



SENTENCIA N° 46/2023.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los **7 días** del mes de **agosto** del año **dos mil veintitrés**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación**, integrada por los Señores Magistrados **Nazareno Eulogio** y **Andrés Repetto** y la Señora **Magistrada Florencia Martini**, presididos por el nombrado en primer término, con el fin de dictar sentencia en instancia de Impugnación en el Legajo N° 44.641/2022 del registro de la ciudad de San Martín de los Andes, caratulado "**PALMA, F. N. s/ amenazas agravadas y privación ilegal de la libertad**", seguido en contra de **F. N. Palma**, argentino, DNI N° ..., nacido el 9 de marzo de 1993, soltero, albañil, con estudios secundarios incompletos, domiciliado en Barrio ... de San Martín de los Andes de la provincia del Neuquén.

Intervinieron en la instancia de Impugnación por la fiscalía Natalia Rivera y por la defensa Pública Ignacio Pombo.

I. ANTECEDENTES:

Por sentencia de responsabilidad y pena dictada el día 29 de mayo del año dos mil veintitrés, en el marco de un acuerdo pleno entre fiscalía y defensa,



la Sra. Jueza Patricia Lupica Cristo resolvió, en lo que aquí interesa, "...I.- **Declarar autor penalmente responsable a F. N. Palma, titular del D.N.I.**

N°: ... del delito de Amenazas agravadas por el uso de arma, daño, lesiones leves agravadas por haber sido cometidas mediando violencia de género y contra quien se mantuvo una relación de pareja y privación ilegítima de la libertad agravada (conf. Artículos 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, 183 y 142 inc. 1 y 2, 80 inc. 1 y 11, 45 y 55 del Código Penal), por los hechos ocurridos el 19 de diciembre de 2022 en perjuicio de D. L. V.- 2) **Imponer a F. N.**

Palma, titular del D.N.I. N°: ..., la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, declarando su primera reincidencia, atento haber sido declarado responsable del delito de Amenazas agravadas por el uso de arma, daño, lesiones agravadas por haber sido cometidas mediando violencia de género y contra quien se mantuvo una relación de pareja y privación ilegal de la libertad agravada (Conf. artículos 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, 183 y 142 inc. 1 y 2, 80 inc. 1 y 11, 45 y 55 del Código Penal), por los hechos ocurridos el



19 de diciembre de 2022 en perjuicio de D.L.V.”.

II. IMPUGNACIÓN DE LA DEFENSA:

a) El defensor oficial interpuso recurso de impugnación en contra de la sentencia que declaró la responsabilidad, penal e impuso pena a **F. Palma** por los delitos ya indicados, como consecuencia del acuerdo al que arribaron fiscalía y defensa. En ese marco el defensor solicitó se revoque la declaración de reincidencia dispuesta por la jueza que sustanció el juicio abreviado.

b) En el escrito de impugnación presentó tres agravios puntuales. El *primero* (1) referido a que las partes no solicitaron la declaración de reincidencia del acusado, el *segundo* (2) relacionado con el hecho de que, a su criterio, la Jueza no tenía información que le permitiera saber si era o no pertinente la declaración de reincidencia, y el *tercero* (3) alusivo a lo que consideró una alteración del veredicto dictado en forma oral al notificar los fundamentos de la sentencia de forma escrita.



1) Respecto del primero de los agravios sostuvo que *"...la jueza, al imponer la declaración de reincidencia sin petición alguna de las partes, se extralimitó en sus funciones violando el principio de congruencia y el principio de contradicción que rigen en el sistema acusatorio consagrado por el Código Procesal Neuquino..."*.

Remarcó que la fiscalía al presentar el acuerdo no solicitó la declaración de reincidencia de F. N. Palma en razón de que ello no fue materia del acuerdo celebrado en los términos del artículo 217 del CPP.

Agregó que *"...la misma magistrada reconoce que no hubo petición alguna de las partes para realizarse esa declaración, por lo que impuso una pena más gravosa que aquella solicitada por la acusación. De esta manera esa imposición quebró el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y la pena, que para el caso del juicio abreviado está expresamente previsto en el artículo 218 en cuanto sostiene que si el Juez condena "la pena que imponga no podrá superar la acordada por las partes"..."*.



Aclaro que *"...si bien pudiera decirse que la reincidencia no hace al monto de la pena, resulta claro que su imposición afecta exponencialmente la forma de cumplimiento de la pena (básicamente, impide el acceso a la libertad condicional según el artículo 14 del Código Penal), por lo que se trata en definitiva de una pena más gravosa..."*.

A su modo de ver *"...el hecho de que la reincidencia no haya sido solicitada por ninguna de las partes, ni debatida en el procedimiento abreviado, impedía a la jueza expedirse sobre ese punto..."*, concluyendo que *"...al hacerlo, abandonó el rol imparcial que debe guiar su actuación, en contradicción con el principio acusatorio..."*.

