

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 10 de diciembre de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Kogan, Genoud, de Lázzari, Hitters**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 121.299, "Álvarez, Daniel Roque. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y de nulidad, en causa N° 14.859 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Dolores".

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Dolores, mediante el pronunciamiento dictado el 13 de agosto de 2013, rechazó la apelación **in pauperis** articulada por el imputado de autos y el recurso de la especialidad interpuesto por el señor Defensor Oficial; confirmando -de este modo- la resolución del Juzgado en lo Correccional n° 2 de ese departamento judicial que decidió "... 1- 'Tal como ha quedado calificado por el acusador, en definitiva, el hecho enrostrado a Álvarez Daniel Roque ... corresponde Declinar competencia en Razón de la materia y remitir los autos a la OGA Dptal., a los fines de su radicación en un Tribunal Oral Criminal (art. 166 inc. 1° del CP, 359, 22, 24[,] 39 y concs del C.P.P.) 2- Declarar la nulidad de todo

lo actuado por este Juzgado en lo Correccional en la presente causa N° 510/2012, a partir de la citación a juicio... de conformidad a lo previsto en el art. 28 del C.P.P.'" (fs. 173/177 vta. -el destacado y la cursiva en el original-).

El señor Defensor General -doctor Daniel Ignacio María Arias Duval- interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 226/241 vta.), el que fue concedido a fs. 247/249.

Oído el señor Fiscal del Tribunal de Casación Penal (resol. 5/14), dictada la providencia de autos, y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

1. Contra el pronunciamiento reseñado en los antecedentes, se alza el señor defensor agraviándose de la inobservancia del art. 374, quinto párrafo del Código Procesal Penal y de la errónea aplicación de los arts. 28 y 359 de ese mismo cuerpo legal, así como del art. 166 inc. 1 del Código Penal. Alega asimismo la violación de los arts.

18, 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 15 de la Constitución provincial; 14 incs. 1 y 3 del P.I.D.C. y P.; 8 incs. 1, 2.b y 2.c de la C.A.D.H.; 374, 1 y 3 del Código Procesal Penal por haberse afectado el principio de congruencia, al variar de manera sustancial el hecho y la figura en la que, finalmente, el juzgado en lo correccional y luego la Cámara, subsumieron los hechos investigados. Asimismo estima afectadas las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio (fs. 232 vta./233).

a) En particular, denunció la omisión de resolución de la hipótesis planteada por esa parte (fs. 233). Reseñó lo expuesto en el recurso de apelación y afirmó que la "... Cámara de Apelaciones, mediante manifestaciones abstractas y dogmáticas, rechazó los [reclamos] de la defensa, implicando ello omisión de resolución de las cuestiones esenciales que se llevaron a su estudio en el recurso de apelación (inobservancia de los art. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires)" (fs. 233 vta.). Adujo que luego de resumir los agravios, les dio un único tratamiento, transcribiendo lo ya expresado por el órgano de juicio de la primera instancia; y ese modo de proceder impidió que el remedio procesal interpuesto diera cabal satisfacción al derecho de recurrir la sentencia. En este sentido, invocó el fallo "Casal" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs.

234).

b) En segundo lugar, hizo referencia a la "... consideración de la modificación de la plataforma fáctica como la situación prevista en el artículo 359 del CPP, y no la del artículo 374 del CPP" (fs. 234 vta.). Luego de citar los supuestos en los cuales procede el art. 359 del rito, afirmó que la plataforma fáctica traída a debate fue modificada por el Ministerio Público Fiscal sin encuadrarse en lo que establece el mentado precepto (fs. 235 vta.).

De seguido, adujo la errónea aplicación del art. 28 del Código Procesal Penal (fs. 236) en función de lo expuesto previamente, al entender que la declaración de nulidad dispuesta resultaba improcedente.

c) También se ocupó del principio de preclusión (fs. 236 vta.), al decir que el señor Fiscal, en oportunidad de requerir la elevación a juicio y realizar los lineamientos de la acusación, contó con elementos suficientes para calificar el hecho en los términos que con posterioridad lo hizo al ampliar dicha acusación; y que sin embargo los encuadró en el art. 90 del Código Penal (lesiones graves). Mencionó cuáles eran esas pruebas (fs. 237 y vta.) y concluyó que "... habiéndose celebrado el debate y no habiéndose producido acusación fiscal por el hecho que motivara su realización, corresponde absolver a Daniel Roque Álvarez, en virtud de que la realización de un

nuevo debate en autos, conculca la garantía de non bis in idem..." (fs. 238 -el destacado en el original-).

d) Por último, se abocó al tratamiento de esta regla que impide ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Explicó que "... celebrado el debate por un hecho, y declarada en el mismo la nulidad de lo actuado desde la citación a juicio, la realización de un nuevo debate, conculca la [mentada] garantía..." (fs. 233 vta.). En definitiva, sostuvo que en el presente caso, donde lo que se cuestiona no es la validez del debate en su conjunto sino el pronunciamiento mismo del magistrado, único acto que aparece viciado, siendo dicha circunstancia totalmente ajena a la conducta atribuible al imputado "... no cabe otro camino procesal p[o]sible que el de disponer la libre absolución del imputado, desde que resultará imposible producir un nuevo debate sin violar la ... defensa, porque de hacerlo se [afectaría] el principio del juez natural" (fs. 239 y vta.). En apoyo de su postura, transcribió segmentos del fallo "Mattei" dictado por la Corte federal.

