

**SENTENCIA N° 117/2014.** En la ciudad de Neuquén, a los treinta y un días del mes de octubre de 2014, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por la **Dra. Florencia Martini, el Dr. Andrés Repetto y el Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, presidida por la primera de las nombradas, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **“Q., D.E. s/abuso sexual”**, identificado bajo **legajo 73/14**, seguido contra D. E. Q., DNI ....., nacido el 27/04/1981 y con domicilio real en Coyuco, hijo de J. P. y N.U., de estado civil soltero.

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Miguel E. Manso como defensor, el Dr. Alejandro Casañas como fiscal y el Dr. Ezequiel Chiavassa como defensor de los derechos del niño.

#### **ANTECEDENTES:**

Por sentencia de responsabilidad recaída en el 19 de junio de 2014 el Tribunal de Juicio resolvió: **1) ABSOLVER DE CULPA Y CARGO** a D. E. Q., por los hechos identificados como hecho primero –I- y segundo –II-. **2) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE** a D. E. Q. como autor material de los hechos que fueran identificados como hechos tercero –III- y cuarto –IV-, los que se califican legalmente como **abuso sexual simple, dos hechos, en concurso real, en calidad de autor** (Arts. 119 primer párrafo, 55 y 45 del CP y 196 del NCPP). A su vez, por sentencia de imposición de pena de fecha 22 de agosto de 2014 dicho Tribunal resolvió: **I.- Imponer a Q. D. E.**, titular del DNI. N° ....., de demás circunstancias personales referidas en el legajo de referencia, **la pena de cuatro (4) años de prisión de cumplimiento efectivo más con las costas del proceso (Art. 270 del C.P.P), e inhabilitación de seis años para ejercer cargos públicos en establecimientos escolares**, como autor penalmente responsable del delito

de abuso sexual simple (dos hechos en concurso real), cometido en perjuicio de la menor G. B..

Contra dicha sentencia la defensa particular del imputado interpuso recurso de impugnación (art. 179 y 242 del CPPN).

Es así, que con fecha 17 de octubre de 2014 se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 245 en la que se debatieron oralmente los fundamentos del recurso interpuesto por la defensa.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo Elosú Larumbe, Dr. Andrés Repetto y la Dra. Florencia Martini.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

**I. PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?**

**El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo:**

El recurso fue presentado en término y el impugnante se encuentra legitimado para cuestionar el pronunciamiento recurrido, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin a la causa.

La impugnación resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal de los recursos de impugnación deducidos (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

**El Dr. Andrés Repetto, dijo:**

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Florencia Martini, dijo:

Adhiero al voto del Juez preopinante.

## **II. SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?**

El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo:

A) Los cuestionamientos oportunamente plasmados por el Sr. Defensor en el recurso de impugnación interpuesto se estructuraron en cuatro agravios.

a) Violación al principio de congruencia. Consideró que en ningún momento la acusación hizo referencia a tocamientos en pechos y vagina. En los hechos por los que fue condenado, la víctima sólo habló de apoyatura del pene previo al acceso carnal, y lo hizo en el marco del acceso carnal que se produciría a continuación y no como una conducta autónoma. En virtud de ello, afirmó que la defensa se vio sorprendida ya que la fiscalía no hizo referencia a actos constitutivos de abusos sexual simple y por lo tanto el acusado sobre ello no se defendió.

b) Falta de motivación suficiente. Indicó que para acreditar la credibilidad de la testigo-víctima el fallo recurrió a un “juicio de valor”. Concretamente, que el juez encontró “nobleza” en los dichos de la menor. Al respecto, consideró que el sustantivo “nobleza” sin ningún desarrollo es insuficiente para sustentar en él la prueba ya que no permite un efectivo control de logicidad. Que, asimismo, los jueces dijeron que el relato era “veraz y creíble” sin desarrollar ninguna fundamentación al respecto. Por otro lado, cuestionó que el convencimiento de los magistrados se haya basado en la observación del video filmación ya que no existe intermediación entre el testigo y el tribunal. Por último, señaló que si bien los jueces valoraron el testimonio de la Licenciada Parera, no se explicó cuáles eran los criterios de validez de las conclusiones de la perito.