Consideró que el margen de actuación de los jueces se ve restringido a lo que soliciten o no los acusadores. Lo dijo de la siguiente manera: *"...Es claro que nuestro sistema procesal asumió una configuración adversarial donde las partes requirentes delimitan el ámbito de actuación de los jueces (ver artículos 5, 6, 7 y 14 del Código Procesal y 5, 6 y 16 de la Ley Orgánica*



de la Justicia Penal); por lo que los magistrados no pueden suplir la actividad de las partes...".

Citó en favor de su postura fallos dictados por otras salas de este Tribunal de Impugnación ("Quijada, F. A. s/ homicidio", resolución del 3/10/15; "Brevi, A. N. y otros s/robo agravado", legajo 106.140, resolución del día 7/9/18).

En función de dicho agravio solicitó que se revoque la declaración de reincidencia.

2) En relación al *segundo* agravio, sostuvo que la jueza de grado no tenía información que le permitiera saber si el acusado había cumplido o no pena de prisión en calidad de "pena", información que consideró relevante en atención al sistema de *reincidencia real* que impera en nuestro sistema legal. Lo dijo de la siguiente manera: *"...la magistrada no contó con información para conocer si Palma cumplió pena como condenado. Esa información debió serle suministrada por las partes, especialmente por la acusación, si era intención de la fiscalía que se lo declarara reincidente. Pero la fiscalía nada dijo al respecto, ya que se limitó a informar la existencia de una condena*



previa con la única finalidad de justificar el monto y modalidad de cumplimiento de la condena. Por ese motivo, esa ausencia de información le impedía a la Dra. Lupica Cristo expedirse en el sentido que lo hizo, y el sistema acusatorio que nos rige, le vedaba también recabar por sus propios medios esos datos. Ante la falta de elementos que le permitiera conocer si Palma cumplió pena como condenado, la Magistrada debió abstenerse de declararlo reincidente...". En función de ello solicitó que se revoque la declaración de reincidencia.

3) El tercer agravio se refiere a lo que denominó *alteración del veredicto*.

Sostuvo que "...al momento de celebrarse la audiencia de juicio abreviado, la Dra. Lupica Cristo dio el veredicto respecto de la culpabilidad y pena que le impuso a F. N. Palma, sin efectuar mención alguna a la declaración de reincidencia. Sin embargo, al remitir la sentencia escrita alteró esa decisión sin recurso alguno de las partes e impuso la declaración de reincidencia...". Consideró que la inclusión de la reincidencia en la sentencia escrita constituye una alteración del veredicto original.



En razón de ello solicitó que corresponde anular la sentencia en ese punto, en cuanto declara la reincidencia de F. N. Palma.

c) Durante la audiencia llevada a cabo antes este Tribunal de Impugnación Provincial (art. 245 del CPP) el defensor reiteró los mismos agravios, apoyado en idénticos fundamentos.

III. ALEGATOS DE LA FISCALÍA:

A su turno la fiscal sostuvo, respecto de la declaración de reincidencia, que reconocía que efectivamente se llevó a cabo un juicio abreviado y que en el mismo no existió una petición expresa de parte de la fiscal que intervino solicitando la declaración de reincidencia. Sin perjuicio de ello aclaró que la jueza expresó que la declaración de reincidencia se trata de una cuestión de orden público, en razón de lo cual aplicó el instituto en cuestión al condenado Palma.

En cuanto al análisis del agravio sostuvo que la reincidencia es un estado que el condenado tiene de por sí ante la verificación de los requisitos del artículo 50 del Código Penal. Es decir, es un componente negativo del elemento de culpabilidad y conforme



doctrina de la CSJN (Arévalo), lo que se valora es el desprecio por la pena que pone en evidencia el condenado, quien pese a haberla sufrido recae en el delito nuevamente. Se preguntó ¿Verificado los extremos del artículo 50 la no declaración de reincidencia en una sentencia cambia de estado? ¿Existe alguna norma dentro del Código Procesal Penal o del Código de fondo que impida considerar la aplicación de la reincidencia durante la etapa de ejecución de la pena? ¿No estamos hablando de un modo de ejecutar la pena? Consideró que en este caso, al momento de tratar la libertad condicional, si se obviara que existe una declaración de reincidencia nada impide reflotar esta discusión, y en consecuencia tratar en la etapa de ejecución si corresponde o no conceder la libertad condicional al condenado.

Agregó que la fiscal durante la audiencia mencionó que existía una condena a tres años de cumplimiento efectivo, y que hizo conocer esa situación a la jueza Lupica Cristo. Remarcó que el condenado efectivamente cumplió dentro del sistema penitenciario de la ley 24.660 una pena, con el período de observación



y de prueba, y salió en libertad condicional el 4 de diciembre del año 2019.

A su criterio la reincidencia no es materia que pueda ser motivo de un pacto entre las partes al sustanciar un acuerdo. Dijo que es un instituto que no es pasible de ser convenido libremente por las partes, no puede obviarse su aplicación por acuerdo entre el fiscal, el imputado y el defensor.

Agregó que la declaración de reincidencia no violenta las disposiciones del Código Procesal Penal respecto del juicio abreviado. Consideró que es una materia que está reservada a quien juzga, y ello en razón de que ese estado de reincidencia es una situación de hecho que se verifica a partir de los extremos del 50 del Código Penal y configura dentro de la ley sustantiva una cuestión objetiva en cuanto a la operatividad. Es indisponible para las partes, las que no pueden acordar sobre ello, y no pueden modificar esa situación de hecho. Hay reincidencia o no la hay, es el verbo que utiliza el propio artículo 50 "habrá reincidencia". Es decir, hay o no hay reincidencia, no es algo que se pueda negociar, acordar entre las partes.



Por ello consideró que la declaración que efectúa un magistrado que homologa o no un acuerdo, y que establece la reincidencia dentro de los ámbitos y los lineamientos que da ese acuerdo, es válida. Sostuvo que es un error considerar que un juez no pueda abordar esa situación de reincidencia, aun cuando no sea solicitado por el fiscal, porque no resulta una materia disponible para las partes. Sostuvo que así lo tiene dicho el Tribunal de Casación de La Plata, provincia de Bs. As., en el fallo "Ordoqui", respecto de un acuerdo plenario del 27 de septiembre de 2017.

Dijo que en la audiencia que se llevó a cabo el antecedente penal computable para este caso era conocido por la defensa, la que incluso reconoció que se acordó esa pena en forma de ejecución de cumplimiento efectivo, en razón de que su asistido contaba con antecedentes penales previos. Es decir, nada resultaba desconocido para la defensa. En ningún momento la declaración de reincidencia realizada por la jueza puso en quiebre el ejercicio de esa defensa, pues conocía la situación, y así hizo saber en la audiencia los antecedentes penales previos, e incluso un antecedente de una SJP.



En conclusión consideró que la reincidencia se configura de pleno derecho, que es a partir de la verificación de los extremos legales previstos en el 50 del CP, y que es una declaración que es paralela y no integrativa de la pena. Agregó que el artículo 50 del CP y su relación con el 41 inciso segundo, tiene que ver respecto del agravante de la pena, pero no es integrante de la pena la declaración de reincidencia, sumado a que en este caso la declaración de reincidencia solo incide en el modo de ejecución de la pena, pero no la integra. Por lo tanto, a su criterio no está incluida dentro de lo que establece el artículo 217 del Código Procesal Penal, respecto de lo que se puede acordar.

Consideró que se puede acordar una pena menor a seis años, pero nada dice el código de la reincidencia.

Agregó que dentro de lo que es el sistema acusatorio y el agravio que tiene que ver con haber ido en contra del sistema acusatorio y el contradictorio entre las partes, a su criterio el sistema acusatorio es un sistema por el cual el legislador ha elegido el sistema de enjuiciamiento que importa en estos casos en



particular la sujeción de los jueces al objeto del juicio, y dentro de los aspectos vinculados a la aplicación de la ley de fondo que debe analizarse en este ámbito de contradictorio.

Consideró que las partes no pueden sustituir al legislador determinando cuando habrá o no habrá reincidencia. Dijo que esa es una decisión jurisdiccional, no de partes. Por ello consideró que la reincidencia como estado no requiere un pedido de parte para su verificación y sí debe ser declarada por el tribunal, resultando una materia no disponible para las partes.

Respecto del segundo agravio dijo que, conforme afirmó la defensa, la jueza no habría tenido conocimiento de los antecedentes del imputado, para establecer si había o no cumplido pena anterior. Consideró que en la audiencia se hizo referencia al auto de soltura del imputado, en razón de que fue condenado a tres años de prisión de cumplimiento efectivo. Se lo consideró responsable en ese caso y el auto de soltura dispone la *"...libertad condicional a F. N. Palma, desde los estrados y hasta el 17 del 11 de*



2022...”, que es el fin de la condena, ello dispuesto conforme el artículo 15 del CP. Consideró que no hay ningún agravio en ese sentido con respecto a la falta de elementos para declarar la reincidencia, pues los antecedentes penales fueron claros al momento de la audiencia.

