

**ACUERDO N° 2/2022:** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de junio de 2022, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ), integrada por el Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe y la Dra. María Soledad Gennari, con la intervención del Secretario de la Secretaría Penal, Dr. Andrés C. Triemstra, para resolver una impugnación extraordinaria presentada por el Ministerio Fiscal en el caso: "M..., M..... A..... S/**HOMICIDIO**" (Legajo MPFNQ n.° 118913/2018).

**ANTECEDENTES:**

I. El 2/8/2019, el tribunal colegiado integrado en la ocasión por las juezas Patricia Lupica Cristo y Carolina García, y por el juez Diego Fernando Chavarría Ruiz, con competencia penal en niñez y adolescencia, en lo pertinente, resolvió: a) homologar un acuerdo entre las partes y declarar a M..... Á..... M... (nacido el .....), DNI ....., coautor de homicidio simple, por el hecho cometido el 26/8/2018, en perjuicio de quien en vida fuera Franco Andrés Basualdo (artículos 45 y 79 del Código Penal -en adelante CP-); y b) dar inicio a la etapa de tratamiento tutelar por el plazo de un año -artículo 4 inciso 3 de la ley n.° 22278- (cfr. en sistema Dextra).

El 7/10/2021, el tribunal compuesto por las juezas Carolina García y Bibiana Ojeda, y por el juez Diego Fernando Chavarría Ruiz, condenó al joven M... a la pena de 5 años y 8 meses de prisión de cumplimiento efectivo (cfr. en sistema Dextra).

El 7/2/2022, el Tribunal de Impugnación

integrado -en esa oportunidad- por la Dra. Liliana Deiub y los Dres. Federico Sommer y Andrés Repetto, hizo lugar parcialmente a la impugnación ordinaria presentada por la Defensa, a favor del joven M..., contra la segunda fase de juicio. Y en consecuencia, anuló la sentencia de pena y reenvió el legajo para que, con una integración distinta y previa audiencia, se dicte un nuevo pronunciamiento (cfr. en sistema Dextra, sentencia n.º 1/2022).

**II.** Los Dres. German D. Martin, Fiscal para delitos juveniles, y Rómulo Patti, Fiscal Jefe, presentaron una impugnación extraordinaria contra el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación, en los términos del artículo 248 inciso 2 del Código Procesal Penal de la provincia del Neuquén (en adelante, CPPN).

La parte recurrente adujo que la decisión impugnada resulta arbitraria e inconstitucional. Que se afectaría la supremacía constitucional, la tutela judicial efectiva y el derecho a una justicia en un tiempo razonable de las víctimas -ascendientes y hermana de quien en vida fuera Franco Basualdo- (artículos 31 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional; 4, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante, CADH]; 2 de la ley n.º 2891; 13, 18 y 60 del CPPN).

Entendió que la decisión cuestionada es equiparable a una sentencia definitiva o auto procesal importante (artículo 233 del CPPN) y causa un gravamen irreparable. Refirió que es el momento procesal oportuno para que esta Sala aborde un agravio que de lo contrario sería de tardía reparación ulterior. También, que debería

evitarse la innecesaria celebración de un nuevo juicio sobre la pena -se trataría de una cuestión de puro derecho- por el perjuicio que supondría para las víctimas.

Agregó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) desarrolló la doctrina del momento procesal oportuno o tutela inmediata para equiparar a sentencia definitiva, pronunciamientos anteriores del proceso.

Afirmó que se trata de un caso con aristas especiales y excepcionales. Que la decisión recurrida resulta ilegal por lo que afecta el orden público y que sería revictimizante; que el nuevo juicio dispuesto se acerca a una situación de denegación de justicia.

Opinó que la gravedad que entraña revocar una sentencia de un tribunal especializado y considerarla como inválida requiere de una seriedad de argumentos que no se evidencian en el pronunciamiento impugnado.

Expuso como agravios:

1) Arbitrariedad: a) por tratarse de una decisión desproporcionada (incoherente); b) por contener una errónea aplicación de la ley vigente; y c) por poseer un gravísimo error hermenéutico.

2) Resolutorio impreciso y confuso.

En el primer agravio -sobre a)-, mencionó una falta de proporción entre el supuesto déficit señalado a la sentencia de pena (fundamentación aparente) y la solución dada en la resolución del Tribunal de Impugnación (invalidez y reenvío). Dijo que con un análisis superficial y argumentos débiles, se había

revocado un proceso completo (de casi 3 años) y un juicio.

A su entender, en el fallo condenatorio no se incurrió en falta de fundamentación. Manifestó que la fundamentación aparente atribuida a la condena no se daría en algo estructurante de la sentencia y del juicio (por ejemplo, necesidad de pena, arbitrariedad en el análisis de pruebas, *quantum*, violación del derecho de defensa). Y que el órgano revisor para sostener su conclusión había tensionado todo el sistema normativo provincial y nacional.

Indicó que el juicio sobre la pena en la especialidad penal adolescente es una síntesis de un proceso complejo (con gran cantidad de audiencias). Que resultaría desproporcionado que en una sola audiencia -de alegaciones- se adopte una decisión como la aquí recurrida, con desconocimiento de la complejidad mencionada.

Expresó que el órgano revisor solo examinó la sentencia, el escrito de impugnación de la defensa y efectuó un análisis documental. Que no habría cotejado las pruebas producidas ni el juicio mismo. A raíz de lo cual, la decisión aquí recurrida sería arbitraria, dado que aparecería desproporcionada, trivial e injustificada.

Agregó que el reenvío permitiría a la defensa salvar una presunta negligencia, lo que vulneraría la igualdad de las partes y un juicio justo.

La parte recurrente -en b) y c)- adujo una presunta interpretación y aplicación errónea de la normativa aplicable al caso.

Expuso que el Tribunal de Impugnación había reconocido que la sentencia de condena justificó la necesidad de pena de prisión; no obstante, ese órgano sostuvo que hubo una fundamentación solo aparente respecto al cumplimiento efectivo, como así también, que había sido dogmática y aparente la justificación de la imposibilidad de aplicar penas alternativas.

Afirmó que el fallo condenatorio había explicado que comenzaba el cómputo en el mínimo jurisprudencial de 4 años y que el mínimo legal es de 8 años. Entendió que no había otra alternativa que el cumplimiento efectivo. Que el régimen especializado penal adolescente no puede apartarse del Código Penal.

Que en este caso no se había planteado la inconstitucionalidad del artículo 26 del CP; por lo que si se declaraba de oficio vulneraría la imparcialidad y el principio dispositivo/acusatorio. Y que una pena de prisión -mayor a 3 años- no efectiva sería ilegal.

Afirmó que el proceso especializado se basa en todo tipo de estrategias técnicas e institucionales para lograr responsabilidad, reparación y resocialización en libertad (previo al juicio sobre la pena). Que si esas estrategias fallan y el tratamiento es irregular y abandonico, como en este caso, justifica que el tratamiento continúe pero ya en ámbitos institucionales de control y contención física (prisión).

Manifestó que el *a quo* erró sobre la legislación aplicada cuando sostuvo la aparente o no justificación de la inidoneidad de otras penas o sanciones en el fallo condenatorio.

Refirió que la ley n.º 22.278 no trae sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad y remite al Código Penal. Y que el artículo 87 de la ley n.º 2302 no puede fijar sanciones como sugeriría la decisión del Tribunal de Impugnación.

Que el análisis del artículo citado, efectuado en la decisión recurrida, sería desacertado, fraccionario, aislado e insólito. Que el primer error es pensar que ese artículo 87 trae una posibilidad y alternatividad de sanciones penales. Que una ley provincial no puede prever sanciones penales, por no ser su competencia constitucional. Que otro error es que dicho artículo está enmarcado, y así debe ser leído, en un modelo de juzgamiento convencional.

Que ese precepto fue dictado después de la Convención sobre los Derechos del Niño, que junto al bloque de constitucionalidad delinear un modelo procesal penal adolescente convencional (artículo 40). Que ese modelo autoriza sanciones privativas de la libertad a menores de 18 años, plantea su excepcionalidad y un listado de posibles sanciones alternativas. Que en el derecho comparado se autoriza a sancionar penalmente a menores desde los 12, 13 ó 14 años hasta los 18 años; de allí, la excepcionalidad de la sanción de prisión y la posibilidad de sanciones alternativas.

Expresó que en nuestro país es diferente, dado que recién a partir de los 18 años se permite sancionar penalmente. Que solo se puede condenar a personas adultas (artículo 4 de la ley n.º 22.278), algo inédito a nivel internacional. Que dicha ley aún no fue

adecuada convencionalmente en lo que respecta a su competencia (fijar sanciones penales específicas).

Opinó que la justificación adicional de la sanción privativa de la libertad se da en el contexto de pensar internacionalmente sanciones a personas menores de 18 años. No en el caso de M... que tenía 19 años al momento de la fijación de la pena.

Manifestó que una interpretación tradicional del artículo 87 de la ley n.º 2302 sostendría que se deben intentar medidas, bajo pena de nulidad, entre el juicio de responsabilidad y el juicio sobre la pena. Medidas socioeducativas en libertad, según las legislaciones postconvencionales, como habría sucedido en este caso.