c) Falta de valoración de la existencia del elemento subjetivo. Puso de realce que la sentencia no desarrolló el dolo. Expresó que el dolo debe ser probado y no presumido como implícitamente se hace en la sentencia.

d) Falta de fundamentación en derecho de la pena impuesta y nulidad de la pena de inhabilitación especial. Se cuestionó que: a) se valoraron dos veces las “ocasiones” en las que se realizaron los actos, cuando ello no era posible toda vez que se los estaba condenando por dos hechos; b) se hizo alusión al daño causado y el mismo no fue determinado; c) no se explicó por qué los argumentos de la acusación no han sido mínimamente desvirtuados por la defensa; d) se señaló un “interés corporativo” de los testigos de la defensa y no se dijo el porqué de esta calificación; e) se valoró negativamente que el imputado no dio muestras de arrepentimiento cuando el mismo goza de la presunción de inocencia durante todo el proceso; f) se impuso una inhabilitación de seis años para ejercer cargos públicos en establecimientos escolares con base en el art. 20 del C.P. en forma equivocada. Ello es así, a juicio de la defensa, ya que la conducta reprochada a Q. nada tiene que ver con el ejercicio de un cargo público. De esta manera, entiende que la pena impuesta es nula ya que no se encuentra prevista.

En base a dichas consideraciones, solicitó que se revoqué la sentencia impugnada y que se dicte la absolución de Q..

En el transcurso de la audiencia el impugnante reprodujo de manera exacta los argumentos oportunamente vertidos por escrito. A su vez, a preguntas del tribunal explicó que la niña tenía 13 años de edad al momento de los hechos.

A su turno, la Fiscalía señaló que la descripción fáctica fue la misma desde el inicio hasta el final del proceso. El delito de abuso sexual es el “delito base”. En este tipo básico está implícito el delito más grave. Por ello, no existió sorpresa.

En cuanto a los puntos b) y c), expresó que es contradictorio que, por un lado se diga que el fallo no funda sus conclusiones y, por el otro, se sostenga que se valoró de manera antojadiza.

Consideró, que el juez afirmó que la niña se había manifestado con “nobleza” porque no agregó ni quitó ningún elemento. Además, entendió que no se puede pretender cuantificación de una ciencia –en este caso la psicología- que se rige por criterios cualitativos.

En cuanto al dolo, dijo que el mismo se desprende de la propia acción desplegada: apoyar el miembro sobre las partes pudendas no requiere mayor explicación. Ello demuestra la clara connotación sexual del acto.

Con relación a los agravios referidos a la pena, manifestó que la sanción está debidamente fundada ya que el imputado no abuso de una persona mayor, sino que lo hizo respecto de una niña en una escuela rural. Asimismo, señaló que la inhabilitación se pidió en base a un concepto basado en la prevención que fue recogido por el tribunal.

Ante ello, solicitó se confirme el fallo impugnado.

Finalmente, el Sr. Defensor de los derechos del niño se pronunció en términos coincidentes con el acusador público. Citó el principio *iuri novit curia* y expresó que el tribunal puede disminuir la calificación legal del tipo agravado al básico siempre que se mantenga sin variación la plataforma fáctica. Respecto del dolo, opinó que el mismo implica consciencia de que el acto es impúdico y voluntad de realizarlo: la tomó por la fuerza, le bajó la bombacha, lo que demuestra la existencia del elemento subjetivo.

**B)** Habiéndose expuesto las posiciones de cada una de las partes corresponde abocarme al tratamiento de los agravios que introdujo la defensa.