Agregó que no se vio en la audiencia que el defensor desconociera esos antecedentes. Dijo que en caso de que hubiera existido una cuestión que impedía la declaración de reincidencia real por cumplimiento efectivo de una pena anterior, el defensor lo hubiese planteado, y no lo hizo porque conocía los antecedentes del condenado Palma.

Respecto del tercer agravio, referido a la alteración del veredicto, consideró que fue clara la jueza cuando dijo en esa audiencia que homologaba el acuerdo y que extendía la prisión domiciliaria, tal como lo pidieron las partes, para que luego se constituyera en detenido en etapa de ejecución. Es decir, al momento de la audiencia la jueza entendió que estaba en una situación en la cual iba a resolver respecto de la homologación del acuerdo. Esto no quiere decir que la declaración de reincidencia no sea parte integrativo del



fallo. A su criterio ello en nada incide respecto de la homologación del acuerdo, pues no integra, como dijo, la pena. Reiteró que es una cuestión de Orden Público y que por esa razón, a su modo de ver, este agravio cae en definitiva, porque aun cuando las partes quiten la declaración de reincidencia el imputado no deja de ser reincidente, porque ninguna norma del Código Procesal Penal puede ir en contra de lo que establece la ley de fondo.

A su criterio este agravio cae efectivamente, siempre partiendo de la teoría de que la declaración de reincidencia es un estado que se configura a partir de que se dan las circunstancias del artículo 50, y es claro en su verbo cuando dice "habrá reincidencia".

Afirmó que en el caso es aplicable la reincidencia y no se la puede desconocer. Reiteró que ninguna norma dispone que no pueda ser reeditado el planteo de la reincidencia en la etapa de ejecución, a los fines de dar cumplimiento al artículo 50 del CP.

Agregó que de lo dicho por el defensor en su alegato contradice lo establecido por la Corte



Suprema de Justicia en los fallos "Arévalo" y "Romero", porque en ninguno de ellos la Corte exige que haya pedido del fiscal como requisito para que un juez aplique lo que la ley de fondo establece, y nada de lo dicho contradice los principios del sistema acusatorio.

Reiteró que no es negociable la reincidencia. En función de esos argumentos solicitó se mantenga la decisión de la Jueza Lupica Cristo, entendiendo que su decisión está fundada, y que efectivamente la residencia es de orden público, como todo el sistema sustantivo y que no puede una ley procesal contradecir la aplicación de una ley de fondo. En función de lo cual solicitó se rechace el recurso intentado.

IV. ÚLTIMA PALABRA DE LA DEFENSA:

En ejercicio del derecho a la última palabra el defensor sostuvo que la fiscal dijo que la jueza contó con todos los elementos para resolver respecto de la reincidencia, y esto no es así, afirmó. Dijo que en la audiencia de juicio abreviado, cuando se hizo referencia al antecedente condenatorio de Palma, se mencionó solamente que había tenido una pena de efectivo



cumplimiento, pero no se hizo mención a que hubiera cumplido detención al momento de la soltura.

Dijo que la fiscal intenta introducir en esta audiencia una información nueva que no fue conocida por la jueza Lupica Cristo y que daría cuenta que el imputado estuvo detenido hasta el 4 de diciembre del 2019. Reiteró que no sabemos cuándo quedó firme esta condena, ni en qué condiciones fue dictada esa soltura. Esa es información nueva que no fue conocida por la jueza Lupica Cristo, y por ello no pudo haber sido utilizada como base para decir si en este caso hay reincidencia real y entonces, imponer esa declaración de reincidencia.

Sostuvo que si la defensa conocía o no conocía esa información, es otra cuestión. Reiteró que hay agravio porque se impuso la reincidencia sin petición de la Fiscalía, y para sorpresa de la defensa, por más que la defensa conociera esos antecedentes en forma previa. Dijo que lo que no conocía la defensa es que la jueza iba a imponer la reincidencia, y ahí está el agravio.

Respecto de si la reincidencia puede ser o no convenida por las partes dijo que, a su criterio,



sí puede ser disponible por las partes, porque hay muchas cuestiones de la reincidencia que son valorativas. Hay fallos y fiscales que sostienen que tiene que tener un mínimo de tiempo de cumplimiento de la condena previa. Reiteró que lo que pretende discutir acá es si la Fiscalía lo pidió o no lo pidió, si las partes lo acordaron o no lo acordaron. A su criterio es materia de acuerdo.

Por último cuestionó la jurisprudencia citada por la Fiscal, en razón de que la misma responde a otro ordenamiento procesal, como es el de la provincia de Buenos Aires. Que si bien también es un sistema acusatorio no se maneja de la misma manera que en la provincia del Neuquén, sostuvo.

