



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123331-1

"Ojeda Mansilla, Cristian
s/ rec. extraordinario de
inaplicabilidad de ley".

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata hizo lugar al recurso de la especialidad deducido por el Fiscal y revocó la sentencia del Juzgado en lo Correccional N° 5 departamental en cuanto absolvió a **Cristian Rigoberto Ojeda Mansilla** por resultar atípica la conducta que se le imputara, que fuera calificada como portación ilegal de arma de fuego de uso civil y alternativamente como tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil. En consecuencia, ordenó el reenvío para que un distinto órgano jurisdiccional provea a la realización de un nuevo juicio oral con ese alcance (v. fs. 203/211).

II. Frente a lo así resuelto, la Defensora General departamental deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en representación de su asistido (v. fs. 235/241).

En primer lugar, menciona que en autos se ha otorgado un indebido alcance al recurso fiscal contra la sentencia absolutoria, exponiendo que la recurribilidad de dicho pronunciamiento carece de fundamento constitucional al no ser posible pretender una interpretación de la ley más gravosa que la que resultaba de aplicación obligatoria a la fecha del juicio oral por la vigencia de un fallo plenario, a la vez que se vulnera el

derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 8 inc. 4 de la C.A.D.H., 14 inc. 7 del P.I.D.C. y P., 29 de la Constitución provincial, 2 del Código Penal y 1 del C.P.P.).

Alega que su defendido tuvo un juicio válido, seguido por una sentencia legítima, en la que se interpretó la ley sin error y se aplicó la doctrina jurisprudencial para ese momento obligatoria por provenir de un fallo Plenario vigente (caso "Herrera"), por lo que en tales términos el fallo liberatorio importó un derecho adquirido irrevocable, que debió pasar en autoridad de cosa juzgada.

Sostiene que el nuevo Plenario dictado no puede aplicarse retroactivamente ya que el anterior rige hasta el momento de su revisión, y que el recurso fiscal sólo podía sustentarse en la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o doctrina jurisprudencial por el juez de primera instancia (art. 460 del rito), lo cual no ocurrió atento que dicho magistrado había aplicado la doctrina jurisprudencial vigente y obligatoria en ese momento.

Añade que la suspensión de la resolución del caso a resultas de la revisión del plenario no está contemplada en la ley y, a la vez, importa para la alzada una indebida "autoeximición" de la obligación que impone el art. 37 inc. f) de la ley 5827, pues la Cámara tendría que haber confirmado el fallo recurrido y el imputado obtener el doble conforme, sin perjuicio de la vigencia del nuevo plenario a futuro.

Finalmente, expresa que no puede la facultad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-123331-1

procesal del fiscal conmovier la declaración de inocencia del acusado arribada mediante un juicio oral y una sentencia válidos.

En segundo término, plantea la violación del derecho de defensa en juicio y a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, y como extensión de los mismos, la garantía de aplicación de la ley más benigna y la irretroactividad de los Fallos Plenarios más gravosos (arts. 18, 19, 75 inc. 22 de la C.N., 14 inc. 7 y 15 inc. 1 del P.I.D.C. y P., 8 inc. 3 y 9 de la C.A.D.H., 2 del C.P., y arts. 1, 2 y 467 inc. 8 del C.P.P.).

Señala que resulta incuestionable que en favor del procesado rige la garantía de la aplicación retroactiva de la ley más benigna (art. 2 del digesto de fondo) y, por extensión de ésta, la jurisprudencia más benigna, recordando la regulación del recurso de revisión (art. 467 inc. 8 del rito) al respecto.

Manifiesta que la jurisprudencia obligatoria sobre la interpretación de la ley penal, al establecer el ámbito de la atipicidad, determina también los límites del derecho de reserva y genera derechos adquiridos para quien ha actuado en ese espacio de libertad. Expone que de no ser así, las razones de economía procesal, seguridad jurídica e igualdad justifican o explican el mecanismo plenario, que deriva de la uniformidad y previsibilidad de la jurisprudencia, todo lo cual caería si la mutación de los criterios pudieran aplicarse retroactivamente en perjuicio del acusado.