Analizada la sentencia puesta en crisis no advierto que se haya incurrido en una violación al principio de congruencia. En efecto, si se

observa la imputación original formulada en orden al tipo calificado se observará que la misma contiene todos los elementos de la figura base establecida en el párrafo primero del art. 119 del C.P. Y si bien debe concederse a la defensa que en la acusación no se hizo referencia a tocamientos en los pechos y la vagina de la menor, no puede soslayarse que sí se describió la apoyatura del pene contra el órgano sexual femenino. Dicha circunstancia torna factible el encuadramiento de la conducta reprochada en el delito de abuso sexual simple y, atendiendo a que la modificación de la calificación legal efectuada por el tribunal de juicio fue por un delito menos grave, corresponde rechazar el primer agravio.

Ahora bien, puesto a analizar el agravio referido a la falta de motivación en la valoración de la prueba, advierto una clara deficiencia en la exposición de los motivos que condujeron a tribunal a declarar la responsabilidad penal del imputado.

Los jueces apoyaron el juicio de responsabilidad en dos pruebas: el relato de la niña y en el testimonio de la psicóloga que la entrevistó.

Respecto de la primera dijeron que era “noble”, “veraz”, “creíble” y “ausente de toda manipulación”. La única explicación que dio el magistrado que votó en primer término para pronunciar estos juicios de valor fue la siguiente: *“a ese convencimiento llego después de observar detenidamente el relato video grabado”*. Sin embargo en la sentencia no se dijo qué fue lo que se observó. Sólo se expresó que esa observación fue “detenida”.

Tal como lo expresa la defensa, la palmaria ausencia de un análisis apoyado en razones objetivas conlleva a la imposibilidad de controlar el razonamiento del tribunal sentenciante y, consecuentemente, a la nulidad del fallo recurrido.

Cuando se aborda el segundo elemento probatorio, el tribunal incurre en el mismo error. Señala que la versión de la niña encontraba correlato con el testimonio de la psicóloga interviniente, pero no explica cuáles fueron los

criterios y razones que llevaban a la profesional a entender creíble el relato de la niña y a descartar la fabulación.

Nuevamente el juicio de responsabilidad se compone de afirmaciones dogmáticas ajenas a toda posibilidad de control lógico.

Pero eso no es todo. La fundamentación de la sentencia es tan pobre que ni siquiera se menciona bajo qué modalidad comisiva del tipo básico se consideró configurado el delito. Sabemos que no fue por la edad de la niña porque G. tenía 13 años al momento de los hechos. Pensamos que pudo haberlo sido por utilización de fuerza y amenazas porque estas referencias son pasibles de extraerse de la descripción del hecho imputado. Sin embargo, la sentencia no lo dice.

Tampoco, como apunta el impugnante, se efectúa referencia alguna a los elementos que componen el tipo subjetivo. Las explicaciones que sobre este punto introdujeron la fiscalía y la querrela en la audiencia de impugnación, si bien lucen atendibles como intento mediador, no pueden considerarse en este decisorio. Ellas vienen a “completar” una sentencia que no contiene los argumentos utilizados para llegar a una determinada solución. Las razones objetivas que llevaron al tribunal a tomar la decisión de condena debieron estar presentes en el fallo, resultando infructuoso todo intento de motivación ex post de las explicaciones que debieron incluirse en la sentencia.

Entiendo que la declaración de la nulidad por vicios en la motivación es una decisión extrema a la que sólo debe arribarse cuando sea imposible ejercer el debido control de lo decidido a través del análisis del razonamiento seguido por el tribunal. Este es, precisamente, el caso que acabo de describir: un decisorio que no contiene los requisitos formales mínimos para considerarlo una expresión válida de uno de los tres poderes del Estado – art. 194, inciso 4 del CPP, a contrario sensu- y su consecuente sanción de nulidad.

En virtud de lo expuesto, deviene abstracto el tratamiento de los restantes agravios planteados por el Sr. Defensor Oficial.

En cuanto a la solución procesal que corresponde otorgar al caso, entiendo que corresponde habilitar la vía del reenvío para que, con una distinta integración, se realice un nuevo juicio –art- 247 del CPP-.

