

**SENTENCIA N° veintiuno /2015.-** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los ***ocho días del mes de abril de dos mil quince,*** se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por las **Sras. Juezas Liliana Deiub, Florencia Martini y Gladys Mabel Folone,** presididas por la última de las nombradas, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial **"SALCEDO, Gabriel Darío y Otros s/Homicidio",** identificado como **Legajo MPFJU 11452 Año 2014** del registro de la Oficina Judicial de la IV Circunscripción seguido contra **Gabriel Darío Salcedo Fernández,** DNI n° ..., hijo de ... y de ..., nacionalidad argentina, nacido el 19 de julio de mil novecientos setenta y cuatro en Mendoza, soltero, con instrucción primaria completa, actualmente alojado en la Unidad de Detención n°11 de la Ciudad de Neuquén.

**ANTECEDENTES:**

**A)** Por sentencia del día 19 de noviembre de dos mil catorce dictada por el juez técnico, Dr. Jorge Criado del Tribunal de Juicio por Jurados, se resolvió declarar, en nombre del pueblo, CULPABLE a Gabriel Darío Salcedo Fernández de haber ido a la Hostería El Montañés a cometer un robo por 12 (doce) votos; CULPABLE de que durante el robo se desplegó fuerza en las cosas y violencia y/o intimidación sobre las personas de Alfredo Simón Roca

Jalil y María Enrica Buscaglia por 12 (doce) votos y CULPABLE de que Alfredo Roca Jalil resultó muerto con motivo u ocasión de ese robo por 10 (diez) votos. Asimismo, por sentencia del día 15 de enero de dos mil quince dictada por el juez técnico, Dr. Jorge Criado se resolvió CONDENAR a Gabriel Darío Salcedo Fernández a la pena de veintidós años y demás accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal, por el delito de homicidio en ocasión de robo en calidad de coautor (arts. 165 y 45 del Código Penal).-

La Defensa interpuso recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día diecinueve de marzo de dos mil quince, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la Defensa el Defensor oficial Dr. Ignacio Pombo, por la fiscalía, el Dr. Fernando Rubio y por la Querella, el Dr. Emanuel Roa Moreno.

**B)** El Sr. Defensor en primer término se expide sobre la admisibilidad formal considerando que resulta admisible por cuanto se trata de una sentencia definitiva en los términos del art. 236 del CPP, interpuesto transcurrida la feria en el término de diez días.

Dada la palabra a las acusadoras para que se expidan sobre la admisibilidad formal el Dr. Fernando Rubio solicita se rechace por haber sido interpuesto largamente fuera de término. Considera que el juez de garantías habilitó la feria para llevar adelante la audiencia de cesura, la que quedó habilitada para la lectura de la sentencia y el plazo del art. 242 del CPP. Efectivamente el plazo se le vencía el lunes dos de febrero en dos primeras horas porque el plazo se contaba a partir del dictado de la sentencia completa con la cesura. No obstante el defensor presenta el escrito el dieciocho de febrero en las dos primeras horas, olvidando que la feria se encontraba habilitada por tratarse de una causa con detenido circunstancia que no fue objetada por la defensa. Agrega que se sabe que la impugnación se basa en las cuestiones de hecho sobre la base de la indefensión del imputado por el cambio de defensor, circunstancias que fueron debatidas a lo largo de este proceso. Se le concedió una prórroga al defensor para que pudiese llevar a cabo la audiencia de cesura sino debía haberse realizado la cesura en diciembre del 2014. Estaba interviniendo ya el Dr. Pombo justamente porque había pedido se suspendiera la audiencia de diciembre y una prórroga por la cual se habilitó la feria, por tanto no puede desconocer el defensor que la feria estaba habilitada. Afirma que se intentará convencer

que los errores de la defensa no pueden perjudicar al defendido, no obstante, las normas procesales tienen la finalidad de poner orden al proceso y si bien, tiene dicho el Tribunal de Impugnación, con algunos matices, la asimetría entre acusación y defensa, no se puede transformar el código en un chicle. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está haciendo foco en los derechos de la víctima. La víctima tiene derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable.

Agrega que no es un detalle menor que el jueves doce de marzo del corriente, el mismo juez de garantías que dirigió el debate, declaró firme la sentencia y en función de ello dispuso la remisión del condenado a disposición de la Sra. Jueza de Ejecución de la provincia, por entender que la sentencia debería estar siendo ejecutada, por hallarse firme por falta de impugnación en momento oportuno.

Por ello solicita no se haga lugar a la admisibilidad formal por haber sido presentado en forma manifiestamente extemporánea.

La querrela a su turno, adhiere a los fundamentos del Sr. Fiscal y agrega que en noviembre se realizó el juicio de responsabilidad y se fijó la cesura para diciembre, un día antes el imputado renuncia a sus defensores particulares y se le da intervención a la

Defensa Pública quien solicita una prórroga para preparar el caso. Por ello se requirió que se habilite fería, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y la resolución en tiempo razonable. La audiencia de cesura se realizó el día nueve de enero, con participación del Dr. Pombo.

El juez anticipó que se tomaba el plazo para la redacción de la sentencia la cual se leyó el quince de enero y se notificó el dieciséis.

La defensa contabilizó el plazo a partir del dos de febrero. El tema tiene que ver con la seguridad jurídica, con la tutela judicial efectiva y con el derecho a ser juzgado en plazo razonable. No entiende que esto signifique una mengua a los derechos del imputado porque se contempló que iba a contar con la asistencia del Dr. Pombo durante la fería. Se había solicitado que instruya el Defensor General de permitirle al Dr. Areco participar en la fería. La resolución del defensor general establecía que el Dr. Pombo estuviese en fería. Materialmente no había imposibilidad que realice su tarea durante la fería. La defensa tiene que ejercer los derechos del imputado en tiempo oportuno, máxime encontrándose desde el diez de mayo del año pasado en prisión preventiva y teniendo en cuenta los plazos fatales de la prisión preventiva. La querella solicitó la celebración de la audiencia del doce de marzo

para dejar establecido que la sentencia estaba firme y en segundo lugar que la prisión preventiva duraba el año y el nueve de mayo se cumpliría el plazo. Además, cuando esta privado de libertad los plazos deben contarse corridos. Por lo que solicita se declare la inadmisibilidad formal del recurso.

A su turno la defensa arguye que los plazos son hábiles y la habilitación de feria lo fue para la realización de la cesura y notificación de la sentencia. La defensa la asumió el Dr. Areco en diciembre y quien habla en enero, por otra parte, el Dr. Criado no tiene la posibilidad de analizar la admisibilidad del recurso que es materia del Tribunal de Impugnación, por lo que lo manifestado por el Dr. Criado carece de relevancia. Finalmente que fue notificada por correo electrónico el dieciséis de enero pero nunca fue notificado a su asistido, por lo que la facultad de recurrir es del imputado, si no fue notificado no puede hacer uso de ese recurso, por lo cual si la feria se encontraba habilitada, lo cierto es que el imputado no pudo hacer uso de ese recurso. Por ello el recurso no puede cercenarse.

Preguntadas las partes por la Dra. Deiub cual fue el motivo por el cual se fijo la audiencia del día doce de marzo del corriente, la querella contestó que lo fue para obtener una declaración de certeza sobre la

situación procesal del imputado por el tema del plazo de la prisión preventiva. Si bien en dicha audiencia se admitió que el juez de garantía no estaba habilitado para resolver la admisibilidad del recurso de impugnación lo cierto es que el Dr. Criado consideró que había habilitado la feria incluso para la interposición del recurso, por lo que dispuso la remisión del legajo a la Sra. Jueza de Ejecución a sus efectos.

C) Ingresando sobre el fondo del recurso planteado, el **impugnante** expreso: que impugna las instrucciones dadas al jurado como así la decisión que tomó el juez técnico al momento de realizar la calificación jurídica, y el tercero de los agravios se centra en el monto de la pena.