A su criterio no es de aplicación a este sistema donde la Fiscalía tiene que facilitarle al Juez esa información. Reiteró que si hay acuerdo con la defensa no se debate, y si hay discusión con la defensa la Fiscalía lo tiene que mostrar y se debate. Pero es a partir de ahí que la jueza puede conocer o no estos elementos necesarios para declarar la reincidencia. Por esos motivos entendió que la declaración de reincidencia

debe ser dejada sin efecto, o anulada por el Tribunal de Impugnación.

V. Habiendo sido escuchadas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo entre los Magistrados se dispuso que debía observarse el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en segundo lugar el **Dr. Nazareno Eulogio** y finalmente la **Dra. Florencia Martini**.

VI. CUESTIONES: Puestas a consideración de los jueces las siguientes cuestiones: **I.** ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa? **II.** ¿Es procedente el mismo?, en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y por último, **III.** ¿A quién corresponde la imposición de las costas? Procedieron a efectuar la votación.

VII. VOTACIÓN:

PRIMERA CUESTIÓN:

El juez **Andrés Repetto** dijo: En lo que respecta a la admisibilidad formal de la impugnación



presentada por la defensa se advierte que la vía recursiva intentada satisface las exigencias legales, tanto en la faz objetiva como subjetiva.

La defensa dedujo el recurso por escrito, dentro del plazo legal y contra un pronunciamiento por el que se declaró a **F. Palma** autor penalmente responsable de los delitos de **amenazas agravadas por el uso de arma, daño, lesiones agravadas por haber sido cometidas mediando violencia de género y contra quien se mantuvo una relación de pareja y privación ilegal de la libertad agravada** (artículos 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, 183 y 142 inc. 1 y 2, 80 inc. 1 y 11, 45 y 55 del Código Penal), por los hechos ocurridos el 19 de diciembre de 2022 en perjuicio de D. L. V., y por el que se le impuso la pena de tres (3) años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, declarando además su **primera reincidencia**.

La fiscalía, a su turno, no opuso reparo alguno sobre la admisibilidad formal de la impugnación intentada.



Por las consideraciones efectuadas soy de opinión que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido por la defensa (cfr. arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP).

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

La Jueza Florencia Martini expresó: Por compartir lo expuesto por el Juez Repetto, adhiero a sus fundamentos.

SEGUNDA CUESTIÓN:

El juez Andrés Repetto dijo:

I) Debo iniciar mi voto resaltando que el Tribunal de Impugnación Provincial constituye el órgano jurisdiccional con función de practicar una revisión integral de la sentencia de grado. En tal sentido la jurisprudencia local 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 elemento 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 de las inferencias realizadas, censurándose las fundamentaciones ilógicas o irracionales, absurdas y, en definitiva, arbitrarias..." (in re: 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", y más recientemente en R.I. Nro. 76 de fecha 23 de agosto de 2019 en caso "**CAMPO, JUAN ALBINO Y OTRO S/ USURPACIÓN**").

Aclarado el marco de intervención que le corresponde a este Tribunal, debo ingresar ahora al tratamiento puntual de cada uno de los agravios expuestos en contra de la declaración de reincidencia del imputado en la presente causa.

II) Como ya indiqué, el *primero* de los agravios se refiere a que la declaración de reincidencia fue dispuesta de oficio por la jueza de grado, sin que fuera solicitada por la fiscalía, ni convenida con la defensa. A criterio del impugnante las partes son libres de convenir la aplicación o no de este instituto penal, y los jueces están obligados a cumplir con lo que éstas convengan, aun cuando ello no se ajuste a lo dispuesto por la ley.

Ante todo conviene recordar que conforme el artículo 50 del Código Penal "*...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...".

Si bien puede resultar una obviedad decirlo, es importante resaltar 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.

La indisponibilidad del Derecho Penal busca preservar la justicia, la igualdad ante la ley y el interés general de la sociedad. Los delitos y las penas afectan no solo a los involucrados directamente, sino también a la comunidad en su conjunto, y por ello, la ley penal no puede ser objeto de negociación o renuncia por parte de los sujetos involucrados.

El carácter indisponible del derecho penal no se encuentra cuestionado ni discutido en doctrina y jurisprudencia, por lo que resulta poco menos que llamativo que se intente un argumento que pretenda poner en entredicho este principio, bajo el argumento de la aplicación de otros principios de carácter procesal como el de congruencia o contradicción.



Sabido es que el principio de congruencia importa garantizar una necesaria correspondencia o coherencia entre los elementos esenciales de la acusación, y los hechos que se dan por acreditados en una sentencia de condena, ello en el marco del proceso penal. La correspondencia debe existir entre los hechos reprochados, la calificación jurídica en la que esos hechos se subsumen, y los hechos que se tienen por acreditados en la sentencia de condena.

En términos más simples, el principio de congruencia establece que el juez o tribunal solo puede condenar al acusado por los hechos que han sido correctamente descritos en la acusación. Esto implica que la sentencia debe limitarse a los aspectos puntuales que fueron objeto de imputación y debate durante el juicio. Es decir, una persona no puede ser condenada por un hecho distinto del que fue originalmente acusado.

El principio de congruencia protege los derechos fundamentales del acusado y asegura que no sea condenado o sancionado por conductas no incluidas en la acusación inicial. Además, garantiza que el acusado tenga la oportunidad de preparar su defensa



adecuadamente, al conocer con precisión los cargos que se le imputan.

Si durante el juicio se presentan pruebas o alegaciones que se refieren a hechos o delitos diferentes a los mencionados en la acusación, el juez deberá rechazarlas ya que se considerarían incongruentes con la acusación presentada.

En resumen, el principio de congruencia es un elemento fundamental para asegurar un juicio justo y garantizar que las decisiones judiciales estén en línea con los cargos presentados por la acusación, evitando así sorpresas o injusticias para el acusado.

En los alcances de este principio no se incluye la eventual declaración o no de reincidencia del acusado, ello en razón de que la aplicación de este instituto nada tiene que ver con los hechos que le fueron reprochados en el juicio, ni con la calificación jurídica en la que correspondía subsumir esos hechos. De allí que la alegada referencia a la violación del principio de congruencia resulte inadecuada.

Un defensor comprometido con su ministerio no puede llegar a juicio afirmando desconocer



cuáles son los antecedentes penales que puede tener o no su pupilo, por lo que resulta absurdo considerar que éste se puede ver sorprendido por la correcta y adecuada aplicación de la ley penal al caso concreto. Si ese fuera el caso correspondería efectuar un análisis de la calidad de la defensa efectuada, para constatar si existió un eventual supuesto de nulidad por defensa ineficaz, en razón de un actuar negligente de parte del asistente técnico del acusado.

Un abogado defensor diligente no puede alegar verse sorprendido por la correcta aplicación de la ley penal, aun ante el supuesto de una negligente intervención de la fiscal del caso, la que omitió hacer referencia a la necesaria aplicación del artículo 50 del CP.

Frente al pedido de precisiones de los jueces el defensor sostuvo que desconocía por qué razón la fiscal que intervino en la referida audiencia no había solicitado la declaración de reincidencia del acusado. Debo aclarar que la fiscal que intervino en la audiencia de impugnación no fue la misma que intervino en el acuerdo de condena y que omitió solicitar la reincidencia, por lo que no pudo ser interrogada



respecto de los motivos por los que no se solicitó la aplicación del art. 50 del CP.

Sea cual fuere la razón que llevó a la fiscal del caso a omitir dar estricto cumplimiento a la letra de la ley en el marco de la audiencia señalada, ello no habilita a la defensa a considerar que esta no debe ser aplicada. Es importante resaltar que el defensor no fundó su impugnación en contra de la declaración de reincidencia en que ésta fue erróneamente dispuesta, en razón de no darse en el caso los presupuestos previstos por la ley, sino que su oposición se fundó en que no correspondía aplicarla solo porque la fiscal no la solicitó, en que la jueza supuestamente no contaba con información suficiente suministrada por las partes para declararla, y en que se vio alterado el veredicto en relación con la sentencia escrita que luego se notificó. Ninguna crítica esbozó en referencia a que la reincidencia no correspondía por no darse en el caso los presupuestos legales para ello.

Si el defensor hubiera considerado que no correspondía su aplicación en razón de no darse los presupuestos legales debió fundarlo en la audiencia ante



la jueza de grado y no especular con que la fiscal no solicitó su aplicación, valiéndose de un error de la fiscal -en el caso de que se hubiera tratado de un olvido de ésta-, o valiéndose de un acuerdo ilegal -en el caso que la fiscal supiera que correspondía su aplicación y deliberadamente omitió solicitarla, creyéndose con facultades legales para alterar el estricto cumplimiento de la ley penal, violando así el principio de indisponibilidad del derecho penal-. En resumen, sea que la fiscal actuó negligentemente, o que actuó ilegalmente, en cualquier caso esos dos supuestos de ninguna manera autorizan omitir la aplicación de la ley penal tal como se encuentra legislada en el código penal.

Casos como estos se evitaría si los fiscales ajustaran su intervención a la correcta y adecuada aplicación de la ley. Resulta intolerable ser testigos de casos en los que se cometen errores de esta magnitud, los que alteran el normal desarrollo de los procesos penales en perjuicio de las víctimas y de los imputados.