**El Dr. Andrés Repetto, dijo:**

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

No obstante ello, disiento con mi colega en que la solución propuesta deba incluir el reenvío del caso para la sustanciación de un nuevo juicio con jueces distintos, en razón de que éste se sustanció oportunamente y cumpliendo con las formas esenciales del debido proceso, a lo que corresponde sumar que la impugnación fue deducida por la defensa, habiendo las partes acusadoras consentido la sentencia aquí cuestionada. Reenviar el caso para la realización de un nuevo juicio importaría afectar la garantía *ne bis in ídem* y los principios de *progresividad y preclusión*.

El artículo 2 del código procesal penal establece que *nadie puede ser perseguido penalmente por el mismo hecho más de una vez, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias*. Luego agrega que *no se podrán reabrir los actos fenecidos, salvo los casos de revisión de sentencia a favor del condenado*.

Esta norma reglamente la garantía dispuesta en el artículo 64 in fine de la Constitución provincial, la que establece que *nadie puede ser encausado dos (2) veces por un mismo hecho delictuoso*, agregando que *la sentencia en causa criminal debe ser definitiva absolviendo o condenando al acusado*.

Este conjunto normativo determina un ámbito de aplicación de la garantía contra la múltiple persecución penal aún más amplio que los

estándares que surgen de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional.

La garantía *ne bis in ídem* surge de forma implícita del artículo 33 de la Constitución Nacional, y en forma positiva de los artículos 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El alcance de esta garantía (en el marco de ese conjunto normativo) se circunscribe a la prohibición de reabrir procesos penales concluidos por sentencia firme a excepción, claro está, del recurso de revisión de sentencia a favor del imputado. Es decir que el reenvió se encuentra prohibido en la medida en que exista una *sentencia firme*, o dicho de otro modo, no está prohibido si la sentencia no adquirió el carácter de firme o de autoridad de cosa juzgada.

Como dije, la prohibición de múltiple persecución penal en la provincia del Neuquén tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio porque impide, en primer lugar, que una persona sea encausada dos veces por un mismo hecho (Art. 64 Const. provincial) o perseguida penalmente por el mismo hecho más de una vez (Art. 2 CPP). Es decir que lo que se impide es el acto jurídico de sostener -en más de una oportunidad- una acusación por un mismo hecho, sin que se requiera la necesaria existencia de una sentencia firme.

Además, y como lógica consecuencia de lo anterior, se dispone que la sentencia en causa criminal debe ser definitiva absolviendo o condenando al acusado (Art. 64 in fine Const. provincial), prohibiendo reabrir los actos fenecidos, con la obvia excepción de los casos de revisión de sentencia a favor del condenado (Art. 2 CPP).

En definitiva, conforme nuestra Constitución provincial y código procesal, para que proceda esta garantía (*ne bis in ídem*) no es necesaria la existencia de una sentencia firme, quedando prohibida la reapertura de actos procesales fenecidos válidamente sustanciados o -lo que es lo mismo-,

retrotraer el caso a etapas procesales ya superadas, como es el juicio en sí mismo.

En este caso las partes ejercieron en plenitud sus respectivas pretensiones, habiéndose sustanciado válidamente el debate existiendo acusación, prueba y defensa. La nulidad surge de la sentencia por razones que no le son reprochables a la actividad de las partes. Además dicha sentencia fue consentida por los acusadores, impugnando exclusivamente el inculpado por considerar –entre otros argumentos- que se violó su derecho de defensa en juicio.

Los evidentes defectos de fundamentación, o directamente la omisión de expresar los fundamentos de hecho y de derecho que darían sustento jurídico a la declaración de culpabilidad, impiden tener a esa sentencia como un acto jurídico válido emanado de uno de los poderes del Estado, violando así el derecho de defensa en juicio del inculpado y el principio republicano de gobierno. Es obvio que no puede ejercer plenamente su derecho a defenderse quién no conoce los fundamentos en los que se sostiene su condenada, ni puede ser considerado un acto jurídico válido aquel que resulta arbitrario por inexistencia de fundamentos que le den sustento jurídico.