2. Coincidió con lo dictaminado por la Procuración General en cuanto aconseja el rechazo del recurso interpuesto.

3. Inicialmente, cabe aclarar que esta Suprema Corte, tuvo por equiparada a definitiva la resolución atacada y admitió la vía de inaplicabilidad de ley

articulada para tratar el planteo referido a la violación al **ne bis in idem** enmarcado en el último de los disensos traídos en el recurso y de aquellas garantías -defensa en juicio y debido proceso- conexas e imbricadas a aquel (fs. 238, conf. resolución de admisibilidad de fs. 247/249). De manera que, los planteos ajenos al invocado no serán tratados por no haber superado la aludida admisibilidad recursiva.

No obstante ello y aún a riesgo de ser reiterativa quiero poner en claro dos cuestiones.

a) Cuando la parte se queja de una presunta omisión del **a quo** (reseñado más arriba en el punto 1.a), no acudió por la vía correspondiente (conf. arts. 161 inc. 3 b y 168 C. prov.).

b) Aún soslayando ese déficit, el acierto o error de la hipótesis que la parte dice que fue omitida por la resolución de la Cámara, no podría ser analizada en esta instancia dado que concierne a una cuestión puramente procesal: según el recurrente, el supuesto acontecido en el juicio de autos no era un caso de "ampliación de la acusación" (art. 359, C.P.P.) sino que se trató de un "hecho diverso" (art. 374 inc. 5º, C.P.P.).

4. Disipado el panorama, pasaré a abordar el recurso a los fines de establecer si la declinatoria de competencia y la nulidad del debate confirmado por la

Cámara de Dolores puede transgredir el principio del **ne bis in idem**.

En lo que resulta de interés, la Cámara mencionada, en su resolución le otorgó un puntual alcance al principio del **ne bis in idem**, a través del cual interpretó que la regla de protección en cuestión, sólo opera a partir de una sentencia firme.

Para ello tuvo en cuenta la letra estricta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7) que dispone que *"Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"* y de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando señala (art. 8.4) que *"El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos"*.

El recurrente se agravia de ello, indicando que *"celebrado el debate por un hecho y declarada en el mismo la nulidad de lo actuado desde la citación a juicio, la realización de un nuevo debate, conculca la garantía de non bis in idem"* (art. 18 de la Constitución Nacional, 15 y 29 de la Constitución Local)" (fs. 238/240 vta. punto 6.d).

De las referencias que hace en ese punto a pasajes que el recurrente señala que son de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de la obra que cita, se

desprende que el impugnante, a diferencia del criterio de la Cámara antes expuesto, le otorga a la cláusula en examen una inteligencia más amplia con base en el derecho anglosajón, y precedentes de la Corte nacional (que no identifica) y su par norteamericana en los que se ha interpretado que la protección al ciudadano no sólo abarca la imposibilidad de ser condenado más de una vez por el mismo hecho sino de ser expuesto a un doble riesgo de que ello ocurra (fs. cit.).

5. El planteo desde mi óptica no prospera. El recurso presenta una deficiente fundamentación, que impide tener por demostrada la relación directa e inmediata entre la garantía del **ne bis in idem** y lo acontecido en el **sub lite**.

Pues si bien no se me escapa que la Corte federal, último intérprete de la Constitución nacional, ha ido delineando a lo largo de los años y en numerosos fallos el alcance que cabe atribuir al principio constitucional del **ne bis in idem**, la temática posee diversos aspectos que no fueron precisados ni abordados por la parte en su intento de demostrar la aplicabilidad de la doctrina de la Corte al caso de autos.

En efecto, el único precedente del cimero tribunal que la parte identifica en sustento de su agravio resulta ser "Mattei" (Fallos 272:188), al indicar que "una

vez que una persona ha sido acusada de cometer un delito, nace a partir de allí un derecho a obtener una sentencia que defina su situación 'de una vez y para siempre'" (fs. 239 vta.).

