:188; 295:961; 297:486; 298:50; 300:226; 301:197; 302:843) y **el**

⁴ Vid CSJN Fallos 299: 221, 308: 84, 319:43 y 321: 2826

⁵ "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Hammurabi, 4ª.edición, pg.406

apelante haya invocado la garantía de no ser sometido nuevamente a proceso penal por el mismo hecho (Fallos: 248:232; 250:724; 292:202; 299:221; 300: 1273; 301:1069)".

b) Relación directa

El cumplimiento de este requisito se vincula íntimamente con lo expresado en el párrafo anterior, y deriva obviamente del planteo general base de la impugnación, expuesto en los capítulos precedentes, no siendo necesario explayarse nuevamente sobre el tema, pues resulta clara la relación directa entre el planteo defensorista y las normas constitucionales que se estiman vulneradas.

Diremos solamente que de la solución de la cuestión planteada, depende necesariamente la decisión que en definitiva recaerá sobre estos procedimientos (Imaz y Rey, Recurso Extraordinario, pág. 173 y fallos allí relacionados)

c) Sentencia definitiva

Requisito que surge claramente de las disposiciones legales que regulan el recurso extraordinario, ha sido definida como sentencia definitiva aquella que pone fin al pleito, impidiendo su continuación. *Se equiparan a ellas las que causan un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior*. Como lo es el caso que nos ocupa. Conforme lo resuelto por la CSJN in re "Taussig"⁶

Este requisito también se ha cumplido, pues el fallo de V.E. reúne estas condiciones formales, no existiendo por otra parte, vía recursiva alternativa. Quedando cumplimentada la doctrina de la CSJN sentada en los precedentes "Strada" y "Di Mascio".-

d) Tribunal Superior

Este requisito propio, también está cumplido, pues ese Tribunal, es el Tribunal Superior de la causa, no existiendo otro en el orden local.

e) Término

Esta presentación se efectúa en tiempo debido, teniendo en cuenta que la fecha de notificación de la sentencia de V.E. fue el día 21 de marzo de 2006, por lo que el término respectivo vence en las dos primeras horas del día 6 de abril próximo.-

III. ANTECEDENTES DEL CASO

A fin de cumplir con la exigencia de autosuficiencia del recurso, se comenzará por realizar una completa referencia a la causa, para luego explayarse sobre las razones que sustentan el remedio federal que se interpone, criticando fundadamente la sentencia recurrida.

Y como mejor síntesis, procederemos a reproducir los puntos 8.2 al 8.6 de nuestro escrito de "Mejora de fundamentos":

"8.2 Para abogar por su recurso, los "amigos de la curia" - que naturalmente no conocen las complejas constancias de la causa - aluden a lo "inopinado" y "sorpresivo" del

⁶ CSJN "Fallos: 314: 377; LL 1991-E-32

pedido de absolución.-Ahora bien, en realidad, no hay tal cosa. Ya en el primer juicio, se comentó largamente por los medios de prensa - es decir, tomó estado público - *que nada se había podido probar (porque eran falsas las acusaciones) y que el mismo Fiscal de Cámara estaba dudando si acusar o no*. Finalmente, lo decidió así, seguramente presionado por las tendenciosas publicaciones (especialmente de un medio de difusión exclusivamente local).-

"En efecto, dos o tres días antes de que se celebrara la última audiencia fijada para la conclusión de la primera ⁷ etapa del debate de la causa seguida contra Yolanda Montenegro y Don Juan Gilio, por ante la Cámara Criminal IIª de SCB, ante la cual actuaba el Dr.Sánchez Gavier como Fiscal, el diario "El Cordillerano", que se publica en esa ciudad, en un artículo escrito por Enrique Pfaab, tituló "**No habría acusación fiscal contra Gilio**".-

"La publicación de esa noticia no nos causó mucha sorpresa, pues la impresión que teníamos los abogados que habíamos participado de la audiencia (los suscriptos como defensores y el Dr.Martínez Pérez, como "asistente", por ser abogado de la Familia Gilio, oportunamente autorizado por el Tribunal, con la conformidad del Dr.Sánchez Gavier) era que – efectivamente – **era más que dudoso que los hechos se hubiesen producido como los había denunciado la supuesta víctima y que - de todos modos - no había elementos de prueba de cargo que justificasen una acusación**.-Es más, un par de días antes de esta publicación, habíamos conversado con el Dr.Sánchez Gavier (con quien hasta ese momento la relación había sido cordial) y ante nuestra pregunta sobre si pensaba acusar, nos confió que tenía sus dudas.-Y que lo pensaría.-

"Inmediatamente de producida la publicación, llamamos telefónicamente al Sr.Pfaab, quien nos confió el día 23 de junio en horas de la tarde, ante nuestro interrogante sobre la fuente de su información, que la misma provenía del propio Sánchez Gavier.-Lo que confirmaba nuestra anterior impresión.-

"Al producirse el día 24 de junio de 2002 esta última jornada del debate (primera parte) contra todas nuestras expectativas, el Dr.Sánchez Gavier no solamente acusó, sino que – incluso – "amplió" la acusación, incluyendo otros tres hechos más, *pues la supuesta víctima que siempre había aludido a tres episodios en los que participaba nuestro defendido, con total naturalidad en su testimonial en el debate, le agregó otros tres...Cambiando también – de paso – las circunstancias de tiempo y modo...*Motivo por el cual el Dr.Sánchez Gavier, quien evidentemente había *sufrido el impacto de la difusión periodística* ⁸, *decidió acusar...*

"El día 15 de julio de 2002 había sido fijado como fecha para la lectura de la sentencia definitiva, pero ya concluido el debate, los señores jueces advirtieron – aparentemente el día 4 de julio de 2002 - es decir mientras corría el plazo para dictar sentencia – que la fecha fijada correspondía a un día inhábil (ese día comenzaba la feria), por lo que dispusieron adelantar la lectura de la sentencia.-

"Y por eso decretaron⁹, con la firma de los tres jueces: "San Carlos de Bariloche, 4 de julio de 2002.-Habiéndose consignado erróneamente fecha de sentencia para día inhábil – vid.

⁷ En ese momento suponíamos que también sería la última...

⁸ Es más, cuando hablamos ulteriormente con Pfaab, el nos manifestó – con toda naturalidad – que, *precisamente su intención al publicar ese título, había sido para decidirlo al Fiscal a acusar...*(sic).objetivo que consiguió ampliamente, lo que lo movió a repetir la receta, como veremos más adelante...

⁹ Véase a fs.896

última sesión de la audiencia de debate-, fíjase el octavo día hábil 11 de julio de 2002 a hs.12.00 para su lectura pública.-Notifíquese...”.-

"No fue nada casual que¹⁰, cuando estaba corriendo el plazo para dictar sentencia, después de que su lectura quedase fijada para el día 11 de julio de 2002, el diario “El Cordillerano” publicó – tanto en su versión gráfica como en el diario digital – **que la sentencia sería absolutoria**, pues el Dr.Lara con la adhesión de la Dra.Baquero Lazcano se inclinaban por la absolución, mientras que el Dr.Lanfranchi quedaba en minoría, decidido por la condena.-

"Es decir, el Sr. Enrique Pfaab repitió su jugada...Y con el mismo éxito.-

"En efecto, en vez de la esperada sentencia absolutoria, lo que recibimos fue la notificación de una reapertura del debate para los días 31 de julio, 2 de agosto y 5 de agosto próximos, lo cual nos es formalmente notificado por cédula diligenciada el día 12 de julio de 2002 (último día hábil anterior al feriado judicial).-

"Por último, el día 22 de agosto de 2002, – fecha de la lectura de la sentencia definitiva recaída en la causa, ulteriormente anulada por el STJRN – el mismo medio en su versión digital, adelantó: 1) Que habría condena; 2) Que la misma sería unánime; 3) Que la lectura del documento sentencial insumiría cerca de dos horas; 4) Que desde un primer momento el Dr.Lanfranchi habría tenido la convicción de que ambos imputados eran culpables, mientras que en cambio el presidente del Tribunal se había inclinado claramente en ese momento por la absolución, contando a esa altura del juicio, con la adhesión de la doctora Silvia Baquero Lazcano; 5) Que el Juez Lanfranchi habría promovido la idea de ordenar medidas de mejor proveer y que Baquero Lazcano lo habría apoyado en esto; 6) Que fue así que, pocas horas antes de reunirse en la sala de debates para dar a conocer el fallo (el 11 de julio) la Cámara ordenó la reapertura del juicio y citó a una veintena de testigos, algunos de los cuales ya habían declarado.-7) La mayoría cree que después de la reapertura no se escuchó nada nuevo.-8) en las últimas deliberaciones del Tribunal, Lanfranchi habría hecho prevalecer su posición y trasladado su convencimiento, primero a su colega Baquero Lazcano y luego al Dr. Lara..”.-

"Dejando de lado los puntos que son inconfirmables, esa versión publicada a la mañana del día en que se leyó la sentencia a las 18 horas, resultó ser absolutamente cierta: 1) Hubo condena; 2) Fue unánime ¹¹; 3) La lectura no duró dos horas porque fue abreviada, pero si se hubiesen leído las 78 carillas que la conforman, no hay ninguna duda de que ese sería el tiempo que hubiese insumido; 4) Era ostensible – por la forma de interrogar – que al concluir el primer debate, solamente el Dr. Lanfranchi (dado el notorio sesgo de sus preguntas) estaba pre-juiciado para condenar; 5) No es confirmable; 6) es exactamente lo que ocurrió y está documentada en las fojas 892 y sgtes. de la causa.-7) Lo que resulta obvio, ya que nada pasó de relevancia en las audiencias de agosto y 8) los resultados – previstos antes del 11 de julio se invirtieron – en la forma pronosticada.-

"Es decir que este breve reseña, permite demostrar como - en realidad - la influencia de algunos operadores del sistema, merced a una hábil campaña de prensa - **la misma que ha**

¹⁰ como se demuestra con los recortes de diario y facsímiles de diarios digitales, agregados al escrito - donde planteamos la recusación del Dr. Lanfranchi para intervenir en la admisibilidad del recurso de casación

¹¹ para Gilio, que era lo que interesaba periodísticamente

determinado ahora el recurso que estamos contestando - convirtieron una realidad judicial: *la absoluta falta de elementos que permitiesen arribar a una solución inculpativa, en una condena por unanimidad...*

"8. 3 Esta causa, Excmo. Tribunal, se origina en una denuncia presentada por la madre de la presunta víctima, por el "Rapto" consumado por el novio de la misma. Tema sobre el que volvemos más abajo. Confusamente trasmutada por la prevención policial, en una causa por "Corrupción" contra la madre de la señorita Montenegro y nuestro asistido.

"Y a propósito de esta causa, hemos leído o escuchado en los medios de prensa, toda clase de afirmaciones, tanto provenientes de las mas diversas instituciones, algunas representativas y otras no tanto, *reclamando y exigiendo que Juan Gilio sea condenado*. Y su "culpabilidad" se presume - iuris et de iure - porque se trata de un hombre de fortuna, viejo, que está comprobado que tenía relaciones con una prostituta. En base a tales hechos, se vocifera, se avasalla su derecho de defensa y su presunción de inocencia, se protesta en todos los tonos (en algunos medios de prensa adoptando posturas militantes, pre-juiciadas) y se difunden opiniones que dan fe y crédito a las mas abyectas *versiones sobre el supuesto origen espureo de estas decisiones judiciales*.-Y así se ha enlodado - irremediabilmente - la figura pública de nuestro asistido cuyo apellido ha sido mancillado por una campaña de difusión infame, que condena sin juicio previo, a partir del incommovible pre-juicio de que Juan Gilio es culpable.

"Quienes reclaman y exigen esa condena, nada conocen del desarrollo de la causa. De su origen, de las particularísimas circunstancias que le dieron colorido a la versión inicial de la menor supuesta ¹²victima de la causa, que luego varió decisivamente en varias oportunidades a lo largo del curso del proceso. Variaciones que no recaían sobre detalles *nimios o secundarios, como se ha publicado*, sino sobre aspectos decisivos: como la cantidad de hechos (primero tres, luego seis y finalmente uno), lugar donde se desarrollaron (automóvil-casa), forma y características de los mismos, personas intervinientes (dos o tres) y la primero atribuida y luego desmentida condición de inexperiencia sexual, particularmente *con su ultimo novio, en cuyo domicilio fue hallada en los instantes iniciales del proceso*.

"Y es muy probable que esta última sea la verdadera razón de su imputación inicial: hizo eso porque fue lo primero que se le ocurrió en ese momento para evitar que la denuncia de su madre por su supuesto rapto de parte de su novio (el joven Ibarra) motivase que la policía, que ya la había localizado en la casa de éste, la restituyese al hogar de su madre, de cuya compañía deseaba alejarse y también para proteger al joven Ibarra, quien hubiese podido afrontar un proceso por un delito sexual, dada la edad que tenía por aquella época, lo que aquél dice que le ocultó.

"De cómo la versión fue puesta en duda, desde el comienzo mismo del proceso – mucho antes que interviniesen los peritos psicólogos de la defensa – *por el Perito Psicólogo*

¹² Lo que sigue no excluye, sino que explica, que la menor sea efectivamente una víctima, sólo que no lo es del delito por el cual ella - inicialmente - acusó a D. Juan Gilio, sino de un proceso de victimización que comenzó en su entorno familiar y desde su nacimiento y respecto del cual este proceso judicial, de todos modos, ha contribuido a ponerle fin

Oficial, Decano del Cuerpo de Psicólogos Forenses de la Provincia de Río Negro, quien a fs.146, ya en instrucción dictaminaba que las versiones de la menor podían variar en función de las “necesidades” o de las “intencionalidades” que la guiasen, es decir, que la veracidad de sus dichos fue puesta en dudas por los expertos que dictaminaron desde el comienzo mismo de la causa.-

"Y otro tema que debería tenerse presente, es que fue en esta última audiencia de debate, **la única vez que la menor – que adquirió interin la edad necesaria para ser penalmente imputable por falso testimonio prestado en causa penal – declaró bajo juramento de ley.** Es decir fue la primera vez que podía ser responsabilizada por sus dichos.-

"Es más, en el curso de la audiencia el Señor Fiscal, desconcertado por la novísima versión, trató de “inducir” los recuerdos de la misma – previa autorización de la Presidencia del Debate – leyéndole sus declaraciones anteriores, para ver si la menor ratificaba o no la nueva versión modificada por cuarta o quinta vez (que como se dijo cambiaba prácticamente todo el contenido de sus dichos anteriores).-

"Ante la sorpresa de todos quienes se encontraban en la Sala, la menor le preguntó al Presidente: **¿ Pero no era que mis declaraciones anteriores estaban anuladas?..... Pregunta esta que revela claramente, que la misma tenía plena conciencia de que en esta nueva oportunidad estaba declarando bajo juramento y que lo anterior “no valía” ...**

"Ese fue precisamente el momento en el cual el Dr. Sánchez Gavier, decidió desistir de seguir preguntando más, y probablemente haya decidido en ese mismo momento el retiro de su acusación, la que no habiendo ningún otro elemento de prueba dirimente, dependía esencialmente de la firmeza y calidad de este testimonio. **Después de lo cual el Presidente interrogó a los otros miembros del Tribunal (el Dr.Ramos Mejía, incluido) y a los defensores si tenían alguna otra pregunta y ante las sucesivas negativas, y el espeso silencio de la Asesora de Menores, dio por concluido su testimonio.**

"8. 4 Por otra parte, se ha dicho que el Señor Fiscal de Cámara no debió haber desistido del resto de la prueba. Y es posible, que acordemos, en que hubiese sido más **prudente** de su parte no haberlo hecho en ese mismo momento. Pero quienes critican desde los medios o desde la amistad con la curia, olvidan que **antes afirmaron que en esta clase de juicios, todo depende de la palabra de la víctima**, porque generalmente (y este caso no es la excepción) salvo aquellos casos en los que haya prueba física decisiva (ADN, fibras, pelo, etc.) es ése el único elemento de cargo. **Y bien, desmoronándose como se desmoronó el testimonio de la menor, quien se desdijo de casi la totalidad de sus acusaciones ¿Qué le hubiera quedado al Fiscal como para sostener la acusación? Obviamente, nada.**

"8. 5 Por otra parte, nótese que los peritos (oficial y de parte) siempre sostuvieron lo mismo (tanto en el juicio anterior, como en la pericia practicada en el último)...**que los testimonios de la víctima no eran fiables.** Quienes por el contrario, le creían fueron la psicóloga policial y la psicóloga tratante, Diana Sánchez¹³ quien incurrió en la grave mala

¹³ esta última "felicitada" por el Dr.Lanfranchi en la sentencia condenatoria anulada por V.E.

praxis profesional de intervenir como "perito"¹⁴ cuando por el solo hecho de haber actuado como terapeuta carecía de la imparcialidad (*por el obvio compromiso afectivo con su paciente*).

"Así pues, que si el juicio hubiese concluido luego de realizarse la prueba pendiente, es evidente – **para cualquiera que conozca la causa**- que el resultado hubiese sido el mismo.

