

## Dictamen del Procurador General, Expte. N.º P 130.975, “Flores, Jonathan Claudio s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”

**FECHA** | 22 de agosto de 2018

**ANTECEDENTES  
Y CURSO DE  
ACCIÓN PRO-  
PUESTO**

Sala V del Tribunal de Casación Penal hizo lugar al recurso de la especialidad deducido por el Agente Fiscal y declaró la nulidad del veredicto absolutorio dictado respecto de Jonathan Claudio Flores en relación a los delitos de robo triplemente agravado en concurso real con portación de arma de uso civil por los que fuera acusado, por incumplir las exigencias de fundamentación. Dispuso el reenvío de los autos a la instancia de origen conforme reza el art. 461 del C.P.P., a los fines de que un tribunal hábil celebre un nuevo juicio y asegure la imparcialidad de los magistrados, sin costas.

Frente a lo así resuelto, la defensa oficial dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en representación de su asistido y denunció la infracción a las garantías de defensa en juicio, debido proceso y ne bis in idem (arts. 18, 33 y 75 inc. 22, CN; 8.2.h, CADH y 14.2, PIDCyP).

El Procurador General consideró que el recurso no podía tener acogida favorable.

**SUMARIOS**

**Agente fiscal. Facultades recursivas:** Una razonable interpretación de las normas procesales en juego permite reconocer al Agente Fiscal facultades recursivas respecto de la sentencia contraria a su pretensión sin que ello implique, en modo alguno, negar o subvertir el sentido de las garantías constitucionales consagradas en beneficio de quien se encuentra sometido a proceso.

Corresponde recordar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 320:2145) ha señalado que el acusador público no cuenta con el derecho consagrado en el art. 8.2.h de la C.A.D.H., pero destacando que “en tales condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal le concede” (cons. 9), aclarando de ese modo que la inexistencia de una garantía constitucional que de sustento a las facultades impugnativas del acusador público no impide que ellas le sean conferidas legalmente. La sentencia atacada repara expresamente en esta distinción y la aplica luego a la hora de analizar la procedencia del recurso interpuesto por el acusador, decidiendo hacer lugar al reclamo por considerarlo viable dentro del acotado marco de revisión que habilitan los arts. 448, 449, 452 y ccs. del C.P.P.

**Principio ne bis in idem:** La Corte Interamericana de Derecho Humanos máximo intérprete

convencional-, sostuvo en el caso “Mohamed vs. Argentina” que el principio de *ne bis in idem*: “...busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo ‘delito’), la Convención Americana utiliza la expresión ‘los mismos hechos’, que es un término más amplio en beneficio del inculcado o procesado” (considerando 121). Recordó también la Corte haber sostenido “...de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia” (considerando 122). En síntesis, la Corte Interamericana sostuvo que un individuo no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismo hechos si la sentencia condenatoria que se pronunció a su respecto no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que hubiera adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa posterior de un mismo proceso judicial penal que no había concluido con el dictado de esa decisión final e inmutable.

**Recursos contra absoluciones. Violación del *ne bis in idem*:** *La adopción de una postura que no admitiera la decisión en crisis traería como consecuencia que “...deberían declararse inconstitucionales las normas de todos los códigos procesales que permiten recursos contra las absoluciones y otras, como por ejemplo, el art. 16 de la ley 48 (vigente sin objeciones desde 1863). Es que si no es posible un reenvío, una vuelta atrás, todos los recursos existentes deberían declararse inválidos, salvo los de la defensa. Esta consecuencia es, cuanto menos, extraña, si uno observa que la Corte Suprema de Justicia todos los días trata recursos que vienen cuestionando absoluciones y no los rechaza con el argumento de que abrirlos implicaría una violación del non bis in idem. Ejemplo de ello es la causa L.328 -XLIII-, “Luzarreta, Héctor José y otros s/ privación ilegal de la libertad agravada y reiterada en concurso ideal”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, emanada de la Corte Federal, que deja sin efecto una absolución dictada por un Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal, por los recursos de casación y extraordinario federal interpuestos por los fiscales de juicio y de casación respectivamente” (Javier Augusto De Luca -“Recurso Fiscal contra Absoluciones y Nuevo Debate” (comentario al fallo “Kang” de la Corte Suprema), en Pitlevnik, Leonardo *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Número 13, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 186).*

**Proceso penal. Retroacción. Improcedencia:** La regla general según la cual “no hay lugar para retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece” (conf. Fallos: 297:486; 298:312; 305:913; 306:1705; 311:2205, considerando 5 ° de la disidencia parcial de los jueces Bacqué y Petracchi; y 312:597) (CSJN “Alvarado”, sent. de 7/5/1998, cons. 9 de la disidencia de los jueces Petracchi y Bossert; “Sandoval”, sent. de 31/8/2010, cons. 6 del voto de la mayoría; P. 117.701, sent. de 15/7/2015 y P. 122.259, sent. de 2/12/2015), no resulta afectada si la anulación dispuesta de ningún modo retrotrae el proceso a una etapa ya superada (vgr. la investigación penal preparatoria) sino que ordena su reencauce por los motivos expuestos párrafos arriba.

**Principios de preclusión y progresividad:** Los principios de preclusión y progresividad no son absolutos, pues solo pueden tenerse por precluidos los actos o etapas procesales cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, quedando a salvo los supuestos de nulidad (Fallos: 272:188; 305:1701; 306:1705 y 308:2044) y esto último es, precisamente, lo que ha ocurrido en el presente caso. En esta línea esa Suprema Corte ha descartado, invocando el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la existencia de una doble persecución penal prohibida siempre que “...ello tenga lugar cuando la nulidad del juicio obedeció a la existencia de vicios esenciales” (doct. Fallos 312:597 -"Weissbrod"- y 326:1149 -"Verbeke"-), como en paridad acontece en el caso, toda vez que el tribunal intermedio dejó sin efecto el pronunciamiento adoptado en la instancia anterior por defectos en su fundamentación que lo tornaban insostenible como acto jurisdiccional válido (SCBA, P. 120.756, sent. de 22/2/2017 y P. 129.069, sent. de 15/10/2017).

**Naturaleza e importancia del vicio:** Retrogradación del proceso. En la misma oportunidad se indicó, tras establecer una distinción entre supuestos como el de autos y los que dieran lugar a los pronunciamientos de la Corte federal en “Mattei”, “Polak” y “Sandoval”, que: ‘la naturaleza e importancia del vicio condicionan la válida progresión de cada uno de los actos del proceso, y con ella, la extensión de la imposibilidad de su renovación’ (voto de los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni en ‘Kan, Yoong Soo’ -por remisión al dictamen del Procurador General doctor Esteban Righi-, sent. del 27-12-2011, Fallos 334:1882). Es decir, no cualquier nulidad permite retrogradar el juicio, pero, como contracara, no toda anulación con reenvío a fin de enmendar los actos esenciales del juicio viciado importan un bis in idem prohibido” (P. 120.756, cit.).

**Nulidad del pronunciamiento absolutorio:** El Tribunal de Casación, al llevar adelante su específica actividad, advirtió la existencia de déficits de tal magnitud en el pronunciamiento

absolutorio de origen que le impedían considerarlo como acto jurisdiccional válido, y no le cupo otra alternativa que disponer su nulidad, circunstancia que priva de efectos al acto procesal en cuestión e impide, conforme la doctrina antes citada, tener por configurado en el caso un doble juzgamiento prohibido.

**Garantía contra la doble persecución penal:** Operatividad. Las cláusulas convencionales con jerarquía constitucional que reconocen expresamente la garantía contra la doble persecución penal son operativas cuando medie una sentencia, absolutoria o condenatoria, firme, sobre un hecho y respecto de un sujeto determinado y eventualmente, conforme la doctrina de la Corte Suprema en “Mattei” y “Polak”, en aquellos supuestos en los que el ejercicio de estas facultades atente claramente contra el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, contra el derecho de defensa o contra la posibilidad de exigir el doble conforme por parte del imputado.