

RESOLUCION INTERLOCUTORIA Nro. 21

NEUQUÉN, 13 de abril de 2021.

VISTOS:

Estos autos caratulados "D..., S.....S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA EDAD DE LA VÍCTIMA CONVIVIENTE - F....., Y....V..... S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA EDAD DE LA VÍCTIMA CONVIVIENTE Y POR EL VÍNCULO" - RECURSO DE QUEJA (MPFNQ LEG 157731/2020), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia,

y **CONSIDERANDO:**

I.- En el presente legajo se investigan diversos hechos de Abuso Sexual con multiplicidad de víctimas menores de edad, que tienen como imputados a S... J... D... y a Y...V... F.

En fecha 03/02/2021 se llevó a cabo ante el Juez de Garantías, Dr. Mauricio Zabala, la audiencia prevista en el artículo 168 del C.P.P.N., ocasión en que las partes acusadoras (Ministerio Público Fiscal, Defensoría de los Derechos del Niño [en su rol de Querellante institucional] y la Querella Particular) subsumieron los hechos imputados a **S.... J..... F...** como: *"Abuso Sexual simple, agravado por el aprovechamiento de las facilidades que confiere la situación de convivencia (en relación a 'B'), en concurso real con Abuso Sexual con acceso carnal (acto análogo) agravado por el aprovechamiento de las facilidades que confiere la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido por dos personas, en calidad de autor (en relación a 'L. C.'), en concurso real con Abuso Sexual con acceso carnal, acto análogo, agravado por el aprovechamiento de la situación de*

convivencia preexistente con la menor y por haber sido cometido por dos personas (en relación a 'G'), ello en calidad de autor, previsto y reprimido en los artículos 119, 1er, 3er. y 4to. párrafos incisos d y f del Código Penal)...” (textual del acta de audiencia [fs. 1 vta.]). Mientras que los de **Y.... V.... F. . . .** se tipificaron como “Abuso Sexual con acceso carnal (acto análogo) agravado por el vínculo, por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido por dos personas, en calidad de autora, previsto y reprimido en el art. 45, 119 3er y 4to párrafo, inc. b, d y f (en relación a “L”), en concurso real con el delito de partícipe necesaria, dos hechos, de Abuso Sexual con acceso carnal (acto análogo) agravado por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente y por haber sido cometido por dos personas, desplegado por **D.....** , previsto y reprimido en el art. 45, 55, 119 3er. y 4to párrafo inc. f y d del Código Penal...” (textual del acta de fs. 1/2, concordante con los minutos 10:11/ 12:34 de la audiencia citada).

El Ministerio Público Fiscal, frente a la multiplicidad y gravedad de los hechos atribuidos, le aclaró al magistrado actuante que su pretensión punitiva será mayor a quince años de prisión y le solicitó la fijación de competencia del Jurado Popular (conf. art. 35 del C.P.P.N.); pretensión que a su vez mereció el acompañamiento de las otras partes acusadoras.

Las respectivas Defensas, a su turno, se opusieron.

Dicha cuestión litigiosa fue zanjada por el Dr. Zabala, en el sentido de negar la competencia de Juicio por Jurados, atribuyéndola en su lugar a un tribunal compuesto por jueces técnicos, bajo el argumento de que el Fiscal no dio

razones suficientes que permitan proyectar una pena de tamaño intensidad para los imputados.

II.- Disconformes con ese punto de la decisión, el Sr. Fiscal del Caso Dr. Andrés Azar -en forma conjunta con la Dra. Mónica Palomba, Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente- y los letrados patrocinantes de la Parte Querellante -Dres. Gustavo Lucero y Dra. Silvina Fernández Mendaña- dedujeron impugnación ordinaria, la que fue declarada formalmente inadmisibles, por el Tribunal de Impugnación integrado en la ocasión por los Dres. Andrés Repetto, Daniel Varessio y Federico Sommer, en decisión oralizada el día 19/02/21.