"Lo demás, es historia conocida, *Juan Gilio recupero su libertad, tres veces denegada, cuando hacia ya más de un año que había superado el plazo máximo que la ley 2941 establece para la Prisión Preventiva*. Vulnerándose a su respecto las normas del art. 18 de la CN y de los Pactos Internacionales. Por una inexplicable decisión judicial cuyo voto inspiró el Dr.Ramos Mejía".

Y ahora agregamos que - producida la deliberación - resultó como era de esperarse que los imputados fueron absueltos. No solamente por aplicación de la doctrina "Tarifeño" y toda su larga serie de decisiones concordantes (vgr. "Cattonar", "García", etc., ratificadas después del "fuori pista" del *extra-ordinario* caso "Marcilese", en "Mostaccio", sino porque los señores Jueces que compusieron la mayoría, los Dres. Leguizamón Pondal (Presidente del tribunal) y el Dr.Calcagno, no se limitaron a efectuar un "formal" acogimiento de la aludida doctrina - vista la absolución petitionada por el Ministerio Público al concluir el debate - sino que fundaron sus votos extensamente (véase sentencia 9/05 folios 177/183 voto del primero de ellos y folios 183/187 del segundo) con abundante argumentación que damos aquí por reproducida "brevitatis causae" la que incursiona **no solamente en demostrar que el dictamen absolutorio final del Sr. Fiscal de Cámara fue debidamente fundamentado, SINO - ESENCIALMENTE - EN QUE EL MISMO RESULTA APROPIADO PARA LA TOTALIDAD DE LA PRUEBA INCORPORADA Y PRODUCIDA DURANTE EL DEBATE** ¹⁵. Por lo cual la absolución final no es solamente impuesta por la "falta del contradictorio" dada la petición Fiscal, **sino que la misma se adecua - sustancialmente además - a las constancias de la causa, a la prueba incorporada por lectura - especialmente a las periciales de fs.146 y 834/838 e informe de fs.873/877 - y a la producida en el debate.**

En relación al voto del Dr. Ramos Mejía, podemos señalar con toda honestidad intelectual, que nos parece que es para su texto que está dedicada la reflexión previa del folio 177 que efectúa el Dr. Leguizamón Pondal: "...En esa tarea (la de juzgar) debo decir que me despojo de demagogias y presiones externas y sólo me motiva poder responder a la inquietud que en el seno de la deliberación ha surgido...". Y paralelamente para su actuación y la de los "amici curiae", la del Dr. Calcagno del folio 187: "Sin perjuicio de lo referido supra, luego de haber efectuado un análisis de la presente causa, **de algo puedo estar totalmente seguro, que Yolanda Beatriz Montenegro es víctima, víctima de una sociedad que habla y escribe mucho sobre la minoridad desamparada, pero nada hace para solucionar y erradicar de las calles a menores como la que nos ocupa...**"

La lectura de la sentencia produjo similares agitaciones periodísticas y una marcha de "repudio" de un par de cientos de personas - de las más variadas organizaciones - algunas

¹⁴ Otra "mala praxis" es la de quien la designó como tal...

¹⁵ Reflexiones sobre el fondo del asunto, de las que carece - absolutamente - el texto del fallo que recurrimos.

reconocidas como la Asamblea Permanente de los Derechos Humanos y otras no tanto, de carácter vecinal, deportivo o políticas de escasa o nula representatividad...

La presencia circunstancial de la señora Procuradora General en la ciudad de San Carlos de Bariloche por esos días, motivó que una "comisión" de los que expresaban su protesta, fuese atendida por la misma, según está documentado en el voto del Dr. Calcagno en el auto interlocutorio de fecha 13 de mayo de 2005, carilla N° 13, que corresponde al folio 548 del Protocolo de A.I.N° 105/05.

Lo que desnuda la realidad que está detrás de la insólita circunstancia de que ***el mismo Fiscal quien participó del debate y peticionó la absolució***n - pese a que en el primer debate, tres años atrás había pedido condena - porque la variación sustancial del único elemento incriminatorio, que era la versión de la supuesta víctima, fue sustancialmente modificado (una vez más) en el curso del debate, retrotrayendo su imputación de seis hechos a uno solo, ***sea quien recurre la sentencia dictada conforme a su propia petición***. La Dra. Piccinini, utilizando facultades que *aparentemente* le confiere el art.404 del Código de Procedimientos de la Provincia de Río Negro¹⁶, pensó que por razones de "política persecutoria", dado el "clamor público", era conveniente descomprimir la situación de "protesta social" en Bariloche y que la sentencia resultase recurrida...

Lo que era difícil de prever - Excma. Corte - era que el Superior Tribunal de Río Negro, acogiese semejante recurso.

Quizás la explicación de lo uno y lo otro, se encuentre en la lectura de las reflexiones de Daniel Pastor¹⁷ :

"Por supuesto, los países miembros de la comunidad democrática reconocen que el principal criterio orientador de las decisiones judiciales - en teoría el único - debe ser el apego del juez a la ley que rige la solución del caso y a la prueba que establece, con corrección legal, los hechos juzgados. Sin embargo, la extraordinaria repercusión que actualmente tienen los medios masivos de comunicación social como portadores - legítimos o no, pero innegables - de la opinión pública, ha creado un ámbito ***cuya posible reacción es consultada implícitamente por los jueces antes de tomar una decisión...***"

Como es difícil hallarle sustento jurídico a lo decidido en esta sentencia que criticamos, nos parece honestamente, Excma.Corte, que lo recuadrado constituye la única explicación racional posible, para entender cómo ha prosperado este insólito recurso...

Vale la pena, a esta altura, recordar las palabras del doctor Carlos S. Fayt:

"¿Qué otra cosa es la llamada presión de la opinión pública, que la presión de los artículos, las notas periodísticas, las fotografías y el bombardeo de voces e imágenes emitidas por las radios y la televisión sobre los mandatarios, magistrados y legisladores, con el claro objetivo de afectar su sentido común y arrinconar y aún destruir sus convicciones?" ("La omnipotencia de la prensa -Su juicio de Realidad en la Jurisprudencia Argentina y Norteamericana", La Ley, Buenos Aires, 1994, p.76).

¹⁶ lo que como se verá más adelante, no es así

¹⁷ Daniel R. Pastor, "El Plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho" Ed. Ad-Hoc patr. Konrad Adenauer Stiftung, 1ª. Edición oct 2002, pgs.320/321

IV. LA SENTENCIA DEL STJRN. LOS AGRAVIOS DE ESTA DEFENSA.

Por razones metodológicas iremos intercalando la transcripción de los párrafos esenciales de ambos votos, con las críticas que su texto nos merecen y, en una conclusión final, sintetizaremos el encuadre técnico recursivo en el ámbito de este remedio federal.

IV.1 Al desarrollar su voto, dijo en lo sustancial el señor vocal pre-opinante, a partir del punto 7 de su voto::

"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.).

Aunque en realidad la "nulidad" no es una "sanción" ¹⁸ y como ya veremos no hay una teoría "unitaria" de las nulidades, ya que los casos de invalidez no funcionan igual para los diferentes sujetos procesales de un proceso penal (y por ello es otro error pensar en la *igualdad de los derechos de las partes en esta clase de procesos, lo que en cambio resultaría paradigmático en un juicio civil*), la afirmación que antecede no merece contradicción. Pero entiéndase bien - como lo destaca el mismo voto de Ramos Mejía en la sentencia del Tribunal de Juicio N° 9 - ahora anulada por la resolución que recurrimos - al folio 191, en un **"Instructivo para los Fiscales de la Provincia de Río Negro a propósito de la aplicación de las normas de la ley 3794"**¹⁹, que redactásemos conjuntamente con el magistrado preopinante, cuyo voto estamos criticando, se destaca que *"..Se entenderá entonces que la decisión de aplicar o no el criterio de oportunidad recae en el Ministerio Público Fiscal...pero el titular del poder jurisdiccional solamente podrá revisar la legalidad, la legitimidad formal de la decisión del Ministerio Público y no su mérito, conveniencia u oportunidad. Es decir, regirán los principios que hoy juegan - similarmente - cuando después del debate el Ministerio Público se abstiene de acusar. En ese caso, el Tribunal de Juicio puede declarar la nulidad del pronunciamiento fiscal por falta de fundamentación o por la ausencia de cualquier otro requisito exigible a ese acto procesal...)*

Aquí concluye la cita del Dr.Ramos Mejía aludida más arriba, pero en realidad el texto mencionado, sigue diciendo (en mayúsculas en el texto originario) donde el señor vocal lo deja trunco:

"...PERO NO PUEDE "RECHAZARLO" ADUCIENDO ERRORES QUE SE LE ATRIBUYEN EN LA APRECIACION DE LOS EXTREMOS DE HECHO.-Es decir, que el Juez deberá decidir la extinción de la acción penal pública, salvo que la postura fiscal adolezca de legalidad. Interpretado el vocablo, desde el punto de vista exclusivamente formal".-

¹⁸ Binder Alberto M."El Incumplimiento de las Formas Procesales", ed.Ad-Hoc, 1ª. Edición, nov 2000, pg.29, nota 26, criticando una afirmación de Creus

¹⁹ Del proyecto de cuyo texto el suscripto fuera autor

De lo que se desprende que el suscripto sigue pensando en los mismos idénticos términos que llevan su firma, escritos en diciembre de 2003, pero quien parece haber cambiado su manera de pensar, es el señor vocal pre-opinante...

IV.2 Sigue diciendo el voto que venimos comentando:

"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 Sodero 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....**"

Respondemos: además de que los "obiter dictum" no son precedentes y que la doctrina de los fallos dictados en la causa "Larreguy" para nada justifican esta insólita anulación, como también que *resulta casi impúdica* la cita de Julio Báez, (LL 2003-A, 1071) cuando este mismo autor fue citado por nuestra parte en el escrito "Mejora de Fundamentos" en la Nota 17, pg.8, por su artículo - mucho más reciente ²⁰ en el que tiene **lapidarios conceptos para la tesis sostenida en esta sentencia que lo menciona, a propósito de la absoluta invalidez e incluso - inmoralidad - de las "instrucciones particulares"...**

IV.3 Sigue diciendo el voto que orienta el acuerdo:

"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...."

Este párrafo - Excmá.Corte - constituye uno de esos actos fallidos que Freud describiese hace alrededor de un siglo²¹, pues por uno de esos "lapsus" que en esa obra citada en la nota se analizan, el señor Vocal acepta - inconsciente, pero clarísimamente - que **precisamente mientras no se modifique el art.215 de la Constitución Provincial, resulta claramente inconstitucional el texto del art.404 del Código de Procedimientos de Río Negro, ya que si así no fuera, si el art.215 de la Constitución fuese compatible con éste, no se advierte para qué sería necesaria la reforma constitucional propugnada, ya que en tal caso las instrucciones de la Procuradora General, que originaron este recurso serían válidas...sin necesidad de ninguna reforma. LO QUE OCURRE - Y ESTO QUEDA INFINITAMENTE CLARO DESPUES DE ESTA INCONSCIENTE PERO TERMINANTE ADMISION - ES QUE LA DECLARACION DE**

²⁰ "El Agente Fiscal. Autonomía y Posición frente a las "Instrucciones" por Julio C. Báez.-LL 31/03/04

²¹ en su obra "Psicopatología de la Vida Cotidiana"

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA PROCESAL DEMANDADA POR ESTA DEFENSA Y DENEGADA POR LA SENTENCIA QUE RECURRIMOS, ES PROCEDENTE, LO QUE RESULTA INNEGABLE..²²

De las reflexiones que siguen en la página 13 de la sentencia (punto e) se puede prescindir para su refutación, pues la generalidad de las mismas hace innecesario ocuparnos de ellas.

Y volviendo a recaer en un error, que no solamente contradice la larga tradición jurisprudencial de esa CJSN que comienza en Tarifeño y ha sido ratificada en Mostaccio, y lo que es peor aun, ha sido adoptada uniformemente por el STJRN a partir del fallo "Ortiz, Celestino" el 11 de marzo de 1998, el que ha sido unánime y permanentemente reiterado - al menos hasta la fecha - pese a la turbulencia generado por "Marcilese" en algún momento, se dice en las páginas 14 y 15:

"Es que la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en "TARIFEÑO" 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 **tibiamente** 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). -

Respondemos: **vuelve a equivocarse el Dr. Balladini: una cosa es lo "razonable" y otra es lo "válido": COMO YA DIJESEMOS EN EL "INSTRUCTIVO" QUE MENCIONA EL DR. RAMOS MEJIA A PROPOSITO DE LA LEY 3794, Y DE CUYO TEXTO EVIDENTEMENTE EL VOTO PREOPINANTE, HACE CASO OMISO, OLVIDANDO SU "CO-AUTORIA". La "razonabilidad" del "desistimiento fiscal" no es materia que pueda controlar el poder jurisdiccional. Como lo expliqué en su momento, aquí**

²² El tamaño escogido para la letra es apropiado para el tono que quisiésemos insuflarle al clamor defensorista...a fines de que sea mejor escuchado.

no se trata de un problema de "legalidad". Aquí se trata de un problema de PODER. Y a los jueces les cuesta aceptar la pérdida de poder que supone la doctrina Tarifeño. Solamente así se puede justificar la larga polémica - ahora ya fenecida, y que el preopinante parece querer revivir - respecto de si tiene efecto vinculante o no, el desistimiento fiscal. Por ello, si es acertado o no, el temperamento adoptado por el Fiscal, su decisión no podrá ser revisada por el órgano jurisdiccional. En un solo caso y solamente en uno, tal decisión podrá ser revisada: si el dictamen fiscal resulta ser doloso o arbitrario, es decir, carezca de fundamentación normativa, o la tenga solo aparente.

Para establecer válidamente lo cual - dicho sea de paso - el voto que venimos comentando, debería haber INCURSIONADO EN UN TEMA, AL QUE NO LE HA DEDICADO NI UN RENGLON DE TODOS SUS ELABORADOS RAZONAMIENTOS: ME REFIERO AL FONDO DEL ASUNTO...ES DECIR, DESPUES DE TODO, ¿ LA ABSOLUCION SE AJUSTA A LAS CONSTANCIAS DE LA CAUSA, O NO? ¿ALGO HACE SUPONER QUE HUBO UNA ACTITUD DOLOSA DE PARTE DEL FISCAL DE CAMARA? Los que conocemos a fondo la causa, sabemos que lo único raro que tiene este expediente, para cualquier experto que lea sus constancias, es que todavía esté vivo...Que no haya sido aniquilado por un sobreseimiento, de entrada o al menos con la anunciada, pero abortada absolución, o ahora por la lógica, esperada declaración de inadmisibilidad de los insólitos recursos que tuvimos que contestar.

Que para nuestra infinita sorpresa han sido acogidos por ese STJRN

También se equivoca el Dr.Balladini al hacerse eco de las ponderadas expresiones del Dr.Solimine: olvida tomar en cuenta que en Río Negro no rigen - precisamente - los "tibios" criterios de oportunidad que tímidamente existen actualmente en la legislación nacional. En primer lugar, la ley 3794 RN ha introducido en la ley vigente nada menos que siete criterios de oportunidad diferentes, en el art.180 ter del Código Procesal Penal vigente. Que no están limitados por la poca gravedad. En Río Negro, por vía conciliatoria, se puede extinguir la acción de una tentativa de homicidio. Lo que ya ha ocurrido. Por lo que, la "tibieza" aludida, en nuestra Provincia, al menos, no existe: hay una *sensación térmica diferente*, que tiende al calor ígneo...Amen de que todos los proyectos procesales penales que están en curso de aprobación, incluso el nacional del I.N.E.C.I.P. en trámite en la H.Cámara de Diputados de la Nación, los incluyen con similar amplitud. Pero además y por último, ocurre que a partir de la sentencia "Gigena" de ese mismo Tribunal en setiembre de 2004, cuya doctrina fue reiterada luego en no menos de cuatro oportunidades, el STJRN reconoció la validez constitucional de nuestra ley 3794 con un magnífico voto del Dr.Lutz²³ y por ello - implícitamente - la inconstitucionalidad del art.71 del Código Penal, al haber el Congreso Nacional invadido claras facultades legislativas de las Provincias Argentinas²⁴. Así que no es solamente con el aludido "Instructivo" que se contradice el Dr.Balladini al escribir lo arriba transcripto.

²³ Que hemos elogiado en una nota publicada también en la Revista del Colegio de Abogados de General Roca, titulada "Una de cal y otra de arena" de fecha reciente.

²⁴ Como creemos haber demostrado en el Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Paraná en junio de 2003, respecto de lo cual, casi no hubo discusión en Mendoza en setiembre 2005 y salvo el Dr. Pastor y el Dr. Superti, al menos que se sepa, haya otros procesalistas de primer nivel que se hayan manifestado en contra, mientras que - vgr. - es notorio el apoyo a esas posturas de Binder, Chiara Díaz, Corvalán, entre otros. Y se ha legislado en numerosas provincias argentinas (Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Mendoza, Neuquén, etc.)