Por otra parte es un grosero error considerar que la actuación de los jueces se ve



restringida a lo que soliciten o no los acusadores, como afirmó el defensor, al decir que *"...Es claro que nuestro sistema procesal asumió una configuración adversarial donde las partes requirentes delimitan el ámbito de actuación de los jueces (ver artículos 5, 6, 7 y 14 del Código Procesal y 5, 6 y 16 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal); por lo que los magistrados no pueden suplir la actividad de las partes..."* (el subrayado no pertenece al original).

El ámbito de actuación de los jueces se encuentra delimitado por la correcta aplicación de la ley, y por el debido resguardo de las garantías constitucionales. Bajo ninguna circunstancia puede considerarse que la incorrecta actuación de un fiscal condiciona o delimita las funciones jurisdiccionales de un magistrado. Es obligación de los jueces cumplir y hacer cumplir la ley penal tal como fue dispuesta por el legislador, salvo que ésta viole alguna garantía constitucional, en cuyo caso corresponderá su descalificación constitucional. Aceptar lo contrario implicaría convalidar el grosero error de considerar que los jueces son meros espectadores silenciosos en el proceso penal, y que las partes pueden aplicar la ley



penal como les plazca, aun violando los principios en los que ésta se sustenta, sin que ello importe ninguna consecuencia y sin que los jueces nada puedan hacer al respecto. Creer que ello es posible es creer que el sistema de justicia penal solo se sustenta en los meros deseos de las partes, sin importar lo que la ley disponga. Esa creencia es, sin dudas, un dislate mayúsculo.

En función de estos argumentos queda claro que no corresponde hacer lugar al agravio sostenido por el defensor, por lo que el mismo debe ser desestimado.

El *segundo* de los agravios se refiere a que, según el defensor, la jueza de grado no contaba con la información necesaria para determinar si el acusado había cumplido o no pena de prisión por la condena anteriormente impuesta. A su criterio la jueza no pudo haber dictado la reincidencia por falta de información esencial. El defensor consideró además que esa información sólo pudo haberle sido suministrada por alguna de las partes, lo que no ocurrió en la audiencia.



El impugnante confunde el impedimento que tienen los jueces en el sistema adversarial para producir prueba de oficio, con el hecho de que los jueces puedan acceder a información de carácter pública de las personas sometidas a proceso, la que surge del legajo y antecedentes judiciales.

Conforme lo dispone el artículo 184 CPP *"...los jueces no podrán formular preguntas..."* a los testigos durante el juicio. Ello es análogo a producir prueba, y esa es la razón por la que los jueces no pueden ordenar la producción de prueba de oficio. Hacerlo condicionaría seriamente la garantía de imparcialidad, en los términos en los que la CSJN lo ha establecido en diferentes precedentes (in re "Dieser", entre otros). Esa limitación sin embargo nada tiene que ver con el acceso que pueden tener los jueces a información que es pública y que se relaciona con la correcta aplicación de la ley en el caso concreto. Tal es ello así que el art. 85 del CPP faculta a los jueces a pedir precisiones a las partes referidas a los hechos o al derecho aplicable, lo que no es otra cosa que facultarlos a buscar información esencial para la



correcta resolución del caso sin que ello implique, de ninguna manera, violentar la garantía de imparcialidad.

Es obvio que en el presente caso la jueza de grado se limitó a verificar los extremos legales que correspondían para la correcta aplicación de la ley penal (concretamente la aplicación del art. 50 del CPP), información que reviste el carácter de pública y que surge de los antecedentes del imputado. No se trató de recabar información referida a circunstancias de hecho, con la finalidad de acreditar o desacreditar la acusación enrostrada, sino a verificar estrictas cuestiones de puro derecho, relacionadas con la correcta aplicación de la ley penal al caso concreto. Ley penal - como ya indiqué-, es de orden público, es decir de obligatorio cumplimiento para las partes y para el juez.

Siendo que la jueza no produjo "prueba de oficio", corresponde desestimar este agravio.

El *tercero* y último agravio se refiere a la alegada alteración del veredicto.

Para sostener su argumentación el defensor afirmó que "*...la jueza pronunció la sentencia en la misma audiencia y no difirió decisión alguna...*", para



luego agregar que *"...en la audiencia dio la parte dispositiva y solo se reservó la facultad de enviar por escrito la sentencia dentro del plazo establecido por el artículo 195..."*.

Conforme lo dispone el referido artículo 195 del CPP, los jueces inmediatamente después de la audiencia del juicio deben dar a conocer su decisión, pudiendo luego presentar por escrito los fundamentos en lo que su fallo se sustenta.

Según surge de las constancias del caso, la decisión que adoptó la jueza -y que fue inmediatamente comunicada a las partes conforme lo dispone la ley-, fue aceptar el acuerdo presentado y luego, dentro del plazo legal, notificó los fundamentos en los que esa decisión se apoyó, entre los que se incluyó el derecho que correspondía aplicar al caso, dentro del que se incluye el instituto de la *reincidencia*.