III.- En contra de este último fallo se registran ante este Cuerpo los Recursos de Queja por impugnación ordinaria denegada que se detallan seguidamente.

A.- Recurso deducido en forma conjunta por el Ministerio Público Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño:

Luego de mencionar los antecedentes del caso, los quejosos sostuvieron que, en su opinión, el Dr. Zabala le hizo decir a la ley lo que ésta no dice, al exigir requisitos arbitrarios en un tema que es de exclusivo resorte de la Fiscalía. Concretamente, consideran que fue relativizado el contenido del art. 35 del Rito, entrometiéndose el Sr. Juez en competencias que no le son propias, y privando a las víctimas, mujeres menores de edad, que su caso sea decidido a través de un jurado popular, que es el tipo de tribunal que corresponde intervenir en los delitos investigados en este legajo.

Sostienen que es ésta la oportunidad de sanear el yerro del Magistrado, pues no tiene sentido transitar un juicio ante un tribunal al que no le corresponde entender en el caso, porque es incompetente.

No desconocen que el art. 173 inc. 1 del CPP faculta al juez a analizar la competencia requerida y a decidir qué tipo de tribunal habrá de intervenir en el juicio oral, pero ello siempre y cuando su decisión no sea arbitraria e ilegítima. Dicen haber demostrado y puesto a consideración que el quantum punitivo obedecía al daño psicológico y físico producido a las niñas, sin que el Magistrado haya exteriorizado ningún argumento de por qué tales fundamentos no conformaban razones válidas para solicitar tal pretensión punitiva, no constituyendo tampoco una exigencia propia del art. 35 del CPP. Estiman que, sin ningún tipo de argumentación jurídica y sin sustento legal alguno, se les vedó por completo de la competencia del Tribunal de Jurados Populares.

Por otro lado, indican que intentaron explicarle al Tribunal de Impugnación por qué no era éste el momento procesal para analizar las pautas valorativas de los arts. 40 y 41 del CP, cuando aún no se había realizado el juicio, pero tal circunstancia les fue impedida atento la declaración de inadmisibilidad formal de su recurso ordinario.

En este sentido, arguyen que al fundar la decisión, el a quo manifestó que las partes no habían explicado por qué la decisión del Dr. Zabala era arbitraria y que no demostraron ningún agravio, a pesar de que de manera expresa se les había indicado que no entrarían a discutir los agravios de fondo, sino solo la admisibilidad formal del recurso. Que se les cuestionó la ausencia de expresión de agravios, cuando previamente se les informó que no debían entrar al desarrollo de los mismos.

De este modo, consideran que la decisión vulnera el debido proceso legal, pues de manera arbitraria, se termina confirmando una decisión que incumple, sin fundamento alguno, lo estipulado en el art.35 del CPP, pues si es el Ministerio Público Fiscal quien está a cargo de la política de

persecución penal, y si el tipo de delito los lleva a presuponer que resultaría razonable la imposición de una pena superior a los 15 años de prisión, no puede un juez negar el ejercicio de ese poder discrecional sustentado en la ley.

Sumado a ello, estiman que la decisión adoptada afectó las mandas legales relativas a la protección de víctimas especialmente vulnerables, por su calidad de niñas y menores de edad. Citan jurisprudencia en apoyo de su postura.

Por lo expuesto, sostienen que el razonamiento empleado por el Dr. Zabala adolece de fundamentación omisiva y vicia la motivación de la sentencia, transformándola en ilegítima; solicitan se revoque la sentencia recurrida y se devuelvan las actuaciones al a quo, a fin de continuar el proceso. Formulan reserva del caso federal.

B.- Recurso articulado por la Querrela particular:

En su presentación, afirman que la decisión apelada les causa agravio toda vez que declaró formalmente inadmisibile su recurso, en forma arbitraria, y confirmó la resolución del juez de grado por la cual rechazó el pedido de competencia de un Jurado Popular para que decida sobre la presente causa. Refieren que el agravio es de imposible reparación ulterior en atención a que, de quedar firme lo decidido, traería aparejada la imposibilidad de discutir cuestiones de competencia del tribunal de juicio, conculcándose gravemente el debido proceso penal y el acceso a la justicia de víctimas mujeres menores de edad. Además, consideran que el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación adolece de una mirada con perspectiva de género, y deroga explícitamente la vigencia del Juicio por Jurados, modificando el diseño normativo determinado por el legislador neuquino.