IV.4 Ya en las páginas 16 a 23 de la sentencia, se sigue diciendo:

"La segunda cuestión del precedente "MONGIARDINI" es a propósito del fallo de la Corte Suprema in re "QUIROGA" (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 aquella, el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, con autonomía funcional.**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).-

Más allá de la notoria omisión que descalifica el pronunciamiento, en que incurre el vocal pre opinante al no atender la dirimente argumentación que sobre el tema desarrollado a propósito de la cita de Manzini, uno de los ideólogos junto con Ferri del Código fascista de 1930, que entre otros "adelantos" dispuso la supresión del principio "in dubio pro reo", se hiciese en nuestro escrito de "Mejora de fundamentos" donde le dedicamos densos párrafos con un prolijo análisis de la génesis del art.404 - cuyo origen hemos calificado de "turbio" -y de las auto-contradicciones en que incurre el voto, ya parcialmente señaladas anteriormente y que precisaremos en el curso de este tópico, como los "lapsus" ya señalados, que desmienten categóricamente todo su andamiaje y que confirman que toda esta artificiosa construcción tiene la misma consistencia que la de las pompas de jabón (Machado, dixit..) iremos respondiendo por orden:

Nos preguntamos: ¿ Cómo es posible invocar el fallo "Quiroga" de la CSJN que modificando la tradicional postura de la CNCasP contraria, declara la inconstitucionalidad del art.348 del CPPN por la ostensible confusión de los roles de los poderes requirente y jurisdiccional en que incurre, en apoyo de una decisión jurisdiccional que - entendiendo de un recurso interpuesto por el mismo que dictaminó la absolución obligado por una "instrucción particular" de su Superior Jerárquico, pretende que se "anule" su propio dictamen absolutorio ?

¿ En qué se beneficia la tesis del "control jurisdiccional" del **mérito, no ya de la legalidad (porque de eso se trata) que pretende ejercer el STJRN sobre lo que resolvió en su momento el Fiscal que intervenía en el juicio, con la invocación del fallo "Quiroga", que más bien apuntada en la dirección opuesta: cuyo paradigma podría ser "poder jurisdiccional abstenerse ".? El control se hace dentro del Ministerio Público...**

Y se sigue diciendo:

"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.**"²⁵

"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**

²⁵ ¿ Cómo que no se le impone determina actividad? ¿Acaso no se le impone recurrir una sentencia que dispone lo que el Ministerio Público, representado por su titular competente ha petitionado expresamente?

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]...

El extremo "propiciado" por el STJRN es claramente inconstitucional. Y la conclusión que saca en la parte final, que "como está autorizado a desistir de las apelaciones", "está autorizado a apelar frente a las desincriminaciones de su inferior jerárquico", es no solamente una inferencia carente de lógica, **sino que implica una interpretación analógica, en contra del imputado, claramente inaceptable en el marco del proceso penal.** Y desautorizado por las disposiciones de la Constitución Provincial.

El argumento efectuado en lo transcrito supra, es claramente contradictorio con lo argumentado a propósito de la "homologación" y defensa de la constitucionalidad del art.404.

Hemos explicado extensamente en el escrito de Mejora de los Fundamentos, cómo la introducción de esa norma - que ha sido en general eliminada de los códigos inquisitivos reformados últimos - responde a la fuente del art.196 del Código Italiano de 1930. Volvemos ahora sobre la materia.

El análisis de lo que en alguna oportunidad hemos calificado como la "**turbia historia**" de esta norma del art.404, enraizada en el **fascismo italiano**, nos obliga a explayarnos, explicando los orígenes históricos del instituto (arribado a nuestras playas desde una de nuestras "madres" patrias: Italia, y como es fácil de adivinar, de la mano del abanderado de toda una época del Derecho Procesal Penal nacional, el ilustre Maestro Dr. Alfredo Vélez Mariconde).-

En efecto, en el Código de Córdoba de 1940 el nombrado, junto con Sebastián Soler, redactó el viejo art.467, que inspirado en las normas del Código Rocco²⁶ de 1930, preveía - como nuestro art.404 - que "**...el ministerio Fiscal podrá recurrir incluso a favor del imputado; o en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiese emitido antes**".

Los fundamentos del texto - importado como se dijo del Código Italiano de 1930 (art.69) - los da Vélez Mariconde en su presentación del Proyecto, en la página 55²⁷ de sus Fundamentos, derivándolo del principio de la "unidad del Ministerio Fiscal...", **cuyo jefe - claro está - era el Ministro de Gracia y Justicia²⁸..y en última instancia el Rey de Italia...Y ello porque, como es obvio, en esa época, el Ministerio Fiscal formaba parte de la Administración Italiana (léase Poder Ejecutivo)..**

Y a tal punto es así, que después del advenimiento de la República, en la Constitución de 1947 (en cuya convención constituyente Leone actuó como relator), los constituyentes que la dictaron **no juzgaron conveniente apartar al instituto de esa órbita. Primero, porque no les convenía su adscripción al Poder Judicial y segundo, porque en la década del 40, los "órganos extra-poder" tal y como hoy define al Ministerio Público, la Constitución Nacional**

²⁶ Será bueno recordar que Arturo Rocco fue Ministro de Justicia de Mussolini...

²⁷ Véase Núñez, Código Procesal Penal de Córdoba comentado, pg.436, comentario al art.467

²⁸ Véase Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, Ed. E.J.E.A.,BsAs, 1989, t. I, pg.427

en su art. 120, reglamentado por la ley Nacional N° 24.946, todavía no habían sido receptados en la doctrina del Derecho Administrativo y Constitucional. Al menos, en Europa continental.

De lo que se desprende, que toda la justificación de la norma del art.404 - originada en el art.467 del Código de Córdoba de 1939/1940 e importada de Italia, y su desarrollo - que puede apreciarse en las páginas 424 y siguientes de la obra de Leone citada - ²⁹ **nada tiene que ver con nuestro sistema constitucional rionegrino, en el cual el Ministerio Público integra expresamente el Poder Judicial de la Provincia. Las normas de los arts.191 y 206 del Código Italiano de Procedimientos,³⁰ son compatibles con un sistema en el cual el Ministerio Público dependa del Poder Ejecutivo, pero inconciliables con el art.215 de la Constitución de Río Negro que lo ubica en la órbita del Poder Judicial o con el 120 de la Constitución Nacional** (que instituye al Ministerio Público como un órgano independiente, autónomo y autárquico y extra-poder, ya que no se adscribe a ninguno de los tres poderes del Estado).-

Y muy probablemente sea por ello, porque ya era claro cuando se sancionó la reforma procesal penal a nivel nacional, con la ley 23.984, que el Ministerio Público no quedaría por mucho tiempo más en la órbita del Poder Ejecutivo, que en el correlativo art.433, **el legislador nacional prefirió - prudentemente - eliminar la referencia al "recurso por instrucción jerárquica", manteniendo naturalmente la facultad de recurrir a favor del imputado.**

Lo que demuestra que la norma del art.404 del rito rionegrino- anterior a la sanción de la Constitución de 1988 - **es un cuerpo extraño al organismo constitucional vigente. Tanto nacional³¹ como provincial. Y de un origen claramente totalitario.**

Y es por ello, que superado el primer momento de la enorme popularidad inicial del Código Cordobés de 1939, durante el cual varias provincias adoptaron casi "in totum" su articulado, en el proceso legislativo ulterior, a partir de las décadas del 60 y 70, ya las provincias que adoptaron el sistema mixto -"inquisitivo reformado"- **mayoritariamente ya no copiaron la norma del art.404 (RN) proveniente del art.406 del "Proyecto Unico" (aprobado en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1965), sino que previsoramente SUPRIMIERON la cláusula relativa a la "instrucción jerárquica, no obstante el dictamen previo contrario". Conciliable con un sistema en el cual el Ministerio Público forme parte del Poder Ejecutivo o Administración "Central", pero incompatible con otro en el cual el mismo forme parte del Poder Judicial.-**

En ese sentido, ya en 1967 las provincias de Jujuy, Catamarca, La Rioja, Córdoba, por la ley 7826, Santiago del Estero, Salta y Mendoza, entre otras, habían suprimido esa norma, exactamente igual que hizo, varios años después, el Código Procesal Penal Federal³².-

²⁹ No obstante lo cual alguna de las afirmaciones de Leone - vgr. la del punto a) de la pg.426 en la que sostiene que "el comportamiento de la persona que ha ejercitado las funciones de ministerio público, no puede comprometer al oficio..." justificando actitudes auto-contradictorias del mismo, son inconsistentes, por ejemplo, con la teoría del propio acto y con otros principios modernos del Derecho Administrativo, como el de la exigible raigambre ética de los actos del Estado.

³⁰ Fuentes directas de nuestro art.404 a través del 467 de Córdoba de 1939

³¹ sobre la inconstitucionalidad nacional, volvemos más adelante

³² Véase Vázquez Iruzubieta-Castro "Procedimiento Penal Mixto", ed. Plus Ultra, BsAs, 1969, t. III, com.art.406, pg.212/214

Hace ya algún tiempo, el infra-suscripto como co-defensor, publicó en la Revista del Colegio de Abogados de General Roca, Año VIII, N° 26, noviembre 1999, "Comentarios de Jurisprudencia", pgs.9/17 un artículo denominado *¿Cuál es el concepto dogmático-jurídico de las "instrucciones aludidas en el art.215 de la Carta Magna Provincial?*, trabajo éste que dos años después, fuese incluido en el libro de mi autoría, "Recurso de Casación Penal" ed. La Rocca, BsAs-Barcelona, agosto 2001, pgs.531/540, en el comentario al texto del art.404 del CPPRN..

Y arrancaba la discusión del tema, indagando en la mejor ubicación del Ministerio Público, si dentro de la órbita del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial³³.-La Legislación Argentina ofrece ejemplos de las dos soluciones opuestas pero *casi todas las constituciones de provincias siguen un criterio opuesto al originario de la Nación* (que dependía del P.E.) y obviamente entre ellas se encuentran las nuestras.-

En el caso particular de Río Negro, *desde su nacimiento como Provincia, los Constituyentes fueron clarísimos: " ... Forman parte del Poder judicial los Titulares de los Ministerios Público y Pupilar"*.-La Modificación de la Constitución en 1988, ratificó ese criterio y avanza en definir la manera en que debe ejercerse ese Ministerio (Art. 215).-

Dable es recordar entonces, por su importancia en el caso, lo prescripto por el texto de la constitución de Río Negro:

"Artículo 215.- *El ministerio público forma parte del Poder Judicial, con autonomía funcional. Está integrado por un Procurador General y por los demás funcionarios que de él dependen de acuerdo a la ley. Ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica en todo el territorio provincial. El Procurador General fija las Políticas de persecución penal y **expide instrucciones generales** conforme al párrafo anterior. Tiene a su cargo la superintendencia del ministerio público*".-

Ahora bien, "... el Ministerio Publico, tanto el Fiscal (por su vieja acción recaudadora del Monarca) como el Pupilar, "...es una corporación legalmente organizada de funcionarios públicos (judiciales) instituida en general para la defensa de determinados intereses de la colectividad" como enseña Clariá Olmedo³⁴.-

Esta dividido en dos ramas que se refieren al Ministerio Fiscal y al Ministerio Pupilar ... ambas integran una corporación única desde el punto de vista orgánico *pero sus representantes están perfectamente diferenciados en la distribución de las respectivas funciones conforme a nuestras leyes, orientadas por un criterio histórico...*"-

Por su parte, la Ley Provincial N° 2430³⁵, organiza el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro.-

El artículo 2 define como Organos Integrantes del Poder Judicial: a) La Procuración General y; b) Los Ministerios Públicos, Fiscal y Pupilar.-En la Sección Segunda, Título Primero, el artículo 69, define ... "los Ministerios Públicos estarán integrados por el

³³ véase la discusión doctrinaria en Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, ed. Lerner, Córdoba 1981, pg.252, Guarneri, José, Las partes en el proceso penal, trad. J.C. Bernaldo de Quirós, Puebla, México, 1952, Núñez, Código Procesal Penal de Córdoba, comentado, com.al art.261 y Cafferata Nores, La prueba en el Proceso Penal, ed.Depalma, BsAs 1994, pg.63 comentando el texto del art.259 del Código Federal.-

³⁴ Clariá Olmedo, Jorge, "Derecho Procesal Penal", T.II, pgs.17 y sgtes., Lerner, Córdoba 1984

³⁵ ley ésta posterior a la 2107 y por ende, *derogatoria* en lo pertinente de esta última...

Procurador General y los **Titulares** de los Ministerios Fiscal y Pupilar, quiénes representan y defienden al interés público y a los menores, incapaces, pobres y ausentes.- El Capítulo tercero se refiere al Ministerio Fiscal.- El Artículo 75 define los Deberes y Atribuciones del Agente Fiscal.-

Nos encontramos por ello con la existencia concreta de funcionarios designados como *titulares* para ejercer las funciones de los Agentes Fiscales y otros para el Ministerio Pupilar; como también con una *clara distinción funcional para uno y para otros*.-

Es decir, que tal como lo enseñara Claría Olmedo y la tradición jurídica, se distingue con claridad cuales son las funciones del Agente Fiscal y cuales las de los Defensores, Asesores de Menores e Incapaces.-

El artículo 57 del CPPRN por su parte, establece: “El Ministerio Fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la Ley”. ***Nótese que no dice - "conforme las instrucciones que imparta el Procurador General", sino "en la forma establecida por la ley". Y entre los principios mencionados en el art.215 de la Carta Provincial, se menciona al de "legalidad" procesal.***

“... pero, las funciones propias que debe ejercer en el proceso penal son simplemente dos, con todas las que de ellas derivan: promoción y ejercicio de la acción penal... ***El Ministerio Fiscal está integrado por funcionarios que han recibido por imperio de la ley una distribución de facultades que implican, en la diversidad de tarea, el cumplimiento de las reglas de la competencia funcional***”³⁶.

En el ejercicio de aquellas facultades legales no debemos “...dejar de recordar que las facultades del Ministerio Fiscal en relación a sus actividades específicas de participación e intervención en el proceso, ***las cumple y ejercita actuando como parte en sentido formal, y sin ninguna clase de disposición sobre el contenido material de la relación procesal.***³⁷. Ya en el ejercicio pleno de dicha acción (penal) postular todas las diligencias que resulten necesarias dentro del debido proceso penal, *sobre la base amplia de que es un sujeto imparcial de la relación procesal*, movido por un interés objetivo de justicia, que tanto puede buscar pruebas de cargo como de descargo; pedir la absolución, instar el sobreseimiento, o solicitar condena...”

En este contexto la *actuación de los fiscales es organizada por las leyes orgánicas de la justicia y los códigos de procedimiento, las que determinan “...su competencia judicial (no jurisdiccional), para lo cual se tiene en cuenta principalmente el territorio y la función”*. “...Para considerar en una forma genérica esta cuestión..., basta tener en cuenta, como regla, lo siguiente: ***cada miembro o grupo de miembros de la corporación, de igual o de distinta jerarquía, debe desempeñarse ante el Tribunal o grupo de tribunales que se le hayan asignado.*** Como estos se distribuyen en distintas circunscripciones (criterio territorial) y para entender en los distintos momentos del proceso (criterio funcional), lo mismo ha de ocurrir

³⁶ Claría Olmedo, Jorge “Derecho Procesal Penal” op. loc. cit. y Oderigo, Mario “Derecho Procesal Penal” ed. Ideas, BsAs 1952, t.2, pg.203

³⁷ principio éste excepcionado por las modificaciones introducidas por la ley 3794 al art.180 ter del rito, tratándose sin embargo de *facultades regladas, es decir, no discrecionales del Ministerio Público.*

con los componentes del ministerio Fiscal destinados a intervenir en las causas penales. **Se trata, pues, de una competencia consecuente o derivada de la competencia de los jueces...**³⁸

Existe un único Ministerio Público dentro del Poder Judicial, pero integrado por oficios diversos, con designaciones de titularidad en cada caso y con funciones específicas acordadas por la Constitución Provincial.-

Por la circunstancia de estar comprendido dentro del Poder Judicial, como indicáramos supra, **le alcanzan a los funcionarios del Ministerio Público, los alcances de los principios de la asignación de competencia legal - previa al ejercicio de ese ministerio y de respeto al “debido proceso”.-**

Debe entenderse entonces, que la Constitución repudia, **cualquier intento de privar a un funcionario titular con funciones específicamente determinadas en la norma y dentro de su jurisdicción en un caso concreto y determinado, para conferírselas a otro que no la tiene, aunque sea su Superior Jerárquico, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de Agente Fiscal permanente de que se pretende investir a un magistrado de ocasión.-**

“Especialmente en materia criminal, la garantía consagrada por el art. 18 en su primera parte, de la Constitución Nacional, exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y participación de los funcionarios de ley.- Con la segunda parte del art. 18 de la Constitución Nacional, **se ha reforzado el principio de los jueces y funcionarios naturales, eliminando la posibilidad de que se viole en forma indirecta esta prohibición mediante la remisión de un caso particular al conocimiento de funcionarios a quienes la ley no les ha conferido jurisdicción para conocer “en general” de la materia sobre la que el asunto versa.**”³⁹-

A la luz de estos principios, cabe preguntarse: ¿resultan ajustadas a derecho las instrucciones que le impartiese la Procurador General de la Provincia al Señor Fiscal de Cámara Titular, para que procediese a recurrir la sentencia judicial dictada como consecuencia de su propia petición de absolución en el juicio respectivo, conforme la Resolución 1/06 de la Procuración General agregada a la causa? Y la que sigue ¿ Está autorizada la máxima autoridad del Ministerio Fiscal para “instruir” **obligatoriamente, a un integrante del mismo para que, en un asunto determinado, en el que debe intervenir en razón de su competencia funcional, determinada por ley previa al hecho, se expida en un determinado sentido ?.-O peor aún, ¿ para qué la recurra, pese a haberse expedido en sentido contrario? ¿Es “vinculante” tal instrucción? ¿Es conciliable el uso de esta facultad, cuando el texto expreso de la norma constitucional del art.215 claramente limita el carácter de las instrucciones que puede conferir el Jefe del Ministerio Público a sus integrantes, a las genéricas, es decir, para casos futuros e indeterminados?**

³⁸ Claría Olmedo, Jorge “Derecho...” op. cit., parág. 312, cfr. Oderigo op. loc. cit. nota anterior.

³⁹Claría Olmedo, op. loc. cit. nota anterior.

Sostenemos que no⁴⁰.-*Que lo contrario implica un grave error jurídico, de no menos graves consecuencias institucionales y que - además – desnaturaliza la función judicial de los integrantes del Ministerio Público, que – bueno es recordarlo – en nuestra provincia no integran el Poder Ejecutivo, desde su origen institucional.-(Ahora ya tampoco ocurre lo mismo en Nación, después de la Constitución de 1994 y de la Ley Orgánica del Ministerio Público)*⁴¹.-

En primer lugar, porque es una conocida regla en materia de Derecho Público en general y de Derecho Constitucional y Administrativo en particular, **que la interpretación de las normas que confieren facultades o atribuciones, debe ser hecha siempre en forma restringida, es decir, su mención es taxativa. De tal suerte, que habrá que resistir la tentación de acudir al adagio que "lo que no está prohibido, está permitido...". En el ámbito de los poderes públicos, la regla es la inversa...**⁴²

Por otra parte, nótese que la mera lectura del texto constitucional es clara por demás: **si el constituyente no hubiese tenido la deliberada voluntad de limitar las instrucciones que puede emitir el Procurador General de la Provincia a los integrantes del Ministerio Público, a las "genéricas" o "generales", vinculadas con determinadas políticas de persecución criminal (o de defensa pública), es decir, referidas a una serie de asuntos futuros e innominados, no hubiese incluido expresamente el calificativo plural "generales" para el sustantivo "instrucciones"...**Es decir, hubiese bastado omitir la inclusión del adjetivo para que en su significado corriente el vocablo "instrucciones", comprendiese tanto a las generales como a las particulares. **Ello evidencia la clara voluntad limitadora del constituyente.**

Por otra parte, **¿qué significa el "principio de unidad" al que alude el art.215 de la Constitución de Río Negro ?** ¿ Implica ello que los fiscales de instancias inferiores deben "aunar criterios"? La respuesta es: Sí y no.-

Sí, porque **el Procurador General puede expedir instrucciones generales** que procuren esa "unificación de criterios para casos similares o idénticos", ya sea de oficio o a petición de alguno de los integrantes de su ministerio.-Y ello conviene al mejor funcionamiento del órgano, evitando las perplejidades del usuario del servicio de Justicia, para quien resultaría poco comprensible que un Fiscal dictamine en forma diametralmente opuesta a otro colega de idéntica instancia, tratándose de la misma cuestión planteada.-

No, porque en cada caso particular, una vez planteado, cada Fiscal solamente está obligado a dictaminar de acuerdo con la ley, según su mejor interpretación de la norma.-Sin ser tributario de la opinión de sus colegas o de sus superiores jerárquicos, salvo que éstas últimas, hayan sido formalizadas en una Instrucción General Previa....-

⁴⁰ De lege lata.-de lege ferenda, la materia es opinable: es obviamente conveniente en un proceso acusatorio que el Jefe del Ministerio Público, sea de la Defensa o Fiscal, tenga la posibilidad de disponer de sus recursos humanos con la mayor flexibilidad posible, pero por otra parte, siempre la designación "a dedo" – dispuesta ex post – especialmente de un Fiscal determinado para un asunto determinado, provocará las inevitables susceptibilidades...

⁴¹ Motivo por el cual resulta insólita - por ser obviamente inapropiada - la cita que hace el voto que venimos criticando de la Resolución N° 34 del 14/06/88 de la Procuración General de la Nación (D'Alessio) que efectúa el voto del Dr.Balladini, ya que se olvida del dictado del art.120 CN y **que cuando el Dr. D'Alessio expidió esa Resolución, el Ministerio Público dependía del Poder Ejecutivo y por ende no se había dictado su actual ley orgánica que prohíbe las instrucciones particulares, permitiendo solamente las directivas generales.**

⁴² María Angélica Gelli "Constitución Nacional Argentina, comentada y concordada" Ed La Ley, BsAs, feb 2003, comentario a los arts.1 y 19 CN.

Esto es, “...los agentes fiscales procurarán la unidad posible en la acción del ministerio, poniéndose de acuerdo con el fiscal de cámara, **sin perjuicio de la independencia de sus opiniones**”⁴³.-Y ello así, porque se trata de una parte “sui generis” que “debe proceder legalmente, vale decir que su acción debe ceñirse a los imperativos legales, con exclusión de todo oportunismo que tome en consideración razones extra-legales, por bien inspiradas que ellas estuviesen...”.-

La exclusión de un Fiscal titular determinado para propiciar la intervención de otro, u obligar al titular a cambiar el sentido o la postura jurídica legítimamente asumida en el ejercicio de sus funciones, solamente puede ser decidida por el órgano jurisdiccional ante el cual se articula la pretensión concreta. Si se trata de un caso - claro - de arbitrariedad por absoluta falta de fundamentación normativa de su dictamen, o de delito doloso cometido en el ejercicio de sus funciones a través de ese dictamen cuestionado. Pero si no es el caso, si simplemente, el "Tribunal" o el "Superior jerárquico" no está de acuerdo con su actuación por razones de política criminal - no plasmada con anterioridad en una INSTRUCCIÓN GENERAL, entonces ese dictamen es inamovible.

Además, si bien el Ministerio Público es único, las personas que lo integran están determinadas en su “competencia judicial” (ya que no jurisdiccional) por las normas de las Leyes Orgánicas, coincidente con la de los órganos jurisdiccionales ante los cuales se desempeñan.-Y siendo así, sus competencias no pueden ser sustituidas sino por dicho órgano jurisdiccional.-

Entrañando una “sustitución” la situación descripta en el acápite (instrucción particular obligatoria) la misma resulta ilegal e inconstitucional.-Pues vulnera la Constitución Provincial de Río Negro– que sólo consiente las instrucciones “generales” (de ninguna manera las particulares relativas a un caso determinado).-Y la paralela violación, de la ley orgánica N° 2430, produciendo el “desplazamiento” del “Fiscal Natural” para su sustitución por el Procurador General.-Que carece de competencia para dictaminar en la sustanciación de un recurso de apelación o la actividad recursiva contra la sentencia de la Cámara.-

Idénticas soluciones adoptan las normas de la ley Nacional N° 24.946 que reglamenta el Ministerio Público: **el art.33, inc. d) de la misma** faculta al Procurador General de la Nación a “Disponer 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.-** Y por ello, resulta particularmente irritante que el voto que venimos comentando aluda a las disposiciones vigentes en el orden nacional, cuando las mismas son idénticas a las del art.215 de la Carta Provincial, y son interpretadas clarísimamente como que las únicas instrucciones válidas son las genéricas o generales.

⁴³ Oderigo, “Derecho...” , ed.Ideas, 1952, op. cit., pg. 195. Véase también “El Agente Fiscal. Autonomía y Posición frente a las “Instrucciones” por Julio C.Báez.-LL 31/03/04

Todo lo que *reafirma* la interpretación que hacemos de la *colisión*⁴⁴ entre el art.215 de la Constitución Provincial y el art.404 del Código de Procedimientos Penales provincial

Así pues, tanto el Procurador General de la Provincia de Río Negro, conforme a la hermenéutica de las normas de los arts.215 y ccdtes. de su Constitución y 2, 69 y 75 de la L.O. N° 2430 del Poder Judicial, como el Procurador General de la Nación, carecen de facultades para expedir instrucciones particulares, en un caso concreto, que resulten vinculantes para los funcionarios que integran el Ministerio Público.-Porque ello implica inmiscuirse en funciones que son ajenas, por más que tengan su “supervisión” y “superintendencia”.-

*Y la sustitución del Fiscal titular*⁴⁵, *solamente puede ser dispuesta por el órgano jurisdiccional ante el cual su subordinado se está desempeñando.-*

El integrante del Ministerio Público no está obligado a respetar una instrucción PARTICULAR así emitida, por resultar la misma ilegal e inconstitucional.-Sí, en cambio, estará obligado a hacerlo – dejando a salvo su opinión particular, si es el caso – tratándose de instrucciones generales, que definan políticas de persecución penal, por ejemplo, vigentes o vertidas antes del caso concreto que se le plantea.-

Así pues - en todo caso - si se propugna que el art.404 no fue derogado implícitamente por el art.215 de la Carta Provincial y las normas citadas de la ley 2430 - siempre deberá entenderse que si bien la norma del art.404 CPPRN, prevé el recurso por instrucciones del Superior Jerárquico, no obstante el dictamen contrario que se hubiese emitido antes, es decir, conforme con la resolución obtenida, ***tales instrucciones deberán ser necesariamente generales, previas al dictamen y a la resolución que se dicta concordantemente.-***

Y si todavía se duda acerca de la corrección de la interpretación propugnada por nuestra parte, le cederemos la palabra al Dr. Julio César Báez, que en su recordado artículo sobre el tema, publicado en La Ley del 31 de marzo de 2004, dice en el punto VII del mismo, respecto de la misma cuestión en el plano nacional:

"VII. Instrucciones generales o particulares. Entendemos que son incompatibles, lesivas para el estado de derecho y vejatorias de la autonomía de los agentes fiscales, las instrucciones particulares. Además de ser alcanzadas por la anomia son abstractas y su propia práctica resulta abyecta.

"Supongamos que se emite una instrucción particular a un agente fiscal para que lleve en una forma determinada una pesquisa singularizada o adopte determinada postura en la misma. ***Tal ponencia es censurable desde cualquier punto de vista.***

"En primer lugar no cabe "reforzar" la persecución pública en una causa en particular pues ello quiebra el principio de legalidad procesal y de igualdad ante la ley. Nos encontramos con la paradójica situación que un inculpado se encuentra "más perseguido" que otro que se lo investiga por otro delito análogo. Más allá del aciago sabor que pueda despertar determinado tipo de delito, o determinado acusado, no es atinado que -el ya exorbitante poder estatal puesto en manos de la persecución penal- agrave ese contorno objetivo. Las normas de

⁴⁴ Aunque es posible que esta colisión sea sólo aparente, ya que nos parece que un estudio atento de las normas de la ley 2430 que hemos citado, derogan implícitamente la norma anterior del art.404 de la ley 2107.

⁴⁵ Que implica instruirlo para que recurra la resolución que es conforme a lo que peticionó

nuestra disciplina actúan como un dique de contención del estado de policía, nivelando las aguas del estado de derecho y desarrollando la función de reductor del primero.

"Entonces, maguer las circunstancias objetivas ya apuntadas, **no se puede -ni se debe instruir a un agente fiscal para que en determinada causa lleve adelante su función de preterir o de pesquisar en la forma que se le indica.** En segundo término, la propia recepción por parte del agente fiscal de la instrucción particular es *conminatoria* para éste. *Reflexiónese simplemente en que el funcionario que emite la instrucción individual tiene un ascendiente funcional y, a veces, disciplinario sobre aquél.* Desde ese espigón, no estimamos descabellado poner de relieve cierto grado de condicionamiento por parte del receptor de la misma.

"Reivindicando nuestra ponencia es el propio **tercer párrafo del art. 31 de la ley 24.946** el que nos habla de "instrucciones generales".Entendemos que el análisis fino de la redacción de dicho precepto nos lleva a concluir **que no se trata de un mero giro secundario o menor de la redacción de la norma sino que instala sobre la superficie la pulsión del legislador.** Al plasmar ésta ha cincelado normativamente que las instrucciones -legales y necesarias- **sean generales, amplias y el punto fundante de actuaciones futuras, armonizando el marco de actuación y no dirigidas a determinadas causas en trámite que, de por sí, incomodan al agente fiscal en su marco de autonomía funcional.** Entonces fácilmente concluimos que la ley no avizora la existencia de una prolífica familia de interpretaciones en la materia sino que, sin duda, **ha querido consagrar la generalidad en desmedro de la especificidad."**

Estas consideraciones, como las coincidentes desarrolladas por Huarte Petite,⁴⁶ demuestran que las postulaciones contenidas en el artículo de nuestra autoría, publicadas en 1999 no estaban descaminadas.

Como colofón, vale la pena recordar las sabias reflexiones de Oderigo, transcriptas anteriormente, respecto del desempeño del Ministerio Público, que parecen escritas para criticar la actuación de la Procuración General al expedir la Resolución 1/06 y al STJRN por admitirla como válida, en el caso que nos ocupa:

"...su acción debe ceñirse a los imperativos legales, con exclusión de todo oportunismo que tome en consideración razones extra-legales, por bien inspiradas que ellas estuviesen.-"

No dudamos de la sana intención y levantados propósitos que puedan haber inspirado en la emergencia a la señora Procuradora General en su momento, pero no tenemos duda tampoco, de que su decisión - jamás aceptada y siempre protestadas en todas las instancias y oportunidades por la defensa - han carecido del sustento legal que les dé encuadre jurídico suficiente a su instrumentación. Y por ello, el recurso por ella inspirado, debió haber sido declarado formalmente inadmisibile y consecuentemente, resulta arbitraria su declaración de admisibilidad formal y sustancial por el STJRN en la sentencia recurrida.

⁴⁶ Huarte Petite, Alberto José "Las instrucciones en el ámbito del Ministerio Público Fiscal. Su validez constitucional en el marco de autonomía e independencia de sus integrantes", Revista del Ministerio Público Fiscal, N° 11, pg.38 y ss

Naturalmente que la cita que sigue de la Resolución de la Procuración General de la Nación N° 32/2002, para nada altera nuestro razonamiento, ya que se trata de una **"Recomendación o Instrucción de carácter General"**, perfectamente alojada dentro de las normas legales que regulan el funcionamiento del Ministerio Público a nivel nacional. Así que la cita de la sentencia "in re "Cucho Muñoz", era perfectamente prescindible.

Y a continuación la conclusión - absolutamente huérfana de todo fundamento lógico por lo visto y analizado - a la que arriba el señor vocal pre opinante:

"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 Constitución de la provincia de Río Negro...**"

Resulta francamente **desconcertante** leer este párrafo en una sentencia judicial. Si lo hubiésemos leído en un alegato, vaya y pase...Al fin y al cabo, la dialéctica abogadil puede justificar cualquier extremo, dentro de la ética, en cuanto al uso caprichoso de la lógica... Pero encontrar en una sentencia judicial una afirmación que pretende tener por demostrado, que cuando el art.215 de la Constitución de Río Negro, dice **"instrucciones generales" debe leerse "instrucciones generales y particulares para un caso determinado"**, provoca la incómoda sensación de que o se duda de la capacidad intelectual de los lectores, o se piensa que dentro del mar de palabras, utilizadas para encubrir esta nítida arbitrariedad que hemos documentado, estas "habilidades dialécticas" van a pasar desapercibidas..

IV. 5. Y sigue diciendo el voto:

"... 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"**

Por nuestra parte ya habíamos destacado en nuestro escrito "Mejora Fundamentos" que constituía un verdadero atropello a la investidura judicial del señor Fiscal de Cámara, que se le obligase a interponer su disparatado recurso, el que - sin embargo - ha prosperado...contra su postulación originaria...

En Mayo de este año 2006, el suscripto como defensor va a cumplir 50 años de ejercicio de esta profesión. Y debe confesar que en ese dilatado derrotero, ha visto sentencias de toda laya. Previsibles, la mayoría y sorprendentes otras. Y que ya es poco a esta altura de la vida, lo que sorprende. Pero entre ese "poco", que la sentencia que venimos comentando constituye uno de las **sorpresas** más disonantes con el derecho y aun con el sentido común, de que tenga memoria, no se puede abrigar la menor duda.