Y que otra posible hermenéutica sostiene que dicho artículo trae un presupuesto procesal (la inidoneidad) que se debe entender y aplicar cuando exista un régimen nacional que contenga penas alternativas (que aún no existe).

Que la promoción internacional es para que en la legislación argentina de fondo se incorpore una serie de sanciones alternativas a la pena privativa de la libertad para menores; lo que nuestro país aún no ha cumplimentado. Que la jurisdicción no puede cubrir esa ausencia o incumplimiento internacional.

Opinó que las sanciones alternativas que indica el Tribunal de Impugnación (órdenes de supervisión, libertad vigilada, etc.), si bien son promovidas internacionalmente, son aún ilegales en Argentina; por lo que no se puede avanzar en el análisis

de su idoneidad/inidoneidad en el caso.

Preguntó cómo haría el tribunal de juicio para argumentar la idoneidad de sanciones que aún no existen, sin vulnerar el principio de legalidad. También, si el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación anuló la sentencia porque no declaró de oficio la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 26 del CP.

A su parecer, el tribunal de juicio justificó la condena en forma clara y de acuerdo a la normativa prevista. Y en el pronunciamiento impugnado se anuló y solicitó a los sentenciantes que se aparten de la normativa vigente aplicable al caso.

Que se evidencia una arbitrariedad normativa y una vulneración a la supremacía constitucional por la afectación del reparto de competencias legislativas entre nación y provincia.

Mencionó que, en cuanto a la inconstitucionalidad, el conflicto de normas provinciales con las de derecho común surge a partir de la interpretación arbitraria del *a quo* que las pone en pugna.

En el segundo agravio, adujo un resolutorio impreciso y confuso, que generaría incertidumbre. Que por las imprecisiones y fórmulas gramaticales utilizadas no se entendería qué resolvió el *a quo* ni el alcance del resolutorio.

Planteó como interrogante si se anuló: el ofrecimiento de prueba sobre la pena, juicio y sentencia; o el juicio sobre la pena, o la sentencia de pena; o solo juicio y sentencia. Que pareciera que solo se refiere a

la sentencia de pena. Sobre el punto tercero del mismo resolutorio, se preguntó a qué tribunal de juicio se hizo referencia (al de responsabilidad o al de pena); y si la "audiencia señalada al efecto" refiere a un juicio, a las audiencias de un juicio o a la prueba del artículo 247 (cfr. p. 15/16).

Citó jurisprudencia.

Hizo reserva del caso federal.

Solicitó que se revoque el pronunciamiento recurrido y que se confirme la decisión del 7/10/2021 dictada por el tribunal del fuero penal adolescente (sentencia de necesidad e imposición de pena).

**III.** Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del CPPN, se convocó a una audiencia oral y pública. En ese acto, estuvieron presentes: por el Ministerio Fiscal, el Dr. Rómulo Patti, Fiscal Jefe y el Dr. Germán Martín, Fiscal del caso; por la contraparte, el Dr. Raúl Alejandro López y la Dra. Mariela Borgia, Defensor Penal del Niño y Defensora Penal Adjunta del Niño, respectivamente, en representación del imputado M.... Á.... M....; además, la señora N..... A..... B..... (progenitora de la víctima) y el señor R.... R....

En la audiencia mencionada las partes produjeron sus respectivas argumentaciones (cfr. registro audiovisual y en sistema Dextra, el acta de la audiencia del 17/5/2022) y en ese contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

El Dr. Patti hizo referencia a que, por la especialidad de la temática, el Dr. Martín iba a

desarrollar el planteo. El fiscal del caso argumentó sobre la admisibilidad del recurso interpuesto, como así también, expuso los agravios y alegó en términos similares a la impugnación presentada por escrito, la que obra en el legajo de referencia. Agregó que hay información relevante posterior a la audiencia de impugnación. Que M... tiene una restricción de acercamiento por denuncia por violencia de género, realizada por su ex pareja y madre de su hija, que está con botón antipánico. Que tiene un informe actualizado del Juzgado de Familia, que están vigentes esas cuestiones de la ex pareja de M.... Opinó que M... sigue igual, que no tiene ningún merecimiento, por lo cual el juicio que se hizo y en el que se lo condenó es lógico, justo, coherente, responde a la realidad de M.... Reiteró que con un nuevo juicio hay serios riesgos de revictimización, aludió al impacto que ha tenido el homicidio y al hostigamiento de M... después del homicidio. Solicitó que se confirme la sentencia de condena y que se revoque el fallo del Tribunal de Impugnación.

A su turno, se cedió la palabra a la Defensa, a fin de que refutara los argumentos de la contraparte. El Dr. López propició la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria del Ministerio Fiscal. Manifestó que la resolución que esa defensa había recurrido -en su oportunidad- no era de un tribunal especializado, dado que un solo integrante era del fuero penal juvenil; al igual que el Tribunal de Impugnación, porque no había más jueces de menores. Por lo que

entendió que el énfasis -del Ministerio Fiscal- de que la resolución originaria era de un tribunal especializado no corresponde. Además, dijo que pareciera ser que el acusador encauzó la impugnación por el segundo inciso del artículo 248 del CPPN, que es cuando proceda el recurso extraordinario federal; por lo que el primer análisis es sobre si se dan los supuestos del artículo 14 de la ley 48 para que sea admisible el recurso. Expuso que la decisión impugnada no se trata de una sentencia definitiva, no pone fin al proceso ni impide su prosecución. Que el primer escollo que tiene que salvar el MPF es el principio de la taxatividad de los recursos. Y que esto no sucede, porque los artículos 227 y 233 del CPPN expresamente señalan que la decisión del Tribunal de Impugnación que dispuso el reenvío es una resolución irrecurrible. Que ante ello, el fiscal recurre al gravamen irreparable o auto procesal importante para pretender salvar esta valla procesal. Que la contraparte omitió decir que cualquier decisión que dictara el Tribunal de Impugnación en contra de sus intereses iba a causarle un agravio, pero que ello no habilita a sortear la taxatividad normativa. Expresó que el concepto de auto procesal importante no admite que este recurso sea procedente (citó los Acuerdos n.º 2/2018 y n.º 7/2018 de la Sala Penal de este TSJ). Aludió a que ningún tipo de gravamen habilita a violentar los límites recursivos establecidos por el propio legislador. Que conforme la jurisprudencia de la CSJN, la facultad recursiva del acusador tiene jerarquía meramente legal (mencionó los precedentes Arce y Mainhard). Manifestó que el acusador

hizo referencia a que un nuevo juicio implicaba revictimizar a la víctima, una denegación o retardo de justicia, por la violación de un plazo razonable. Aclaró que no se trata de un nuevo juicio en su integridad sino de un nuevo juicio sobre la pena y que el recurrente no dijo de qué manera ese nuevo juicio revictimizaba a la víctima. Además, que el acusador dijo que el reenvío no debía llevarse a cabo de esa manera; pero que cuando esa defensa adelantó, en el escrito de la impugnación ordinaria, que iba a solicitar el reenvío a un nuevo juicio sobre la pena, el MPF no hizo ningún planteo sobre la inconstitucionalidad del reenvío. Entendió que en este estadio procesal no corresponde que lo realice, dado que tuvo la oportunidad procesal para hacerlo y no lo hizo. Afirmó que el acceso a la justicia no habilita a arremeter contra los principios constitucionales del debido proceso y, entre ellos, el derecho al recurso. Que el recurrente también había citado jurisprudencia pretendiendo asimilar el concepto de sentencia definitiva por el gravamen irreparable, de ulterior reparación. Dijo que es menester demostrar que se trata de casos análogos y que el fiscal no lo explicó.

Además, el Dr. López expresó que la Fiscalía también había referido que la revictimización de los familiares implicaría la violación del plazo razonable. Aludió al tiempo transcurrido desde la fecha del hecho (26/8/2018) y las actuaciones llevadas a cabo en el legajo. Que decir o dar a entender que desde la defensa por hacer un ofrecimiento de prueba o requerir alguna medida se dilató el proceso, no es la realidad. Que la

Fiscalía en ningún momento quiso acortar los plazos procesales; que no hay ningún escrito ni ningún pedido de audiencia para que eso ocurra. Dijo que los plazos procesales son prolongados pero no fuera de lo normal en el proceso penal juvenil. Citó a favor de su postura el caso "Hugo", RI n.º 19/2019.

Manifestó que si la Fiscalía entiende que el reenvío vulnera garantías constitucionales debería haber hecho el planteo en el momento procesal oportuno. Reiteró que no se trata de un gravamen irreparable, no se trata de una sentencia definitiva. Que el Tribunal de Impugnación dijo que se reenvié a un nuevo juicio sobre la pena. Que desde ese punto de vista, en virtud de los plazos procesales, las víctimas no se encuentran revictimizadas, pues no le puede ser imputado ni a la defensa ni a la oficina judicial, si el MPF no petitionó otra cosa. Concluyó que el recurso debería ser declarado inadmisibile y rechazado.