Arguyen que la impugnación ordinaria fue indebidamente denegada pues, por un lado, los Magistrados de

la instancia anterior denostaron la actividad de las partes acusadoras, al reprocharles el no haber expresado agravios, cuando fue ese mismo tribunal el que se los impidió, al no permitirles ingresar al fondo del planteo.

En ese sentido, refieren que el Tribunal de Impugnación declaró la inadmisibilidad formal del recurso articulado por esa parte, por considerar que no se daban los presupuestos necesarios para encuadrar a la decisión apelada como un "auto procesal importante". Sin embargo, entienden que esa decisión no tomó en cuenta el argumento central expuesto en audiencia, en el sentido de que esta resolución debía ser entendida como un acto objetivamente impugnabile, por encontrarse vulneradas garantías y derechos constitucionales de las víctimas, no siendo razonable tener que esperar a una sentencia definitiva para tratarlo.

Valoran como defectuosa la práctica de vedar la oportunidad de escuchar el desarrollo de los agravios por parte de los impugnantes, cuando de ellos depende, de manera dirimente, el mejor entendimiento sobre el tamiz de la admisibilidad formal.

Ello por cuanto la decisión jurisdiccional que impidió a la Fiscalía ejercer la acción penal del modo escogido, al denegarle la competencia del Jurado Popular, resultó arbitraria y es éste el momento procesal para corregir esa decisión.

No desconocen que el art. 173 inc. 1 del CPP faculta al juez a fijar la competencia y a decidir qué tipo de tribunal intervendrá en el juicio oral; pero que eso será así en tanto y en cuanto no sea ilegítima la petición del requirente en lo que hace al ejercicio de las potestades propias enmarcadas en un diseño de políticas de persecución penal como las vigentes en nuestra provincia; pero que dicha facultad implica el empleo de razones o argumentos jurídicos

válidos, lo que no ocurrió, en su visión, con la resolución del Dr. Zabala.

Afirman que en nuestro sistema procesal la competencia surge del requerimiento fiscal de apertura a juicio y de su admisión jurisdiccional. En el documento fiscal existieron fundamentos necesarios, que el juez rechazó indebidamente, al sostener que no se habían "...señalado ninguna de las motivaciones de los artículos 40 y 45 [léase 40 y 41], ni siquiera la peligrosidad de los hechos, sino solo la suma aritmética...".

Al respecto, consideran que esa visión resultó ser una mera discrepancia con la pretensión punitiva, excluyendo y vedando la competencia del Jurado Popular, sin el empleo de ningún argumento jurídico de peso, ni indicándose en qué norma jurídica se basaba, sino que, simplemente, lo consideró desde la faz más subjetiva, porque pretendió asimilar dicha labor, con la labor propia de la etapa de determinación de pena, en la segunda etapa de un juicio. En su opinión, el Dr. Zabala pretendió que las partes acusadoras probaran las circunstancias de los arts. 40 y 41 del CP, sin haber producido prueba, exigiéndolo en una etapa procesal impropia, y ajeno al alcance de la audiencia del control de la acusación.

Es por esas razones que consideran que el juez violó arbitrariamente la determinación de la competencia del tribunal de juicio.

En lo que respecta a la argumentación empleada por el a quo para declarar formalmente inadmisibles la impugnación ordinaria articulada por esa parte, sostienen que como no se les permitió avanzar sobre el fondo de la cuestión llevada a su conocimiento, resultó imposible la exposición de los motivos de agravio y qué razones de peso tenían para tachar de arbitrario el pronunciamiento del Dr. Zabala.