IV. 6 Lo que sigue, desnuda, que en realidad, el señor vocal pre-opinante ha **efectuado una regresión a su opinión anterior al dictado, el 11 de marzo de 1998 de la sentencia del caso "Ortiz, Celestino" en la cual el STJRN decidió - finalmente - acatar la línea jurisprudencial iniciada en 1987 con el caso "Tarifeño"**. Dice el voto en cuestión:

"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".-

Se trata del voto del Dr. Fayt, en el recordado caso "Marcilese"...Revestido de insólitas características que explicaban el zig-zag que la CSJN hizo allí respecto de su línea jurisprudencial, **ulteriormente retomada en Mostaccio**...De tal modo que invocar ese voto de Fayt, parece más bien una travesura, que no un argumento serio...

IV. 7 Y se continúa diciendo:

"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** ⁴⁷**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 cierto que el STJRN ya se expidió - negativamente - respecto de la inconstitucionalidad del art.404 del CPCr. de Río Negro. Lo hizo en la causa "Massaccesi" aludida en el voto y ahora más recientemente, en su sentencia *en la misma causa* caratulada "**DENUNCIA S/PRESUNTAS IRREGULARIDADES EN EL BANCO PROVINCIA DE RIO NEGRO**", expte. N° 19809/04 STJRN, de origen expte. N° 144/97/97 de la Cámara Penal IIª de Viedma, vinculada con la anterior. ***Pero esta sentencia fue recurrida por Recurso Extraordinario Federal, interpuesto en setiembre de 2005, sin que hasta la fecha haya sido resuelta su admisibilidad por El STJRN. De tal suerte que veremos que dirá la CSJN sobre este artículo 404.***-

En cuanto a la "**autoridad**" y "**contundencia**" de **Manzini como "indiscutido maestro del Derecho Penal y Procesal Penal"**, sería bueno que su *admirador*, tuviese presente alguno de sus antecedentes que he recordado más arriba y verificase las citas que

⁴⁷ tan "modernos" que están inspirados por el Código Napoleón de 1808...

18 Traducción de Perfecto Ibáñez, ed. Trotta, Madrid, 4ª.edición en castellano, año 2000, esp.pg.245/246, nota 40, y pg.308, nota 140, o la cita de la pg. 439, nota N° 103, en la cual el maestro Ferrajoli - este sí maestro en serio - muestra objetivamente la repugnante **involución** de Manzini de sus posturas liberales iniciales, consonantes con Carrara, para terminar entregado al crudo positivismo de inspiración fascista plasmado en el Código Rocco, reivindicando la pena de muerte, incluso su posible aplicación retroactiva con motivo del atentado sufrido por Mussolini en 1926 y su inspiración para la supresión del "in dubio pro reo" en el Código de 1930. Es decir, que decididamente no compartimos la admiración que expresa el voto del Dr.Balladini por Vincenzo Manzini

Ferrajoli, en su monumental obra "Derecho y Razón" ⁴⁸le dedica (véase pg.969 y las citas aludidas en la nota).

Y allí apreciará por qué fundados motivos no compartimos su admiración por Manzini, ni mucho menos, le reconocemos autoridad - comentando como comenta un Ministerio Público sujeto a la autoridad del Ministro de Justicia, representante del Rey de Italia - para defender la constitucionalidad de una norma semejante, en un estado constitucional de derecho, en el cual el Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, como el nuestro.

Por último, la cita de la norma del art.413 del Código de Procedimientos de Río Negro, aparece absolutamente desconectada de la ya derruida construcción que se intenta. La norma en cuestión, dice: "Las partes podrán desistir de los recursos...El ministerio fiscal podrá desistir, fundadamente de sus recursos, incluso si los hubiera interpuesto un representante de grado inferior"

Al comentar la norma, decía el suscripto en obra sobre la materia⁴⁹

" A diferencia de las partes privadas, los integrantes del Ministerio Público Fiscal deben fundar su desistimiento.-Ello es una consecuencia de tres principios que gobiernan la actuación del Ministerio Público: a) el de *imparcialidad*; b) el de *jerarquía*; c) el de *unidad* (cfr.art.215 C.Prov.RN).-Producido el desistimiento del Fiscal de la Casación respecto del recurso interpuesto por el Fiscal de Cámara contra la sentencia absolutoria del Tribunal Oral, aquella queda firme (CSJN 1956-II-219).-Ello por aplicación de *idénticos principios* que luego el máximo Tribunal tuvo en cuenta en "Tarifeño" "Cattonar" "García" (véase Capítulo VI, punto 6) y los precedentes que siguieron y que fueron allí analizados, para considerar que sin acusación - entendiendo por tal no la requisitoria de elevación a juicio, sino la vertida por el Ministerio Público, pidiendo declaración de responsabilidad del imputado y aplicación de pena, en oportunidad de la discusión final - el Tribunal carece de aptitud jurisdiccional para condenar".-

Como se apreciará rápidamente, es imposible de este texto encontrar algún argumento que permita justificar que el Superior Jerárquico, le pueda imponer al titular de la instancia inferior, adoptar un determinado criterio en un caso particular. Y ello, por la sencilla razón, de que eso está expresamente vedado por la Constitución, por lo que la norma del art.404 que sí lo permite, es un cuerpo extraño al plexo constitucional de nuestra Provincia.-Y el art.413 autoriza al Fiscal superior a *desistir*, *no le permite obligar a su inferior a recurrir una resolución dictada conforme su previo dictamen*.

Y lo que es más grave aún -y que suscita cuestión federal en este aspecto- es que esta instrucción particular al fiscal de juicio para que recurra la sentencia en la que, previamente, había requerido la absolución, importa dos claras transgresiones a la garantía de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 CN), toda vez que, por una parte, implica un alzamiento -o más bien una artera elusión- a la doctrina fijada en "Mostaccio" por el Alto Tribunal, en cuanto impide al tribunal de juicio condenar si medió pedido de absolución por parte del Ministerio Público Fiscal. Y por la otra, como ya se dije más adelante, un violentamiento de la regla "ne bis in eadem" que como se sabe integra la regla del debido proceso determinada en la norma constitucional precitada. Tal y como lo dijo la CJSN en el párrafo 9º de la

⁴⁸

⁴⁹ Pandolfi, Oscar Raúl "Recurso de Casación Penal", ed. La Roca, ago 2001, Barcelona, pg.563

sentencia "Polar" ut-supra transcripto. Permitir la celebración de un nuevo juicio en estas condiciones llevaría a una abierta violación de la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia.

IV 8 Ingresando a otros temas, dice en el punto 8 el voto del señor vocal pre-opinante (pgs.23 y ss.):

"8.- Dicho lo anterior, admitida de tal modo la jurisdicción del Superior Tribunal, con **plurales argumentos**,⁵⁰ 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 razonabilidad⁵¹ 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 acusatoria 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

⁵⁰ Plurales serán, pero no hay uno solo que se mantenga en pie una vez que se lo analiza a la luz de dogmática jurídica

⁵¹ **No hay tal control de "razonabilidad".** Hay solo "control de juridicidad. Hay que apreciarla como a los déficits necesarios para poder calificar una sentencia como "arbitraria". Como lo explican las "Instrucciones a los Fiscales." de la co-autoría del Dr.Balladini y del suscripto, aludidas por el Dr.Ramos Mejía que han sido parcialmente transcritas en su voto, las mismas solamente le permiten al órgano jurisdiccional constatar si hay o no fundamentación (no fundamentación "suficiente" o "acertada" o "satisfactoria"). Solamente que se trate de una resolución **arbitraria o dolosa, que carezca de fundamentación, no que la misma sea errónea o desacertada, justificaría su descalificación jurisdiccional (como ocurrió en el caso "Marcilese" pero no por el Tribunal de Casación, SINO POR EL PROPIO TRIBUNAL DE JUICIO...**

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..."-

Y sigue: "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 meritado -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".

Iremos respondiendo por orden: Es absolutamente falso que la meditada sentencia absolutoria, que se extiende en los dos primeros votos concordantes, ***y cuyo casi exclusivo objeto de atención fue el análisis de la validez (juridicidad) del dictamen fiscal, al que - además, a mayor abundamiento, consideran acertado⁵², no haya fundamento debidamente su decisión de validar el sentido desincriminatorio del dictamen. No solamente lo consideran suficientemente fundado, sino que además, comparten su decisión absolutoria y la justifican sobre el fondo del asunto. De tal suerte que absuelven, acatando por una parte la doctrina "Tarifeño" de la CSJN y "Ortiz" del STJRN, pero expresando que COMPARTEN el sentido de la decisión. Y explican ampliamente por qué deciden de esa manera. La nulidad decretada por la sentencia del STJRN es una nulidad absolutamente desprovista de contenido. Se desentiende de la realidad de la causa, del fondo del asunto y pretende revisar, con una meticulosidad enfermiza, si "las formas" (por inútiles que puedan ser en este caso, para cumplir el Preámbulo de la Constitución, de "afianzar la justicia") fueron respetadas, a rajatablas...Lo que tampoco cultiva la misma sentencia que criticamos, la cual - como ya lo hemos adelantado - carece de mayoría en el tema de la validez o invalidez de la renuncia de la Procuradora General al recurso de la Asesora de Menores, pues hay dos votos contradictorios entre sí y un tercero que se abstiene - y tampoco ha resuelto sobre las costas del recurso. Lo que según la propia jurisprudencia del STJRN acarrearía la nulidad del resolutorio.***

IV. 9. Y sigue diciendo el voto del señor vocal preopinante:

"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

⁵² véase la "primera Cuestión" en el voto de los Dres. Leguizamón Pondal y Calcagno. En el primero se incluye la cita del Profesor Alberto Binder, que a diferencia de Manzini vive entre nosotros, a la cual quizás obnubilado por su admiración a aquél, el vocal preopinante no le dedica ni un renglón para tratar de refutar la argumentación fundada en sus enseñanzas sobre las nulidades en el proceso penal, en su clásica obra sobre la materia, que pese a tener apenas seis años desde su publicación ha tenido una difundida aceptación académica y jurisprudencial. Conforme su razonamiento, se advierte que el art.60 del rito, no puede ser interpretado en la forma rebuscada, formalista y sobre todo estéril, en que lo hace el voto preopinante en la sentencia que venimos criticando.

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”.

A lo que refutamos, con un par de preguntas, para reflexionar:

¿ Cómo que la adopción como "regla" del sistema acusatorio, tiene "*carácter meramente formal*"?...¿ No será que el señor Vocal para así afirmarlo, se olvida de las reiteradas sentencias de los Tribunales Internacionales y aun de la propia CSJN, por citar solamente dos, que son de nuestra región, los casos "Massaccesi" (22/12/98- LL-1999-C-105) donde se anuló una sentencia del STJRN y "Venezia" (donde la sentencia anulada es del TSJNQN) y en ambas se afirma que - *como inevitable consecuencia de las cláusulas constitucionales, deben estar separados los poderes requirentes y jurisdiccional* ? Y siendo así, ¿ cómo que se trata de una cuestión "meramente formal", la aceptación del principio acusatorio ?

Y otra, a esta altura del siglo XXI, después de lo que vienen escribiendo Ferrajoli, Jürgen Habermas, Maier, Binder y tantos otros sobre el tema de la "verdad" en el derecho procesal, nos permitiremos responderle a su invocación con la recomendación de la lectura de un texto de Guillermo Orce, docente de la Universidad Nacional de Buenos Aires, publicado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año IV, N° 8, pgs.261 y ss., ed. C.A.B.A. oct 1998, cuyo título es "¿ Otra vez acerca de la verdad en el proceso penal ? Análisis de un dudoso traslado epistemológico" y del cual transcribiremos solamente la primera conclusión⁵³: "1) La concepción semántica de la verdad como correspondencia, más allá de la discusión filosófica sobre su corrección, y aun sosteniéndola, *es de escasa utilidad para el Derecho Procesal Penal*"...Aquellas románticas conclusiones de que la "búsqueda de la verdad real" es el objeto que ilumina el camino de la investigación o del proceso penal, etc. tan comunes en las citas de nuestra mejor literatura procesal de las décadas de los años 50, 60 y 70, han quedado a la vera del camino...Cada vez que quien suscribe, como cualquier otro abogado con cierta experiencia, lee en una sentencia, una invocación a la "verdad real", se asusta por lo que sigue...

IV. 10 "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.

⁵³ Véase su texto completo op. cit., pg.274

La cita del artículo de Lino Enrique Palacio, nos hemos permitido extraerla para comentarla, pues muestra bien como ha sido el mecanismo "aluvional" de este voto que criticamos: nos inunda de palabras y citas, ***muchísimas de las cuales, no solamente nada tienen que ver con lo que aquí se discute, sino que incluso son contradictorias, o se refieren a situaciones diversas, o directamente postulan todo lo contrario de aquello para lo cual son invocadas...***

En efecto, después de haber invocado el fallo "Quiroga" del mes de febrero de 2005, en el cual la CSJN resolvió - definitivamente - la cuestión planteada entre la mayoría de los Tribunales Orales Federales de la C.A.B.A., que declaraban la inconstitucionalidad del art.348 del CPPN, aduciendo su ***desacople*** con la proclamada adhesión a los principios acusatorios ⁻⁵⁴, y la postura de la Cnac.Cas.Pen. que resolvió lo contrario, ahora el señor vocal pre-opinante que inicia su voto aludiendo a aquel fallo "Quiroga", invoca el artículo de Palacio, publicado en 1997 donde el articulista defiende la postura de la Casación Nacional...Y ello ¿ por qué ? podría uno preguntarse...La respuesta es que - en el apuro por encontrar alguna cita - que diga algo que se parezca a un argumento para defender lo indefendible, tarea que bizarramente ha emprendido esta sentencia, no repararon en que el párrafo final de Palacio, que se puede leer en el T.1997-E. pg.913 de la Revista Jurídica La Ley, ***contradice agonalmente lo resuelto por la Corte, en "Quiroga"De tal suerte, que habría que responderle aquí al señor vocal, que o bien la opinión de Palacio citada, o bien lo decidido por la Corte en "Quiroga"...pero invocar ambos textos para tratar de fundamentar la tesis que defiende esta sentencia, resulta lógicamente inconciliable...***

IV. 11. Y entrando al tema central de este recurso, dice el señor Vocal:

"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. "

Iremos refutando por orden las varias afirmaciones *homogéneas* (son todas erróneas), que pasamos a responder.

⁵⁴ que se hacía obligatoria por la inteligencia que los tribunales internacionales le dieron desde hace ya bastante tiempo a las normas convencionales que establecen la garantía de la "imparcialidad" del tribunal

En primer lugar, se dice que la "**resolución nulificante no es definitiva**"...Y eso lo escribe el mismo vocal que encabezó el Acuerdo que en el Caso "Zerdán," Expte.Nº 19.654/04 decidió el 9 de diciembre de 2004, por la sentencia Nº 248, registrada en el Tomo 9, fos. 1591/1606 del Registro del STJRN, que resulta fundada - para usar sus propios términos - en que "...el auto interlocutorio reseñado que, luego de revocar el auto de procesamiento y prisión preventiva de los imputados, dispone su falta de mérito y remite las actuaciones al Juez de Instrucción es absolutamente insuficiente en su motivación en lo relativo a **la garantía del juicio rápido, prevista por el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los Pactos de San José de Costa Rica e Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, que aseguraron ese derecho en sus artículos 7.5. y 14.3. c, respectivamente. **En el caso, luego de cinco años de iniciadas estas actuaciones, es la segunda oportunidad en que la Cámara** - en grado de apelación - discrepa con el mérito probatorio y el razonamiento del juez de instrucción, **revoca** su decisión procesal y dispone la falta de mérito, con reenvío de las actuaciones. De tal modo, se consagra una suerte de **regreso al infinito propio del sobreseimiento provisional**...en evidente contradicción con el principio constitucional mencionado, toda vez que así, la cuestión se puede renovar "sine die". **Todo proceso penal debe tener un término que impida su continuidad indefinida**, temática ésta que ha sido motivo de preocupación particular para el Superior Tribunal de Justicia en los precedentes "BALBOA ULLOA" (Se. 127/04) y "PEREZ" (Se. 144/04) a cuyos términos me remito...". *Esto se dijo en "Zerdán" hace menos de diez y seis meses..*

Ahora bien, en esta causa del rubro, pasaron no CINCO AÑOS, sino SEIS desde que sucedieron los hechos, es también la SEGUNDA VEZ que la sentencia definitiva dictada en esta causa - previo juicio oral celebrado ante dos Tribunales distintos concluye siendo anulada por ese Superior Tribunal...Que se sepa los precedentes "Balboa Ulloa" y "Pérez" siguen vigentes y tienen fuerza obligatoria para los Tribunales inferiores (arg.art.43 ley 2430)...¿ *Qué ha ocurrido para este drástico cambio de criterio ?*

Porque - como ahora pasaremos a ver - la CSJN, en los últimos tiempos, no solamente no ha perseverado en el sentido en que se expidió la circunstancial mayoría de 1986 en el caso "Weissbrod", sino que por el contrario, avanzó con las velas desplegadas en la dirección opuesta, que es la originaria de "Mattei" y los que le siguieron.

