

Cámara de Apelaciones en lo Criminal
- con Competencia Provincial -

NEUQUEN, 2 de Julio de 2009.-

VISTOS: Los presentes autos caratulados “FISCALIA DE CAMARA S/ INVESTIGACION (REF.PVO. 441 C11 CRIA, SENILLOSA DEL 04-04-07)”, Expte. Nº 962, Año 2009, del registro de esta Cámara de Apelaciones en lo Criminal, a los fines de resolver el recurso de apelación interpuesto por los Dres. G.P. con el patrocinio letrado del Dr. R. M., por la parte querellante, contra el decreto del 18 de diciembre de 2008, dictado por el titular del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nº 4, con asiento de funciones en esta ciudad, I Circunscripción Judicial de la Provincia.

Y CONSIDERANDO: I. Que mediante la resolución aludida el órgano jurisdiccional de grado rechazó un escrito oportunamente presentado por la parte querellante por el que se solicitara la reformulación de conductas atribuidas a los imputados M. Soto, A. Soto, M. Rinzafrí, J. Garrido, C. Zalazar y R. Pascuarelli, y la citación a prestar declaración indagatoria del ex Gobernador de la Provincia del Neuquen, Jorge Omar Sobisch.

Todo lo expuesto, esgrimen, lo efectúan en estricto cumplimiento de las previsiones establecidas en el art. 171 del ceremonial provincial.

II. En prieta síntesis, los recurrentes postulan que dicho decisorio les causa un evidente gravamen irreparable, de imposible reparación ulterior.

Principian por destacar que el a quo consideró el aludido libelo de reformulación y pedido de citación como un simple requerimiento de proposición de diligencias, transgrediéndose de tal modo –a su juicio- la operatividad del derecho a una tutela judicial efectiva de su representada. Así, entienden a la resolución como irrazonable y arbitraria por afectación al derecho a la verdad “... de la cual goza la particular afectada por el hecho ilícito, a partir de una interpretación restringida de los principios constitucionales y de índole supra legal aplicables a la cuestión ...”, violatorios también, agregan, de la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ordenan sus agravios en:

a) El desconocimiento de la capacidad autónoma de intervención en el proceso penal de la querrela particular. En este aspecto, señalan que el marco jurídico ajustable al caso lo integra el concepto “víctima” a la luz de las previsiones contempladas por el art. 58 de la Constitución Provincial y la doctrina del Máximo Tribunal de la República, superador de la idea de rol coadyuvante del querellante particular, espíritu este que fue incorporado con la reforma procesal plasmada mediante el dictado de la Ley 2153. Afirman, asimismo, que la manda del art. 164 del ceremonial provincial otorga potestad suficiente al director del proceso para desestimar una denuncia cuando los hechos referidos no constituyan delito (decisión

valorativa) pero, igual regla, como segunda opción, dispone que resolverá en el sentido visto cuando no se pueda proceder, disposición que "... exige su prudente utilización, pues `valorar` cuando un hecho denunciado se encuentra en condiciones o no de ser acreditado, puede afectar aquel principio superior en cuanto al carácter de `tercero extraño al conflicto` que debe asegurar la función jurisdiccional ...".

En consecuencia, sostienen que debe asegurársele una eficaz, activa e igualitaria intervención a la víctima. Refuerzan su argumento en el análisis de determinadas pautas procesales del código de rito, con cita de prestigiosa doctrina y jurisprudencia.

b) El desconocimiento del carácter ampliatorio del requerimiento de instrucción formulado por la fiscalía a la presentación instrumentada por el querellante particular. Precisan al respecto que dicho agravio tiene una estrecha vinculación con el anterior y que el magistrado instructor al rechazar lo peticionado por el querellante particular, en virtud de los considerandos exployados impuso un modo de "cerrojo". Es que –argumentan, participan del criterio de que si la acción penal en el presente proceso ha sido debidamente instada por la Fiscalía no existe óbice alguno para el ejercicio del derecho de investigación autónomo de la víctima (cfr. art. 70, CPPyC.). Y expresan que, aún en el contexto de una interpretación inquisitiva del procedimiento (que no comparten), podría haberse optado por la remisión de las actuaciones a la agencia fiscal para que en calidad de exclusivo titular ampliara o no el requerimiento de instrucción.

c) El abandono de la posición de imparcialidad de parte del magistrado actuante. Ello, con asento en una serie de resoluciones y expresiones del a quo que denotan el abandono de la imparcialidad propia de todo juzgador y/o su pérdida de neutralidad. Recuerdan así que en la causa "Poblete" (o denominada Fuentealba I), el mismo Juez hoy interviniente denegó en su momento un cambio de dirección en las líneas de investigación (hipótesis que variaba de la sostenida por la Fiscalía), bajo la fórmula "téngase presente", equivocando su decisión al entender que "en autos" la presentación efectuada de reformulación y pedido del particular ofendido no resulta oportuna, que es capaz de provocar dilación en el proceso al insumir su tramitación un tiempo "excesivamente injustificado" y que contiene imprecisiones o contradicciones.

Lejos de eso, alegan que del repaso de la video filmación (en la que se ha registrado la petición de la querella y la decisión del tribunal) resultaron antecedentes diametralmente distintos al cuadro fáctico imputado hasta ese momento, surgiendo la alternativa de una posible investigación de nuevas conductas que se pretenden, a los fines de conexidad y evitación de dispendio de recursos públicos, plantearse en estos actuados. Citan antecedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la CSJN en respaldo de su tesis.

De tal manera, concluyen, que en el caso concreto la actividad del Sr. Juez instructor impide la continuidad de la persecución asumiendo un "compromiso activo" en contra de la querella particular, circunstancia susceptible de generar dudas sobre su imparcialidad. Por ello, solicitan se declare la nulidad de la resolución impugnada (cfr. art. 151 del CPPyC. y art. 8.1. del Pacto de San José de Costa Rica).

Hacen expresa reserva del Caso Federal (art. 14, Ley 48).

Por las razones dadas los apelantes peticionan se revoque la resolución cuestionada y se tenga presente la previsión de interponer el recurso extraordinario ante la CSJN.

Cabe destacar que, posterior a la presentación de los agraviados, el Dr. G. L., en su carácter de defensor técnico, por la representación acreditada en autos, requiere mediante libelo (del 6/2/2009) el rechazo de la pretensión de la parte querellante, reclama se de cumplimiento con

las vistas consagradas en el art. 311 del CPPyC. y formula reservas.

Brevemente, si bien advierte que el código procesal penal actual debe mejorarse, corresponde ajustar el caso a la normativa vigente. En tal sentido, señala que el art. 164 de tal cuerpo no concede posibilidad recursiva al querellante particular ante la denegación del Juez del requerimiento de instrucción y/o desestimación de la denuncia.

Por otra parte, puntualiza que el texto del art. 120 de la Constitución Nacional es el que se erige como “faro rector” en la cuestión aquí debatida. Sostiene, en efecto, que “el Ministerio Público Fiscal es el Organo que tiene por función la PROMOCION de la Justicia (y no la Parte Querellante al menos en lo que a delitos de acción pública se refiere”.

Asimismo, remarca que se impone correr las vistas en los términos del art. 311 del CPPyC. toda vez que en autos se hallan personas jurídicamente inocentes a la espera de la resolución de su situación procesal, sin perjuicio de subrayar que se ha excedido ampliamente el “plazo de vida” de la etapa instructoria (que con prórrogas incluidas asciende a 12 meses).

En último término, hace expresa reserva de plantear la prescripción de la acción penal por estar agotados los plazos de investigación preparatoria y reclamar el pertinente dictado de sobreseimiento, por flagrante violación de Derechos y Garantías constitucionales que concurren en amparo de sus pupilos.

Celebrada la audiencia prevista por el artículo 413 del Código Procesal, el día 16 de junio a la que concurrió únicamente la Querellante, acompañada por los Letrados Dres P. y M., por una parte, y por algunos imputados los Dres C. y L.

Los concurrentes efectuaron consideraciones útiles a sus pretensiones in voce que fueron escuchadas atentamente por el Tribunal, las que fueron gravadas y posteriormente transcritas, sorteado este paso legal la causa se encuentra en condiciones de ser resuelta.

III. El recurso interpuesto resulta admisible conforme lo dispuesto por esta alzada mediante resolución interlocutoria 83/09 de fecha 17 de marzo de 2009 obrante a fs 164/169 vta de autos. (cfr. arts. 392, 408 y cc. del CPPyC.).

IV. Efectuado sorteo por Secretaría para determinar el orden de emisión de votos, resultó que en primer término debe expedirse el Dr. Daniel Gustavo Varessio quien dijo:

V. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas, señalaré que el recurso de apelación contiene tres agravios dirigidos a lograr la revocación de aquél decisorio. El tratamiento se iniciará con el que se encuentra en último término mencionado, tal es el “Abandono de la posición de imparcialidad por parte del juez de instrucción”. Ello en atención a que contiene un embate que pretende la declaración de nulidad del acto cuestionado que fuera realizado por el a-quo.