De ese modo, afirman, se derogó, de hecho, la vigencia o aplicabilidad del juzgamiento por Jurados Populares en Neuquén, al negarse o evitarse someter un caso que les es propio a su competencia. Además se les señaló a los Magistrados de la instancia anterior, que éste no era un problema de acceso a la jurisdicción, sino más bien de asignación de competencias que determinan al juez natural.

Por último, estiman que la decisión del Tribunal de Impugnación está vacía de perspectiva de género y de minoridad, porque para nada repararon en que se trataba de niñas víctimas que fueron ultrajadas por quienes debían protegerlas. Por lo que solicitan se admita la queja, y se devuelvan las actuaciones a fin de continuar el proceso. Formulan reserva del caso federal.

IV.- Fijados así los antecedentes del caso y las razones de acudimiento a esta instancia, vale decir que aunque los documentos recursivos obligan, en principio, a un pronunciamiento sobre sus aspectos formales y sustanciales, constituye un requisito previo, emanado de la función jurisdiccional, el control aún de oficio del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que, la existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte a una garantía constitucional, no podría ser confirmada (CSJN, Fallos 317:2043).

De acuerdo a tal directriz, la consulta de estas actuaciones permite advertir un grave vicio como el señalado, al haberse afectado la competencia establecida en la Ley vigente. En efecto:

El artículo 25 del C.P.P.N. indica como principio indefectible, que *"La competencia sólo puede ser fijada por la ley"*, lo que implica -al menos como regla

general- que no puede ser alterada por los jueces ni por las partes.

Bajo esta premisa normativa, la distribución de la competencia entre los distintos magistrados o tribunales jurados opera conforme a factores determinantes de competencia, sustentado en pautas preestablecidas, lo que en nuestro Código Adjetivo se aprecia en el Libro I, Título II, Capítulo II bajo el título "Tribunales Competentes" (cfr. en especial arts.31 a 37 del C.P.P.N.)

En lo que aquí interesa y con particular foco en el artículo 35 de nuestro Rito, el Legislador previó la intervención obligatoria de Tribunales de jurados populares *"Cuando se deba juzgar delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado haya sido muerte o lesiones gravísimas, siempre que el Ministerio Público Fiscal solicite una pena privativa de la libertad superior a los quince (15) años..."*.

Vale indicar aquí que no estuvo en discusión ante el magistrado la existencia de los elementos objetivos requeridos por la norma procesal para la sustanciación del juicio por jurados populares y que la intención del Legislador traduce, esencialmente, *"...el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo"*, a la vez que el veredicto alcanzado por ese órgano constituye *"...una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc [...] El ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes -como el veredicto del jurado popular- posee un efecto positivo para todos los participantes. En esa línea, se puede hablar del 'valor epistemológico' de la*

construcción de consensos [...] La proyección multiplicadora de esta experiencia de aprendizaje derrama sus beneficios sobre la comunidad, permitiendo 'generar ciudadanía'..." (cfr. C.S.J.N., Fallos 342:697, "Canales, Mariano Eduardo y otro s/ Homicidio Agravado", del voto de mayoría, considerandos 17 y 20).

El juez de garantías, al margen de la norma y desatendiendo la alta misión que el Legislador depositó en el Jurado Popular, le impidió su competencia natural al expresar: *"...no encuentro elementos que me hagan suponer que en el caso concreto se pueda dictar una pena superior a los 15 años de prisión, siendo que la mínima es 8 años..."*.

Dicho argumento no es validable ya que no le cabía formular una graduación anticipada de la pena como pauta de asignación de competencia, a menos de que la petición Fiscal resultara manifiestamente ilógica.

Ello así, pues se encontraba fuera de sus posibilidades prever con meridiana claridad las muy diversas circunstancias que habrían de influir sobre el agravamiento o la atenuación de la sanción penal en la potencial fase de cesura, porque todavía no se litigaron ni las conoce en toda su dimensión. Ese método de asignación, además de tener una evidente endeblez, no tiene anclaje en ninguna norma procesal o pauta interpretativa, de la cual tampoco se ocupó de explicar en su fallo.