Y lo más grave, es que esta omisión por parte del señor vocal pre-opinante, de meritar la doctrina de los fallos de la CSJN que pasaremos a enunciar, se hace extensiva también a un caso en el cual la CSJN anuló - precisamente - un fallo de ese STJRN, en el cual también el voto del señor vocal que en esta causa comandó el acuerdo, **fue también por la anulación de la absolución dispuesta por el Tribunal de Juicio. Nos referimos al caso "Polak"**. Y la sentencia dictada por el STJRN con una integración en la cual solamente participaba, de los miembros actuales del más Alto tribunal de Río Negro, el Dr.Balladini, que lleva el Nº 33/97 fue dictada en la causa caratulada "POLAK FEDERICO G. s/ VIOLACION DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIO PUBLICO s/ CASACION", el día 19/03/97, con el voto de los Dres. Echarren, Leiva y Balladini

Ahora bien, veamos la evolución de la doctrina jurisprudencial de la CSJN sobre este tema. Hay acuerdo en los comentaristas, que el "leading case" fue Mattei. Fallo éste que introduce varios conceptos que han tenido un enorme desarrollo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y no solo nacional, sino también internacional o al menos interamericana.

Para su reseña, seguiremos principalmente a Alejandro Carrió⁵⁵ y también en alguna medida a Daniel R. Pastor⁵⁶. El primero de los autores citados comienza aludiendo al *rango constitucional* de la garantía del "ne bis in eadem", considerándola como una derivación necesaria del principio de la *inviolabilidad de la defensa en juicio* (art.18 CN) sosteniendo que un hito paradigmático lo constituye el caso "Ganra de Naumow" (Fallos 299: 221)⁵⁷, ya que aquí sin que intervenga el tema del plazo de duración (que a menudo acompaña en la práctica jurisprudencial a la consideración de la gravedad de las nulidades como criterio decisor) haciendo suyo el dictamen del Procurador General, fijó dos "stándares" que perdurarían: el primero que la frustración del derecho federal invocado, como garantía contra el doble proceso⁵⁸, convierte a la decisión jurisdiccional en *definitiva (lo que contraría taxativamente la afirmación que encabeza el último párrafo transcripto inmediatamente más arriba del voto)* y segundo, que la garantía invocada, prohíbe la doble persecución penal, no solamente la aplicación de una nueva pena por un hecho ya sancionado, sino también **"la exposición al riesgo de que ello así ocurra" (Considerando 3º)**. Destacable es, que en esa decisión, la Corte citó como precedentes los casos "Pereyra" Fallos 248: 232 y "Belozercovsky" 292: 202.

Ahora bien ¿cuáles son los criterios que deben aplicarse cuando - como en este caso - el Tribunal de Casación, anula una sentencia absolutoria, aduciendo que se han producido nulidades - supuestamente violatorias de las reglas del debido proceso ?

A la dilucidación del tema Carrió le dedica el Parágrafo 53 de su obra mencionada, a partir de la página 456 en adelante. Comienza recordando que el criterio tradicional de la Corte - **anterior a Mattei** - era que la resolución del Tribunal que anulaba un pronunciamiento y disponía que la causa fuera nuevamente juzgada, no importaba una violación a la garantía contra el doble juzgamiento. Luego de referir los principios americanos, sobre la interpretación del "double jeopardy" que vedan incluso la posibilidad de que los acusadores recurran una sentencia absolutoria, alude al único fallo citado en el voto que venimos comentando, que es el caso "Weissbrod" (Fallos, 312: 597), al que más adelante critica severamente en los términos que reproduciremos. Conviene aquí recordar dos detalles de este caso, del cual la sentencia que criticamos ha hecho su *estandarte*, que colocan a la cuestión en sus justos límites: a) fue dictado con una mayoría circunstancial de tres votos a dos y las disidencias estuvieron a cargo del Dr. Petracchi y del Dr. Bacqué; b) la sentencia condenatoria del tribunal de grado **fue igualmente anulada porque incluía una condena por un hecho no contenido en la acusación.**

⁵⁵ Alejandro D. Carrió "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", ed. Hammurabí, José Luis Depalma Editor, 4ª. Edición, BsAs, 2000, pgs.441 y ss y especialmente el capítulo "Nulidades y doble juzgamiento" pgs.456 y ss

⁵⁶ Daniel R. Pastor "El Plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho", patr.Konrad Adenauer Stiftung, ed. Ad-Hoc, BsAs, oct 2002, pgs.242 y ss. especialmente 296

⁵⁷ también citado en "Plaza" CSJN "Fallos" 308:84 y en "Peluffo" 319: 43, 1996

⁵⁸ recogido además en los textos procesales (vgr. art.1º CPPN y 1º CPPRN)

La opinión que le merece al Dr. Carrió lo decidido en esta sentencia, puede leerse en la pág.458, punto b). Dice así:

"En mi opinión, "Weissbrod" contiene afirmaciones preocupantes y no demasiado en líneas con los criterios (sentados por la Corte) vistos en la primera parte de este capítulo". El fundamento de que "...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 (considerando 3º in fine)..parece sugerir que la garantía del non bis in idem **respondería tan sólo a la necesidad de evitar ser condenado dos veces por el mismo hecho, lo cual no habrá de ocurrir si una primera sentencia es anulada y hay sólo una segunda válida**"...

Pero lo que ocurre, es que en los casos anteriores, la Corte había dicho algo mucho más amplio en cuanto al alcance de la garantía, **explicando que ella veda no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho, SINO TAMBIEN LA EXPOSICION AL RIESGO DE QUE ELLO OCURRA A TRAVES DE UN NUEVO SOMETIMIENTO A JUICIO.. "**

Que es - precisamente - lo que decía el dictamen del Procurador General - hecho suyo por la Corte en "Ganra de Naumow" y lo que se dijo en los fallos ulteriores que invocaron ese precedente. Y concluye Carrió sosteniendo:

"En suma, el criterio que parece desprenderse del caso "Weissbrod" en el sentido de que es necesario un segundo fallo condenatorio para que la garantía que protege contra el doble juzgamiento cobre aplicación, constituye a mi juicio un decidido paso hacia atrás en el funcionamiento de las garantías constitucionales". Estas conclusiones de Carrió son compartidas no solamente por la mejor doctrina nacional ⁵⁹ sino por otros autores también importantes. Como es el caso de Borinsky (véase su artículo en LL t.1990-C-300) coincidente con las conclusiones de Carrió **critica a que las anulaciones de sentencias absolutorias, puedan extenderse a casos - como el presente - en los cuales LA NULIDAD QUE SE DECRETA ES ABSOLUTAMENTE AJENA A LA RESPONSABILIDAD O INTERVENCION DEL IMPUTADO.**

Y al analizar el "Límite a las potestades anulatorias" capítulo en el cual reproduce su artículo publicado en LL 1990-D-479 titulada "Nulidad Procesal y doble juzgamiento (Repensando el caso Mattei) a la crítica que hace en su libro - ya transcripta - añade (véase pg.485) que "**Considero también preocupante el criterio por el cual la nulidad, como instituto procesal, se privilegia sobre un derecho constitucional.** " -

Y en relación al argumento de "Weissbrod" transcripto en el párrafo reproducido más arriba: "**No es cierto que hacer lugar a una nulidad vaya siempre a significar transgredir la garantía contra el doble juzgamiento. En la interpretación de la Corte de "Mattei",**

⁵⁹ Maier, Julio J.B. "Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, BsAs 2004, 2da. edición, t.1 "Fundamentos" pg.595 y ss esp. 632 y ss y Binder, Alberto M. "Introducción al derecho procesal penal", ed.Ad-Hoc, 2da. edición, Bs.As., jul 2000, pg.168 y de este mismo autor "El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal", ed.Ad-Hoc, 1ª.edición, nov. 2000, pgs.128/129 donde demuestra la **diferente intensidad del sistema de garantías para el ejercicio del derecho de defensa en juicio del imputado, respecto de la víctima. Es decir, NO HAY IGUALDAD DE DERECHOS "PROCESALES" ENTRE EL IMPUTADO Y LOS DEMAS SUJETOS PROCESALES..La igualdad de las partes es característica del juicio civil, no del juicio penal.**

recuérdese, dos recaudos fundamentales debían estar presentes para que aquélla garantía empezara a jugar: a) que el vicio de procedimiento no le fuera atribuible al imputado; y 2) que hubiera recaído, ya acusación..." Y concluye Carrió:

"..lo que no está bien es que, si por falta de atención o por desidia de quien ejerce la pretensión punitiva, vicios de aquella entidad no son detectados al momento de acusar sea el imputado, quien con la causa ya concluida y en condiciones de ser sentenciada vea como se decreta una nulidad de todo lo actuado, sin culpa de él. Y SI POR MEDIO DE ESA NULIDAD SE PRETENDE QUE QUIEN PADECIÓ LOS AVATARES DE UN JUZGAMIENTO PENAL SEA LLEVADO NUEVAMENTE A JUICIO A TRAVES DE UNA NUEVA ACUSACION Y NUEVO PLENARIO, LA GARANTIA CONTRA EL DOBLE JUZGAMIENTO DEBERIA PODER SER INVOCADA POR EL IMPUTADO, COMO UNICO REMEDIO PARA ESTA ANOMALA SITUACION".-

Estas consideraciones de Alejandro Carrió, seguramente fueron muy tenidas en cuenta por la Corte al decidir el caso "Polak" (Fallos: 321-2826). Sentencia ésta dictada el día 15 de octubre de 1998.

Dijo allí la Corte:

"11) Que el problema que se plantea en la presente causa es *saber si, al haberse sustanciado un juicio en la forma que indica la ley, el tribunal de la instancia anterior ha podido invalidar todo lo actuado, pese a haberse cumplido las formas esenciales del juicio, esto es acusación, defensa, prueba y sentencia -adecuadas a las características propias del juicio oral del que trata el sub lite- , o bien corresponde aplicar al caso la regla general establecida por esta Corte a partir del caso "Mattei"* (Fallos: 272: 188) y reiterada en numerosos precedentes (Fallos: 297:486; 305: 913; 306:1705; entre muchos otros), según la cual no cabe retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando dichas formas han sido cumplidas".

"12) Que el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica *y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitándose de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente*; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, *cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación ante la ley penal* (Fallos: 272:188; 305:913)".

"13) Que tales principios, que, como ya se señaló, obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso, son aplicables en la medida en que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, *la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado*, por lo que corresponde valorar si en el sub lite, la decisión adoptada por el a quo ha ocurrido sin falta de aquél".

"14) Que, con arreglo a la narración de los hechos que dieron origen a la nulidad decretada, contenida en los considerandos 1° al 6° de la presente, cabe concluir en que tal sanción no ha tenido por causa un obrar del procesado, *sino que ella se debe a la contradictoria conducta asumida por el agente fiscal durante el pleito y a la concepción restrictiva de las garantías constitucionales expuesta por el a quo para anular todo lo actuado*. En efecto, como ya se dijo, el representante del Ministerio Público consintió el procesamiento de Polak por incumplimiento de los deberes de funcionario público; con posterioridad requirió la elevación a juicio por ese delito, al descartar la existencia de uno más grave por ausencia de perjuicio real o potencial; ofreció pruebas para fundar su acusación y participó del debate durante el primer día, sin cuestionar en momento alguno la competencia de la juez correccional. Sin embargo, al reabrirse la audiencia, el segundo día, planteó la incompetencia material de esa

magistrado, por entender que se había comprobado la existencia del perjuicio que hasta ese momento había juzgado inexistente, sin que se advierta en qué elementos nuevos incorporados al juicio pudo apoyar esa conclusión, máxime si se atiende que hasta ese momento, el debate consistió en tomar testimonios a los funcionarios del banco sobre cuyos dichos tanto el juez de instrucción como el fiscal sustentaron la inexistencia de perjuicio. En otras palabras, sin siquiera esgrimir alguna retractación de los mencionados testimonios que implicara una circunstancia agravante o algún hecho nuevo para sustentar el cambio de calificación, encuadró la conducta del procesado en un hecho más grave, y de este modo intentó que el imputado sea juzgado nuevamente ante la justicia criminal. La juez rechazó el planteo de incompetencia y dictó sentencia".

Esta doctrina ya había sido sentada por los ministros Petracchi y Bossert en su voto en disidencia emitido en el fallo "Alvarado" (Fallos 321:1173) en cuanto señalaron que ***"una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria"***

En el caso que nos ocupa, la situación es casi idéntica a la de "Polak": aquí también, después de una sentencia absolutoria, el Ministerio Fiscal adopta una postura contradictoria: el Fiscal de Cámara pide la absolución, el Tribunal de Juicio - por una fundada mayoría - la dispone mediante el correspondiente acto jurisdiccional. El mismo Fiscal de Cámara que había pedido la absolución, es compelido por la Procuradora General, que carece - ostensiblemente - de facultades para ello, visto la limitación que le impone el art.215 de la Constitución de Río Negro, que solamente la autoriza a emitir "instrucciones generales", vedando las particulares, lo constriñe a que presente un Recurso de Casación. Y para colmar el vaso, el STJRN hace lugar primero a las quejas (del propio Fiscal de Cámara, de la Asesora de Menores, que se acordó un poco tarde que quería intervenir en el juicio y hasta de los "Amigos de la Curia" que irresponsablemente se atreven a recurrir una sentencia dictada en una causa cuyas constancias desconocen, alegremente, por lo que, con toda lógica la Cámara de Juicio interviniente había rechazado los recursos) y ulteriormente hace lugar al Recurso de Casación del Fiscal, mandando que se celebre un tercer juicio, Seis años después que - supuestamente - ocurrieron los sucesos que originan la causa...

¿ Que podríamos agregarle por nuestra parte, a estas claras palabras de Carrió ?

Quizás solamente recordar que todos los argumentos aducidos con contundencia ⁶⁰ por Carrió, funcionan en este caso "a fortiori"...En efecto, aquí no se trata del procedimiento escrito, sino del oral. La nulidad se decreta en un recurso, manifiestamente inadmisibile, interpuesto por el mismo Fiscal que petitionó - con toda razón - la absolución, por una orden (instrucción particular, vedada por el art.215 de la Constitución de Río Negro) que determina la anulación de una sentencia absolutoria que beneficia a un hombre de 80 años de edad, que ya ha sido juzgado dos veces por este mismo hecho y a quien - con una falta no ya de fundamentos jurídicos, sino aun de sentido común que asusta - se le envía nuevamente a juicio...para dejar a salvo supuestas "violaciones constitucionales"...no sabemos de qué derechos o garantías, ni titularizadas por quién...

Esta sentencia, Excma.Corte, implica una arbitrariedad mayúscula, porque detrás de largos párrafos que contendrían la supuesta fundamentación de la gravísima decisión adoptada, no se esconde sino una voluntad jurisdiccional decidida a anular esta sentencia

⁶⁰ Ésta, real, no como la declamada invocando a Manzini en el párrafo que ya criticásemos...

absolutoria por razones que ignoramos, pero que no son las jurídicas, porque éstas, lisa y llanamente, han sido fantasiadamente descritas, con una inocultable voluntad de hacer caso omiso de los precedentes de ese Tribunal, nutrido de razonamientos dogmáticos e inspirados de un espíritu ultra-formalista que era ya antiguo en la época del procedimiento escrito pero que hoy resulta francamente anacrónico. Prescindiendo aun de los mismos precedentes que hemos citado del SJTRN.

La violación a la garantía contra la doble persecución penal que implica la reedición de un debate merced a la impugnación del acusador contra una sentencia absolutoria también fue advertida en diversos precedentes por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Ya en 1896 este Tribunal consideró que el veredicto de no culpabilidad es final y no puede ser revisado, porque de otra manera se estaría poniendo al imputado dos veces en peligro (*jeopardy*) de ser condenado, y con ello se violaría la Constitución (“United States v. Ball”, 163 US 662 del 25/5/1896).

Señaló más tarde que **“la imposibilidad de que el acusador logre un nuevo juicio va más allá de lo errónea que pueda resultar la sentencia absolutoria”** (“Green v. United States”, 355 US 184, del 16/12/1957). **Es que garantizar al Estado el derecho de apelar un veredicto de no culpabilidad permitiría que el mismo reexamine las falencias de su primera acusación con el fin de fortalecer la segunda** –en este caso sería la tercera- **y se violaría el legítimo interés del acusado sobre el carácter conclusivo de una sentencia absolutoria** (“United Status v. Wilson”, 420 US 332 del 25/2/1975; “Burks v. United States”, 437 US 1 del 14/6/1978).

Cuando un acusado es absuelto de un delito, la cláusula contra la doble persecución penal garantiza que no se le puede permitir al Estado que, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un invocado delito, sometiénolo así a perturbaciones, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, así como acrecentando la posibilidad de que por más que sea inocente, pueda llegar a ser encontrado culpable (“Green v. United States”, ya citado).

IV. 12 Y sigue diciendo el voto que venimos analizando:

"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."

Este párrafo - Excma.Corte - resulta por decir lo menos, sorprendente.

El señor vocal pre-opinante, **que obviamente no estuvo en el debate**, contradice lo que surge del Acta del Debate y del texto de los dos votos mayoritarios, que reproducen exactamente cuál fue la actitud del señor Fiscal de Cámara, cuáles sus preguntas, y qué fue exactamente lo que pasó en el curso de esa audiencia. Solamente quien no conociera la causa - sus alternativas y sus constancias, su historia y su devenir, puede escribir lo que acabamos de transcribir. Que además transgrede groseramente las reglas procesales y aun las del pensar humano...En primer lugar, aquí el Dr.Balladini no se hace cargo de lo que ya dijésemos en nuestro escrito de Mejora de Fundamentos, que surge nítidamente del estudio de la causa. Toda la estructura de este juicio, de la forma como fue colectada la prueba en la etapa instructoria, demuestra sin la más mínima duda, **que el único elemento de cargo de alguna entidad, está constituido por las declaraciones de la supuesta víctima**. Ninguno de los testigos que han declarado en la causa fueron testigos presenciales, de los hechos que se le atribuyen a nuestro defendido. Y en cuanto a la co-imputada, nada de lo que la misma ha dicho - como por otra parte era de esperarse dado su carácter de tal, sirve para construir ninguna imputación contra su litis-consorte. Los exámenes médicos, nada prueban, como que la primero alegada y después desmentida por ella misma, "desfloración" de la menor, ocurrió con mucha antelación. Como la misma supuesta víctima declaró con todo desparpajo - después de haber firmado todo lo contrario durante la instrucción - en el curso del primer juicio llevado a cabo en el año 2002. Es más, a tal punto, sus versiones fueron atendidas por los señores Jueces, que - precisamente por ello - se está instruyendo una causa por separado que se tramita precisamente por ante el Juzgado de Instrucción del que es titular el vocal subrogante que actuó en el segundo juicio, el Dr.Calcagno.

En el último párrafo del texto de su voto, (véase el folio 187 de la sentencia definitiva de esta causa N° 9/05 de la Cámara IIa. de SCBariloche, este Juez hace alusión a dicha causa que se está instruyendo y que lleva el N° 84/2001, donde están imputados Hernández, Ibarra (su ex novio) y Palomar. Es decir, tres personas vinculadas por lazos familiares o afectivos a la misma supuesta víctima.

Por otra parte, como lo recuerda el voto del Presidente del Tribunal del juicio, el Dr. Leguizamón Pondal, en la Pág. 11 del A.I. N° 105 de fecha 13 de mayo de 2005, en el cual el Tribunal declara inadmisibles los recursos interpuestos contra su sentencia definitiva absolutoria, *"cabe recordar que el principio de inmediación, rector por excelencia del proceso oral, impide de por sí un conocimiento exacto de la real ocurrencia de los hechos por el Superior Tribunal de Justicia. Ahí reside el fundamento del control que se le otorga al tribunal de juicio en relación a este recurso, con el fin de no desnaturalizar la esencia de la casación..."*

Casualmente, en mayo de 2005, el texto de ese voto del Dr. Leguizamón Pondal, anticipaba los límites casatorios de lo que - en materia de hecho - puede alcanzar la revisión del Tribunal de Casación: lo que se vincula con el principio de inmediación. Ello así conforme a la nueva doctrina sentada por la CSJN, en los fallos "Casal" y "Martínez Areco", dictados el

20 de setiembre y el 25 de octubre de 2005, respectivamente. Por lo que allí se dijo⁶¹. Lo que demuestra cuán superficial y ajeno a la realidad, resulta el argumento aparente del señor vocal pre-opinante, cuando alude a "**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"**".

Precisamente - además - por no haber estado presente en el debate, resulta entonces claro que el Dr. Balladini ni siquiera se llegó a enterar, que **eso fue - precisamente - lo que hizo el señor Fiscal de Cámara, Dr. Enrique Sánchez Gavier, antes de desistir de la prueba y pedir la absolución: confrontó a la testigo principal - en verdad la única de que disponía - con lo que antes había dicho en instrucción (donde - dicho sea de paso - como declaró más de una vez, tampoco dio una versión unívoca, ni en cuanto al número de episodios, sus circunstancias, participantes, lugares, etc.) y cuando ni siquiera entonces, consiguió que la testigo se alineara con su versión originaria (COMO SE COMPRENDERA, LA REQUISITORIA DE ELEVACION A JUICIO COINCIDIA CON AQUELLA) DE TAL SUERTE QUE SU COMPLETA DESMENTIDA DE AQUEL RELATO, AHORA DECLARANDO BAJO JURAMENTO DE LEY, CON LAS CONMINACIONES DE RIGOR, IMPEDIA POR COMPLETO HACER OTRA COSA, DENTRO DE LA RAZON Y LAS NORMAS VIGENTES, QUE LO HIZO. Es decir, retirar la acusación y pedir la absolución.**

Y sigue diciendo el mismo voto, con empeño digno de mejor causa:

"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** ⁶²y siendo fundamentales los dichos de la menor y siendo contradictorios no cabe más que retirar la acusación."

Y pocos renglones más abajo, como si lo anterior no existiese el señor vocal sigue su discurso:

".....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".-

Dice el refrán castellano - Excma.Corte - "**que no hay peor sordo que el que no quiere oír**"...Me gustaría preguntarle al señor vocal ¿ Acaso el Fiscal había propuesto alguna

⁶¹ Véase los comentarios del suscripto en J.A. 2005-IV Fascículo 10, 7 de diciembre 2005, pgs.41 y ss y los de los Dres. Narciso J.Lugones (pg.269) Javier A. de Luca (pg.278) y José Raúl Heredia pág. 285 todos de la Revista N° 2 de febrero 2006 de Derecho Penal y Procesal, de Lexis Nexis, dirigida por D'Alessio y Bertolino.

⁶² No sabe bien, porque no se tomó la molestia de leer el expediente y los escritos de la defensa...que vienen remarcando esas diferencias desde hace seis años....

prueba *nueva* (art.326 del rito rionegrino) para este segundo juicio ? La respuesta es NO. ¿ Y entonces, acaso no se *incorporaron por lectura los testimonios de instrucción ofrecidos al efecto, no reproducidos en el debate ?*

Para que la "tesis" del voto que criticamos tuviese algún sentido, el vocal preopinante debería al menos, haber intentado demostrar que con el resto de los testimonios, el Fiscal podría haber intentado mantener la acusación...Pero es demasiado claro, que nada había, nada hubo y nada habrá...Porque nada sucedió en realidad. Porque, aunque cueste admitirlo, después de tanto despropósito, el imputado no hizo lo que - con enormes variaciones - le fue imputando la supuesta víctima a lo largo de estos seis años...

Y por ello, cuando se convenció definitivamente, que la chica mentía (como siempre lo sospechó la Fiscalía y como siempre lo afirmó esta defensa) el señor Fiscal asumió sus errores anteriores e hizo lo que su conciencia le ordenaba. Que era pedir la absolución...Después de lo cual ha recibido las múltiples humillaciones, cuyos responsables además de entre los terceros, tienen nombre y apellido. Además de por las razones de fondo que median para que ese Excmo. Tribunal, desagravie a la Justicia, la reivindicación del desempeño del señor Fiscal de Cámara sería un ejemplo saludable. Para estimular a aquellos que dentro del Poder Judicial, cumplen con su deber - a verdad sabida y buena fe guardada - exponiendo su tranquilidad personal, cualesquiera sean los vientos que soplen en las corporaciones, los medios sociales de comunicación o los vendavales políticos...

“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”l.

De todo lo mucho que sigue diciendo el voto en cuestión, deseamos escoger solamente un par de párrafos, para no seguir prolongando este ya demasiado extenso escrito, porque muestra - hasta qué punto - el señor vocal pre-opinante tiene mal entendidos algunos conceptos básicos. Se sigue diciendo así:

"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 como en el caso de autos nos encontramos en el inicio del debate".- (TOralCrim. Fed, Mar del Plata, 05-07-98, "COLLI", en LL 1998-F, 398)."

El texto no advierte que los requisitos para fundamentar una condena, no son los mismos que para recabar una absolución. Además del principio constitucional "ne bis in eadem" que como se demostrara más arriba, parece haber sido omitido en el bagaje noseológico que equipa la sentencia, resulta que otro principio - todavía más trascendente - también ha sido olvidado: me refiero al "in dubio pro reo". Para condenar, hacen falta certezas. Objetivas, de validez universal, demostrables, sin argumentos "subjetivos" inverificables, ("falsables" diría Ferrajoli con Popper, aunque Orce se queje..). Para absolver, basta con la duda...Y como los Fiscales, si bien son "partes" en este ridículo procedimiento inquisitivo-

reformado que todavía nos rige, pero "imparciales" o al menos, deben actuar con objetividad y en el interés de la ley (sobre lo que hay acuerdo en la doctrina) se entenderá que en la discusión final, **el Fiscal no puede "acusar por las dudas"**.

Por último, nos ha sorprendido - una vez más - la cita que aquí efectúa el voto del Dr. Balladini. Y la sorpresa deviene de que parece que se ha leído nada más que la "doctrina" del fallo, pero no su texto, y **menos aun el comentario que contiene la nota firmada por el recordado Luis Darritchon, quien precisamente critica ásperamente el fallo, demostrando el error procedimental en que incurrió el Tribunal de Juicio...** Así que mucho no ayuda...

IV. 12 Para finalizar, algo más. Dícese, **en relación al desistimiento de la señora Procuradora General del recurso de casación, "también" interpuesto por la Asesora de Menores (que jamás fue parte en esta causa):**

"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)...", con cita de uno de los autores más conocidos del Derecho Procesal Penal nacional, el Dr. Raúl E. Torres Bas. Y sigue diciendo el voto preopinante:

"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 manifieste 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)."

<p>Es decir, que el "desistimiento" de la señora Procuradora General, siguiendo el razonamiento del Dr. Balladini, debía ser fundado, para ser operativo. Lo que se reafirma por el párrafo que sigue:</p>
--

"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, **(LA QUE SIN EMBARGO ESTUVO PRESENTE EN EL DEBATE Y GUARDO UN OMINOSO SILENCIO, PESE A QUE FUE INCLUIDA EN EL PEDIDO DIRIGIDO POR LA PRESIDENCIA DEL DEBATE A TODOS LOS PRESENTES, PARA QUE INTERROGASEN O EFECTUASEN LAS MANIFESTACIONES DEL CASO)** lo que implica que su representación promiscua, necesaria y complementaria puede "... revestir carácter autónomo,...etc."

Luego de lo cual sigue una larguísima exposición de antecedentes sobre la legislación nacional e internacional que protege a los niños, lo que incluye insensateces **tales como afirmar - implícitamente - que los "derechos de los niños" prevalecen sobre las declaraciones de derechos humanos, entre ellos los de los imputados en materia penal...**Es decir, se podría so invocación de asegurar la protección de un niño, verbigracia, *torturar a un imputado*, para que diga dónde está el niño secuestrado...O violentar el derecho de defensa en juicio de un imputado, no permitiendo que su defensa técnica formule repreguntas tendientes a establecer su inocencia, en presencia del niño que lo acusa, etc., etc.. Gracioso es que quien afirme que todos esos derechos tienen vigencia tanto en el ámbito procesal civil, cuanto penal, sea Jorge Kielmanovich, que hasta donde sabemos es un experto procesalista civil, pero sin incumbencia en el ámbito procesal penal. Siempre y cuando la cita que se le atribuye del diario La Ley del día 17 de noviembre de 2005 responda a la realidad..

En los párrafos que siguen, el voto en cuestión inicia un largo periplo sobre temas de neta incumbencia civil, que pretende extrapolar al proceso penal, con citas jurisprudenciales y doctrinarias perfectamente ajenas a la materia por la que discurremos y concluye en 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.... (ver LL 47, pág. 752, otro fallo de intervención en el juicio civil)."

Y criticando el desistimiento de la Procuradora General (que nos parece - respetuosamente - la única actividad sensata y acorde al derecho vigente que se ha desarrollado en esta causa, después de la sentencia absolutoria de la Cámara IIa.), sigue diciendo el vocal preopinante:

"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"**.

Que se sepa - Excma.Corte - esta novedosa línea de pensamiento, ampliatoria de los sujetos procesales del proceso penal, no tiene mucho sustento. En primer lugar, porque - que se sepa - **para recurrir en un proceso penal una sentencia absolutoria, hay que estar legitimado para ello**. Y quiénes pueden recurrir, está minuciosamente reglamentado en el Código de Procedimientos Penales. En segundo lugar, porque la **multiplicación de las persecuciones penales (ministerio público, eventual querellante particular, asesor de**

menores, etc.), violenta groseramente los derechos de defensa en juicio del imputado. Que es uno solo y para colmo, apenas puede tener no más de dos defensores...mientras que parece que en la doctrina del STJRN, no resultaría necesario, ni siquiera, atender a la proclamada "igualdad" de las partes...Que las partes disfrutaran en el proceso civil, pero del cual, estaría excluido el imputado...precisamente en el proceso penal. Es decir, que la víctima de la violencia estatal, estaría en peor situación que la víctima - en todo caso - de la violencia privada.

En tercero, el texto mismo que cita el fallo, demuestra que entre las facultades de la Asesora de Menores, no está ***querellar en representación del niño víctima de un delito de acción penal PÚBLICA...justamente porque esa facultad le corresponde al Fiscal de grado o de Cámara, que según las mismas normas de la ley 2430, está discernida a estos funcionarios. No a los del Ministerio Pupilar.***

Esto - además - fue escrito en esos términos por la propia Procuradora General al dictaminar favorablemente para mi parte en un Recurso de Queja por Casación denegada, que planteamos con el Dr.Martínez Pérez, contra una resolución de un Juez Correccional de SC de Bariloche, precisamente en un Incidente de Recusación del Fiscal, en una querrela por "Violación de Secretos", que nos había promovido el mismo Dr.Sánchez Gavier, y en la cual la señora Procuradora dictaminó con fecha 27 de abril de 2005, que a) el Fiscal de Cámara no podía promover querellas por delitos de acción privada en representación de menores; b) la señora Asesora de Menores no podía intervenir como querellante en delitos de acción pública. Se trata de los expedientes Nos.19.789/04 y 20.051/05

Y casualmente, fue un voto del Dr.Balladini - que dice todo lo contrario de lo que sostiene ahora el que venimos comentando - el que resolvió la cuestión, validando lo dictaminado por la señora Procuradora General. O dicho en otras palabras, se dice menos de un año después, lo contrario de lo que se dijo en mayo de 2005.

Después que se lea esta sentencia, habrá que acudir a nuestras reservas de buena fe para constatar con resignación, que ahora el Dr.Balladini opina diferente de lo que pensaba hace un año. Porque ahora dice, sobre el mismo tema:

"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"

Claro, parece que el Dr.Balladini no advierte que, justamente la interpretación sistémica del orden jurídico, incluye una razón demasiado poderosa, para que tal como lo había dictaminado la Sra. Procuradora General el 27 de abril de 2005, se hubiese decidido en el recordado fallo que las acciones penales públicas que conciernen a un menor, son de la incumbencia del Fiscal de Cámara y las acciones penales privadas (y las civiles) en cambio correspondan a la Asesora de Menores. Y la razón es que la ***proliferación de titulares del***

ejercicio de la misma acción penal pública en contra del imputado, el rito la acepta condicionadamente. Y obliga - por ejemplo - a la unificación de personerías cuando hay varios querellantes particulares. Siendo así, que la Asesora de Menores, igual que el Fiscal de Cámara, integran el mismo Ministerio Público, se comprenderá fácilmente, las razones por las cuales, no es acorde al derecho vigente su cambio de postura.

Por otra parte, tampoco advierte el señor Vocal pre-opinante, que si se le da al art.215 de la Constitución Provincial la absurda interpretación que en su voto propugna y por ende, que la Procuradora General tiene facultades para instruir obligatoriamente a un Fiscal, para que recurra la sentencia absolutoria dictada conforme a su dictamen, ¿ Cómo no va a tener facultades para desistir de un recurso interpuesto - sin su mandato - por su inferior jerárquica, que ni siquiera es parte del expediente, que contradice el tenor de un dictamen anterior de la Procuración General (el del 27/04/05 en la causa correccional citada más arriba), para lo cual - además de todo lo dicho - está taxativamente autorizada por el art.413 del rito ?

Y concluye su voto:

"....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.... 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 Fiscal de Cámara..." (pg.40 de la sentencia)

Es decir, que para el primer votante, es infundado - y por ende nulo - el dictamen de la señora Procuradora General desistiendo del recurso de la Asesora de Menores.

Y concluye este voto:

"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".-

Por primera vez en este comentario, vamos a coincidir con el voto que venimos comentando: después de leer su texto ***resulta difícil de comprender tal cúmulo de desaciertos...***

IV. 13 .El voto del Dr.Lutz.

Por su parte, el siguiente vocal en el orden de votación, el Dr.Lutz dijo:

"Llega a mi voto la presente causa, de suma complejidad y variados avatares procesales, en la cual ***antifico mi adhesión a quien me antecede en orden de votación***, 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.**

Es decir que el Dr.Lutz (pgs.42 y 43 de la sentencia) comparte los argumentos suministrados por el primer vocal pre-opinante, en cuanto a la nulidad del dictamen Fiscal absolutorio, la consecuente sentencia absolutoria y admite el Recurso del propio Fiscal por instrucciones de la Procuradora General, cuya **instrucción particular obligatoria**, considera apropiada.