Es decir que el juicio se realizó válidamente, y por circunstancias ajenas a las partes (y en particular al imputado) corresponde declarar la nulidad de la sentencia, conforme los fundamentos sostenidos en el voto que me precede. Siendo ello así considero que no puede cargar con las consecuencias de la nulidad de la sentencia el imputado, en razón de no haber concurrido a causarla, ya que lo contrario implicaría, lisa y llanamente, someterlo a juicio nuevamente, persiguiéndolo por segunda vez por la misma conducta o, si se quiere, encausándolo dos veces por un mismo hecho delictuoso, violando de esa manera la garantía contra la múltiple persecución penal o *ne bis in ídem* y *el principio de preclusión procesal*.

Por otra parte, y más allá de las claras disposiciones de la Constitución provincial (Art. 64) y del Código Procesal (Art. 2), considero que no surge de la normativa procesal una expresa autorización para la sustanciación de un nuevo juicio por vía del reenvío, en supuestos en los que el inculpado haya sido quien impugnó la sentencia condenatoria. Si bien el artículo 247 del CPP autoriza el reenvío, no surge con absoluta claridad que ese supuesto sea admitido cuando los acusadores consintieron la sentencia condenatoria y ésta fue sólo impugnada por el encausado ejerciendo su derecho al doble conforme. De lo contrario se le estaría permitiendo al Estado -en ejercicio de su amplio poder punitivo- enmendar sus errores, aprovechando para ello la impugnación deducida por el imputado en soledad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse respecto de la garantía contra la múltiple persecución penal y los principios de preclusión y progresividad en varias ocasiones. Una de las más recientes ha sido en el precedente “**Kang, Yoong Soo**” (K 121 XLIV) en el que se remite al caso “**Sandoval, David Andrés**” (S 219 XLIV), y a su vez a los fallos “**Alvarado**” (disidencia de los jueces Petracchi y Bossert, 321:1173) y “**Olmos**” (considerando 17 del voto del juez Petracchi, 329:1447).

En el fallo “**Alvarado**” (del 7 de mayo de 1998) Petracchi y Bossert tratan in extenso el alcance de estas garantías. Citando “Mattei” (272:188) afirman que *“la Corte estableció... ‘que el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuestos de nulidad...’ y agrego ‘que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de logar una administración de*

*justicia rápida dentro de lo razonable<sup>1</sup>, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente' ... Que de la doctrina sentada en tal precedente, esta Corte extrajo la regla general según la cual no hay lugar a 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).*

*Dicho de otro modo, según tales precedentes, sólo mediante una declaración de nulidad fundada en la inobservancia de alguna de las formas esenciales del proceso es posible retrogradar el juicio sobre actos ya cumplidos, mas sólo en la medida de la nulidad declarada.*

*Por tanto, si –como ocurre en el sub examine- lo que se pretende invalidar es la sentencia en virtud de vicios intrínsecos de ésta, no es posible, en razón de ello, reanudar actos que, al dictarse la sentencia que se reputa inválida, ya habían sido adecuadamente cumplidos...*

*Que, como se lo advirtió en el citado caso “Mattei” (conf. considerando 15), el principio constitucional que impone esa conclusión está dado por la prohibición de múltiple persecución penal, usualmente enunciado por medio de la locución latina non bis in ídem... **Dicha garantía no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho ya penado, ‘...sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo había sido por el mismo hecho...**’ (pág. 221; Conf. también, entre muchos otros, Fallos: 315:2680, considerando 4°)...”.*

En el ya citado caso “Olmos” (referido por la Corte en el precedente “Sandoval”) dice el Juez Petracchi: “*Que no puede sostenerse, en contra de*

---

<sup>1</sup> Nota del Dr. Repetto: Principio que surge en forma expresa del artículo 7 del Código Procesal Penal.