Por el contrario, de forma más limitada, se le imponía controlar que la pretensión fiscal no resulte irrazonable en el caso en concreto. Y esta comprobación queda cumplida con constatar que las conductas penalmente relevantes resulten abarcadas en el artículo 35 del Código Procesal Penal y que contengan, en abstracto, una intensidad punitiva que haga sostenible la pretensión sancionatoria del Fiscal. Eso es, en definitiva, el control de razonabilidad que le cabía

efectuar en los términos del artículo 173 inc. "a" del C.P.P.N., del cual se alejó sin argumentos eficaces.

Se insiste una vez más: el legislador local, en el diseño de competencias que estableció en el Título II del Código Procesal Penal, dispuso la intervención, de modo obligatorio, de jurados populares, cuando el Ministerio Público Fiscal requiriese una pena privativa de libertad superior a los quince años en orden a los delitos contra las personas, la integridad sexual o cualquier otro delito cuyo resultado sea muerte o lesiones gravísimas (cfr. art. 35); hallándose tales requisitos presentes en el legajo, pues tanto en la acusación como en la audiencia inherente a su control, las partes acusadoras pretendieron una pena superior a los quince años de prisión por diversos hechos que afectaron la integridad sexual de niñas menores víctimas, los que individualmente considerados y con prescindencia de cualquier concurso real que pretendiere hacerse valer, permite, en abstracto, una aspiración punitiva semejante por sus circunstancias agravantes y calificantes.

Del repaso de los argumentos brindados por las partes acusadoras, estimamos que los mismos dejaron expuestos, de modo fundado y razonable, y conforme lo esperable para esta etapa procesal, por qué entendían que correspondía el juzgamiento del caso a través de un Jurado Popular; argumentos que no fueron debidamente atendidos por el magistrado llamado a decidir, conforme se explicara precedentemente.

De modo que, al haberse afectado la competencia que por ley fija el art. 35 del CPP al Jurado Popular, mediante argumentos que se apartaron indebidamente de las constancias comprobadas de la causa, la nulidad de este punto de la decisión se impone (art.98 del CPP); nulidad que se extiende a todo lo actuado con posterioridad a la misma (la

audiencia llevada a cabo el día 19/2/21 y la resolución allí dictada).

En aras a salvaguardar el orden público, cuya afectación se verificó en los términos ya indicados, corresponde declarar la competencia del Jurado Popular para entender en el presente caso (arts. 25 y 35 del C.P.P.N.).

Frente a lo anterior, los recursos articulados por las partes acusadoras perdieron virtualidad y así debe declararse.

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA NULIDAD de la decisión adoptada por el Sr. Juez Penal del Colegio de Jueces Dr. Mauricio Zabala, en la audiencia de control de la acusación celebrada el día 03/02/21, únicamente en lo relativo a la fijación de la competencia de juzgamiento en un Tribunal Colegiado; así como de todo lo actuado con posterioridad a la misma (esto es, la audiencia de fecha 19/02/21 ante el Tribunal de Impugnación y la resolución respectiva) (art. 98 del CPP).

II.- DECLARAR LA COMPETENCIA del Jurado Popular para el juzgamiento de los hechos imputados a S....J....D.... y a Y.....V.....F..... contenidos en este legajo y su acumulado 137367 (artículos 25 y 35, ambos del C.P.P.N.).

III.- DECLARAR ABSTRACTOS los recursos de las partes acusadoras, que corren agregados a fs. 21/28 y 29/35 en virtud del reencauzamiento del trámite conforme a los puntos anteriores.

IV.- TÓMESE RAZÓN, notifíquese a las partes, y devuélvase el legajo a origen por remisión virtual para evitar la circulación de papel y de personas, en

cumplimiento de las consabidas medidas de prevención
sanitarias.

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE

Vocal

JORGE E. ALMEIDA

Subsecretario

MARÍA SOLEDAD GENNAR

Vocal