"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.

Es decir, que sobre la invalidez del desistimiento del Recurso de la Asesora de Menores, el Dr.Lutz, se expide negativamente.

"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 relación a este párrafo, habría que acotar que - evidentemente - el segundo vocal no tiene presente, que "los respectivos roles y actuaciones" aludidas en el párrafo transcripto, son precisamente las que la Procuradora General se había tomado el trabajo de precisar en su dictamen del día 27 de abril de 2005, en las causas de ese STJRN Nos.19.789/04 y 20.051/05, aludidas más arriba, vinculadas con la presente, cuyos destinatarios eran **precisamente** estos mismos funcionarios del Ministerio Público de Río Negro: el señor Fiscal de Cámara Dr. Enrique Sánchez Gavier y la señora Asesora de Menores Dra. Martha Pereyra... Así que la doctrina de esas instrucciones generales, ya está definida...

IV. 14. "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.-

Por último, que hubiese sido conveniente que interviniese - en todo caso - otro Fiscal de Cámara, es obvio. Ya lo dijimos por nuestra parte, al "mejorar los fundamentos". No haberlo hecho así, constituye una omisión innecesaria que resulta además humillante para el señor Fiscal en cuestión, lo que agrega a la desacertada decisión de la señora Procuradora General - desde nuestro punto de vista - un matiz desagradable.

Y son las conclusiones del voto del Dr.Lutz:

"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".

Respecto de lo cual diremos, que en relación a los puntos 1º y 2º han sido suficientemente explicitadas nuestras críticas al analizar - casi párrafo a párrafo - el voto del señor vocal pre-opinante. En cuanto al punto 3º) *diremos que nada se puede criticar al texto, salvo advertir que ello será así como se postula, en la medida en que tales Pactos, leyes, etc. no sean interpretadas como derogatorias del derecho de defensa en juicio.*

Y en esa inteligencia, que la Asesora de Menores que ninguna intervención procesal desarrolló a lo largo de los cinco años de trámite que llevaba la causa hasta el día del último debate celebrado en la misma, salvo el ejercicio celoso de sus deberes tuitivos, en lo personal, ya que el ejercicio de la acción penal pública que supuestamente emanaba de los hechos que la supuesta víctima decía haber sufrido, fueron ejercitadas por su legítimo titular, el señor Fiscal de Cámara. De modo tal, que se haya permitido, sin ser parte en el expediente, pues ya hemos visto que las leyes rionegrinas no admiten - bien interpretadas, como lo hizo la Procuradora General en las causas aludidas más arriba el 27 de abril de 2005 - que ejerza alguna representación de la víctima menor de un delito, salvo cuando la acción penal de que se trate sea un delito de ***acción privada, pues los de acción pública está representada por la otra rama del Ministerio Público, el titular de la misma, es decir, el Fiscal con competencia en la causa.***

Por ello, y al resultar que la Asesora de Menores no era parte en la causa, que jamás pidió ni obtuvo la participación que el rito procesal vigente podría eventualmente conferirle (aunque ya hemos visto que no es así) que la oportunidad para ello, estaba vencida, que por ende - dado el trámite del recurso de casación - mi parte no tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema, sino cuando las quejas fueron declaradas admisibles y recién entonces conoció su alcance, ***resulta claro que la duplicación de acusadores autónomos, dentro del mismo Ministerio Público, constituye un inadmisibles ataque al derecho de defensa en juicio de los imputados. Y así lo dejamos planteado, como un motivo autónomo de violación del derecho de defensa en juicio de nuestro cliente.***

IV. 15. El voto del tercer votante, el Dr. Víctor Sodero Nieves

Y por su parte, el tercer votante, el Dr. Víctor Sodero Nieves, manifestó:

" El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderro Nievas 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.)"

Después de lo cual el Tribunal, resolvió:

" 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 N° 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.)."

Este tercer voto, parecería que no merece ningún comentario, sin embargo corresponderá acotar lo siguiente:

Más allá de la dudosa constitucionalidad que tiene la norma del art.39 de la Ley Orgánica de Tribunales de Río Negro, que le permite a un Juez abstenerse, porque vota en tercer término y ambos vocales que lo precedieron, acuerdan en la solución jurídica a dar al caso, nos permitimos dudar de su constitucionalidad. Ya que ello no parece compatible con la deliberación previa que rige en esta materia, pues la deliberación - por principio - es conjunta de todos los jueces y por ende, todos tienen que expresar su opinión, correspondería por el *principio de publicidad*, que hace a la esencia de una Justicia Republicana y Democrática, que el pueblo que - como decía Carrara debe enterarse y convencerse de lo decidido - se entere qué es lo que pensaba cada uno de los Jueces y no que haya uno que pueda eximirse de fijar su postura, fundado en que quienes lo precedieron, ya hicieron mayoría.

Ahora bien, las dificultades adicionales que genera esa norma del art.39 de la ley orgánica, van a quedar ahora de resalto, dado que - como paso de demostrarlo - y constituye razón adicional de nulidad para esta sentencia, que petitionaremos al concluir este escrito, en este caso, la cuestión planteada ⁶³ en relación a la validez del desistimiento de la Procuradora General en relación al recurso de la Asesora de Menores, ha quedado sin resolver...

En efecto, lo concreto - aunque en la parte dispositiva se guarda un absoluto silencio, ya que nada se resuelve sobre el tema - es que el voto del Dr.Balladini propugna la nulidad del desistimiento de la Procuradora General y en el voto del Dr.Lutz, se propugna la validez ("en atención a lo discutible u opinable del asunto"). Y como el voto del Dr.Soderro Nievas, nada dice sobre el particular, aquí nos quedamos sin saber si el recurso de la Asesora de Menores fue o no válido o si, no será validado en el futuro, o discutido por la misma, como "no resuelto".

Y otra omisión formal que también acarrea la nulidad de esta sentencia - ya que de formalidades, casi no más, se han ocupado los votos de los señores vocales que se expresaron - es la del art.498 del Código de Procedimientos de Río Negro. El que reza:

"Resolución necesaria. *Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente, deberá resolver sobre el pago de las costas procesales".*

En esta resolución que recurrimos, brilla por su ausencia la disposición sobre costas.

⁶³ aunque no haya sido formalmente propuesta como tal, ha sido tratada en forma divergente en los dos votos argumentativas y obviamente omitido en el tercer voto

V.-Conclusiones

De conformidad con lo argumentado - y creemos que demostrado - a lo largo de este necesariamente extenso escrito, consideramos que han quedado establecidas las causas federales, suficientes para que V.E. descalifique este pronunciamiento, por las distintas razones expuestas.

Antes que nada, porque pretender que se juzgue, **por tercera vez, a quien viene absuelto, anulando su absolución fundándose en razones absolutamente ajenas a la "culpa" del imputado, vulnera groseramente la doctrina de los fallos "Mattei" y "Polak" y concordantes, de esa misma Corte Suprema de Justicia de la Nación.-Aquí no ha sido solamente vulnerada la máxima "ne bis in eadem", sino que la misma, como ya lo anticipásemos en nuestro escrito anterior de "Mejora de Fundamentos", debería reformularse como "ne bis, sed ter, in eadem"...**

Sobre este particular, deseamos invocar también las razones que aporta Patricia Ziffer⁶⁴. Dice la autora citada:

“La regla que se debería haber extraído de “Mattei” es que los posibles errores del acusador durante el proceso no pueden ser salvados a costa del derecho del imputado, de obtener un pronunciamiento definitivo que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad, que comporta el enjuiciamiento penal” (pg.507) “...una vez que la causa se encuentra en condiciones de ser fallada,....**no es posible invocar el derecho de defensa (de la víctima, agregamos) para permitir al Estado, corregir el error y llegar, ahora sí, a una condena “sin nulidades” (pg.509)**....Como se sabe, las violaciones al “ne bis in eadem” no necesariamente se producen en su forma más grosera, con el intento de perseguir nuevamente un hecho luego de que una sentencia absolutoria haya quedado firme. Más frecuente, o por lo menos, más difícil de contrarrestar, será en cambio, el intento de ir corrigiendo *dentro del mismo proceso*, las diversas estrategias para el logro de una condena que se van revelando como poco efectivas, “reencauzando” el proceso hacia un terreno más propicio a lograr una condena” (pg.510)...si se piensa en cuál es el fundamento de la garantía, dirigida a evitar que el Estado pueda renovar sus oportunidades de condena, **se advierte que la declaración de nulidad de la sentencia por errores del acusador, nunca podría autorizar la reiteración del acto**” (pg.518, la cursiva y negrita no es del texto original).

En segundo lugar, porque a ello se añade, que los sucesos supuestos, materia del juicio, habrían ocurrido en octubre, noviembre del año 2000, es decir, hace casi **SEIS AÑOS**, lo cual excede - largamente - el plazo razonable de duración del proceso.

En tercero, porque es indiscutible que una norma constitucional, la del art.215 de la Carta Provincial de Río Negro, ha sido groseramente conculcada, así como la garantía de defensa en juicio y debido proceso consagrada en el art. 18 CN., por las dos razones que ya precisamos. Con una serie de sofismas que casi no disimulan, que se trata de un mero ejercicio de voluntad jurisdiccional, sin soporte legítimo en el derecho. Sostener que una norma que autoriza solamente a dar Instrucciones Generales puede ser interpretada, como que, en base a

⁶⁴ “El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío” en “Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora, ed. Lexis Nexis, C.A.B.A., 2005, pgs.501 a 519

ella, el Procurador General de la Provincia de Río Negro, puede instruir obligatoriamente a un Fiscal de Cámara, que dictaminó fundadamente una absolución, en un juicio que ya lleva seis años de trámite, y en el curso del cual, la única víctima, modificó por tercera o cuarta vez su testimonio, retractándose casi íntegramente de sus anteriores manifestaciones, ***pueda ser obligado a recurrir contra su propio dictamen, casando la sentencia absolutoria dictada conforme su pedido***, podrá ser un esforzado esfuerzo dialéctico, pero con nulo bagaje lógico-jurídico.

Por si hiciese falta, algún mayor aporte doctrinario, invocaremos a D. Julio .B. J. Maier⁶⁵ quien enseña:

“...no parece posible imaginar el ejercicio de la persecución penal por parte de la Fiscalía sin pensar en que su actividad o su inactividad representan totalmente al Estado en esa función, frente a la organización judicial. Y ello es, precisamente, aquello que se quiere significar cuando se menta a los principios de Unidad e Indivisibilidad del Oficio: ***El funcionario que obra por el Ministerio Público vincula a la organización con sus acciones o sus omisiones***⁶⁶, ***cualquiera que sea la organización interna y la infracción que a esas reglas de organización haya podido cometer ese funcionario***. Para el contradictor, esto es, para el imputado y su defensor, ésta es una regla básica que garantiza sus posibilidades de resistir la imputación (defensa) en el procedimiento penal”.

Y coincidiendo también con lo que escribiésemos oportunamente en el punto IV. 4 de este escrito, dice el autor citado:

“A la regla que ***limita la posibilidad de instruir al funcionario inferior sobre la base del principio de legalidad***, (es decir, que ratifica la imposibilidad de instrucciones que impliquen sustituir los criterios del fiscal competente para ese caso en concreto, en razón de las disposiciones legales – en el caso L.O. RN 2430, agregamos) cabe agregar aquélla que se desprende del aforismo francés: “*Si la pluma est serve, la parole est libre*”, consecuencia del principio de inmediación, ***según el cual sólo quienes intervinieron realmente en el debate oral y público, pueden concluir a su finalización, en los requerimientos para la sentencia – en los llamados “informes finales” -, sobre la base del material incorporado a él. Conforme a esa regla, el Superior Jerárquico no podría dar instrucciones al inferior, si no estuvo presente en el debate; el Fiscal que asiste al debate es el único autorizado a concluir***” (la negrita con cursiva nos pertenece, pg.339 cit.) Y concluye reiterando el concepto en la página 340:

“El funcionario superior que desea conducir el debate a su modo, debe asistir a él”. Lo que obviamente no ocurrió en este caso y lo que es peor, sin que siquiera a posteriori, la Sra. Procuradora General conociese previamente a ordenar el recurso, el texto de las constancias completas del expediente.

En cuarto, porque al servicio de ese objetivo - anular de cualquier modo la absolución resuelta con sobrados fundamentos por la Cámara interviniente (véase su ponderado texto) - se ha acudido a cualquier tipo de recursos: se ha omitido argumentación dirimente, se han

⁶⁵ Op. cit., T. II, “Sujetos Procesales”, pgs.331/332 y 339

⁶⁶ la negrita y la cursiva nos pertenecen

transcripto en forma truncada y tendenciosa las constancias del Acta de Debate, como del texto de la sentencia absolutoria y del auto interlocutorio que declara inadmisibles formalmente los recursos interpuestos contra aquella.-

En quinto, porque el auto que admite la queda, dictado por el STJRN, es claramente arbitrario por la **absoluta falta de fundamentación normativa de la que adolece. El lector de su texto, por atento que sea, no conseguirá enterarse de sus fundamentos, por que no los tiene: SE HACE LUGAR A LAS QUEJAS, PORQUE SÍ...**

En sexto, porque se utilizan citas doctrinarias y jurisprudenciales que resuelven o indican lo contrario de aquello en pro de lo cual se las invoca, se contradicen propios precedentes del STJRN, particularmente en los casos "Zerdán" - actualmente en la Procuración General de la Nación - y las querellas aludidas, promovidas contra el suscripto y el Dr. José Luis Martínez Pérez, por el señor Fiscal Dr.Sánchez Gavier.

En séptimo, porque la sentencia no hace mayoría en cuanto al recurso de la Dra.Pereyra, Asesora de Menores, pues después de declararse admisible su queja, la Procuradora General desistió fundadamente de su recurso. Pese a lo cual, en el voto del Dr.Balladini se sostiene que ese desistimiento es nulo, mientras que en el voto del Dr.Lutz se lo considera válido, absteniéndose de opinar el Dr.Sodero Nievas. Sentencia que tampoco resuelve sobre las costas del juicio.

Podríamos seguir, pero la prudencia aconseja dejar aquí lo argumentado.

Los profesionales que suscribimos más abajo, Excma.Corte, tenemos una considerable experiencia profesional. Da una somera idea de ello, nuestra antigua inscripción en la matrícula y nuestras reiteradas incursiones por esos mismos estrados. Y bien, en base a esa experiencia, queremos cerrar este alegato pidiéndole a V.E. que al resolver, desagravie a la Justicia, revocando lo decidido. Porque hemos leído en nuestra dilatada experiencia profesional pocos fallos, que incurran en tantos errores elementales de derecho, que sean tan injustos, que demuestren tanta propensión a usar el poder jurisdiccional, sin tino ni mesura, como éste. Y que evidencien tan poca preocupación por el derecho vigente, por la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales de los Tribunales más encumbrados y hasta por el sentido común. Porque con el más elemental sentido común, se advertirá que enviar por **tercera vez** a juicio, a un hombre de 80 años, revela o un ensañamiento poco común, o una falta total de apreciación de las dimensiones de este terrible poder que es la Justicia Penal.-

VI.-Petitorio.

En función de todo lo expuesto, a ese Superior Tribunal solicitamos:

1º) Que se tenga por interpuesto en legal tiempo y forma, el presente recurso extraordinario federal, contra la sentencia dictada por V.E. con fecha 21 de marzo del año en curso, que fuera notificada a mi parte por su lectura el mismo día, por la que se ha hecho lugar al recurso de casación articulado por el señor Fiscal de Cámara, contra la sentencia de la Cámara Ila., que en base a su propio dictamen, absolviera de culpa y cargo a nuestro defendido..

2º) Se conceda el recurso, disponiendo su trámite y oportuna elevación a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

3º) Y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que, en el ejercicio de su competencia específica, al resolver en definitiva el recurso, disponga la nulidad de la resolución del STJRN en cuestión y reenvíe la causa ordenando dictar nuevo fallo, conforme la doctrina legal correcta, es decir que se adecue a la doctrina de los casos "Mattei", "Polak" y demás mencionados en el curso de este escrito, de acuerdo con lo petitionado, disponiendo la validez de la absolución de nuestro defendido oportunamente dictada.

4º) Que a todo evento dejamos expresado el reservado, con base en las violaciones del derecho de defensa en juicio de nuestro asistido, asegurado por el texto de las normas citadas del Pacto de San José de Costa Rica que ha sido violentado por la sentencia recurrida, para ocurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por su intermedio ante la Corte Interamericana para que la misma obligue al Estado Nacional a reparar las consecuencias del desconocimiento del derecho invocado.

Quiera V.E. proveer de conformidad, Será Justicia.-