*lo expresado, que la nulidad de la sentencia y la consiguiente realización de un nuevo debate fue provocada por la propia defensa como consecuencia de su recurso contra la condena, en la medida en que éste se dirigió a invalidar la sentencia, lo cual implicaba, necesariamente, que se volviera a realizar la audiencia oral, como presupuesto de validez de una nueva decisión. Pues de ese modo se pierde de vista que la primera sentencia fue declarada nula por deficiencias esenciales en su fundamentación, es decir, por una nulidad instituida en beneficio del imputado. Por lo tanto, no es posible, a fin de poder corregir los defectos de la sentencia anterior, y poder llegar, esta vez sí, a una condena válida, someter nuevamente al juicio al imputado, ya que ello significaría concederle al Estado una 'nueva oportunidad' que el principio de non bis in ídem prohíbe (conf. Fallos 321:2826 caso "Polar" –voto del Juez Petracchi). Dicho en otras palabras: si la sentencia era nula por haber violado el derecho de defensa de los imputados, la consecuencia del reconocimiento de la lesión a esa garantía no podría ser la autorización de un nuevo intento de condenarlos.*

*Que, por lo tanto, al ordenarse la reiteración del debate se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, y se produjo un apartamiento de las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal que ocasiona la nulidad absoluta de dicho acto y de todo lo actuado en consecuencia...".*

La Corte estableció en el precedente "Polak" (P 259 XXXIII) que la imposibilidad de retrotraer el proceso a etapas ya superadas encuentra como excepción el supuesto en el que "...la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado, por lo que corresponde valorar si en el sub lite, la decisión adoptada por el a quo ha incurrido sin falta de aquél...". Esté límite a la regla general que impide retrotraer el proceso a etapas ya superadas, y válidamente sustanciadas, tiene razón de ser en no admitir o tolerar conductas que importen violación al principio de buen fe procesal, convalidando, por ejemplo, casos en los que el

inculpado concurre a producir una nulidad con el fin de eventualmente beneficiarse luego de la imposibilidad de retrotraer el proceso la protección de la garantía ne bis in ídem.

Salvada la excepción, la Corte sostiene en este precedente “...**que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleva a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aún siendo inocente sea hallado culpable** (Conf. citas en Fallos: 3010:2845, disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué)...”

*Que por todo lo expuesto cabe concluir en que lo resuelto por el a quo ha lesionado el derecho de Polar a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, ya que dicha garantía tiene vigencia para el imputado a partir de que éste adquirió el derecho a que se lo declarase culpable o inocente del hecho por el que se lo acusó, siempre, claro está, que -como en el sub examine- se hayan observado las formas esenciales del juicio y la causa que determine uno nuevo no le sea imputable...”*

La interpretación que histórica y pacíficamente ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sustentada en la aplicación de principio y garantías constitucionales, no deja lugar a dudas respecto de la imposibilidad de someter a un segundo juicio a una persona ya juzgada, y cuya sentencia fue nulificada por causas que no le son atribuibles –sin

importar si fue declarada culpable o inocente-, en razón de que ello violaría los principios de preclusión y progresividad, además de la garantía que impide la múltiple persecución penal. Esas garantías no se han visto modificadas por la entrada en vigencia en nuestra provincia de un código procesal acusatorio.

En razón de los fundamentos esgrimidos considero que en el presente caso no corresponde el reenvío para la sustanciación de un nuevo juicio.

**La Dra. Florencia Martini, dijo:**

Adhiero al voto del Dr. Elosu Larumbe agregando las siguientes consideraciones respecto a la inviabilidad de ejercer en este caso competencia positiva.

Considero que la regla general que ha sido instituida en el código vigente en caso de anulación de sentencias es el reenvío, por lo que el ejercicio de competencia positiva queda limitada a las circunstancias previstas en el último párrafo del art. 246 del CPP, el que reza: “Cuando de la correcta aplicación de la ley resulte la absolución del procesado, la extinción de la acción penal, o sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal resolverá directamente sin reenvío”. En este sentido cabe resaltar que, la impugnación no versó sobre la inaplicabilidad de la ley adoptada en el caso concreto (en tanto el agravio principal que tuvo acogida ha sido la ausencia de fundamentación que priva a la sentencia de validez como acto jurisdiccional), por lo que esta situación queda excluida de la presente. Por otra parte, y esto se relaciona con la última de las previsiones del artículo citado, el impugnante al momento de alegar en la audiencia del art. 245 del CPP, solicitó se anule la sentencia y se absuelva a su asistido, sin dar razones por las cuales en el caso pudiese ejercerse competencia positiva. Esto es: más allá de indicar las falencias de fundamentación, no valoró las circunstancias debatidas en el juicio contrastándolas con la prueba

producida a fin de señalar en la instancia impugnativa, los elementos que hiciesen innecesaria la realización de un nuevo juicio, resolviendo el caso a través de una sentencia integradora, por lo que este Tribunal no podría oficiosamente resolver este extremo que no ha sido debidamente fundado.

Asimismo, la defensa al pedir la absolución tampoco alegó la improcedencia del reenvío a nuevo juicio ni tachó de inconstitucional la norma que lo regula (art. 247 del CPP), por lo que, pronunciarse en este sentido, excedería el objeto fijado por las partes en la respectiva audiencia, que limita el decisorio de conformidad al principio de contradicción del proceso penal acusatorio establecido por la ley provincial n° 2784.

Que la inconstitucionalidad de la norma ritual no haya sido planteada por la Defensa no resulta un detalle menor en tanto una declaración de tal gravedad impone a quien lo pretende, según indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (CSJN Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros). “Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (CSJN Fallos: 247:121; 314:424 y sus citas y 319:178, entre otros).

“La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad, siendo una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y que debe ser considerada como última ratio del orden jurídico” (MONGES Analía M. C/ U.B.A. resol2314/1.995, 19.96-12-26, Fallos 319-0, ED1707-1.997, N°48.038, LL14051.997, N°95.362) de tal manera que no debe

recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallo 260:153).

“Es deber de esta Corte agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la misma es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley, con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable” (C.S.J.N. L.486 XXXVI “LLERENA, Horacio Luis s/ Abuso de armas y lesiones Art.104 y 89 del Código Penal causa 3221” rta. el 17/5/2.005).

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Superior de Justicia en “G., F. D. s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal Gravemente Ultrajante”, Expte 04/09, Protocolo 40/11 del 23/06/2011, diciendo que: “es claro que si el Ministerio Público se encuentra amparado en alguna de las hipótesis recursivas ya indicadas el derecho al recurso no puede ser válidamente restringido por esta Sala Penal a menos que se reputen inconstitucionales los artículos que así lo prescriben. Ello así pues, como bien lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo al principio primario de sujeción de los jueces a la ley, éstos no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad”.

Finalmente cabe señalar que los fallos de la CSJN citados por el magistrado preopinante son anteriores a la sanción del actual código procesal penal de la provincia, de lo que se desprende que, el legislador local –en conocimiento de esta postura jurisprudencial- decidió apartarse de aquella interpretación al legislar el instituto del reenvío, cuya legitimidad se

presume hasta tanto medie una declaración de inconstitucionalidad que no ha acaecido hasta la fecha. Mi voto.-

### **III. TERCERA: Costas.**

El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo: Sin costas, art. 268 del CPP.

El Dr. Andrés Repetto, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Florencia Martini, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo, por mayoría el Tribunal de Impugnación,

### **RESUELVE:**

**I. DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano formal el recurso interpuesto por el Sr. Defensor, Dr. Miguel E. Manso, en representación del imputado (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

**II. HACER LUGAR** a la impugnación deducida por la defensa, **ANULAR** la sentencia recurrida por ausencia de motivación suficiente y, en consecuencia, **reenviar el presente caso para la realización de nuevo juicio contra D. E. Q.** en orden a los delitos por los que resulta acusado -hechos II y IV- (arts. 119, primer párrafo del C.P. y 196 y 247 del CPP).

**III. SIN COSTAS** en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, segunda parte, del CPP).

**IV. Notifíquese** y continúe el trámite como corresponda.