



ACUERDO N° 38/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los 30 días del mes de Diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **ALFREDO ALEJANDRO ELOSÚ LARUMBE y MARIA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, **Dr. JORGE E. ALMEIDA**, para resolver en los autos caratulados: **"R. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE - IMPUGNACION EXTRAORDINARIA-"** (Expte. Nro. 111 Año 15) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: **I.-** Que por resolución Nro. 129/15 del Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los Dres. Héctor Dedominichi, Daniel Varessio y Federico Sommer, en fecha 2 de octubre de 2015, se rechazó la impugnación ordinaria deducida por la Defensa y en consecuencia, se confirmó la resolución del Colegio de Jueces en cuanto no hizo lugar al pedido de cese de prisión preventiva.

II.- Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, el Dr. Daniel O. GARCÍA CÁNEVA, Defensor Oficial del Equipo Nro. 3 de esta Circunscripción Judicial, interpuso impugnación extraordinaria a favor de A. R..

El recurrente encauzó su pretensión por el artículo 248 del C.P.P.N., en sus tres incisos y expresó:

Respecto del inciso 1, que es procedente su aplicación por cuanto el Tribunal de Impugnación ha rechazado la operatividad y límite establecido por el artículo 119 del C.P.P. en cuanto al máximo de la prisión preventiva durante el proceso.

Agregó que el hecho de que el artículo 1 del C.P.P. establezca que rigen de manera directa todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional, tratados internacionales con rango constitucional y la Constitución de la Provincia, pone de resalto que lo que reglamenta el artículo 119 del C.P.P. es la consagración y reglamentación de



la garantía establecida en el artículo 7 de la C.A.D.H., en lo que hace al plazo razonable de la misma (Inc. 5), las condiciones legales en que debe sustentarse (Inc. 2) y la prohibición de encarcelamiento arbitrario (Inc. 3) y que, del modo resuelto, se ha negado la letra de la ley que reglamenta en el orden local una garantía convencional, con rango constitucional -art 75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional-.

Sobre el inciso 2, alegó el Sr. defensor que resulta procedente la interposición del Recurso Extraordinario Federal, en los términos previstos en el artículo 14 inciso 3 de la ley 48, por la afectación de garantías constitucionales y convencionales. Específicamente hizo referencia al artículo 7.5 de la C.A.D.H.

Por otra parte, invocó afectación de la garantía de imparcialidad por entender que los miembros del Tribunal de Impugnación debieron abstenerse de intervenir porque ya lo habían hecho previamente -al confirmar la sentencia dictada en contra del imputado-, donde le impusieron una pena mayor a la que recibiera oportunamente por parte del Juez de Garantías. Citó el precedente "Dieser" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Señaló también que el Tribunal sostuvo el cumplimiento del doble conforme, cuando surge de sus mismos fundamentos que se encontraban al tanto de una resolución dictada por este Tribunal Superior, el día anterior, en donde se imponía la constitución de un nuevo Tribunal para revisar aquella decisión a los fines del doble conforme.

Posteriormente, alegó afectación al mismo principio por parte del Colegio de Jueces y del Juez de Garantías intervinientes con anterioridad, por tener posición tomada previamente respecto de la no operatividad del artículo 119 del Ritual.

En segundo término, el impugnante invocó arbitrariedad por parte del Tribunal de Impugnación, por la



circunstancia ya mencionada de encontrarse en conocimiento de que el doble conforme no se había cumplido. Se agravió también por estimar improcedente el sustento del resolutorio en normas que no son de aplicación en el territorio provincial, como la ley nacional N° 23549.

En tercer lugar, el defensor refirió que existe una ausencia del control de convencionalidad respecto del artículo 119 del C.P.P. como norma operativa de carácter convencional, que reglamenta la garantía prevista en el art. 7.5 de la C.A.D.H. Cita los precedentes "Mazzeo" y "Bramajo" de la C.S.J.N. y "Bayarri Vs. Argentina" de la C.I.D.H.

En último lugar -al menos en lo que respecta al inciso 2 del artículo 248-, indica el impugnante que se ha afectado el derecho de defensa de A. R., por las razones antes expuestas.

Con relación al inciso 3, indicó que existe contradicción entre la resolución atacada y los precedentes "Bella Nahuel", "Canale" y "Salcedo" del mismo Tribunal de Impugnación. Fundamentó respecto de la equiparación a sentencia definitiva de las decisiones que prolongan la prisión preventiva.

Hizo reserva de ampliar fundamentos en audiencia. Solicitó que se revoque la decisión impugnada y que se dicte el sobreseimiento de ambos imputados. Hizo reserva del caso federal.

III.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (Cfr. registro de audio y acta de audiencia de fecha 21 de diciembre de 2015); en este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

En primer término, hizo uso de la palabra el Dr. Ricardo Horacio CANCELA, Defensor General, quien manifestó que ratifica el escrito presentado por el Dr. García Caneva.



Específicamente fundamentó respecto de la admisibilidad del recurso y el encausamiento del mismo en los términos previstos por el inciso 2 del artículo 248. Refirió que existe cuestión federal por que se ha afectado el principio de libertad, se ha tomado una decisión arbitraria, no se ha respetado el principio de legalidad. Que el plazo previsto en el artículo 119 del CPP se encuentra vencido. Se ha vulnerado el principio de inocencia ya que se quiere hacer valer como una condena a una sanción penal que no se encuentra firme. Se ha hecho una interpretación *in malam partem*, afectando el debido proceso y el principio *pro homine*. También el derecho de Defensa y el principio de imparcialidad.

Seguidamente realizó un relato sobre el derrotero procesal que presenta el caso. Manifiesta que no se entiende bien, en el fallo del Tribunal de Impugnación, si consideran que al existir doble conforme, el principio de inocencia cesa, no queda claro si lo consideran cumplimiento de condena - pareciera que si- aunque hablan luego de las medidas cautelares. Este Tribunal además aumenta la pena a 18 años de prisión. Ante esto, no podían intervenir sobre la prisión preventiva ya que se encontraban condicionados. Debieron haberse apartado. Cita el antecedente "Dieser" de la C.S.J.N.

Argumenta que el artículo 119 es absolutamente claro, ya que la primera fuente de exegesis de la ley es la propia ley. El artículo 119 está considerado como un plazo razonable para la medida cautelar. Si en ese plazo no se culmina el proceso, esto no puede atribuírsele al imputado. Cita el antecedente "Salcedo" de este T.S.J.

Manifiesta que no se puede ejecutar lo que no está firme como sentencia. Cita "Loyo Fraire" de la C.S.J.N. Alega que lo que no está firme, es prisión preventiva. Añade que el artículo 8 del CPP refiere que rige el principio de inocencia hasta que la sentencia quede firme. Menciona el criterio de la C.I.D.H. respecto de este tema: Si se venció el plazo de la



prisión preventiva, su extensión es arbitraria e ilegal. Cita el antecedente "Nahuel Bella" del Tribunal de Impugnación.

Agrega que en este caso no se ha denegado aun el Recurso Extraordinario Federal, y es criterio del Tribunal Superior de Justicia que se comienza a cumplir condena cuando aquel es denegado.

Solicita el cese de la prisión preventiva y se aclare que el plazo del artículo 119 se debe cumplir. Hace reserva del caso federal.

Luego, por el Ministerio Fiscal, la Dra. María Dolores Finochietti, Fiscal Jefe, dijo:

El día 13 de Julio se dictó la sentencia respecto del hecho en cual se había debatido la inocencia o culpabilidad de A. R.. El Dr. Marcovesky dictó una sentencia, tras el veredicto unánime del jurado popular que lo condenó como autor penalmente responsable del delito de los tres cargos formulados, dos de abuso sexual gravemente ultrajante y uno robo con arma, le impuso una pena de 14 años de prisión. La fiscalía y la defensa recurrieron y finalmente el T.I. le elevó la pena a 18 años. Presentado recurso extraordinario por parte de la defensa, el T.S.J. devuelve el caso a impugnación, ya que entiende que si bien había doble conforme respecto de los extremos de la culpabilidad, faltaba el doble conforme respecto de la pena.

Se confirma la pena, por lo tanto actualmente existe doble conformidad respecto de todos los extremos por los cuales se analizó la situación de A. R., tanto de su responsabilidad como del monto de la pena. El 4 de Agosto, cuando el Dr. Muñoz resuelve la prorroga de la prisión preventiva por en termino de 6 meses, el recurso de la defensa era razonable y admisible pero en este momento existe doble conformidad respecto de todos los extremos, y además la sentencia final solo ha sido cuestionada por la defensa respecto del robo con armas y el concurso, así como también,



modificando el robo con arma y el concurso, habría que modificar la pena, a criterio de la defensa. Pero no cuestiona la responsabilidad sobre los abusos sexuales. Sobre estos hechos, R. ya se encuentra cumpliendo pena, consentida.

Los Tribunales, tal como lo ha dicho este T.S.J., deben actuar dentro de un marco de razonabilidad. Se ha dicho que la sociedad exige que el Estado actúe dentro de un marco de razonabilidad y que los jueces apliquen e interpreten la ley de un modo que no resulte contradictorio con el resto del ordenamiento jurídico general del país. Cita el precedente Zapata de este Tribunal.

A esta altura sería totalmente irrazonable que después de haber encarcelado a R., haberlo juzgado, condenado, haber obtenido la doble conformidad, un Tribunal le otorgue la libertad; más aún cuando no se cuestiona que los abusos sexuales cometidos por A. R., existieron. Se encuentra condenado, no está mas en prisión preventivo. Por esto solicita se rechace el recurso de la defensa.

Por último, se le confirió la palabra a la Defensa (artículo 85, segundo párrafo, *in fine*, del C.P.P.N.), sostuvo que cuando vuelve el expediente, respecto de la pena, nosotros pedimos aclaración y el Tribunal dijo que era solo respecto de la pena. De cualquier manera esta defensa considera que la revisión siempre es integral. Cita el precedente "Chambla". La Defensa se agravió por todo. Se pidió la aclaración porque la defensa entendía que era por todo y el Tribunal dijo que era solo por la pena. La responsabilidad por los abusos sexuales no se encuentra firme.

IV.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: **Dr. Alfredo A. Elosú Larumbe y Dra. Soledad Gennari.**

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:



CUESTIONES: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, El Dr. Elosú Larumbe dijo:

1) El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de resolución equiparable a sentencia definitiva (artículos 235, 239 y 242, primer párrafo en función del 249 del C.P.P.N.).

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

Por consiguiente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la presente impugnación.

La **Dra. María Soledad Gennari** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. Elosú Larumbe** DIJO:

I.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., las partes fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia).

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión -y así lo propongo al Acuerdo- que la impugnación extraordinaria debe ser declarada **improcedente**, por las razones que a continuación expondré.

El primer motivo alegado por la Defensa se refiere a la afectación del principio de imparcialidad, por los motivos que fueran ya descriptos.



A este respecto debo decir que no se observa en el actuar de los Jueces integrantes del Tribunal de Impugnación indicio alguno que permita presumir interés particular en el caso. Más aún, este Tribunal ya se expidió respecto del asunto mediante Resolución Interlocutoria 103/15, sin que la defensa haya aportado nuevos elementos que tengan entidad suficiente para reeditar el planteo. La invocación a cuestiones de organización interna del Ministerio Público de la Defensa para justificar el no uso del instituto de la recusación de manera oportuna, no resulta atendible.

Sin perjuicio de lo anterior debe indicarse que tanto la cita jurisprudencial realizada -fallo Dieser de la C.S.J.N.-, como las Reglas de Mallorca mencionadas, hacen referencia a la integración de los Tribunales de Juicio y por lo tanto no resultan aplicables a este caso. Este principio se encuentra expresamente receptado en nuestro ordenamiento procesal, en el artículo 5 del C.P.P., cuando impide a los jueces que intervinieron como jueces de garantía o impugnación, tomar intervención en la etapa de juicio.

Aquí el Tribunal de Impugnación se ha limitado a expedirse respecto de la procedencia de una medida cautelar y lo ha hecho en función del estado procesal del caso.

En este sentido, tiene dicho la C.S.J.N. que "(...) No cualquier intervención judicial anterior pone en crisis la imparcialidad llamada objetiva, sino aquella que se traduzca en el ejercicio progresivo de diferentes funciones judiciales a lo largo de una causa. Por ello, serán las circunstancias concretas del caso las que, en definitiva, determinen si se halla o no comprometida la garantía de imparcialidad" (C.S.J.N. Fallos: 330:2327).

Por ello, el planteo resulta improcedente.

Por otra parte, se agravia el defensor al entender la resolución del Tribunal de Impugnación es arbitraria por cuanto ha interpretado al artículo 119 del C.P.P., cuando el



mismo no requiere tal tarea intelectual ya que solo admite la interpretación literal.

Ahora bien, en este caso corresponde analizar previamente si, como lo plantea la defensa, estamos ante una medida cautelar o si, por el contrario, como lo manifestara la acusadora, estamos ya en la etapa de cumplimiento de pena.

En este sentido corresponde destacar que el 13 de julio de 2015, el Jurado Popular declaró a A. R. culpable del delito de Abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por el uso de arma (dos hechos) en concurso real con el delito de robo agravado por el uso de arma, en calidad de autor, condenándolo a la pena de 14 años de prisión de efectivo cumplimiento.

Esta sentencia fue recurrida por la vía ordinaria por ambos Ministerios Públicos. De la presentación realizada por la Defensa -el 27 de julio de 2015- no surge cuestionamiento alguno respecto de la condena por los delitos contra la integridad sexual. En cambio cuestiona la responsabilidad penal de R. en lo referido al delito contra la propiedad.

El Tribunal de Impugnación, mediante sentencia 58/15, rechazó el recurso de la defensa e hizo lugar al planteo Fiscal, confirmando lo resuelto por el Jurado Popular y aumentando el quantum de la pena a 18 años de prisión.

Dicha resolución fue impugnada por la defensa por vía extraordinaria ante este Tribunal, el que se expidió remitiendo el caso nuevamente al Tribunal de Impugnación, a fin de garantizar el doble conforme, solo en torno a la nueva pena aplicada sobre el inculpado. Es de destacar que en su planteo recursivo -de fecha 04 de septiembre de 2015- la Defensa no ha cuestionado la responsabilidad penal de su asistido respecto de los delitos de abuso sexual, tal como lo afirmó la Sra. Fiscal Jefe en la audiencia realizada el 21 de diciembre de 2015, sino que se ha agraviado respecto del



delito de robo calificado, la aplicación de las reglas del concurso real y el quantum de la pena resultante de ello.

Finalmente, el Tribunal de Impugnación, mediante Sentencia 90/15, confirmó el dictamen 58/15, en todos sus términos.

Así las cosas, le asiste razón a la representante de la vindicta pública cuando afirma que, respecto de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante, el imputado A. R. se encuentra ya cumpliendo pena. Su responsabilidad en estos delitos no solo no se encuentra cuestionada sino que ya se encuentra firme.

En efecto, al no haberse cuestionado la responsabilidad penal por los dos hechos de abuso sexual gravemente ultrajante, opera el principio de cosa juzgada parcial. Esta regla fundamental responde a la idea de "renovación parcial de la discusión". No se reedita toda la discusión, sino solo aquellos puntos que el recurrente ha atacado al fundar el recurso. Esto provoca que el Tribunal revisor deba tener por ciertos todos los aspectos de la decisión impugnada no alcanzados por el recurso.

Consecuentemente, el plazo previsto en el artículo 119 del CPP no resulta aplicable a este caso concreto.

En este orden de ideas, aún en la hipotética situación de que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria tuviese acogida favorable, la pena a imponerse no podrá ser menor al mínimo de la escala prevista en el segundo párrafo del artículo 119 del C.P. y consecuentemente, será de efectivo cumplimiento.

Por todo lo anterior, entiendo no corresponde hacer lugar al planteo de la Defensa.

Respecto de la alegada contradicción entre lo resuelto oportunamente por el Tribunal de Impugnación en este caso y la doctrina emanada de los fallos "Bella Nahuel", "Canale" y "Salcedo".



Más allá de que ya he dicho precedentemente que el artículo 119 del CPP no resulta aplicable al presente caso, debo decir también que la supuesta contradicción no es tal. Ello es así por cuanto el estadio procesal por el que transitaban cada uno de los casos mencionados al momento de expedirse el Tribunal revisor, era absolutamente distinto.

En el presente caso el Tribunal de Impugnación se expidió cuando ya existía una declaración de culpabilidad del Jurado Popular, con más la imposición de condena de efectivo cumplimiento a A. R.. En "Salcedo" (R.I. 68/15 del T.I.), la situación era similar, es decir existía doble conforme al momento de tomar intervención el Tribunal de Impugnación, aunque no se encontraba firme la condena. En ambos casos se confirmó la prisión preventiva de los acusados.

En cambio, en "Bella Nahuel" solo se contaba con la declaración de responsabilidad de la imputada por parte del Jurado Popular, pero restaba aún realizar el Juicio de Cesura. Lo mismo ocurría en el precedente "Canale". Y en ambos casos se ordenó la libertad de los imputados.

Pretender equiparar situaciones procesales dispares para fundamentar una supuesta contradicción en casos que no resultan análogos, de ningún modo autoriza la vía recursiva extraordinaria prevista en el inciso 3 del artículo 248 del CPP.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada **improcedente**. Mi voto.

La **Dra. Gennari** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. Elosú Larumbe** dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que la impugnación extraordinaria sea rechazada. Mi voto.



La **Dra. Gennari** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Elosú Larumbe** dijo: Con costas en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.). Mi voto.

La **Dra. Gennari** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE: I.- DECLARAR ADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida por la Defensa Oficial, a favor de A. R., contra la resolución del Tribunal de Impugnación de fecha 2 de octubre de 2015 (Registro Nro. 129, en el Legajo Nro. 111/15).

II.- RECHAZAR la impugnación antedicha por no verificarse los agravios que allí se exponen.

III.- CON COSTAS a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo del C.P.P.N.).

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ALFREDO A. ELOSU LARUMBE - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI
Dr. JORGE ALMEIDA - Subsecretario