La Dra. Borgia continuó con la exposición. Expuso que, para el supuesto de que el recurso sea admitido, haría referencia a los agravios del MPF y que iba a validar la sentencia del Tribunal de Impugnación.

Respecto al primer agravio planteado por la contraria, dijo que la resolución del Tribunal de Impugnación ha sido respetuosa y prudente, en el sentido de la falta de especialidad de la constitución de dicho tribunal. Ante una cuestión que la fiscalía menciona como marginal de la sentencia, el hecho de que se sancionara con privación efectiva de la libertad, cuando en el sistema normativo internacional, nacional y provincial,

es uno de los principios y estándares estructurantes del mismo. Que solo se tiene que recurrir a la privación efectiva de la libertad cuando se ha demostrado, justificado y motivado acabadamente que no es posible recurrir a otras sanciones alternativas. Que eso es lo que no hizo el tribunal que condena a M... a prisión efectiva. Que el fiscal hace referencia a qué otras alternativas tenía el tribunal de condena cuando parte del mínimo de 4 años de prisión con la reducción a la tentativa. Sostuvo que la reducción a la tentativa de 4 años, referida por el fallo "Maldonado" y que generalmente se utiliza en la jurisprudencia del fuero provincial, no es la única alternativa posible, no es el único monto del cual se puede partir. Que en el sistema normativo argentino, especializado en menores, el artículo 4 de la ley n.º 22278 al establecer la posibilidad no solo de la reducción a la tentativa sino la posibilidad de la absolució, deja librada la perforación del mínimo. Incluso, también, la posibilidad de aplicar la tentativa inidónea, porque el artículo 42 - del CP- al establecer la tentativa incluye la posibilidad de la tentativa del delito imposible o la tentativa inidónea. Entonces, sí había otras alternativas al mínimo de 4 años del cual partió el tribunal de condena. Que esto, el tribunal especializado lo sabe y no fue considerado, analizado, evaluado ni explicado por qué no se recurrió a esas otras distintas alternativas. Que el Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos en la causa "1821, 1818/21", del 2022, hizo referencia a estos distintos criterios y montos para determinar las

condenas; que se sostuvo que determinar la pena de acuerdo a distintas escalas penales, puede ser la que corresponda al delito consumado, la de la escala de la tentativa idónea, o bien la de la escala de la tentativa de delito imposible o también llamada tentativa inidónea. Esta posibilidad de la tentativa inidónea no fue evaluada por el tribunal, no dijo por qué no la tomaba. Eso es lo que el Tribunal de Impugnación está diciendo; no está pidiendo que innove ni que plantee la inconstitucionalidad del artículo 26 -del CP-, sino que explique por qué parte de ese monto mínimo de 4 años.

Agregó que la fiscalía hace referencia en su impugnación a que en forma errónea se recurre al artículo 87 de la ley 2302 y a que mal podría una ley provincial establecer sanciones. La defensora insistió en que ese artículo 87, lo que hace es establecer como pauta que la restricción a la libertad personal, de un menor de 18 años que cometió un delito, tiene que ser el último recurso y que tiene que explicarse y fundamentarse por qué es el último recurso. Que esto es lo que no hizo el tribunal de condena. Que en ese sentido, también hay otras alternativas posibles, dentro de la normativa específica para menores de 18 años, la Convención sobre los Derechos del Niño, las reglas de Beijing; que forman todo el plexo normativo internacional que integran la Constitución Nacional y que tienen un rango superior al Código Penal, que es específico de adultos. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que dichas normas son operativas (fallo "Maldonado"). Que también le corresponde a los tribunales hacer el control de

convencionalidad y aplicar la normativa específica para el fuero. Entendió que lo que el Tribunal de Impugnación hizo fue exigir al tribunal de condena, y porque consideró que era aparente la fundamentación, que tenía que explicar por qué no recurrió a esas otras alternativas.

El Dr. López agregó que la resolución del tribunal, bajo pena de nulidad, el artículo 87 inciso 4 dice que debe estar fundada, que no existen otras alternativas menos gravosas. Aclaró que M..... M..... había avisado que no pudo concurrir a la audiencia. Manifestó que la parte contraria refirió a una circunstancia extrapenal, como haciendo aparecer a M... que no es merecedor de un nuevo juicio. Dijo que M... cuando se inició la causa se encontraba en una situación de consumo, no consumió en el momento del hecho, pero tenía una relación con el consumo problemático; no tenía un adulto responsable, se encontraba desescolarizado y pasó del 28/8/2018, que es cuando declara y aporta información, 630 días en el hogar con arraigo institucional, por haber declarado y tener miedo de que le ocurra algo y porque no tenía un adulto responsable que lo guiara. Se fue de ese hogar cuando no tenía obligación de quedarse allí. Hoy se encuentra cursando el último año de la secundaria. Que M... es una persona que se equivocó, declaró, se hizo responsable, asumió un proceso, estuvo privado de alguna manera de la libertad encontrándose en el hogar. Que todo esto demuestra que M... tiene la intención de mejorar y ha mejorado, no tiene ningún antecedente como adulto. Hizo reserva

eventualmente del recurso extraordinario federal.

**IV.** Llevado a cabo el sorteo pertinente, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe y Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del CPPN, la Sala se plantea las siguientes **CUESTIONES:** 1.<sup>a</sup>) ¿La impugnación extraordinaria interpuesta es formalmente admisible?; 2.<sup>a</sup>) En el supuesto afirmativo, ¿la misma resulta procedente?; 3.<sup>a</sup>) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar? y 4.<sup>a</sup>) Costas.

**VOTACIÓN:** A la **primera cuestión**, el **Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe** dijo:

El escrito fue presentado en término, ante la oficina judicial correspondiente al órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona (artículos 242 y 249 del CPPN).

Por lo demás, si bien es cierto que por regla general, a los efectos de habilitarse esta instancia extraordinaria local, el recurso debe dirigirse contra una sentencia definitiva -calidad de la que carecen, en principio, aquellas decisiones que tienen como efecto la continuación del proceso- corresponde hacer excepción a esa regla cuando por la naturaleza de la cuestión planteada y las circunstancias del caso, se pudiera causar un perjuicio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior (cfr. Fallos 334:725).

En este caso, según lo aprecio, concurren las condiciones excepcionales que permiten superar este óbice

formal, pues la medida dispuesta por el Tribunal de Impugnación produciría ese indeseado resultado, al tener que reeditarse aspectos del juicio oral capaces de generar en los familiares de la víctima la reexperimentación de hechos particularmente traumáticos, aunado al riesgo cierto que generaría para la integridad física y psicológica de aquéllas una nueva convocatoria a juicio, de acuerdo a las circunstancias documentadas en el *sub lite* (cfr fs. 14 vta./ 17 de la sentencia de pena).

Bajo ese marco conceptual, los planteos del recurrente exigen un análisis inmediato ya que ésta constituye la oportunidad para la adecuada tutela del debido proceso, que se traduce en la observancia de derechos, garantías y principios constitucionales.

Si este Tribunal tuviera que expedirse luego de llevado a cabo el nuevo juicio de la pena y agotados los recursos pertinentes, el daño ya sufrido por los progenitores víctimas se vería incrementado por una nueva e innecesaria exposición ante el sistema penal.

Se ha sostenido que cabe adoptar medidas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria) (cfr. CSJN, Fallo 334:725 citado, voto de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco). Y este tópico fue suficientemente abordado por el apelante bajo un desarrollo argumental que no puede ser descartado *a priori* en esta fase de análisis.

En virtud de lo expuesto, en este caso, estimo que corresponde hacer excepción a la regla general y propongo declarar admisible formalmente la impugnación extraordinaria presentada por el Ministerio Fiscal. Mi voto.

La **Dra. María Soledad Gennari** dijo: coincido con el tratamiento y solución dado por el señor Vocal preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. Alfredo Elosu Larumbe** dijo:

Luego de analizado el recurso admitido, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo, propongo al Acuerdo que tal impugnación sea declarada **procedente**.

**1)** En primer término, considero conveniente aclarar que no existe controversia sobre la declaración de responsabilidad del joven M..... Á..... M....., como coautor del delito de homicidio simple, cometido en perjuicio de quien en vida fuera Franco Andrés Basualdo; como así también, que se cumplió el tratamiento tutelar previsto en el artículo 4 inciso 3 de la ley n.º 22278.

La cuestión solo giró en torno a la necesidad o no de imposición de pena a M... y, en su caso, el monto punitivo.

**2)** En cuanto a los agravios planteados por la parte acusadora, en los términos del artículo 248 inciso 2 del CPPN, adelanto que la pretendida arbitrariedad de sentencia se verifica en este caso.

**3)** En el pronunciamiento aquí impugnado, se reseñaron los agravios planteados por la defensa de M...,

como así también, las argumentaciones realizadas por las partes en la audiencia correspondiente. Luego, se declaró la admisibilidad formal de la impugnación ordinaria de la defensa.

Con posterioridad, el Tribunal de Impugnación rechazó el primer motivo de agravio asociado a la pretendida aplicación errónea de los parámetros establecidos en el artículo 4 de la ley n.º 22278 y la consecuente petición de absolución de M..... (cfr. sentencia n.º 1 del Tribunal de Impugnación, -en adelante, sentencia cit.-, pp. 11/12).

Ya al abordar un segundo agravio, relacionado con la falta de motivación de la sentencia para determinar la única posibilidad de aplicar una pena de prisión de cumplimiento efectivo, el a quo sostuvo que en dicha sentencia no se cumplió con el deber legal establecido por el legislador local de analizar otras alternativas posibles a la imposición de pena de prisión de cumplimiento efectivo, como principio de la especialidad constitucional y de regulación local.

El órgano revisor destacó lo referido en la sentencia de necesidad e imposición de pena: “[...] se configura la excepción para la aplicación de una pena de prisión de efectivo cumplimiento en el caso particular, no advirtiéndose otra alternativa posible, de acuerdo a los parámetros de especial positiva que no se han cumplido [...]” [p. 28/29 de la sentencia de pena]. A partir de lo cual, el Tribunal de Impugnación sostuvo que en dicha sentencia se hizo una afirmación dogmática y genérica; dado que no se hizo referencia expresa a alguna

alternativa ponderada, que no se consignaron los parámetros considerados para aquella respuesta ni los argumentos que llevaron a descartar al menos alguna de las alternativas legales (cfr. sentencia cit., p. 13).

El a quo señaló lo dispuesto en el artículo 87 inciso 4 de la ley n.º 2302; según el cual resulta necesario “[...] fundamentar la imposición de penas privativas de la libertad impuestas como último recurso. La imposición de una pena privativa de libertad requerirá, bajo pena de nulidad, la necesaria fundamentación de la imposibilidad de recurrir a diversas medidas no privativas de la libertad, entre las que se encuentran comprendidas el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación familiar, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, asegurándose que los niños o adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que la medida que se adopte a su respecto no guarde desproporción tanto con las circunstancias del hecho como con la gravedad del delito [...]” (cfr. sentencia cit., pp. 13/14; destacado parcial con negrita y subrayado en ese pronunciamiento).

Agregó que la ausencia de motivación “[...] no se sule con alguna referencia anterior a la prueba producida en audiencia. Ello, por tanto aun cuando podamos admitir que hubo consideraciones en el decisorio para concluir en la necesidad de aplicación de una sanción (conf. art. 4 Ley 22278) y que puedan resultar

aplicables total o parcialmente para este siguiente estadio de aplicación de una pena de privación de libertad, lo cierto es que ninguna prueba testimonial o técnica rendida fue consignada para justificar que la pena de prisión de cumplimiento efectivo resultaba la única alternativa posible [...]” (cfr. sentencia cit., p. 14).

Refirió que los instrumentos internacionales refuerzan ese enfoque y mencionó a la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing”; que esa última determina que solo se impondrá la privación de libertad personal siempre que no haya otra respuesta adecuada (regla 17.1 inciso 3).

Concluyó que correspondía declarar la nulidad de la sentencia de pena por los argumentos anteriores, en tanto media una fundamentación aparente de tal decisión y que también se presenta un supuesto de arbitrariedad normativa por el apartamiento del texto de la ley especial aplicable y de los instrumentos internacionales. Y que en consecuencia, correspondía disponer el reenvío ante un tribunal de juicio especializado en justicia penal juvenil con nueva integración (cfr. sentencia cit., pp. 15/16).

Hasta aquí las consideraciones expuestas por el Tribunal de Impugnación.

**4)** Ahora bien, tras el cotejo de las constancias del legajo, verifico la existencia de ciertos déficits en la decisión del Tribunal de Impugnación que influyen en la validez del acto.

Aquí, considero conveniente poner de relieve que una sentencia es una unidad lógica jurídica, por lo que las consideraciones que se efectúen no deben contradecirse entre sí.

En este caso, constato una contradicción en lo sostenido por el *a quo*; dado que concluyó que la fundamentación de la sentencia de pena es aparente, pero antes admitió "[...] que hubo consideraciones en el decisorio para concluir en la necesidad de aplicación de una sanción [...] y que pueden resultar aplicables total o parcialmente para este siguiente estadio de aplicación de una pena de privación de la libertad" (cfr. sentencia cit., p. 14).

Si bien aquel aserto quedó matizado por la salvedad que efectúa a continuación el Tribunal de Impugnación, en el sentido de que no hubo referencias a pruebas testimoniales o técnicas para justificar dicho temperamento, el confronte de esta afirmación con la pieza que ellos mismos invalidaron lleva a una conclusión opuesta. En efecto:

**5)** En la sentencia de pena (del 7/10/2021) puede leerse lo siguiente: "[...] En este caso, el Tribunal considera necesaria la imposición de una pena privativa de libertad, de efectivo cumplimiento, puesto que el tratamiento tutelar ha fracasado, y el joven no se [ha] reintegrado a la sociedad, siendo la *ultima ratio* aplicable al caso [...]". Continúa: "[...] la pena es necesaria como respuesta para que integre el proceso de responsabilidad subjetiva, debe transitar un tiempo de reflexión, que le permita vincularse con los valores

comunitarios y respetar los derechos fundamentales de las personas [...]". También, se detallan las circunstancias que condujeron a tal decisión. Agrega: "[...] Y en tal sentido, se configura la excepción para la aplicación de una pena de prisión de efectivo cumplimiento en el caso particular, no advirtiéndose otra alternativa posible, de acuerdo a los parámetros de especial positiva que no se han cumplido. Esto lo concluimos en virtud de los testimonios [...]" que se produjeron ante ese tribunal, los que fueron descriptos (cfr. sentencia de pena, pp. 28/30).

Además, en la sentencia para determinar el monto de la pena, se citó doctrina y jurisprudencia, y se aludió al sentido que resulta dable asignar a lo normado por el artículo 4 de la ley n.º 22278, de conformidad a los parámetros de la Convención de los Derechos del Niño. Se tuvo en cuenta la escala penal de la tentativa, limitado en el máximo por la pretensión fiscal y se valoraron una serie de circunstancias para individualizar el monto de pena impuesta (cfr. sentencia de pena, pp. 30/34).

6) En ese escenario, además de la contradicción antes señalada, tampoco se constata la fundamentación aparente atribuida por el Tribunal de Impugnación a la sentencia de pena; dado que en esta última se observa una serie de consideraciones basadas en las circunstancias concretas y particulares del caso.

7) En este punto, estimo necesario recordar que toda decisión judicial para resultar válida requiere

ser una derivación razonada del derecho y ajustarse a las circunstancias concretas del caso.

En ese orden de ideas, al Tribunal de Impugnación le competía el control amplio de la sentencia de pena, sin apartarse de las constancias del caso, ya que, de otro modo, incurre en un supuesto de arbitrariedad.

8) Lo hasta aquí expuesto, permite concluir que el pronunciamiento cuestionado incurre en autocontradicción y se aparta de las circunstancias concretas del caso, por lo que no constituye un acto jurisdiccional válido.

En tal sentido, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "(...) incorpora al catálogo de las sentencias arbitrarias a aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito. Tal 'prescindencia' excede el área de las meras discrepancias entre los puntos de vista de las partes y del juez" (SAGÜES, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Ed. Astrea, Tomo 2, Bs. As. 2013, p. 258).

En tales condiciones, a la luz de las fundamentaciones en el fallo de grado que el órgano revisor ha obviado, se verifica la arbitrariedad del pronunciamiento aquí apelado.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria presentada por el Ministerio Fiscal debe ser declarada procedente. Mi voto.

La **Dra. María Soledad Gennari** dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe** dijo:

Atento al modo en que resolviera la cuestión anterior, propongo al Acuerdo declarar la nulidad de la sentencia n° 1/2022 del Tribunal de Impugnación, de fecha 7/2/2022; como así también, la audiencia que le precedió. Y en consecuencia, que se disponga su reenvío para que, con una nueva integración y previa audiencia que se señale al efecto, se dicte un nuevo pronunciamiento (artículos 98, 247 y 249 del CPPN). Mi voto.

La **Dra. María Soledad Gennari** dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. Alfredo A. Elosu Larumbe** dijo: Corresponde eximir de la imposición de costas en esta instancia, atento a que la solución arribada resulta favorable al Ministerio recurrente (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN). Mi voto.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**

**I. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD** de la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.° 1/2022 del Tribunal de Impugnación (Legajo MPFNQ n.° 118913/2018).

**II. HACER LUGAR** a la impugnación mencionada y en consecuencia, **DECLARAR LA NULIDAD** de la sentencia n.° 1/2022 dictada el 7/2/2022 por el Tribunal de Impugnación y de la audiencia que le precedió (artículos 98 y 248 inciso 2 del CPPN).

**III. REENVIAR** el legajo para que, con una nueva integración del Tribunal de Impugnación y previa audiencia señalada al efecto, se dicte un nuevo pronunciamiento (artículos 247 y 249 del CPPN).

**IV. SIN** costas en la instancia (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN).

**V.** Registrar, notificar y oportunamente remitir las actuaciones a la Oficina Judicial para que se dé cumplimiento al presente.

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

MARÍA SOLEDAD GENNARI  
Vocal

ALFREDO A. ELOSU LARUMBE  
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA  
Secretario