A. Agravio referido a la pérdida de imparcialidad del a-quo

Debo señalar que esta Alzada, mediante R.I. n° 101 de fecha 25/03/2009, in re “INCIDENTE DE RECUSACION EN AUTOS CARATULADOS FISCALIA DE CAMARA S/ INV. EXPTE. 38150”, (Expte. N° 992, Año 2009) ha dado tratamiento a la cuestión introducida nuevamente como agravio. En dicho momento, se rechazó la recusación planteada por el Dr. P. con el patrocinio letrado del Dr. M. en contra del Sr. Juez de Instrucción, Dr. Piana, alegando que había perdido la imparcialidad que debía poseer, idéntico motivo al ahora esgrimido. De ello resulta lo innecesario de pronunciarse al respecto por haber sido motivo de tratamiento, debiendo estarse a lo ya decidido por esta Excma. Cámara.

Precisamente esta situación fue señalada por los apelantes en oportunidad de la audiencia ampliatoria de argumentos, en que expresara textualmente el Dr. P.: “y en lo que se refiere también al abandono de la posición de imparcialidad del juez de instrucción que incluso

provocó un incidente de recusación que ya fue resuelto por este Tribunal”, y el Dr. M.: “Uno de los motivos era el abandono de la posición de imparcialidad por parte del juez, uno de los motivos. No vamos a repetir acá el motivo de recusación porque eso fue resuelto por la Cámara en decisión que no compartimos pero que no recurrimos justamente para no demorar más los procedimientos...”.

Esta circunstancia me exime de mayores comentarios al respecto, por lo que propiciaré el rechazo de este agravio.

B. Agravio referido a la intervención del querellante particular

Continuando el análisis, corresponde expedirme sobre el “Desconocimiento de la capacidad autónoma de intervención en el proceso penal de la querrela particular”.

Cuestiona el apelante la actuación del instructor al desconocer los derechos consagrados en los últimos tiempos a la víctima en el proceso penal. Recuerda que por decreto de fecha 29/12/2008, el a-quo expresó que la presentación del querellante “...de fs. 2009/2025 de ninguna manera puede ser tenida como requerimiento de instrucción...”, enmarcándolo en el art. 181 del rito.

Esta resolución esta relacionada con la ahora apelada en donde el a-quo, rechazó las pretensiones de los recurrentes de readecuar las conductas atribuidas a policías ya imputados y de citar a declaración indagatoria al ex gobernador, Jorge Omar Sobich. En resumidas palabras, por los siguientes argumentos: I) Oportunidad de la presentación: le achaca a los presentantes que se presentara luego de casi dos años de investigación y que no interviniera de ninguna manera, encontrándose en un estado avanzado la investigación; y II) Objeto, contenido y alcance de la presentación: Resulta que las conductas que el querellante pretende que sean indagados los imputados y Sobich tienen un objeto distinto al de la investigación, que lo excede.

Luego de una esforzada presentación, puede colegirse que lo que pretende la parte es que la actuación del querellante particular se ajuste a lo que de lege ferenda entiende que corresponde, en contraposición a lo que de lege data se ha establecido al efecto en el respectivo Código Procesal vigente en nuestra Provincia. En otras palabras, pretende que el Querellante particular tenga las mismas facultades que el Ministerio Público para poder dar inicio a una acción penal en delitos de acción pública.

Textualmente refiere “...a la víctima DEBE asegurarse una intervención eficaz, activa e igualitaria, desconocer el derecho a proponer una “línea de trabajo” (mediante querrela, manifestación expresa de su voluntad o interés en el descubrimiento de la realidad de lo sucedido) en una investigación ya en curso, debidamente promovida, es producto de patrones inquisitivos que la han alejado del proceso penal... no de otra forma pueden entenderse las disposiciones de los artículos del rito procesal: art. 286- en cuanto le acuerda al querellante particular recurso contra las resoluciones de “falta de mérito”, art. 302, primer párrafo, al reconocerle derecho al recurso al querellante particular en los supuestos de sobreseimiento, art. 312- en la medida en que le reconoce a la parte querellante similares facultades que las del Ministerio Público Fiscal al momento del cierre de la etapa preparatoria, art. 313- en cuanto posibilita la elevación de la causa a juicio oral y público aún en contra de la opinión del Ministerio Público Fiscal, art. 317 – en cuanto reconoce nuevamente el derecho al recurso de la parte querellante en los supuestos de sobreseimiento al momento de disponerse la clausura de la etapa intermedia”.

Al respecto he reconocido la consagración de mayores facultades al querellante particular en autos “DIRECCION TRANSITO NEUQUEN S/ INVESTIGACION DE LESIONES” (Expte. N°

194, Año 2007, R.I. n° 58 del 26/02/2007). Allí expresé en ocasión de cuestionarse las facultades del querellante de recurrir el sobreseimiento del imputado que: "...la norma contenida en el art. 70 del mismo ordenamiento legal expresa: "Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal a impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan."... No debe olvidarse que es el legislador provincial el encargado de determinar esta última, siendo ello una facultad no delegada al gobierno federal. No obstante, su actuación se plasmará en un ordenamiento respetuoso de toda la normativa constitucional, tanto nacional como supranacional, incorporada a través del art. 75 inc. 22 C.N., por reforma del año 1994... Es la tutela judicial efectiva una garantía que protege a cualquier particular que interviene en un proceso (de cualquier índole) a obtener un pronunciamiento a su pretensión, y respecto a la víctima en sede penal a obtener el sometimiento a juicio y aplicación de una sanción legal al autor del ilícito sufrido por la misma, incluyéndose en éste a recurrir las resoluciones jurisdiccionales..."-.

En dicha oportunidad también cité el precedente Santillán que da las bases para la solución correcta de estos casos. Si se aprecia, la jurisprudencia citada por el quejoso, también hace referencia a las facultades del querellante, consagradas en nuestro rito procesal, pero no hacen referencia alguna a la posibilidad de inicio de la acción penal pública.

Continuando con lo último mencionado, a mi juicio confunde el querellante dos situaciones distintas como son la posibilidad de participar en el proceso impulsándolo, con la de iniciar la acción en delitos de acción pública.

Distinto es el caso en los delitos de acción privada en donde la iniciación de la misma corresponde que se haga por querrela (art. 8 del C.P.P. y C.). El juicio por delito de acción privada está regulado en los arts. 375, ss. y cc. del código de rito, pudiendo presentar la querrela "toda persona con capacidad civil que se pretenda ofendida por un delito de acción privada". Si fuera el caso de autos que se persigue un delito de acción privada, la víctima tendría la facultad de iniciar la acción penal.

En este caso particular, se trata de una causa penal iniciada por un requerimiento de instrucción formulado por el Ministerio Público Fiscal por delitos de acción pública, lo que limita la actuación del órgano jurisdiccional a los hechos allí contenidos pues si así no se actuara, se violaría gravemente el principio constitucional "ne procedat iudex ex officio". Me explico:

He tenido ocasión de referirme anteriormente a esta cuestión, más precisamente in re "SRA. DEFENSORA OFICIAL, S/ RECURSO DE APELACION EN EXPTE. NRO. 36000" (Expte. N° 660, Año 8, R.I. N° 183bis/08) y en "JARA S/ ABUSO SEXUAL" (Expte. N° 870, Año 2008, R.I. n° 409/08), en que resalté que rige en nuestro sistema judicial el principio "ne procedat iudex ex officio" –el juez no procede de oficio-, estando taxativamente prescriptas las formas en que el órgano jurisdiccional en materia penal se puede avocar al conocimiento de una causa (arts. 178, 169 y 171, todos del C.P.P. y C.).

Una de las notas distintivas de la etapa instructoria a la que adhiere nuestra provincia, con un sistema procesal mixto, radica en que el juez no puede investigar de oficio, es decir necesita de un estímulo externo para que se excite su jurisdicción, en concreto dos son las formas de iniciación de un proceso penal, por denuncia policial o por requerimiento de instrucción efectuado por el Ministerio Público Fiscal.

También, en Exp. n° 224/07 (R.I. n° 124 del 26/04/2007), refería acerca de las formas señaladas: "...La instrucción como tal, se inicia a partir de uno de los modos previstos por el art.

178 del C.P.P.C, requerimiento de instrucción o prevención policial.-

Será pues el Ministerio Público, en el caso de la denuncia formulada ante el mismo, el que podrá o no promover la acción penal ante el Juez de Instrucción, conforme lo faculta el art. 163 de la ley del rito: "Cuando la denuncia sea presentada ante el agente Fiscal, éste practicará u ordenará directamente las medidas de investigación ineludibles, necesarias o urgentes.

Inmediatamente de recibida la denuncia o dentro del plazo de quince (15) días si se ordenaren diligencias, el Fiscal formulará requerimiento conforme al artículo 171, o pedirá que la denuncia sea remitida a otra jurisdicción".-

Se advierte que en el caso de autos, si el a-quo ordenara indagar por los hechos que introduce el querellante sin contar para ello con el debido requerimiento de Instrucción que le corresponde al representante del Ministerio Público, por ser titular de la acción penal pública, se violaría flagrantemente el principio "ne procedat iudex ex officio". No resulta antojadiza esta afirmación pues el art. 178 del C.P.P. y C. contiene una verdadera barrera en la actuación del a-quo: "La instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal o de una prevención o información policial, según lo dispuesto en los artículos 171 y 169 respectivamente, y se limitará a los hechos referidos en tales actos..." (el subrayado me pertenece).

Se busca de este modo proteger la secuencia acusación juicio y castigo que nuestra Constitución Nacional prevé para el juicio criminal, base de la correcta identificación de roles entre el Juzgador y el Acusador.

El requerimiento de instrucción obrante a fs. 917/920 de los autos principales, tiene como objeto un hecho que habría causado la muerte de Fuentealba. Esta plataforma fáctica encierra las especificaciones acerca de la comisión culposa de un hecho delictivo, como lo es el homicidio, de acuerdo a las siguientes expresiones: "...se les imputa... haber actuado con negligencia en el cumplimiento del mandato legal... como garantes para la preservación de los bienes jurídicos puestos en riesgo... se produce la alevosa agresión contra la vida del maestro Carlos Fuentealba, en todo lo cual tuvieron un rol activo en materia de supervisión, decisión y control los mencionados Pascuarelli y Salazar, presentes en el escenario del precitado operativo, del cual se alejaron raudamente apenas conocida la agresión hacia Fuentealba, teniendo los comportamientos negligentes que se reprochan directa relación causal con la muerte registrada..." (el subrayado me pertenece). Esto respecto de los imputados Pascuarelli y Salazar.

Respecto de los demás imputados mencionados en el escrito del querellante, las figuras achacadas se encuentran relacionadas a omisiones funcionales a su cargo que pueden ser calificados como el delito de encubrimiento respecto del accionar de Poblete.

El contenido fáctico de las pretensiones de los apelantes –a fs. 2009/2025 vta. y que rechazara el a-quo- está redactado en términos de un hecho doloso que habría causado la muerte de Carlos Fuentealba. La descripción de las conductas -como así también la forma y el grado de participación de sus intervinientes y la figura delictiva aplicable al caso con la particular escala penal fijada- difiere sustancialmente de la que obra en el requerimiento de instrucción señalado.

En base a estas consideraciones es que afirmo que estamos ante hechos distintos de los oportunamente requeridos, lo que implica una ampliación del objeto procesal a un acontecimiento que no fue motivo de instancia por parte del Ministerio Público Fiscal.

Pero el querellante particular no posee esta facultad, pues debe quedar claro lo consagrado en el rito, la iniciación del proceso en manos del Ministerio Público o la prevención policial (art. 178 del C.P.P. y C.).

Los particulares, cualquiera sea en casos de delitos de acción pública o quien tenga derecho a instar si fueren dependientes de instancia privada, pueden poner en conocimiento de la autoridad competente la presunta comisión de un hecho delictivo, conforme el art. 157 del mismo cuerpo legal. Si la denuncia se formula ante el Agente Fiscal, éste actuará conforme el art. 163 ya transcripto.

Debo recordar que la ley 2153 ha eliminado la posibilidad de que se formule denuncia ante el Juez, en consonancia con la normativa constitucional que evita la actuación oficiosa del mismo. Quisiera detenerme en este punto para destacar que en oportunidad de la audiencia prevista en el art. 413 del C.P.P. y C., el Dr. P. señaló la existencia de una serie de denuncias penales provocando la actuación del Ministerio Público y textualmente dijo: "Existe una causa formada sin ningún tipo de avance donde precisamente se buscaba testear cuál era la actividad del Ministerio Público".

La causa en cuestión es la N° 1130 del registro de esta Alzada y se caratula Obregon y Otros s/ denuncia violación e incumplimiento de los deberes de funcionario publico que contiene a los IPF 4225/9, al IPF 4486/9 y al IPF 4929/9, la que fue motivo de resolución en virtud de una cuestión de competencia . En dichas denuncias, todas idénticas, se reconoce expresamente que falta el requerimiento de instrucción.

Importante resulta destacar que la circunstancia que entiendo se verifica en la presente, es de conocimiento de quienes ahora invocan la situación contraria.

Retomando el análisis dejado, el apelante confunde cuándo la acción se encuentra "debidamente promovida" pues pretende que el a-quo se avoque oficiosamente a la investigación de hechos que exceden claramente el marco que el requerimiento de instrucción de fs. 917/920 ha encorsetado la actuación jurisdiccional.

Pero este punto, tiene directa relación con el segundo agravio introducido en el recurso en cuestión, "Desconocimiento del carácter ampliatorio del requerimiento de instrucción formulado por la Fiscalía a la presentación instrumentada por la querrela particular".

C. Agravio basado en el carácter de la presentación de la querrela particular

Principiando el análisis de este agravio se puede afirmar, de acuerdo a lo expuesto en párrafos precedentes al tratar el primer agravio del libelo recursivo, cuál es la interpretación correcta rechazándose la posibilidad de considerar que el querellante particular pueda iniciar la acción penal pública.

Como consecuencia lógica, también le está vedado formular requerimiento de instrucción que es el acto procesal que tiene como fin la iniciación de aquella acción, por lo que esta pretensión sufrirá la misma suerte que el agravio precedentemente tratado.

D. Curso de acción propuesto por el Querellante Particular

No obstante, en el libelo recursivo, propone el Querellante el procedimiento que debió haber realizado el a-quo de remitir las actuaciones a la agencia fiscal correspondiente para que en su calidad de titular exclusivo de la acción opine y de allí se disponga la continuidad de la pretensión de la querrela particular, se formule, o no, requerimiento.

Se describe así con precisión cuál era la decisión que debió haber tomado el Instructor ante semejante planteo. Entiendo que esta es la solución correcta que corresponde adoptar al caso planteado, curso de acción que omitió llevar a cabo el a-quo de acuerdo a las consideraciones efectuadas anteriormente.

Además de ello, los argumentos dados para rechazar la pretensión no son adecuados, carecen de entidad suficiente, no respetan la tutela judicial efectiva, pudiendo incurrir, en caso de que esta Alzada no decida cuál es el curso de acción correcto, en un caso de denegación de

justicia.

Es precisamente durante la instrucción cuando deben resolverse todas estas cuestiones pues si dejáramos avanzar el proceso sin solucionarlas podría provocarse un dispendio jurisdiccional que redunde negativamente en el fin mismo del proceso, como es la averiguación de la verdad, pudiendo retrotraerse a la instrucción una causa en juicio o en etapas posteriores, donde el paso del tiempo puede tener efectos extintivos.

Resulta adecuado tratarlo en esta instancia pues surge evidente que la plataforma fáctica, que resulta ser el objeto de investigación, se contradice seriamente con el hecho que fuera materia de juicio en la llamada causa "Fuentealba I" por el que fuera condenado Poblete. La calificación legal de la conducta de este último es la de un delito doloso en la producción de un resultado mortal, mientras que en la presente causa se persigue por hechos culposos que produjeron el mismo resultado mortal (descripción del hecho reseñada ut supra).

Conforme la Sentencia recaída en la causa "Poblete s/ Homicidio doblemente calificado" Exp. 93/2007 del registro de la Excma. Cámara Criminal Primera de esta ciudad, tuvo por acreditado que Poblete ocasionó lesiones que posteriormente provocaron la muerte de Fuentealba, encuadrando su accionar en la figura delictiva de Homicidio calificado por haber sido cometido por un miembro integrante de las Fuerzas Policiales abusando de su función, con la agravante de haber sido cometido con violencia mediante el empleo de un arma de fuego, agravado por alevosía en concurso ideal (arts. 80 inc. 2 y 9, 41 bis y 54 del C.P.) imponiéndole la pena de prisión perpetua.

El curso causal en la producción de un resultado no puede desdoblarse, culposo respecto de diversas acciones y doloso respecto del accionar de Poblete, pues en alguno de los dos casos fallaría el nexo causal entre la acción y el resultado. En otras palabras, una relación de causalidad excluiría a la otra.

Entonces, de acuerdo al proceso a seguir propuesto por el apelante y para evitar un dispendio jurisdiccional inútil y el escándalo jurídico que podría derivarse de sentencias contradictorias, corresponde revocar la resolución traída a estudio en cuanto rechaza la pretensión formulada por el querellante particular a fs. 2009/2025 vta., debiéndose ordenar al a-quo que adecue su actuación a las pautas señaladas ut supra y remita la presente al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida sobre la presentación del Querellante Particular.

E. Consecuencias de la revocación propuesta

Asimismo, se deben efectuar otras consideraciones atento el procedimiento seguido por el Sr. Juez de Instrucción durante la tramitación de la queja presentada por el querellante particular, en donde corriera traslado en virtud del art. 311 del C.P.P. y C.

En dicha ocasión, el representante del Ministerio Público solicitó el sobreseimiento de los imputados a excepción de M. a quien le requirió la elevación a juicio por el delito cometido en perjuicio de C. (fs. 2133/2167 vta.).

En primer lugar, entiendo que corresponde que se aparte de la presente el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Alfredo Velasco Copello, para lo cual la remisión debe serlo al Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia a fin de que designe el representante de la acusación pública que deberá seguir interviniendo.

Ello obedece a que el Dr. Velasco Copello se expidiera solicitando el sobreseimiento de los imputados en autos constituyendo un anticipo de la opinión que podría tomar en caso de ser el mencionado quien evacuara la vista que se le debe correr al Ministerio Público Fiscal.

Nuevamente se impone la necesidad de evitar un desgaste jurisdiccional inútil que demore la tramitación de esta causa.

En segundo lugar, la vista prevista en el art. 311 del C.P.P. y C. es a los fines de formular el dictamen de la acusación que presupone que el juez estime completa la instrucción. Resulta incompatible este accionar con la prosecución del proceso en el modo propuesto en este voto. El a-quo al correr la vista referida lo hizo al Ministerio Público desoyendo lo normado de que corresponde en primer término hacerlo a la parte querellante y, luego, a la acusación pública. Corresponde efectuar una breve reseña a fin de resaltar el vicio señalado:

- A fs. 2066/2071 vta. obra el decreto de fecha 18/12/2008 que es motivo de tratamiento por esta Alzada y por el cual, además de rechazar las pretensión del acusador privado, corre vista por el art. 311 del ritual.
- A fs. 2091/2092 se encuentra escrito del Dr. P. solicitando rectificación del anterior resolutivo.
- A fs. 2093 el Sr. Juez de Instrucción rechaza la petición rectificatoria.
- A fs. 2101/2112 vta. el Dr. P. junto al Dr. M. interponen recurso de apelación en contra del decisorio de fs. 2066/2071 vta. y que es el que se trata en esta ocasión.
- A fs. 2117/vta. el a-quo rechaza el recurso de apelación atento su irrecurribilidad (art. 181 del rito) y en el mismo acto corre vista al Ministerio Fiscal para que se expida conforme el art. 311 del C.P.P. y C.

Se advierte así que se ha obviado el trámite establecido por el Código de Procedimiento, avanzando la causa dando por clausurada la etapa instructoria, atentado contra las garantías de quien en el proceso asiste como víctima (tutela judicial efectiva), a cuyas consideraciones efectuadas anteriormente al respecto hago extensibles y a las que me remito en aras de la brevedad.

He expresado en precedentes como “Muñoz” (R.I. n° 88 del 30/11/2006) respecto de la nulidad que “..atento a que la declaración funciona como un verdadero recaudo para el justiciable (tanto como aquella persona sobre quien se ha centrado la imputación delictiva como aquella víctima a quien también se le debe garantizar la tutela judicial efectiva), pues a éste es a quien están dirigidas las garantías que los ritos deben respetar. “Las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, sino que se orientan a la consecución de una meta principal en el procedimiento penal. Precisamente, ellas establecen el modo en que debe realizarse la actividad procesal, con la finalidad inmediata o mediata de hacer efectivas las garantías que consagra la Constitución Nacional para proteger los intereses involucrados en el ejercicio de la función judicial del estado en lo penal...” (Arocena, ob. cit., p. 10-11)”.

En síntesis e indicando la modalidad del examen que se propone desde esta Alzada, la casación cordobesa se ha expedido de la siguiente forma: “... parece entonces que la doble exigencia de la nulidad absoluta exige también dos comprobaciones, no siempre de la misma naturaleza: una, la inobservancia del acto procesal de lo que manda o prohíbe una norma procesal; y otra, que esa inobservancia implique, además, una afectación particularizada de un derecho constitucional de tal naturaleza que lo altere sustancialmente, o sea en su esencia... la inobservancia de la norma procesal surgirá (por lo general) de una simple confrontación entre las exigencias impuestas al acto por aquélla y las condiciones en que se desarrolló (en orden al acatamiento de aquéllas) el acto que se cuestiona de nulo por no haberlas observado. Pero la posterior comprobación de que esa violación a la norma procesal significó además, en el caso concreto una dañosa alteración esencial de una garantía constitucional indisponible, exigirá un juicio posterior de ponderación que no puede ser realizado en abstracto, sino que sólo puede emerger del examen de las circunstancias concretas de la causa” (Cafferata Nores, Tarditti, ob. cit., p. 450-451).

Siendo así, corresponde declarar la nulidad de las vistas conferidas en virtud del art. 311 del

rito mediante los decretos ya señalados y el dictamen Fiscal de fs. 2133/2167 vta. por ser el acto consecuente, conforme autoriza el art. 151, 155 y cc. del C.P.P. y C. a esta Alzada a declarar la nulidad de oficio en circunstancias de verificarse vicios que implique violación de normas constitucionales, en este caso, la tutela judicial efectiva.

F. Conclusiones

De acuerdo a todas las consideraciones efectuadas, soy de la opinión, y así lo propongo al Acuerdo, que corresponde:

1. Revocar la resolución traída a estudio en cuanto fuere materia de agravio;
2. Declarar la nulidad parcial del decreto de fs. 2066/2071 vta. en cuanto ordena la vista del art. 311 del C.P.P. y C., decreto de fs. 2117/vta. con el mismo alcance, y nulidad del Dictamen Fiscal de fs. 2133/2167 vta.
3. Apartar al Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Alfredo Velasco Copello, de la tramitación de esta causa, a cuyo fin el a-quo deberá remitir la presente al Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia para que designe el representante Fiscal que debe intervenir;
4. Ordenar al a-quo adecue su actuación procesal a los parámetros dados en los considerandos de la presente, debiendo enviar la misma al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida sobre la presentación del Querellante Particular.

Es mi voto.

VI. Seguidamente el Dr. Héctor Guillermo Rimaro dijo: La apelación articulada por presentación de fs. 42/53vta. de estas actuaciones que toca ahora resolver, luego de una serie de vicisitudes procesales, se estructura sobre tres concretos agravios los cuales, tras ser desarrollados, concluyen con la mención de la actividad procesal que se entiende debe realizarse como consecuencia de los mismos.

El primero es el que la parte querellante titula como "desconocimiento de la capacidad autónoma de intervención en el proceso penal de la querrela particular", agravio que verificado conduce -según la recurrente- a la revocación de la decisión impugnada y a que se haga lugar a las medidas propiciadas en la presentación en cuestión (punto VII del escrito glosado a fs. 15/31vta. de estas actuaciones).-

El segundo agravio se identifica con lo que la parte apelante ha dado llamar "desconocimiento del carácter ampliatorio del requerimiento de instrucción formulado por la Fiscalía a la presentación instrumentada por la querrela particular", extremo que proyecta a que se ordene al magistrado de grado que se pronuncie en los términos del art. 164 del CPPyC.

Finalmente, el tercer agravio alude al "abandono de la posición de imparcialidad por parte del juez de instrucción", proponiéndose por este motivo que se decrete la nulidad de la resolución impugnada.

Este es el espectro, por cierto amplio y tan serio como opinable -al menos en algunos aspectos-, que marca la competencia de esta Alzada. La secuencia analítica, enderezada a encontrar respuesta estrictamente jurídica (esto es, en el único plano que entiendo debe situarse, más allá de especulaciones o de la connotación que es de público y notorio esta causa tiene) respetará el orden en que fueron introducidos los motivos.

VI-1) Así, respecto del primero manifiesto ab initio que debe reconocerse sin ambages el mayor protagonismo que ha adquirido en estos tiempos la víctima en el proceso penal, quedando ello plasmado paulatinamente en legislaciones del ámbito nacional y en el derecho comparado, amén de ser corroborada esa progresiva tendencia a nivel jurisprudencial. "Después de años de exclusión y olvido, la víctima reaparece, en la actualidad, en el escenario de la justicia penal, como una preocupación central de la política criminal" (Bovino, Alberto; "Problemas del

derecho procesal penal contemporáneo", Editores del Puerto, Bs. As., edic. 1998, pág. 87). Resultan por lo tanto acertadas todas las referencias de ambos claustros, amén de concretas citas normativas, que para destacar tal extremo realiza la parte apelante y que doy por reproducidas en honor a la brevedad.

El problema se suscita en la determinación del alcance de la intervención, esto es, en otras palabras, hasta dónde se extiende o alcanza el mayor protagonismo de la víctima o, a la inversa, hasta qué punto puede recortársele facultades sin provocar afectación de garantías de orden constitucional. Esa, en definitiva, es la delicada situación a precisar, tornándose el encuentro de la adecuada respuesta en un verdadero desafío como presupuesto de impartir justicia rectamente.

Las partes que tuvieron voz en la audiencia fijada por imperio del art. 413 del CPPyC dejan entrever con meridiana claridad, a través de fundadas posiciones exteriorizadas con ahínco, criterios antagónicos en lo sustancial propio de la ciencia social en la que se asientan. Claramente este encuentro de posturas puede resumirse en la preponderancia que unos y otros otorgan a determinado marco normativo. Así, invirtiendo el orden expositivo en la referida audiencia, cabe destacar que las defensas pusieron el acento, básicamente, en el ordenamiento procesal penal vigente en la provincia. En este sentido han sostenido de consuno que es el art. 6 del Digesto Adjetivo el que otorga la respuesta correcta al entuerto gestado cuando reza, sin dejar margen a duda, que la acción penal pública (como es el caso de la presente causa) se ejercerá exclusivamente por el Ministerio Fiscal. A su vez, otras disposiciones contenidas en el Cuerpo Ritual neuquino confirman que esa es la hermenéutica que se desprende del mismo, tal como el art. 171 que prescribe que será el agente fiscal -y ninguna otra parte- la que requerirá la instrucción sumarial, o el art. 178 segundo párrafo ibidem cuando afirma que la instrucción se inicia sólo por dos posibles canales, requerimiento fiscal o actuación policial (prevención o información). Esas -sostienen- son las reglas de juego vigentes a la fecha a las que se debe ajustar el proceso penal, sin desconocer el avance de ideas -no plasmadas a la fecha en el ordenamiento procesal local- que montadas en el mayor protagonismo que debe reconocérsele a la víctima le otorgan a ésta la facultad de requerir instrucción. Tal vez resulte atinado esto último -se expresa- pero, para hacérselo efectivo, se requiere una modificación legislativa; de lo contrario, se corre el riesgo de incursionar indebida y peligrosamente el juez penal en un ámbito ajeno a su competencia.

Por otra parte, esta visión de las defensas encuentra anclaje a nivel constitucional en el art. 120 de la Carta Magna Nacional, cuando prescribe que el Ministerio Público es un órgano que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad. Remarcándose en pos del sostenimiento de la idea de exclusividad en la promoción de la acción penal por parte de la fiscalía, que la Constitución Nacional nada dice que asista una facultad igual a quien intervenga como querellante; si esa hubiera sido la intención del constituyente lo habría expresado.

Reseñada, en lo sustancial, la postura de las defensas, cabe mencionar ahora la opuesta enarbolada por la parte querellante. Comienza ésta por otorgar relevancia a la normativa supranacional introducida vía art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema Federal y a pronunciamientos contemporáneos a ella emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que infunden al ordenamiento procesal penal de la provincia otro alcance, otorgando pautas de interpretación que alteran la rígida estructura emergente de la expresa letra del texto diseñado por el legislador local.

En la intelección de la parte querellante, ni la exposición de motivos que sirvió para la

instrumentación de la reforma procesal penal introducida por ley nº 2153 ni la regla contenida en el art. 6 del CPPyC constituyen soporte bastante para impedir que pueda ella promover la acción penal pública, en forma autónoma en relación al Ministerio Fiscal. Ello porque la razón de la existencia de ambas obedeció no a la exclusión o negación de esa facultad a la víctima del delito sino a la necesidad de deslindar los roles del juez y del fiscal, privándolo a aquel de ejercer actividad jurisdiccional inoficiosa y quitándole, de tal modo, la posibilidad de inicio de actividad investigativa por propia actividad.-

Eso es, ni más ni menos, lo con la claridad acostumbrada ilustra Cafferata Nores cuando decía: "A diferencia de la actividad ejecutiva o legislativa, la jurisdicción no se puede poner en movimiento por su propia iniciativa: los jueces no son émulos del Quijote que salen por allí a ver qué entuertos descubren para deshacerlos: por el contrario exige un requerimiento formulado por alguien ajeno a ellos, como prenda de su imparcialidad...".-

El nudo de la cuestión planteada, insisto, reside en definir si ese ser ajeno es exclusivamente la Fiscalía o, en paridad con él, la víctima de un delito de acción pública (incluyendo los supuestos en que se necesita instancia privada para poner en marcha la investigación) está habilitada, en forma independiente, a excitar la jurisdicción. En el primer caso, la actividad de la víctima quedará circunscripta a un rol adhesivo y, por el contrario, en el segundo, tendrá facultades autónomas de actuación.

Esto último es lo que pregona la parte querellante en autos. El diseño procesal penal provincial, así como está conformado en la actualidad, no resulta una barrera infranqueable a su pretensión. Permite superarla la nueva perspectiva dimanante de la legislación supranacional con rango constitucional y las directrices que el Alto Cuerpo de Justicia Nacional viene trazando (vbgr. a través de los precedentes "Sabio", "Santillán", "Quiroga", "Del'Olio"), asentada en la idea de otorgar operatividad plena al derecho a la tutela judicial efectiva. Reseñadas, en prieta síntesis las posturas encontradas de las partes (expuestas en extensas presentaciones y, luego, locuciones de similar tenor), resta por exteriorizar mi visión jurídica sobre el punto.

Tengo dicho en reiterados pronunciamientos que la normativa supranacional incorporada precisa, para su plena operatividad en el ámbito interno, de expresa regulación, tal como sucede con las premisas emergentes del texto de la Constitución Nacional. Ello porque suelen contener postulados o directrices genéricos que deben ser insertados, a través del mecanismo también de orden constitucional correspondiente (reforma legislativa) en el ámbito determinado donde se pretenda su aplicación pues, de no ser así, otorgar contenido en casos concretos a postulados tan loables como laxos en su interpretación, puede conducir a efectos perjudiciales (inseguridad jurídica por criterios fluctuantes y hasta antagónicos) debido a la diferente inteligencia que le asignen los operadores judiciales en función de los múltiples factores que puedan integrar el análisis en cada caso concreto.

Sin perjuicio de lo expuesto, es innegable que a través, fundamentalmente, de la introducción de la normativa supranacional como derecho interno, se ha producido un torbellino de ideas que fluyen constantemente, remozan, alteran o hasta erradican criterios que previo se sostenían casi como verdad apodíctica, de modo tal que el panorama gestado obliga aún más a actualizar los conocimientos, someter a una suerte de verificación a los conceptos que se tienen introyectados y, en esa línea, reexaminar cuestiones y dar paso con mayor frecuencia a la reflexión.

Fruto de esta disposición frente a la realidad que ofrece el mundo jurídico aquella idea exteriorizada que alude a la necesidad del registro de una regulación expresa del legislador

como único puente a la operatividad de los postulados de orden supranacional ha cedido o, más precisamente, se ha flexibilizado teniendo presente los señeros pronunciamientos del Máximo Organo de Justicia de la Nación. En efecto, debe tenerse presente que la Corte ha dicho en "Ekmedjian" (Fallos: 315:1492) que "...Los Estados deben garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos, sea por intermedio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir con ese fin" (el subrayado me pertenece), para concluir que en ese marco se integran las sentencias de los órganos jurisdiccionales "pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas" (Fallos: 302:1284, entre otros) y por ello que "esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencia judiciales. En ese sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto" (considerando 22).

Dable es concluir entonces que a partir de esos pronunciamientos la ley no será solitaria fuente para concretizar el ejercicio de los derechos de orden supranacional en el ámbito interno sino que tiene igual preponderancia los lineamientos que emanen de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este sentido se ha dicho que "...tal posición de la Corte Federal ha sido interpretada... como confiriendo operatividad al derecho tutelado internacionalmente" (Abregú, Martín; "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto, Bs. As., edic. 1997, Págs. 8/10).

Lo sostenido hasta aquí obedece a que, compartiendo con las defensas que el CPPyC de la Provincia de Neuquén es por demás claro en su letra de que sólo el Ministerio Fiscal es quien ejercerá "exclusivamente" la acción pública, además de consignar que es él el que podrá requerir la instrucción sumarial (no mencionando nada igual -aunque no lo prohíbe- sobre la víctima devenida en querellante, reservándole a ésta sólo las facultades que le otorga el art. 70 y, según el cual, cabe interpretar sistemáticamente que dar impulso implica ejercicio de actividad en una tramitación ya en curso por requerimiento fiscal), resta bucear en la otra fuente citada a fin de procurar ratificar o rectificar tal interpretación a la luz de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En abono de la postura de la pretendiente se han traído a colación varios trascendentes precedentes. Todos claras expresiones de apertura de concepciones reconocedoras del nuevo rol asignado a la víctima en el proceso penal. Empero, ninguno de ellos hace expresa alusión a la facultad de promoción misma de la acción penal pública. Si bien todos los pronunciamientos están enderezados hacia el posicionamiento procesal de la víctima como parte autónoma para actuar con prescindencia del Ministerio Fiscal, están enfocados a su participación en el debate o, retroactivamente, a la etapa intermedia del procedimiento o, incluso, anterior a ésta, pero sin asignársele expresa facultad de promoción misma de la acción penal pública.

Los precedentes citados hacen gala de la corriente de despojar del carácter publicista al ejercicio de la acción, resultando saludable que así sea; sin embargo, insisto, a través de ninguno la Corte Federal despejó el camino de la autonomía de actuación de la parte querellante hasta llegar a afirmar que la promoción de la acción penal pública puede estar en manos de la parte privada con prescindencia de la postura que adopte el Ministerio Fiscal. Ante la falta de regulación expresa normativa de habilitación de actuación en el sentido que pretende la recurrente y la ausencia de una directriz con semejante alcance que emane del Címero Tribunal Federal (último intérprete de la Constitución Nacional), forzoso es concluir que se reconoce al querellante particular capacidad autónoma para actuar en el proceso penal pero

que ella no incluye la facultad de promoción de la acción penal pública. En otras palabras, si bien ese reconocimiento derivado de la labor de la Corte Suprema de Justicia no es una circunstancia menor, cierto es que ese avance no ha alcanzado a derribar el principio de oficialidad contenido -y vigente- en el art. 71 del Digesto Sustantivo (según el cual "deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales").

A la fecha, el acto de promoción del ejercicio de la acción penal pública que excita la jurisdicción corresponde en exclusividad a un órgano público, sin perjuicio que luego de ello la víctima, constituida como parte querellante, impulse el proceso y concrete toda la actividad que le reserva el art. 70 del CPPyC, aún cuando el Ministerio Fiscal no ejerza actividad conteste con su interés.

La concepción asumida no produce afectación a la tutela judicial efectiva invocada por la parte apelante. Ello así porque, como todo derecho de rango constitucional, no es absoluto y su ejercicio se adecuará a las normas que lo reglamente. Mientras éstas no alteren su esencia no habrá afectación alguna de orden constitucional. Como queda dicho, el ejercicio del aludido derecho en el ámbito de la Provincia de Neuquén está precondicionado por las prescripciones contenidas en la letra y el espíritu emergente de determinados preceptos (arts. 6, 57, 171, 178 del CPPyC, 71 del CP y por el art. 120 de la Constitución Nacional), regulación que no impide a quien se considera víctima de un delito el acceso a la justicia pues tiene a su disposición la posibilidad de ocurrir ante los órganos estatales encargados de la persecución penal y ante ellos exponer su pretensión formulando la denuncia o querrela y obtener una respuesta razonada. A partir de allí, el querellante, en la intelección que se desprende del precedente "Quiroga" de la C.S.J.N., posee todas las facultades para continuar la acusación en forma autónoma (cfr. "¿Es la querrela un medio legítimo de inicio de un proceso penal por delito de acción pública?...?", Juan C. Palacios, publicado en "La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-I", edit. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2007, págs. 535/6).

En fin, porque la solitaria voluntad del querellante carece del poder de suplir la falta de impulso de la acción del Ministerio Público Fiscal, pues reconocerle tal facultad con el universo normativo vigente no constituiría otra cosa que otorgarle extra legem la privatización del impulso de la acción penal (cfr. CNCRIM. VII en "Masola, M.", c. 28535, 24/5/2006), considero que el primer agravio no puede prosperar.

VI 2). Si el abordaje del denominado primer agravio produjo la introducción en un terreno actualmente materia de análisis y reflexiones por demás interesantes, el del segundo está plagado de matices que llevan a extremar esfuerzos para que la interpretación de la situación suscitada -no regulada expresamente por la normativa vigente- merezca respuesta ajustada a derecho y a justicia.

Repasar, brevemente, la génesis del caso es el punto de partida que se estima correcto a ese fin. Se advierte entonces que, pronta a inaugurarse la etapa intermedia del procedimiento, la parte querellante solicitó la reformulación de las conductas atribuidas hasta entonces a las personas procesadas y, también, respecto de otra por entonces no imputada. Asimismo, en esa presentación (fs. 15/40), conforme se desprende del epígrafe, se solicitaron medidas de prueba. El A-quo, a través del decreto impugnado del 18 de diciembre de 2008 (fs. 33/8vta.), no hizo lugar a la pretensión por no compartir la oportunidad en que se la concretó así como su objeto, contenido y alcance. En apretada síntesis, respecto al primer argumento remarcó que es la primera presentación que realizó la querellante tras veinte meses de investigación, pese a conocer el requerimiento de instrucción desde su inicio; ello, amén de la dilación presente y futura que puede provocar para el proceso y en perjuicio de las personas imputadas el

acogimiento de la pretensión que, por otra parte, "sabe ésta de lo tardío de su presentación...", pues, además se la realiza a cinco meses de concluir el debate en la causa conexas conocida como "Fuentealba I". Se remarca también contradicción en la propuesta basada en prueba de "altísima calidad" que se habría obtenido en el debate, cuando en éste con esa prueba al ex gobernador se lo llamó en calidad de testigo y ahora se pretende que declare en indagatoria. El segundo argumento dado por el decidente para fundar su postura restrictiva se asienta en que los presupuestos de la presentación no son complementarios ni ampliatorios de los supuestos de investigación sino que son totalmente distintos. Se alude en la plataforma fáctica propuesta para cada uno de los imputados a un plan ideado ex ante y con objetivo determinado, construyéndose cada imputación en forma compleja o compuesta. Además, las descripciones no reúnen los requisitos para que pueda articularse defensa alguna, más allá que no se menciona la prueba. Se observa -dice el judicante- redacción con falta de taxatividad y, si fueran viables las proposiciones, deben serlo en el marco de otra causa. Por otra parte resulta significativo que la Fiscalía, a casi dos años de trámite, no advierta una diferencia del tenor propuesto en la plataforma fáctica. Dadas estas razones sintetizadas, el A-quo ordena en la misma pieza procesal el corrimiento de vista a las partes por imperio del art. 311 del CPPyC. No puede dejar de hacerse alusión a que la querellante, tras anoticiarse de esa resolución, efectuó presentación basada en el art. 109 del CPPyC (fs. 39/40) solicitando rectificación del contenido de aquella. Concretamente, en el entendimiento que la presentación que motivara el decisorio de fs. 33/8vta. se corresponde con un requerimiento de instrucción, reclamó que no se resolviera conforme a las vías consagradas por los arts. 164 y 178 segundo párrafo del Ritual. El A-quo, entonces, sin perjuicio de responder que la presentación de fs. 2009/2025 (fs. 15/31vta. de estas actuaciones) de ninguna manera puede ser tenida como requerimiento de instrucción, lo allí dispuesto se enmarca en las previsiones del art. 181 del CPPyC. Tras esa actividad procesal tiene registro la deducción del recurso de apelación que, luego de superadas instancias de reposiciones varias y de recusación del suscripto, constituye el objeto del presente.

Señala la parte querellante en el desarrollo de los fundamentos (incluso al referirse al primer agravio) que tiene derecho a proponer una "línea de trabajo" en una investigación ya en curso, debidamente promovida; desconocerlo es producto de patrones inquisitivos. También que tiene derecho a tener una hipótesis propia que difiera de la que sostiene la vindicta pública. Agrega que se ha desconocido el carácter ampliatorio de su presentación en relación al requerimiento de instrucción propuesto por la Fiscalía. De tal modo, el juez de grado pudo haber requerido su reformulación, aunque debieron ser los propios sospechados quienes reclamaran por las supuestas deficiencias. Al haberse anticipado el A-quo afectó el rol imparcial que le cabe en el proceso. Inmediatamente se expresa en el libelo que "Participamos del criterio de que si la acción en este proceso ha sido debidamente instada (a partir del requerimiento de instrucción propiciado por la agencia fiscal entonces interviniente)" en opinión de la querellante no existe obstáculo procesal que impida el ejercer el derecho de investigación autónomo de la víctima. Esa primer parte de los argumentos -que ya de por sí ameritan algunas precisiones- se completa con apreciaciones tales como que, "...en todo caso quedaba aún el recurso (que no se utilizó en este caso) de remitir las actuaciones a la agencia fiscal correspondiente para que en su calidad de 'titular exclusivo de la acción penal' (aclaro nuevamente desde el formato inquisitivo de interpretación) para que opinara y desde allí el que se disponga la continuidad de la pretensión de la querrela particular, se formule o no requerimiento...".-

Ingresando al tratamiento de los motivos fundantes del segundo agravio no cabe menos que

coincidir en que la víctima (o sus legítimos representantes en el proceso penal) tiene el derecho a sostener una línea investigativa y también, incluso, a que ésta difiera con la sostenida por la fiscalía requirente. Si se acepta que pueda abrirse la etapa plenaria con sólo su requerimiento elevatorio (porque, por ejemplo, la representante de la vindicta pública solicitó sobreseimiento) y aún que pueda imponerse condena basada en la acusación de la víctima (porque la fiscalía no formuló acusación), resulta incoherente no admitir que pueda tener disenso en orden a la línea investigativa emergente de lo actuado y, en consecuencia, plantear otra u otras.

Ahora bien, por las razones vertidas supra, la facultad de promoción de la acción penal pública la ejerce con exclusividad -en el diseño procesal penal vigente en la Provincia de Neuquén- el Ministerio Fiscal. Ese ejercicio se concreta en el requerimiento de instrucción de sumario. Allí, es donde queda fijado el objeto investigativo, sin perjuicio que luego pueda ser perfeccionado y ampliado. Se interpreta de una correcta hermenéutica (cfr. arts. 6, 57, 171, 178 primer párrafo y ccdd. del CPPyC, 71 del CP y 120 de la Constitución Nacional) que esa facultad de ampliación del objeto procesal también es exclusiva en su ejercicio formal del mismo órgano estatal reconocido expresamente como promotor de la acción penal pública. No obstante, bajo ningún punto de vista, ello implica desconocer que la parte querellante pueda ejercer todas las actividades previstas en el art. 70 del CPPyC, incluida la de introducir la "llamada línea investigativa"; además, de hacerlo, por ejemplo, en la oportunidad registrada en autos. Es así porque no existe norma que lo impida; la marcada inactividad procesal previa durante un significativo período no puede operar entonces, legalmente, como una suerte de vallado al ejercicio de ese derecho de la parte.-

La limitación entonces no está dada en la oportunidad sino en la necesaria dependencia, como derivación de cómo la ley actualmente vigente regula la cuestión, respecto de quien detenta en forma exclusiva la promoción de la acción penal pública. Ergo, el Ministerio Fiscal es quien fija el objeto investigativo en el requerimiento de instrucción o en ulterior ocasión por su modificación o ampliación.

Si los jueces (incluido, conforme el esquema procesal vigente, quien ejerce la dirección de la etapa instructoria) tienen como insoslayable función, en todo momento, la de encauzar el procedimiento por el andarivel de la legalidad, no luce desacertado ni atentatorio contra su rol imparcial que el A-quo en el caso de marras no haya hecho lugar a la pretensión ampliatoria de la plataforma fáctica, imbuido del convencimiento que la presentación en la que se articulaba implicaba no la introducción de una línea investigativa diferente sobre el mismo objeto fijado en el requerimiento de instrucción de sumario sino un objeto sustancialmente distinto. Insisto, cuyo alcance (acertadamente o no) el legislador provincial se lo ha adjudicado en exclusividad al Ministerio Fiscal.

Lo expuesto no implica sostener que el proceder del magistrado de grado ante la situación gestada haya sido el mejor. Emerge como más atinado, no obstante su convicción que la diversidad de objeto propuesta era inaceptable, que hubiera corrido vista al Ministerio Fiscal para luego él expedirse. En cuanto al yerro que le adjudica la parte apelante a la mención en el responde a la rectificación de fs. 39/40 del art. 181 del CPPyC, merece destacarse que lo sería si se hubiera considerado solamente que el escrito de fs. 15/31vta. obedeció a un mero pedido de sustanciación de medidas de prueba (que se proponen), más no debe soslayarse que previo a la mención de la norma procesal aludida el A-quo vertió la principal razón de su decisión: que no consideraba a la presentación un requerimiento instructorio -que la parte querellante no puede realizar- y, por ende, la reclamada decisión con anclaje en los arts. 164 y 178 segundo párrafo se desvanecía o perdía toda razón de ser.

Ahora bien, ¿qué consecuencia cabe asignar al no corrimiento de vista al Ministerio Público Fiscal de la presentación de fs. 15/31 vta.?. En primer lugar debe mencionarse que no se trata de una actividad reglada y, como tal, el no proceder del modo reclamado no está conminado con expresa sanción de nulidad. Tampoco se trata de una hipótesis de nulidad absoluta por violación de norma constitucional alguna (cfr. art. 151, segundo párrafo del CPPyC). Sabido es que para que resulte de aplicación una declaración de nulidad la irregularidad sobre la que se asiente debe ser trascendente por haberse afectado intereses tutelados, entendiéndose por tales el ejercicio de la defensa en juicio (interpretada ésta en sentido laxo) o los principios básicos del proceso. En otras palabras, la declaración de nulidad requiere la efectiva producción de un perjuicio y, en función de ello, debe quedar claro qué derecho no pudo ejercerse y de qué modo esa imposibilidad fue generadora de algún gravamen. Sentadas estas básicas premisas que gobiernan la materia y traspoladas al subjúdice cabe concluir que no se advierte su registro. En efecto, arguye la parte querellante experimentar perjuicio porque el magistrado de grado se expidió negativamente sin correr vista previamente a la fiscalía. Aún si estuviera prevista la nulidad por la omisión incurrida (que, insisto, no lo está) y por ello se la declarara, esa declaración sería sólo en beneficio de la ley. Ello así porque la fiscalía, al avocarse a contestar la vista conferida por imperio del art. 311 del CPPyC, tomó cabal conocimiento de toda la actividad previa ejercida por la parte querellante y al tiempo de evacuarla nada le impedía (en atención a su exclusiva facultad de fijar el objeto procesal) acceder a la ampliación de la plataforma fáctica en los términos propuestos, quedando sólo al magistrado de grado el contralor de razonabilidad y legalidad del dictámen del funcionario público interviniente. Sin embargo, el Ministerio Público Fiscal, con todos los elementos de juicio a la vista (incluida la llamada "línea investigativa" que alteraba considerablemente el objeto procesal fijado), mostró desinterés por el nuevo curso investigativo propuesto pues nada peticionó al respecto. Ergo, una vista previa (como se reclama) o contemporánea con la prevista por el art. 311 del CPPyC hubiera provocado el mismo efecto. En otras palabras, la omisión de la vista previa (reitero, no reglada) al conferimiento de la corrida por esa norma -al fiscal- de la pretensión de ampliación de la plataforma fáctica no resulta generadora de perjuicio alguno. En otras palabras, no se advierte qué derecho no pudo ejercerse que no pueda ejercérselo ahora y por qué se genera un efectivo perjuicio que imponga sancionar con nulidad el acto por el cual el A-quo resolvió sin dar previa intervención a la fiscalía. Sobre el punto, merece traerse a colación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "...en materia de nulidades procesales ha de emplearse un criterio restrictivo analizando siempre la íntima vinculación de ellas con el principio de defensa en juicio (art. 18 Const. Nac.), toda vez que requieren un perjuicio concreto para alguna de las partes; porque cuando se las decide en el sólo interés de la ley, importan un manifiesto exceso del ritual no compatible con el buen servicio de justicia..." (CSJN, 11/8/88, "Fiscal c/Soto Waldo R. y otros", JPBA, Tº 69, Fº 8200, "Revista de Derecho Penal-Garantías constitucionales y Nulidades procesales, pág. 491).

En definitiva, no tratándose la presentación de la parte querellante de fs. 15/31 ta. de un requerimiento de instrucción -que no está facultada a realizar- la expedición pretendida del A-quo en los términos del art. 164 del CPPyC resulta improcedente. Asimismo, nada corresponde revocar si conocida esa presentación tildada luego como "línea investigativa" propuesta no fue integrada por parte del Ministerio Público Fiscal como ampliatoria del objeto procesal.

VI 3). El tercer agravio reside en un planteo introducido y resuelto por esta Alzada (de modo

contrario a la pretensión de los recusantes) en actuaciones caratuladas como "Incidente de recusación en autos caratulados Fiscalía de Cámara s/Inv. Expte. 38150" (causa nº 992/09 del registro de esta sede). Razón por la cual, no corresponde el avocamiento sobre el particular bajo los mismos presupuestos.

VI 4). Con todas las consideraciones vertidas hasta aquí entiéndese haber dado tratamiento y condigna respuesta a todos los agravios que sustentaron la vía recursiva y, como corolario, soy de opinión que el decreto del día 18 de diciembre de 2008, obrante a fs. 33/8vta. de estas actuaciones, corresponde sea confirmado. Sin embargo, no puede ignorar este pronunciamiento la situación abordada por el Sr. vocal preopinante en relación a la irregularidad de la notificación de la vista por art. 311 del CPPyC a la parte querellante y a la consecuencia que proclama.

Se menciona en el voto precedente que se desoyó lo normado porque la vista prescripta por ese precepto debió ser corrida, en primer término, a la parte querellante y, luego, al Ministerio Fiscal. Respetuosamente, disiento con tal criterio. Ello porque la cédula de notificación diligenciada en legal forma al domicilio constituido por la querellante es prueba elocuente de la toma fehaciente de conocimiento de su destinataria de lo resuelto el día 18 de diciembre de 2008. Es verdad que la transcripción en el cuerpo de la cédula de la parte del decreto cumple nada más con exigencias básicas y no resulta pertinente para sustentar el efectivo anoticiamiento del corrimiento de la vista conferida por imperio del art. 311 del CPPyC. El déficit, en consecuencia, impondría la declaración de nulidad. No obstante esa idea se diluye si se repara en que al pie de la cédula obra constancia, debidamente sellada y rubricada por la actuario, que se agrega con el cuerpo de la misma copia completa de la resolución que luego se impugna. En otras palabras, en el caso particular se ha ejercido actividad que frecuentemente reclaman las partes -no sin razón- que en la medida de lo posible se les remita copia de los decisorios que constituyen el objeto de la notificación. El conocimiento entonces del corrimiento de la vista ha sido pleno e irreprochable.

Amén de lo expuesto, si la vista se corrió en la misma oportunidad y no en forma previa a la parte querellante, a estar al tiempo que irrogó evacuarla al Ministerio Fiscal la actividad de aquella -de haberse ejercido- en los hechos hubiera sido necesariamente anterior y, una vez más, la imposición de la sanción procesal extrema de nulidad luciría desproporcionada y sólo como muestra de un exacerbado apego al formalismo ritual.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, ahondando sobre la notificación de las partes en virtud del mentado art. 311 del Rito, se observa sí una situación irregular que precede cronológicamente a la tratada y que no puede soslayar un recto análisis; ésta sí, a modo de ver del suscripto, constituye un supuesto de nulidad.

Aludo, concretamente, a que la parte querellante se siente afectada por lo resuelto mediante el decreto del 18 de diciembre de 2008 (previo al párrafo que dispone el corrimiento de la vista por el art. 311 del CPPyC) y ejerció, en tiempo oportuno, la actividad procesal correspondiente tendiente a su revocación. Esa actividad, que se extiende hasta el presente, demuestra a todas luces que el decisorio impugnado no adquirió firmeza aún que habilite el avance del proceso al paso siguiente que corresponda. Aquí sí es observable afectación al debido proceso legal y al derecho constitucional de la defensa en juicio, toda vez que la vista corrida era improcedente no en el orden sino en el tiempo en que fue concretada. La parte querellante, en este caso, puede experimentar perjuicio si se repara en que todavía está a tiempo de expedirse en función de esa norma y, a la luz de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (vbgr. "Santillán"), ejercer actividad autónoma que puede tener repercusión en el trámite ulterior del

proceso.

En definitiva, porque el corrimiento de vistas por art. 311 del CPPyC sin encontrarse firme la resolución del 18 de diciembre de 2008 lesiona el debido proceso legal y, específicamente, el derecho a la defensa en juicio, se está en presencia de una situación violatoria de normas constitucionales (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), constitutiva de nulidad absoluta y, como tal, declarable aún de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 151, segundo párrafo del CPPyC). Esa nulidad alcanza entonces solamente al párrafo en que están ordenadas las referidas vistas; en consecuencia, tiene el efecto de invalidar parcialmente el mentado decreto. Obviamente, queda alcanzado por los efectos invalidantes, como acto consecutivo, la contestación de la vista fiscal obrante a fs. 2133/2167vta. de los autos principales.

En orden a la continuidad o no de la intervención del Sr. Fiscal de Cámara refrendante del mismo, interpreto que excede -al menos de momento- las facultades de esta Alzada. Es mi voto.-

VII. En último término, el Dr. José Víctor Andrada dijo: El planteo efectuado por la querrela, en mi entender, no está vinculado tanto con un método de tipo adversarial (teoría del caso, formulación de cargos, línea de trabajo, etc.), sino con el sistema de persecución penal vigente que, como es sabido, es oficial y está atribuida en exclusividad al Estado por intermedio del Ministerio Público (conf. art. 71 CP). A punto tal que Maier, al tratar los principios políticos del derecho procesal penal argentino, señala que 'la incorporación de este nuevo interés –privado, en el caso- no desplaza ni excluye la persecución penal del Estado, siempre principal y determinante para la solución del caso' (Derecho Procesal Penal: fundamentos, 2^a. Ed. 3^a reimpr., Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, I-828). Este fuerte sesgo sustancial condiciona entonces la actuación y la autonomía plena pretendidas, e impide efectuar de lege ferenda las interpretaciones sugeridas por el recurrente. Hacerlo no solamente importaría por parte de la judicatura el ejercicio de facultades que no le son propias, sino deslegitimar la base misma del proceso.

En ese contexto 'impulsar' (art. 70 CPrPyC), no puede equivaler a 'promover', al menos no en este proceso que fue oportunamente instado por el titular exclusivo de la acción penal pública (art. 6° ídem), quien así dejó establecido el marco fáctico respecto del cual deben analizarse las imputaciones en curso. Esto dicho porque la integración de las mismas con 'otras proposiciones fácticas' –tal es la pretensión que motivó el recurso-, en mi entender importaría alterar sustancialmente la base objetiva del proceso inicialmente fijada, delimitación en torno a la cual se desarrolló toda la actividad judicial en este ya dilatado caso (art. 178 y concs. CPrPyC). El requerimiento ampliatorio que se analiza importaría en consecuencia el ejercicio de una función autónoma no legalmente reconocida, incursión que por significar una alteración en el curso normal del proceso competía al señor juez de instrucción desestimar in audita altera parte, ello en uso de facultades ordenatorias propias, provocado ejercicio del que en modo alguno puede derivarse el acusado compromiso del magistrado con la estrategia de una de las partes. No se da en mi entender ningún supuesto que habilite la aplicación de la norma prevista por el art. 150 del CPrPyC. y, como es sabido, no existen otras vistas que las legalmente establecidas (art. 138 ídem).

Por todas estas razones es que considero que el recurso debe ser desestimado. Ello sin mengua del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, en mi entender sobredimensionado por la parte impugnante. Amén de señalar que no se trata de un derecho absoluto (arts. 14 y 28 CN), o que al menos no puede sobreponerse al derecho de los

imputados de ver resuelta su situación en el proceso en un plazo razonable, el legislador local ha previsto múltiples disposiciones consagratorias de los derechos de la víctima del delito. Entre ellas, el derecho a ser informada sobre los resultados del acto procesal en que ha participado, el estado de la causa y la situación del imputado (art. 96 bis-e CPrPyC), amén del de constituirse en parte querellante y/o actor civil (arts. 70 y 71 ídem); proponer diligencias durante la etapa sumarial (arts. 181 y 313); recurrir la falta de mérito y el sobreseimiento del imputado (arts. 286 y 302); oponer excepciones (art. 304), pronunciarse en la etapa intermedia, y solicitar la elevación a juicio (art. 312), en este último caso con la extensión expresamente reconocida por la Corte Suprema en el precedente 'Sabio' (S. 58.XLI). La apertura de la presente queja, no obstante su resultado, es prueba más que acabada de que no es tal la desatención acusada.

Tal es mi voto ateniéndome a la cuestión que ha sido objeto del presente recurso (art. 404 CPrPyC). Empero, dado que el vocal que se expide en segundo término introduce una situación que afectaría el derecho de la parte querellante a expedirse en los términos del art. 312 del CPrPyC., cuestión que por lo tanto debe ser resuelta sin que por mi parte quepa la posibilidad de introducir una solución distinta, habré de adherir a la propuesta. Sin perjuicio de señalar que en mi entender se trataría de una cuestión que la parte podría articular y ser resuelta en la instancia de origen, pues no puede soslayarse que oportunamente requirió la suspensión del trámite de la causa, que por la razón que fuere se omitió notificarle el tácito decaimiento del derecho a contestar la vista, y el efecto suspensivo del recurso, por una estricta razón de economía procesal considero atinada la solución propuesta por el vocal, que incluye la omisión de cualquier pronunciamiento en torno a la actuación del Ministerio Fiscal, por entenderla manifiestamente improcedente.-

VIII. Por todo lo expuesto, esta Cámara de Apelaciones en lo Criminal, **RESUELVE: I. RECHAZAR** el recurso de apelación interpuesto por la parte querellante contra el decreto datado el 18 de diciembre de 2008, obrante a fs. 33/38vta. -2066/2071vta. de los autos principales- (art. 414 del CPPyC).-

II. DECLARAR la NULIDAD PARCIAL del decreto de fs. 33/38vta. -2066/2071vta. de los autos principales- en cuanto ordena el corrimiento de vistas por imperio del art. 311 del CPPyC a las partes y la NULIDAD de la contestación por el Ministerios Público Fiscal de dicha vista, obrante a fs. 2133/2167vta. de los autos principales, por resultar acto consecutivo (cfr. arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 151, segundo párrafo, 155 y ccds. del CPPyC).-

III. Tener presente las Reservas de Casación y de interposición del Recurso Extraordinario Federal efectuadas por los apelantes.-

IV. Regístrese, notifíquese. Fecho vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen con adjunción de las fotocopias de la causa principal hasta el cuerpo X y del original del cuerpo XI e incidente nº 553 que corre agregado por cuerda al mismo.-

RESOLUCION INTERLOCUTORIA N° 291/09.-