No se advierte ninguna violación a las disposiciones legales, en razón de que los hechos reprochados y el tipo penal aplicable al caso fue el que las partes acordaron, en consonancia con las pruebas que



acreditaban esos extremos. Es evidente que la *reincidencia* no fue mencionada por las partes (como ya indiqué, no sabemos si fue por negligencia o por una decisión exprofeso, violatoria de la letra de la ley), pero en cualquier caso ello no implica que la jueza debiera dejar de aplicar la ley penal en toda su extensión.

Es por ello que no se advierte que se haya configurado el agravio referido.

No puedo dejar de considerar una circunstancia objetiva, relacionada con el hecho de que el acusado no participó de la audiencia ante este Tribunal de Impugnación, la que igual se sustanció a pedido del defensor en los términos del art. 245 2do párrafo del CPP.

Teniendo en cuenta que la fiscal del caso y el defensor acordaron la responsabilidad penal del imputado, y la aplicación de una pena de 3 años de prisión de efectivo cumplimiento, pero omitieron referirse expresamente a la aplicación del instituto de la *reincidencia*, ello genera una duda razonable respecto de si era deseo o no de **F. N. Palma** arribar a



un acuerdo de condena, teniendo en cuenta que por aplicación de la reincidencia no tiene el derecho a gozar de la libertad condicional. No sabemos si de habersele informado tal extremo hubiera convalidado el acuerdo o en su lugar hubiera decidido ejercer su derecho a ser juzgado en un debate oral y público.

Siendo ello así, y en garantía del derecho de defensa en juicio, considero que existe una duda razonable respecto de si el acusado fue debidamente informado de los alcances del acuerdo de condena y las consecuencias de la aplicación del art. 50 del CP.

En función de ello soy de opinión que en resguardo del derecho de defensa en juicio corresponde declarar la nulidad del acuerdo al que se arribó, reenviado el caso para su continuidad en la instancia que corresponda, para que eventualmente se vuelva a discutir un acuerdo, garantizando el pleno conocimiento del imputado de las consecuencias que implica dicho acuerdo, en los términos del art. 50 del CP.

Tal es mi voto.



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

La Jueza Florencia Martini, expresó: Por compartir lo expuesto en el voto del Juez Repetto, adhiero al mismo.

Sin perjuicio de lo cual, es menester aclarar -dado que en precedentes citados por la defensa sostuve que los presupuestos de la reincidencia deben discutirse en la audiencia de juicio abreviado so pena de lesionar el principio de contradicción y defensa en juicio, entiendo que, por más que tal declaración no resulta disponible por las partes, la información que legítimamente pueden buscar los jueces, debe ser litigada por las partes a fin de proponer interpretaciones posibles.

Ello así por cuanto la privación de libertad cumplida previamente puede no serlo en carácter de pena o no haberse cumplido un tratamiento penitenciario que dé lugar a la reincidencia real que recepta nuestro sistema legal, entre otras discusiones posibles.



De tal modo está vinculada la interpretación de las circunstancias previas al contenido del acuerdo que tiene consecuencias en las condiciones de ejecución de la pena (principalmente en la posibilidad de acceder a la libertad condicional a los 8 meses o cumplir la totalidad de la pena -3 años-).

Por tales razones comparto que corresponde se dicte la nulidad de la sentencia por afectación de la defensa material del imputado en razón de la ausencia de un consentimiento informado.

TERCERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la imposición de costas?

El Juez Andrés Repetto, dijo: Considero que corresponde eximir de costas a las partes en esta instancia (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).
Mi voto.

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



La Jueza Florencia Martini expresó: Por compartir lo resuelto en relación a las costas, adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

Conteste con las posturas señaladas, esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén, por unanimidad,

RESUELVE:

1. **DECLARAR ADMISIBLE** la impugnación deducida por la defensa en favor de **F. N. PALMA**, DNI Nro. ... (arts. 227, 233, 236 y 239 del CPP).

2. **RECHAZAR** los agravios deducidos por la defensa, y sin perjuicio de ello declarar la nulidad del acuerdo de condena al que se arribó respecto de **F. N. PALMA**, DNI Nro. ..., conforme los argumentos expuestos, ordenando el reenvío del presente caso para que continúe su trámite según su estado.

3. **SIN COSTAS** por el trámite derivado de la presente instancia de impugnación ordinaria (arts. 268 y 270 del CPP).



4. Remitir la presente sentencia a la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General para su registración y ulteriores notificaciones pertinentes a las partes.

Firmado digitalmente por:
EULOGIO Juan Jose
Nazareno

Firmado digitalmente por:
REPETTO Andrés

Firmado digitalmente por:
MARTINI Florencia María

Reg. Sentencia n° 46/2023.-