Asimismo, aduce que el plenario "Herrera" ha influido en la estrategia de la defensa, pues atento la atipicidad de la conducta

se limitó la discusión de la autoría y responsabilidad a la hora de los alegatos, como también la opción por alguna de las alternativas al debate en las instancias previas.

Concluye afirmando que en materia penal los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal y de reserva impiden la aplicación retroactiva del plenario "Ojeda Mansilla" al caso, por contener una interpretación más gravosa del art. 189 bis, inc. 2º, primer o segundo párrafo, del digesto de fondo. Ello, atento que el Plenario "Herrera" se encontraba vigente al momento de los hechos, de la sentencia absolutoria, del recurso fiscal y de la radicación en Cámara.

Solicita, en definitiva, se declare la inaplicabilidad del Plenario "Ojeda Mansilla" y la consecuente firmeza de la sentencia absolutoria recaída en primera instancia.

III. El recurso no puede tener acogida favorable.

Luego de la ya citada sentencia absolutoria, el 24/06/13 el fiscal dedujo recurso de apelación contra la misma solicitando se convoque a un nuevo Fallo Plenario atento la incorporación de nuevos magistrados a la alzada y la cesación de otros, así como también en que los tribunales superiores sustentan una posición contraria a la allí establecida y han revocado decisiones en tales términos (v. fs. 157/165).

De igual modo, es dable mencionar que posteriormente (25/02/14) se dictó el aquí cuestionado Plenario "Ojeda Mansilla" que -por mayoría- declaró que procedía revisar el anterior Plenario



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-123331-1

y que la tenencia o portación de arma de fuego desprovista de munición resulta típica a los fines del art. 189 bis inc. 2º, primer o segundo párrafo, del Código Penal (v. fs. 172/199), en tanto que a fs. 200 la defensa se notifica del nuevo Plenario y formula reserva de recurrir y a fs. 201 la parte desiste de la reserva.

Por su parte, la Sala III de la alzada dicta el pronunciamiento aquí recurrido, y con base en el nuevo Acuerdo Plenario, estima que la conducta imputada debía calificarse legalmente como constitutiva del delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil, ordenando el reenvío de la causa para que un distinto órgano jurisdiccional provea a la realización de un nuevo juicio oral con ese alcance (v. fs. 203/211).

Ahora bien, en primer lugar debo decir que los embates de la aquí impugnante contra la legitimación del acusador para recurrir un fallo absolutorio y la denuncia de vulneración del non bis in idem se vinculan con cuestiones de orden procesal, ajenas por regla al acotado ámbito del recurso extraordinario deducido (conf. artículo 494 del Código Procesal Penal), no obstante el esfuerzo desplegado para establecer su vinculación con normas constitucionales y convencionales.

Sin perjuicio de ello, considero que 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.

En este sentido, vemos que las previsiones del art. 441 del Código de forma que, en lo que aquí interesa destacar, confieren al Agente Fiscal la facultad de atacar por la vía del recurso de apelación aquellas sentencias absolutorias como así también las condenatorias en las que se hubiera impuesto una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida por esa parte, y las decisiones serán impugnables por los motivos previstos en los arts. 448 y 449 del mismo cuerpo normativo.

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 CADH, 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, tal como ocurre en el régimen aplicable al caso, y la recurrente no logra evidenciar que los supuestos esgrimidos en su oportunidad por el acusador resulten ajenos a la vía intentada.

Por otro lado, considero que la denuncia de la parte relacionada con una supuesta violación al principio del non bis in idem no viene acompañada de un desarrollo argumental sólido que demuestre la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123331-1

conculcación de tal garantía.

En este sentido es dable traer a colación que la Corte Interamericana de Derecho Humanos -máximo interprete convencional-, sostuvo en el caso "Mohamed vs. Argentina" respecto al non bis in idem que: "Dicho principio 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 inculpado o procesado' (considerando 121). Asimismo, indicó que: "La Corte ha 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.

Es evidente, entonces, que el caso de autos no reúne las características necesarias para que se configure una violación a la garantía en cuestión, pues la sentencia absolutoria no se encontraba firme y el reenvío para la realización de un nuevo debate no ha sido más que la natural consecuencia del progreso de esa impugnación, sumado a la necesidad de respetar el principio de inmediación y los derechos de defensa en juicio y doble conforme.

Podría agregarse, por último, que la adopción de una postura que no admita 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 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



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

**PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

P-123331-1

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 AA.VV., Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (dirigida por Leonardo Pitlevnik), Número 13, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 186-)

Considero, por lo hasta aquí expuesto, que tampoco ha demostrado la impugnante que la decisión atacada atente contra la garantía constitucional que invoca al fundar el agravio.

En otro orden de ideas, y en relación al último planteo, debo decir que la quejosa no logra evidenciar que los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal más gravosa y reserva se extiendan a los Fallos Plenarios y, por ello, que se declare la inaplicabilidad del Plenario "Ojeda Mansilla" y la consecuente firmeza de la sentencia absolutoria recaída en primera instancia.

En ese orden, considero que resulta de aplicación al caso lo dicho por V.E. en la causa P. 117.996, s. del 19/03/14, en orden a que "...La asimilación que hace la parte entre la interpretación de la ley y la ley misma a los efectos del art. 2 del Código Penal es incorrecta. Sobre esa cuestión, aunque con referencia a otro cambio interpretativo, ha dicho esta Corte en P. 103.953 (sent. del 18/11/2009) que '[s]iempre sucederá que al momento de dictar un fallo, la sentencia será de fecha posterior a la de comisión del hecho en juzgamiento

y si lo que se pretende es aplicar en todos los casos la doctrina vigente 'a la fecha de comisión del hecho' como reclama el recurrente-, nunca podrían admitirse modificaciones de los criterios jurisprudenciales -en caso que resulten perjudiciales para el justiciable- ... Lógicamente, siempre que surjan modificaciones en los criterios jurisprudenciales, una gran cantidad de fallos dictados con posterioridad a dicha mutación, resolverán hechos acaecidos años antes' (...) Así las cosas, pretender que un evento que sea anterior al cambio de doctrina legal, por esa sola razón, no puede ser 'alcanzado' por la nueva interpretación, es a todas luces inaceptable. No alcanzo a vislumbrar de qué manera esta conclusión resulta violatoria de la garantía de igualdad ante la ley ... Ni siquiera invocando el art. 2 del Código Penal puede admitirse un razonamiento como el expuesto por el recurrente, toda vez que deriva aplicable al caso lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Albornoz' (Fallos 315:276), en cuanto descartó que pudiera concluirse que la aplicación de la ley penal más benigna alcanza por analogía la variación de la jurisprudencia (conf. P. 95.506, sent. del 14/XII/2005; P. 90.594, sent. del 18/VI/2008)".

Por otro lado, debo decir que lo dicho por la impugnante respecto de la estrategia llevada a cabo por la parte teniendo en cuenta el anterior Fallo Plenario, ésto es, que se limitó la discusión de la autoría y responsabilidad a la hora de los alegatos como también la opción por alguna de las alternativas denunciadas, podrán ser llevadas a cabo ampliamente por la defensa como consecuencia de la decisión de la alzada.

Media, entonces, insuficiencia (doct. art. 495 del ritual).

IV. Por lo expuesto, aconsejo a esa Suprema Corte de Justicia rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-123331-1

deducido por la recurrente.

Tales mi dictamen.

La Plata, 1 de febrero de 2017.

JUAN ANGELO DE OLIVERA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