Sin embargo las divergencias causídicas que presenta "Mattei" impiden parangonarlo con el presente. En aquel la Cámara interviniente había anulado de oficio las actuaciones a partir del cierre del sumario sobre la base de que el instructor no había agotado la investigación. La Corte revocó el pronunciamiento -básicamente- porque "... el juicio ha sido retrogradado a su etapa inicial, o sea la de sumario, cuando se encontraba ya en condiciones de ser definitivamente fallado con relación al apelante; y cuando éste llevaba más de cuatro años en la condición de procesado..." (parágrafo 6°, Fallos 272:188).

En el **sub lite** la anulación dispuesta no retrotrae el proceso a una etapa ya superada (vgr. la investigación penal preparatoria) sino que ordena renovar los actos procesales necesarios -dentro de la etapa del juicio- para que se dicte un pronunciamiento definitivo -que resultó postergado- tomando en consideración los elementos de convicción allegados por las partes al juicio a fin de considerar la nueva imputación acaecida durante el truncado debate: estas diferencias son esenciales a fin de aplicar al caso la doctrina que de allí emerge.

Finalmente, aunque la parte no lo cite, considero justo señalar que tampoco de los precedentes de la Corte nacional "Alvarado", "Polak", "Olmos", "Kang" y "Sandoval" a los que este Cuerpo aludiera al admitir la queja (v. fs. 248 y vta.) es doble propiciar una interpretación de la regla que abarque al supuesto de autos.

Puntualmente me referiré al segundo indicado (Fallos 321:2826), dado que los restantes portan ostensibles diferencias en sus aspectos fácticos y procesales que ya los distinguen desde la propia configuración de la problemática que aquí interesa.

En "Polak" el máximo Tribunal nacional impidió la renovación de un juicio, que se pretendía bajo el argumento de la incompetencia del magistrado que había fallado en él.

Esta apariencia de similitud con lo acontecido en autos, se esfumará a poco de que se analice, quedando en evidencia que no se trata de supuestos análogos.

En efecto, el Fiscal de aquel caso planteó la incompetencia del tribunal en razón de la materia por considerar que el mismo hecho de la investigación que al juicio habría arribado calificado como "violación de deberes de funcionario público", debía recalificarse en los términos de una "administración fraudulenta". La magistrada interviniente rechazó el planteo al entender que el Fiscal, para cambiar la calificación del hecho, debía previamente

haber ampliado la acusación, lo que juzgó necesario dado que anteriormente aquél había descartado la presencia de perjuicio. Así, continuó el juicio y una vez concluido, la jueza dictó sentencia absolutoria en la que consideró que no se habían acreditado los elementos típicos de la administración fraudulenta por falta de perjuicio real o potencial, ni de la violación de los deberes de funcionario público, pese a lo cual limitó la absolución a este último delito en virtud del principio de congruencia (conf. en lo sustancial, considerando 5º, "Polak").

Luego, a merced de un recurso del acusador, el revisor local -superior Tribunal de Río Negro- anuló el veredicto y el juicio, ordenando el reenvío a un órgano criminal competente para la renovación de los actos correspondientes.

Así, la cuestión fue claramente definida por la propia Corte en los siguientes términos: *"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" (fallo cit., considerando 11°, resaltado propio), aplicando luego, en definitiva, conforme lo ya dicho, la doctrina de "Mattei".

Por el contrario, en el **sub lite**, el juicio no llegó a sustanciarse. Pues el Fiscal, al advertir durante el curso del debate que la imputación viraba hacia una calificación legal más gravosa (de lesiones graves -art. 90, C. P.-, a robo agravado por la causación de lesiones -art. 166 inc. 1°, C.P.-) amplió la acusación poniendo en conocimiento de la defensa y de la jueza tal circunstancia, solicitando asimismo la declinatoria de competencia. En virtud de ello, la magistrada, tras oír a la defensa y al imputado, pasó a un cuarto intermedio luego del cual entendió que le asistía razón al Ministerio Público Fiscal, aceptó la ampliación de la acusación y en consecuencia declaró su incompetencia, dado que la nueva calificación legal pretendida por el acusador excedía la materia correccional legalmente asignada a su función. En segundo término declaró la nulidad de todo lo actuado -incluido, lógicamente, **el inconcluso debate**-, como ineludible consecuencia de la falta de competencia decretada.

Así, las diferencias apuntadas impiden trasladar la solución propiciada por la Corte Suprema de la Nación en el mencionado "Polak", a este caso.

Por todo lo dicho, voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Genoud** y **de Lázzari**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron también por la **negativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

Adhiero a la magistrada que abre este acuerdo pues, en efecto, el recurso intentado es insuficiente.

Ello no importa expedirse acerca de lo adecuado o no de la decisión de la jueza correccional de declarar su incompetencia durante la sustanciación del juicio oral, a la luz de la prescripción del art. 37 del Código Procesal Penal.

Voto por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal del Tribunal de Casación Penal (resol. 5/14), se resuelve rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, con costas (art. 496, C.P.P.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario