

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nro. 63

NEUQUÉN, 8 de noviembre de 2021.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "S.... D...., J... E.... S/ ABUSO SEXUAL" (MPFNQ LEG. 124.815/2018), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- Por resolución de fecha 11 de agosto de 2021, el señor Juez de Garantías, Dr. Lucas Yancarelli, absolvió a J.... E.... S..... D.... de la imputación seguida en orden al delito de abuso sexual simple (arts. 45 y 119, primer párrafo, del CP).

El señor Fiscal del Caso, Dr. Manuel Ignacio Islas, instó el control ordinario contra dicha decisión.

El Tribunal de Impugnación, conformado en la ocasión por los Dres. Andrés Repetto, Fernando Zvilling, y la Dra. Florencia Martini, por resolución oral del 10 de septiembre de 2021, declaró la inadmisibilidad formal de la vía procesal intentada (art. 241, inc. 2), a contrario sensu, del CPPN; cfr. ACTAUD, 90740).

Contra esa resolución, la fiscalía dedujo una queja por denegación de impugnación ordinaria.

II.- El Dr. Islas presenta los siguientes puntos de agravio:

1) Alega fundamentación omisiva en relación con el control judicial difuso que les compete a los tribunales revisores, aun de oficio, ante la eventualidad de un caso constitucional.

Sustenta la crítica en la existencia de un valladar procesal que, aplicado de una manera estricta,

frustraría la vía utilizada por el litigante, con grave atropello de la tutela judicial efectiva de la presunta víctima, que tiene un retraso madurativo moderado y, al momento del hecho, era un menor de edad (art. 75, incs. 22) y 23), de la CN; art. 3 CDN; art. 229, en función del art. 241, inc. 2), y 248, inc. 2), del CPPN).

Recuerda que en la impugnación ordinaria afirmó que la sentencia absolutoria había recaído en arbitrariedad fáctica en la valoración del relato de la víctima [L. M.]. Ya, en el alegato de apertura, describió los tocamientos ejecutados por el imputado, después acreditados en el debate.

Hace extensiva la arbitrariedad de sentencia por incongruencia infra y extra petita. En especial, indica que "...El juez se pronunció sobre hechos que no fueron parte de la plataforma fáctica -acceso carnal- y omitió expedirse de una serie de acciones atribuidas a S..... D... -tocamientos de pene y cola- recortando el alcance del hecho limitándolo solamente y sin explicación razonable a frotamientos peneanos en la cola..." (fs. 34vta.).

Explica que durante el juicio se reprodujo la declaración testimonial de la víctima prestada en Cámara Gesell, y que el juez "*no escuchó bien ni entendió*" lo que ella decía (fs. 35vta.).

2) En subsidio, pide la inconstitucionalidad, en el caso concreto, de la limitación recursiva prevista en el artículo 241, inciso 1), del CPPN (cfr. fs. 37).

Refiere que ni la restricción del artículo 241, inciso 2), del CPPN, ni la regla de taxatividad de los recursos (art. 227 del CPPN) serían pasibles de ser

interpretadas de manera fragmentada y descontextualizada del orden jurídico nacional (arts. 1, 31, 116, 117 y 120 de la CN).

Sostiene que no se le puede negar la revisión a la fiscalía, en una instancia provincial intermedia, frente a la presencia de un agravio federal suficiente.

Insiste en haber fundado la impugnación en la causal de la arbitrariedad de sentencia, como medio apto para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado.

Es decir, su alegación no está vinculada con la garantía de la doble instancia ni con el principio de igualdad, sino más bien con el de legalidad y control republicano de los actos de gobierno.

3) También de manera subsidiaria, tacha de inconstitucionales a los artículos 227 y 241, inc. 2), del CPPN, por limitar el acceso del Ministerio Público Fiscal a vías recursivas locales en contra de decisiones definitivas que incurrir en arbitrariedad.

Ello implica, desde su óptica, una cuestión federal directa, por contravenir los arts. 31, 116 y 117 de la CN, y el art. 14, inc. 2), de la ley 48.

Hizo reserva del caso federal.

Cita profusos antecedentes jurisprudenciales en apoyo de su postura.

III.- Corresponde a esta Sala expedirse sobre la queja, toda vez que fue presentada en término, por una de las partes del proceso, conforme al artículo 251, primer párrafo, del CPPN (cfr. certificación actuarial de fs. 46).

Al respecto, se ha sostenido que la queja tiene por objeto que este Tribunal Superior entienda y

resuelva el recurso denegado, examinando las formas del interpuesto ante el Tribunal *a quo* y la resolución denegatoria de éste, decidiendo si el mismo era apto para su apertura formal conforme a las condiciones exigidas por el código de forma (cfr. R.I. n° 61/2006, 215/2007, 65/2008, 72/2009, 75/2015, 125/2018, 1/2019, 11/2020, entre otras).

IV.- Serán abordadas, en primer término, las pretensas inconstitucionalidades de los artículos 227 y 241, incisos 1) y 2), del CPPN.

En opinión del recurrente, ellas aparecen fundadas en la falta de reconocimiento de la facultad de acceso a una instancia recursiva local contra decisiones arbitrarias que le corresponde a la acusación pública, en desconocimiento de normas federales de rango jerárquico superior (arts. 1, 31, 116, 117 y 120 de la CN; art. 14, inc. 2), de la ley 48).

A título preliminar, cabe puntualizar que una simple lectura de la impugnación ordinaria nos permite concluir que el presente motivo fue introducido en el proceso de manera tardía.

El único agravio invocado en el escrito recursivo interpuesto por la parte acusadora se refirió a la causal de arbitrariedad de la sentencia (fs. 20/21). Esta circunstancia fue puesta de manifiesto en el voto particular del Dr. Fernando Zvilling (grabación de la audiencia del día 10/9/2021, 15:20 min. - 16:10 min.).

Por otro lado, el acta de audiencia celebrada ante el Tribunal de Impugnación permite advertir que, cuando ese magistrado interrogó al fiscal sobre el alcance de la reserva del caso federal, este último

respondió que la misma se ceñía pura y exclusivamente a la arbitrariedad (ACTAUD, 90740, fs. 44vta.; constancias fílmicas de la citada audiencia, 17:30 min. - 18:10 min.).

Como secuela de todo ello, se concluye que el motivo ha sido introducido de forma extemporánea en el proceso, e incluso tampoco fue planteado en la audiencia oral celebrada ante el órgano revisor (fs. 44).

Desde otro punto de mira, la decisión del Tribunal a quo aparece ajustada a derecho.

Cabe recordar que aquéllas resoluciones que declaran improcedentes los recursos ante los tribunales locales no justifican, como regla, el otorgamiento de la apelación del artículo 14 de la Ley 48 (Fallos: 303:861, entre muchos otros).

Y, aun cuando ese principio cede cuando se pone en evidencia una transgresión a la garantía constitucional del debido proceso de una tal entidad que afecta la validez misma del pronunciamiento (Fallos: 329:4688), dicha excepción resulta descartada cuando el caso se resuelve con fundamentos de orden procesal y derecho público local que le sirven de adecuado sustento (Fallos: 303:6732; 305:60, 1637, entre otros).

En esa inteligencia, no es posible ampliar la capacidad impugnativa de la fiscalía en contra del texto expreso de la ley 2784.

Sin perjuicio de ello, este Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la limitación recursiva del Ministerio Público Fiscal. En tal sentido, pueden citarse la R.I. n.º 1/2019, "INSULZA, MARCELO LEANDRO S/ HOMICIDIO CULPOSO (ART. 84)", del 1/2/2019, y

la R.I. n.º 125/2018, "FUENTES, LUIS ENRIQUE S/ ENCUBRIMIENTO AGRAVADO", del 2/11/2018, entre muchas otras.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha instituido una consolidada doctrina según la cual: "...la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho constitucional invocado (Fallos: 338:1026, entre otros). De allí que la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades propias como en el respeto de la esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a otros poderes y a las autonomías provinciales (Fallos: 242:73, entre otros)..." (Fallos: 342:697).

Por esto último, el órgano judicial que tuvo a su cargo el análisis de la impugnación no podía "...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 (Fallos: 279:128; 313:1007)..." (Fallos: 329:4688).

En esa comprensión, la Corte tuvo oportunidad de subrayar que "...el Estado -titular de la acción penal- puede autolimitar el ius perseguendi en los casos que considere que no revisten suficiente relevancia como

para justificar su actuación. En tales condiciones, el fiscal debe ejercer su pretensión en los términos que la ley procesal le concede. Por ello, no puede considerarse inconstitucional la limitación de la facultad de recurrir del Ministerio Público (...) en la medida en que, en las particulares circunstancias del sub lite, no se ha demostrado que se haya afectado la validez de otras normas constitucionales..." (Fallos: 320:2145).

Por ello, los límites impuestos a la fiscalía en orden a su facultad impugnativa guardan una íntima relación con potestades inherentes del legislador local al momento de la sanción del código procesal penal (arts. 34, inciso 2), 227, 241, incisos 1) y 2), 250 y 251 de la ley 2784), así como también con el ejercicio de la competencia reservada por las provincias al momento de la organización del estado federal (artículos 1, 5, 18, 31, 121, 122 y 123 de la C.N.).

En esa línea de pensamiento, el recurrente no pudo acreditar que las restricciones impuestas por el legislador local a su facultad recursiva resulten irrazonables, contravengan el principio de la supremacía constitucional o impliquen una flagrante transgresión de garantías fundamentales (Fallos: 329:4688).

Por estas razones, la inconstitucionalidad de las normas jurídicas citadas será declarada inadmisibile.

V. En sintonía con lo anterior, la fiscalía carece de legitimación subjetiva para impugnar esta clase de decisiones (artículos 227, segundo párrafo, 241, inc. 2), y 250, todos a contrario sensu, del CPPN).

El Tribunal de Impugnación escuchó a las partes en la audiencia celebrada de conformidad con el

artículo 245 del CPPN, habilitando el debate respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la vía de control ordinario deducida por el acusador público (cfr. sistema Cícero, registro audiovisual de la audiencia de fecha 9 y 10 de septiembre de 2021).

Al momento de tomar una decisión, el *a quo* declaró la inadmisibilidad de la impugnación ordinaria, haciendo directa aplicación del artículo 241, inciso 2), a contrario sensu, del código adjetivo.

A tal fin, el *a quo* valoró que la restricción se basa en una decisión de política criminal, que el recurrente no había planteado, en debido tiempo y forma, la inconstitucionalidad de la normativa aplicable al caso, y que la absolución ha sido dictada por un tribunal unipersonal, en una causa en donde el fiscal no podía requerir una pena superior a los tres años de prisión.

Esto último, se condice con lo efectivamente ocurrido en la audiencia de control de la acusación, celebrada ante la Dra. Ana Malvido. En ese acto procesal, la fiscalía calificó provisoriamente el hecho en el delito de abuso sexual simple, y aclaró, tomando en consideración la falta de antecedentes del imputado, que la pretensión punitiva no superaría los tres años de prisión, por lo que solicitó la intervención de un tribunal unipersonal (cfr. audiencia del 8/7/2020, 05:45 min. - 06:30 min.).

En definitiva, la impugnación extraordinaria deducida por el acusador público no supera el juicio de admisibilidad formal, de conformidad con los artículos 227, segundo párrafo, 241, inciso 2), y 250, todos a contrario sensu, del CPPN.

VI.- Corresponde eximir al Ministerio Público Fiscal del pago de las costas originadas en esta instancia, en torno a una decisión susceptible de causarle agravio, conforme a las consideraciones ya expuestas en la R.I. Nro. 52/2015, "CASTILLO", del registro de esta Sala Penal, a la que remitimos en función de la brevedad (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del CPPN).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- Declarar **INADMISIBLE** el recurso de queja deducido por el señor Fiscal del Caso, Dr. Manuel Ignacio Islas.

II.- EXIMIR DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES en la instancia a la parte perdidosa (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del CPPN).

III.- Notifíquese, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

MARÍA SOLEDAD GENNARI
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario