



SENTENCIA Nro. 29/2024. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los 13 días del mes de mayo de 2024, se reúne esta Sala del Tribunal de Impugnación Penal del Neuquén (en adelante, TIP). La misma está integrada por la magistrada Patricia Lupica Cristo y los magistrados Federico Augusto Sommer y Nazareno Eulogio, presididos por el segundo de los nombrados, en audiencia convocada a los fines de dictar sentencia de impugnación ordinaria en **Legajo N° 275.190/2023** del registro de la Oficina Judicial del Neuquén, en caso "**SAN MARTÍN, FERNANDO ABEL S/ ROBO SIMPLE**", seguido contra el imputado Fernando Abel San Martín, DNI N° ..., de nacionalidad argentina, con domicilio en Manzana ... Lote ... de la ciudad de Neuquén, nacido el 11 de Diciembre de 1991, hijo de y de, de profesión pintor.

ANTECEDENTES:

I.a) El Tribunal de Juicio Unipersonal a cargo del magistrado Lucas Yancarelli mediante sentencia de responsabilidad dictada -previo acuerdo parcial- el pasado día 1 de Febrero del año dos mil veinticuatro (art. 221 del CPPN), declaró a Fernando Abel San Martín, DNI N° ..., como material y penalmente responsable del delito de robo simple en calidad de partícipe necesario en



concurso real con el delito de resistencia a la autoridad en carácter de autor (arts. 164, 239, 45 y 55 del CP). En dicha instancia, se tuvo por acreditado "el hecho ocurrido en fecha 1 de septiembre de 2023 aproximadamente a las 14 horas sobre calle Jujuy y Carlos H. Rodríguez de Neuquén, donde Valeria Rodríguez mientras manejaba su camioneta, detuvo la marcha en el semáforo con luz roja en calle Jujuy. Es allí que fue abordada por San Martín y otro sujeto no identificado a bordo de una moto, para lo cual rompió el vidrio del acompañante delantero del rodado despojándola de su cartera, lo que la llevó a perder el control del rodado y a impactar con un auto estacionado. Inmediatamente el sujeto no identificado se subió a la moto conducida por San Martín emprendiendo la huida del lugar. A unas 15 cuadras aproximadamente, personal del DEMOSE ve esta motocicleta, de color rojo sin dominio colocado ni espejos retrovisores, con dos sujetos los cuales llevaban una cartera, circulando por calle Islas Malvinas casi Tucumán, comenzando una persecución, haciendo caso omiso al uso de las sirenas y luces, por calle Islas Malvinas hacia el este, al llegar a la rotonda de calle Alderete y Alem, San Martín pierde el control de la moto, cayendo ambos sujetos al piso y en momento en que personal policial intento demorarlos, les arrojaron los casos huyendo



corriendo hacia los domicilios ubicados sobre calle Alderete, trepando los techos. En el lugar los autores dejaron la motocicleta, una campera color azul y la cartera de la víctima. Se montó un operativo cerrojo, y con colaboración de los vecinos, se logró aprehender solo a San Martín sobre por calle Agrio al 200, luego de que bajara de uno de los techos e ingresara al patio de una vivienda". (cfr. en Dextra, sentencia S/N de fecha 01/02/2024).

I.b) En la segunda fase del juicio, se dictó sentencia de cesura por el Tribunal de Juicio Colegiado integrado por los jueces Lucas Yancarelli, Juan Ignacio Guaita y Juan Manuel Kees, mediante la cual se condenó a Fernando Abel San Martín a la pena de dos (2) años y seis (6) meses de prisión de efectivo cumplimiento, declaración de tercera reincidencia y costas del proceso.

Que así las cosas y en virtud del recurso presentado por el MPD contra la citada sentencia de pena, el pasado día 30 de Abril de 2024 se celebró por ante esta Sala del TIP la correspondiente audiencia de impugnación ordinaria de sentencia conforme lo previsto en el artículo 245 del Código Procesal Penal del Neuquén (en adelante, CPPN), respectivamente. En dicha instancia, intervinieron el imputado junto al Defensor Oficial Mauricio Macagno y el



Ministerio Público Fiscal (seguidamente, MPF) representado por la Fiscala María Soledad Rangone, respectivamente.

II. RECURSO PRESENTADO: El Ministerio Público de la Defensa -en lo sucesivo, MPD- interpuso su respectiva impugnación ordinaria contra el pronunciamiento de cesura dictado conforme los siguientes motivos de agravio.

II.a) En primer término, el MPD alegó arbitrariedad de sentencia derivada de la aplicación de fundamentos contradictorios para agravar la pena determinada con base en los antecedentes condenatorios del imputado. Expuso que por una parte el Tribunal de Juicio sostuvo que la valoración de los antecedentes penales del acusado afecta la prohibición de doble juzgamiento y el respeto por el principio de culpabilidad penal, y por otra parte y párrafo siguiente, sostuvo que se debe valorar las reincidencias de acusado y no beneficiarlo con la atenuación de la pena que puede hacerse a quienes reciben su primera condena. El recurrente alegó una manifiesta y flagrante contradicción argumentativa del Tribunal de Juicio por ponderar de distinto modo a la misma circunstancia.

II.b) En segundo lugar, se agravó de la arbitrariedad de sentencia de cesura por una fundamentación aparente del decisorio en la valoración de los daños



producidos por el delito. Expuso la quejosa que de la lectura de la sentencia impugnada se advierte que se estableció que los daños y la violencia constituyen requisitos del delito de robo que no deben valorarse como circunstancias agravantes, pero que luego, se sostuvo que los daños no fueron ni insignificantes ni tampoco sumamente graves. En consecuencia, arguyó como arbitraria la sentencia que concluyó como adecuada la valoración del MPF que dictaminó una pena de prisión por debajo de la mitad de la escala penal aplicable. En tal sentido, afirmó que conforme su tesitura dicha solución equipara los daños producidos por el delito a una circunstancia agravante de la sanción penal y en una fundamentación aparente de dicha circunstancia agravante. Citó jurisprudencia.

II.c) En tercer lugar, criticó lo relacionado con el rechazo como circunstancia atenuante al pedido de disculpas formulado por el acusado en el ejercicio de su derecho a la última palabra (conf. art. 192 del CPPN). Adunó que el Tribunal entendió, en la parte pertinente, que el pedido de disculpas se hizo solo a la víctima del robo sin mención alguna de los efectivos policiales y que conformó un mero intento de mejorar su posición en el debate sobre la pena. Se agravió la recurrente por



considerar que dicha solución resultó arbitraria y contraria al derecho de defensa en juicio. Cito precedente de este TIP.

II.d) Como cuarto motivo de agravio se reseñó que la decisión impugnada resultó arbitraria por apartarse del fin resocializador de la pena de prisión, conforme fuera establecida en Instrumentos Internacionales vigentes, la Constitución de la Provincia del Neuquén y en precedentes de la Corte Nacional.

II.e) Como quinto y último motivo de agravio se expresó que los sentenciantes resolvieron declarar la tercera reincidencia de su pupilo procesal a pesar que el MPF no solicitó dicha solución al momento de concretar su pretensión punitiva en el alegato final. Expuso una afectación al debido proceso, al derecho de defensa en juicio, a la garantía de imparcialidad del juzgador y al principio acusatorio.

En conclusión, expuso el Defensor Oficial que solicitaba que este organismo revisor asuma competencia positiva, revoque la sentencia de pena impugnada y establezca la pena de cinco (5) meses de prisión de efectivo cumplimiento en orden a los delitos de robo simple en concurso real con resistencia a la autoridad (arts. 55,



164 y 239 CP). Formuló reserva del Caso Federal (conf. art. 14 de la Ley 48).

III. ALEGATOS DE LA FISCALÍA:

A su turno el MPF sostuvo que dictaminaba por el rechazo de la pretensión del MPD, considerando que la sentencia de cesura dictada no es arbitraria ni contradictoria.

III.a) Respecto del primer agravio, entiende que es una cuestión de interpretación en atención a dos párrafos que contiene la sentencia, donde el Juez del primer voto refirió aclarando que no iba a valorar la reincidencia por el doble juzgamiento, pero sí valora que el imputado tiene menos sujeción a la ley. En relación al segundo agravio cuando refiere que la sentencia fundamentó de modo aparente, contrariamente a lo manifestado por el MPD manifestó que hizo una descripción de los daños, citó que no se había controvertido lo que surge de la propia descripción de los hechos. Señaló que agravar por la entidad de los daños, conformaba una situación que estaba habilitada por los arts. 40 y 41 del C.P y que el Tribunal puede apoyarse en la extensión del daño causado. En igual sentido y respecto del tercer agravio relacionado con las disculpas del imputado, manifestó que no es cierto que en



la sentencia se lo agrava sino que se lo tiene por neutro. Y en relación al agravio que refiere al incumplimiento de la ley aplicable con relación al fin resocializador de la pena de prisión, manifestó que no es cierto que la sentencia no hizo referencia a ello sino que dictaminó que el fallo no coincide con la Defensa Oficial. Por ello, refiere que la sentencia de responsabilidad ha abordado todos los puntos objeto de controversia, y que en referencia a la declaración de tercera reincidencia no recuerda si lo petició en los alegatos pero expuso que lo sostuvo previo al dictado de la resolución recurrida.

Agregó que conformaba una cuestión de orden público y que los magistrados no podían omitir la declaración de la reincidencia con los antecedentes que tenía el acusado.

Por todo lo expuesto, solicitó que se ratifique en todos sus términos la sentencia de pena impuesta a San Martín.

IV.- DERECHO ÚLTIMA PALABRA. Que en ejercicio del derecho a la última palabra el MPD ratificó que solicitaba que se le aplique la pena de cinco (5) meses de prisión. Finalmente, consultado el imputado sobre su derecho a ser oído por esta Sala del TIP y declarar cuando lo considere necesario -art. 53 del CPPN-, o guardar silencio sin que



pueda considerarse su silencio como una presunción en su contra -art. 10 del CPPN-, expuso que quería declarar en la presente audiencia y que reiteraba las disculpas por los hechos cometidos.

V.- A continuación se solicitaron algunas precisiones o aclaraciones a las partes intervinientes por parte de los integrantes de esta Sala revisora.

Que a todo evento, se deja constancia que el detalle de lo litigado y los fundamentos de las peticiones de las partes intervinientes, obran en el registro de audio y video de la audiencia de impugnación ordinaria procesada bajo sistema Cícero (Acta Nro. 128.223).

VI.- Practicada la convención entre los integrantes de Sala respecto del orden de votación a establecer para el dictado de la presente sentencia de impugnación, resultó que en primer término debía expedirse el Juez Federico Augusto Sommer, luego la Jueza Patricia Lupica Cristo y finalmente el Juez Nazareno Eulogio. Cumplido el proceso deliberativo previsto en los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria del Digesto Adjetivo-, se ponen a consideración las siguientes **CUESTIONES**: **I.-** ¿Resulta formalmente admisible el recurso de impugnación ordinario deducido por la Defensa Oficial contra la



sentencia de cesura?, **II.-** En el supuesto afirmativo, ¿Son total o parcialmente procedentes los motivos de agravio invocados?; y en su caso, ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, **III.-** ¿A quién corresponde la imposición de las costas procesales derivados de esta instancia revisora?.

VOTACIÓN:

A la primera cuestión, el **Juez Federico Augusto Sommer** dijo: Que sin perjuicio que no existió oposición de la parte acusadora igualmente se advierte que la vía recursiva intentada por el MPD satisface las exigencias de impugnabilidad establecidas por la ley adjetiva, tanto en la faz objetiva como subjetiva, y cumple la manda constitucional establecida en la materia (Arts. 8.2.h de la C.A.D.H., 14.5 del P.I.D.C.yP. ambos incorporados a la Constitución Nacional en su Art. 75 inc. 22). Esto por cuanto el recurso fue presentado por parte legitimada, revistiendo el pronunciamiento de determinación de la pena censurado carácter definitivo, pues pone fin al caso judicial, y generó un agravio al impugnante de imposible reparación ulterior (arts. 227, 233, 236 y 239 del CPPN).

La **Jueza Patricia Lupica Cristo** expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.



El **Juez Nazareno Eulogio** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

A la segunda cuestión, el Juez Federico Augusto Sommer dijo:

II.a) Que debo iniciar el análisis de procedencia de los motivos de agravio introducidos por el MPD contra la sentencia de cesura y que fueran discutidos en la audiencia de impugnación ordinaria celebrada, dando cuenta que el TIP constituye el órgano jurisdiccional provincial con la función de practicar la revisión integral de la sentencia recurrida o apelada.

En tal sentido y si bien ya se había expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante CSJN- en el precedente "Casal" (Fallos 328:3399) al delinear un estándar metodológico para determinar la razonabilidad de las sentencias penales y el respectivo control de convencionalidad de las mismas (conf. art. 8.2.H de la C.A.D.H.); a partir de la reforma procesal penal de la Provincia del Neuquén ese alcance de revisión de sentencia fue expresamente ampliado por el legislador local (Ley 2784, Libro V del CPPN).



En similar interpretación, la jurisprudencia provincial estableció que en la labor revisora el Tribunal de Impugnación Provincial debe: "a) *comprobar que los magistrados del juicio hubieran dispuesto de la correcta actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que la prueba se hubiese incorporado bajo la vigencia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad ("juicio sobre la prueba"); b) comprobar la existencia de elementos probatorios con suficiente consistencia para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ("juicio sobre la suficiencia de la prueba"); y c) verificar que el tribunal de juicio haya cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que este convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables ("juicio sobre la motivación y su razonabilidad"), labor que también se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación pero que se desarrolla, en este último tipo de pruebas, bajo el control de la racionalidad en las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias" (Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Sala Penal, R.I. Nro. 79 de fecha 16 de mayo de*



2017, en caso "**ESPINOZA, VÍCTOR EDUARDO S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS**"; Acuerdo Nro. 33/2015 de fecha 16 de Mayo de 2017 en caso "**PALAVECINO PABLO ESTEBAN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO**", R.I. Nro. 76 de fecha 23 de agosto de 2019 en caso "**CAMPO, JUAN ALBINO Y OTRO S/ USURPACIÓN**"; y más recientemente en Acuerdo Nro. 2/2021 de fecha 27 de 2021 en caso "**ROJAS SILVA, M. A. S/ ABUSO SEXUAL**").

Como siguiente análisis, debo destacar que la doctrina sostiene que *"el recurso debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta, (...) el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios..."* (Fernando De La Rúa, La Casación Penal, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 224).

Por su parte, la ley procesal local también requiere tal exigencia en tanto en los arts. 242 y 245 del CPPN se establece que los motivos de agravio de la impugnación ordinaria se deben referenciar por escrito (art. 242 CPPN) y que en la audiencia las partes que comparezcan o sus abogados debatirán oralmente el



fundamento del recurso y podrán ampliar la fundamentación o desistir de los motivos ya invocados en el recurso (art. 245 del CPPN).

II.b) Que luego de esta introducción del contexto de la presente discusión y a los fines de una correcta exposición de los antecedentes de la controversia a dirimir, vale referenciar que la sentencia de responsabilidad dictada tuvo por acreditado -previo acuerdo parcial- y más allá de toda duda razonable, los dos (2) hechos objeto de oportuna acusación pública. Tal como referenciara el Defensor Oficial Mauricio Macagno en esta instancia revisora, la controversia se produce en la segunda etapa de juicio. En tal instancia, el citado representante del MPD postuló circunstancias atenuantes y practicó la refutación de algunas circunstancias agravantes peticionadas por el MPF para concluir en la solicitud de imposición de una pena de cinco (5) meses de ejecución efectiva.

En la labor jurisdiccional de dar debida respuesta a esta controversia introducida, resulta oportuno reseñar que la autoría y materialidad de los hechos no fue objeto de cuestionamiento y que la validez de la labor valorativa del Tribunal de Juicio Colegiado debe analizarse solo en referencia al monto de la pena de prisión



establecida y a la declaración de tercera reincidencia. Así entonces, e ingresando a los motivos de agravio, se debe referenciar que sintéticamente se adujo: **1)** arbitrariedad de la sentencia de pena por incurrir en fundamentos contradictorios en la valoración de los antecedentes penales; **2)** arbitrariedad por valoración inadecuada de los daños necesarios para la comisión del delito de robo y su ponderación para la determinación de la pena establecida; **3)** rechazo inapropiado del pedido de disculpas del acusado como un factor atenuante de la mensuración de la pena; **4)** violación de principios legales y constitucionales relacionados con el fin de resocialización de las penas de prisión; y **5)** violación del debido proceso y del principio acusatorio en la declaración de tercera reincidencia del acusado sin pedido de parte, respectivamente.

II.c). En primer lugar, me parece relevante referenciar que en nuestro ordenamiento procesal la labor jurisdiccional de determinación del monto de la pena resulta importante y conforma una etapa autónoma del trámite del juicio penal. Por su parte y como regla general, se ha establecido que *"...el ejercicio de la facultad de los magistrados para graduar las sanciones penales dentro de los límites que ofrecen las leyes*



respectivas se vincula con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de la causa y ajenas, por ende, al ámbito de la apelación federal extraordinaria..." (Fallos 237:423; 304:1626; 306:1669; 315:807 y 1699, entre muchos otros).

En contrapartida a esta regla general, se advierte que el recurrente invoca supuestos de arbitrariedad vinculados con la afectación de garantías constitucionales y que importan a esta Sala del TIP ponderar si la sentencia recurrida resulta fundada y constituye una derivación razonada del derecho vigente.

Ahora bien, en referencia al primer motivo de agravio vale aclarar que la parte recurrente precisó incluso en las consultas finales de la audiencia celebrada, que no cuestionaba que se analice como factor penológico a la existencia de antecedentes condenatorios. Para ser claros, no se discute en esta instancia revisora ni la constitucionalidad de la declaración de reincidencia ni si resulta válida la ponderación de antecedentes condenatorios para la labor de graduación de la pena, sino la validez de la sentencia recurrida que por una parte advierte que la valoración de antecedentes implica una afectación del *ne bis in ídem*, y seguidamente, se aparta del mínimo legal del



delito con base en dichos antecedentes condenatorios. Veamos.

En la sentencia recurrida se consignaron los antecedentes condenatorios no controvertidos y expresamente se sostuvo que *"la prohibición de doble juzgamiento y el respeto por el principio de culpabilidad impiden considerar a los antecedentes penales como agravante de la pena. Por otra parte, cualquier consideración sobre la falta resocialización luego del cumplimiento de una pena, podría ser consecuencia de los reconocidos problemas del sistema carcelario, lo que finalmente no debería reprochársele a la persona condenada"* (p. 11). Luego de esta categórica afirmación, el decisorio estableció con cita doctrinaria que la forma de valorar los antecedentes condenatorios *"consiste en no beneficiar al reincidente con la atenuación de la pena que puede hacerse a quienes reciben su primera condena"*, y que por tanto, *"no procede la imposición de la pena cercana al mínimo propuesta por el Sr. Defensor"* (p. 12). En suma, aun cuando podamos considerar que puede discutirse la ponderación de antecedentes condenatorios como un factor penológico negativo para graduar la pena, no se puede validar dicho extremo ante un razonamiento jurisdiccional palmariamente contradictorio en su



fundamentación. El razonamiento del Tribunal de Juicio concita un supuesto de arbitrariedad ya que abordó en un sentido posible la exégesis del artículo 41 inc. 2° del C.P., para, párrafos siguientes, plantear y concluir en un supuesto argumental exactamente contrario. El principio lógico de no contradicción es un presupuesto esencial en la validez de una sentencia judicial, y en este caso, de motivación de la procedencia de una circunstancia agravante de la pena en la segunda fase de juicio. Este principio lógico postula que no pueden coexistir dos afirmaciones que se contradigan entre sí sobre el mismo hecho y en el mismo sentido. Por lo tanto, el cumplimiento del principio de no contradicción asegura que las sentencias sean lógicas, justas y basadas en una interpretación razonable y coherente de la ley y de los hechos relevantes del caso.

Habida cuenta de ello, se tiene por acreditado el déficit alegado por el MPD, y en consecuencia, se debe hacer lugar a la procedencia de dicho motivo de agravio y al derivado efecto de excluir en el presente caso a los antecedentes condenatorios del acusado como circunstancia de agravamiento del monto de la pena a imponer.

II.d) En lo vinculado con la arbitraria fundamentación del decisorio en la valoración de los daños producidos por el delito robo, anticipo que no resulta



procedente la queja formulada. Expuso la recurrente que de la lectura de la sentencia impugnada se advierte que se estableció que los daños constituyen requisitos típicos del delito de robo que no deben valorarse como circunstancias agravantes, pero que luego, se sostuvo que los daños no fueron ni insignificantes ni tampoco sumamente graves por lo que resultaba necesario considerar la extensión del daño causado. En primer lugar, no hay cuestionamiento a que la normativa vigente establece que se debe valorar la extensión del daño causado en la labor de determinación del monto de la pena a imponer, y en segundo lugar, que las circunstancias de modo y lugar en que se produjo el delito de robo y la ulterior persecución policial que fueron objeto de acuerdo de responsabilidad establecen extremos que hacen expresa referencia a su dimensión en el caso. En sentido contrario a lo expuesto por la apelante, la prudente lectura de la plataforma fáctica "acordada" en la instancia de declaración de responsabilidad, permite reseñar una significación y cuantificación de daños que razonablemente exceden lo necesario para cumplir con el tipo objetivo del delito de robo. Frente a este argumento recursivo, el pronunciamiento condenatorio oportunamente sostuvo que *"surgen de la propia descripción de los hechos,*



esto es, la rotura del vidrio del vehículo conducido por la víctima, el choque posterior con otro vehículo estacionado, así como la agresión con el casco a los efectivos policiales que intervinieron en la aprehensión” (p. 13). En relación a ello, resulta relevante recordar que el hecho por el cual se declaró culpable al recurrente hace referencia a que el día 1 de septiembre de 2023 en calle Jujuy y Carlos H. Rodríguez de la ciudad de Neuquén, Valeria Rodríguez manejaba su camioneta y dos “motoqueros” -uno de los cuales fue el acusado- le rompió el vidrio del acompañante delantero y le sustrajo su cartera, lo que la llevó a perder el control del rodado y a impactar con otro auto estacionado. Vale agregar que fueron perseguidos sin detenerse ante el uso de las sirenas y luces por la autoridad policial hasta que el acusado perdió el dominio de la moto y salieron corriendo previo arrojar los cascos a los preventores y huir por los techos del vecindario, respectivamente.

Luego de ello, de modo fundado y motivado el citado pronunciamiento estableció que “*en el caso no se trata de daños o violencia insignificantes, ni tampoco sumamente graves*”. En consecuencia, encuentro adecuada la valoración efectuada por el Tribunal de Juicio en la prudente valoración de la extensión del daño causado en un



grado medio y conteste con la escala penal aplicable para el concurso real de delitos.

II.e) En lo relacionado con el rechazo como circunstancia atenuante al pedido de disculpas formulado por el acusado en el ejercicio de su derecho a la última palabra, debemos reiterar que el Tribunal Colegiado recurrió al argumento de que solo fue dirigido a la víctima del delito de robo y sin referencia alguna a los efectivos policiales intervinientes en su detención. En este supuesto, asiste razón al recurrente por cuanto tanto la normativa aplicable como las circunstancias del Legajo permiten concluir que aquellas disculpas deben interpretarse junto a la conducta procesal del imputado de admitir los hechos reprochados en un procedimiento abreviado (arts. 217 y 222 del CPPN). En sustento de ello, vale reseñar que existen precedentes de este TIP en el cual se abordó la cuestión y se resolvió en similar sentido al propiciado por el MPD respecto de aceptar al pedido de perdón o de disculpas como una válida circunstancia atenuante (Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén, SD Nro. 09/2022, caso "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"; Legajo MPFNQ 157.731 Año 2020, de fecha 23/02/2022). Habida cuenta de ello, se debe hacer lugar a la procedencia de dicho motivo de agravio y al derivado efecto de ponderar al pedido de disculpas como circunstancia atenuante del monto de la pena a imponer.

II.f) Como cuarto motivo de agravio se reseñó que la decisión impugnada resultó arbitraria por apartarse del fin resocializador de la pena de prisión. Pero contrariamente a ello, se advierte que la sentencia de cesura tuvo en ponderación los principios constitucionales aplicables y las propias circunstancias carcelarias existentes en la Provincia del Neuquén. En referencia a lo litigado, el Tribunal de Juicio tuvo en consideración los fundamentos introducidos por el MPD, y el voto del Juez Juan Manuel Kees expresamente sostuvo que *"la reciente declaración de la emergencia carcelaria mediante la sanción de la ley provincial 3.426, sumada a la experiencia de trabajo de todos los que intervenimos en la administración de justicia, me permiten tener por acreditada la situación invocada por el Sr. Defensor. Comparto lo expuesto por el Dr. Macagno en cuanto a que debe valorarse de algún modo que el servicio penitenciario no garantice satisfactoriamente derechos básicos como la educación,*



trabajo y salud. De lo contrario, caeríamos en la ficción de imponer penas como si se fueran a ejecutar en las condiciones previstas legalmente, cuando sabemos que en la realidad ello no ocurre. Se trata de una compensación por sufrir una pena ejecutada en condiciones deficientes". Vaya si fueron ponderados los fines de la pena y el marco de realidad penitenciaria que impera en la materia al momento del dictado de la sentencia recurrida. Frente a tal circunstancia y tal comprometida referencia funcional del Tribunal, era carga del apelante exponer y demostrar concretamente de qué modo la decisión había incurrido en la arbitrariedad alegada. Por estas consideraciones, debe ser rechazada la procedencia del citado motivo de agravio y la liviana argumentación vertida en su fundamentación en audiencia de impugnación.

II.g) Como quinto motivo de agravio, se expresó que los sentenciantes resolvieron declarar la tercera reincidencia sin pedido de parte y en afectación al debido proceso, al derecho de defensa en juicio, a la garantía de imparcialidad del juzgador y al principio acusatorio.

Conforme resultara de la litigación y de las consultas finales de esta Sala TIP, quedó acreditado que la parte recurrente no cuestionaba la procedencia de la



declaración de reincidencia sino la posibilidad del Tribunal de Juicio interviniente de establecerla sin pedido de parte. Para la solución de esta controversia, resulta relevante reseñar que establece el artículo 50 del Código Penal que *"...habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena..."*. Ahora bien, sobre este extremo este TIP ya ha expresado que *"esta norma, al igual que el resto del Código Penal, es "Derecho Público", el que, al contrario del "Derecho Privado", se caracteriza por tres elementos esenciales: a) el interés público involucrado, en razón de que el Derecho Público regula las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, b) la indisponibilidad de su contenido, es decir las normas de Derecho Público no pueden ser modificadas ni renunciadas por las partes, ni pueden ser objeto de negociación o acuerdo entre estas, alterando su contenido o prescindiendo de su aplicación, y c) la necesaria intervención estatal, lo que implica el deber del Estado de intervenir de manera oficiosa en las relaciones regidas por el Derecho Público para garantizar la protección de los derechos fundamentales, la igualdad ante la ley y la justicia. Considero importante resaltar el carácter de*



indisponibilidad del Derecho Penal, como Derecho Público, concepto que se refiere al principio jurídico conforme el cual el contenido de la ley penal no puede ser objeto de renuncia o acuerdo por parte de las personas involucradas. En otras palabras, los institutos establecidos por la ley penal como el de la reincidencia no pueden ser negociados, modificados o dejados de lado mediante acuerdos o convenios entre las partes. La ley penal deber ser aplicada tal como está descripta en el código penal, y en los casos para los que fue prevista" (Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén, SD N° 46/2023, de fecha 7 de Agosto de 2023, Legajo N° 44.641/2022 "PALMA, FRANCO NICOLÁS S/ AMENAZAS AGRAVADAS Y PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD").

Por lo tanto, no resulta atendible la argumentación del recurrente en cuanto procura asignarle a esta trascendente cuestión de orden público un carácter disponible por las partes y facultativa para el juzgador de turno. Por las razones vertidas, debemos establecer nuevamente que la eventual declaración de reincidencia conforma una cuestión de orden público no sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en el proceso penal. En tal sentido y dado su carácter de orden público, la reincidencia no es una cuestión disponible para



el juez en el sentido de que puede decidir aplicarla o no basándose en su criterio subjetivo fuera de los criterios estrictamente legales.

Habida cuenta de ello, en virtud de lo expresado y habiendo cumplido esta Sala con la tarea de revisión amplia que le incumbe al TIP, propicio rechazar el último motivo de agravio introducido, y en consecuencia, confirmar la declaración de tercera reincidencia.

III.- En atención a la recepción de dos de los motivos de agravio deducidos y hallándonos en condiciones de ejercer competencia positiva en los términos previstos por el último párrafo del art. 246 CPPN, no habiendo controvertido la acusadora pública tal ejercicio oportunamente petitionado por el MPD, resulta procedente revocar parcialmente la sentencia de cesura recurrida. En tal sentido, y luego de excluir la ponderación de los antecedentes condenatorios como una pauta agravantes y admitir el pedido de disculpas como una circunstancia atenuante, estimo ajustada a derecho y proporcional las circunstancias establecidas que se fije la pena de UN (1) año y SEIS (6) meses de prisión de cumplimiento efectivo. Mi voto.



La **Jueza Patricia Lupica Cristo** expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

El **Juez Nazareno Eulogio** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

A LA TERCERA CUESTIÓN: *¿Es procedente la imposición de costas procesales?*

El Juez Federico Augusto Sommer, dijo: advierto que no corresponde la imposición de costas procesales por la tramitación de esta instancia de revisión ordinaria de sentencia condenatoria, a fin de no afectar el derecho de toda la persona imputada a obtener una revisión integral y mediante un recurso ordinario del pronunciamiento condenatorio dictado en su contra (artículo 8.2.h de la C.A.D.H.) y en virtud del resulta parcialmente favorable para la apelante. En consecuencia, propicio eximir totalmente de costas procesales a la parte recurrente por la tramitación de la presente instancia de impugnación ordinaria (cfr. arts. 268 y 270 del CPPN). Mi voto.

La Jueza Patricia Lupica Cristo expresó: Por compartir lo resuelto, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.



El Juez Nazareno Eulogio manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Por lo expuesto, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

RESUELVE: I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación ordinaria deducida por el MPD en favor del acusado **FERNANDO ABEL SAN MARTÍN, DNI n° ...** (arts. 227, 233, 236 y 239 del CPPN).-

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE AL RECURSO DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA deducido en contra de la sentencia de cesura dictada (art. 246 del CPPN), y en consecuencia, ejercer competencia positiva e imponer la pena de **UN (1) AÑOS Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, DECLARACIÓN DE TERCERA REINCIDENCIA** y **costas** del proceso (arts. 26, 50 del CP y arts. 268 del CPPN), en orden a la responsabilidad del imputado respecto de los delitos de robo simple en calidad de partícipe necesario en concurso real con resistencia a la autoridad en carácter de autor (arts. 164, 239,45 y 55 del CP), por los hechos cometidos el día 1 de septiembre de 2023 en la ciudad de Neuquén.-

III.- EXIMIR TOTALMENTE DEL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES a la parte recurrente por el trámite derivado de



la impugnación ordinaria de la sentencia condenatoria (arts. 268 y 270 del CPPN).-

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Dirección de Asistencia a la Impugnación y Coordinación General -D.A.I.C.G.- para su registración y notificaciones pertinentes.-

Firmado digitalmente por:
SOMMER Federico Augusto

Firmado digitalmente por:
LUPICA CRISTO Patricia
Romina

Firmado digitalmente
por: EULOGIO Juan
Jose Nazareno