Por las instrucciones que le impartió su asistido, en la audiencia de control de acusación se cercenó la posibilidad que un perito de parte ofrecido por la defensa declarase ante el Jurado Popular y eso llevó a que las pruebas técnicas únicamente fueron interpretadas por especialistas de la policía del Neuquén, se limitó la estrategia de la defensa ya que no pudo producir prueba que consideraba indispensable para demostrar la inocencia y falta de participación de Salcedo en el hecho atribuido. Esa deficiencia llevó a un veredicto erróneo respecto de la responsabilidad de Salcedo.

En tal sentido se introdujo un informe de ADN meses después de haber sido detenido, luego que se realizara una requisita (probada por los testimonios de personas detenidas junto a Salcedo que dieron cuenta de la presencia de personal policial no penitenciario días antes que se le extrajera la muestra, por lo que se ha visto cercenado el derecho a una defensa eficaz, porque estas pruebas admitidas y las no admitidas llevaron a un veredicto erróneo.

El segundo de los agravios se centra en la calificación legal que se le asignó al hecho por el cual el Sr. Salcedo fue encontrado culpable. La vía se encuentra habilitada por el art. 238 que permite cuestionar las instrucciones y por el 236. Reconoce que no se han cuestionado las instrucciones en la audiencia en la que participaron los abogados particulares, pero lo cierto es que esa omisión no puede sellar la suerte de este agravio por la situación de indefensión que implicó el silencio del letrado interviniente que no puede jugar en contra del propio imputado ni vedar el derecho al recurso a una amplia revisión y defensa efectiva, tal como lo reconoce la Corte Suprema. El Tribunal de Impugnación en la sentencia 6 del 2015 (Castillo) -respecto a la audiencia de instrucciones- entendió viable el agravio en relación a las instrucciones a pesar de que no existiese una protesta. Por otro lado,

aun ante la falta de manifestaciones de la defensa es deber del juez técnico explicarle al Jurado cual es el derecho aplicable, postura adoptada por el Tribunal de Impugnación en Méndez: "El jurado deberá ser informado por el juez sobre la ley potencialmente aplicable al caso más allá de las propuestas de las partes en uno u otro sentido". A continuación procede la defensa a dar lectura de las instrucciones impartidas al Jurado. 1) Si Salcedo fue a la hostería el Montañez a cometer un robo 2) Si durante el robo se desplegó violencia o fuerza sobre las cosas o violencia sobre Roca Jalil o María Buscaglia 3) Si Roca Jalil resultó muerto en ocasión o con motivo del robo. No le dedican ninguna explicación al art. 165 del CP que desde antaño ha generado una fuerte discusión en torno al tipo subjetivo de la muerte que se imputa: doloso, culposo, preterintencional o netamente causal sin ninguna responsabilidad subjetiva con relación al hecho. Durante el juicio, de la prueba que se produjo surge controvertido si existió realmente un dolo de homicidio o bajo otra posibilidad, circunstancia que no fue valorada por los miembros del Jurado porque no se les indicó qué debían merituar. Simplemente debieron decidir si durante el robo se produjo la muerte. Pero no valorar en qué forma se produjo esa muerte ni tampoco si una muerte culposa encuadraba en esta figura, o si la muerte fue

preterintencional como lo sostuvo la defensa en el juicio de cesura. Por eso la explicación dada al Jurado se enrola en la imputación objetiva, bastaba que resultare la muerte durante el robo. El delito del 165 es un delito complejo que contiene dos figuras: el robo y el homicidio. Hay autores que consideran que para la configuración el homicidio debe ser doloso. La pena resulta irracional en tanto la escala penal es más gravosa, sita a Edgardo Donna, quien sostiene que el homicidio resulte conectado al robo, lo que resulta claro que el art. 165 ha previsto dos figuras dolosas, también Fontán Balestra entre otros. El Dr. Estomba fue quien ilustró sobre las causales de la muerte de Roca Jalil, que fue un golpe en la cabeza el que provocó la muerte. Golpe que no produjo ninguna fractura en el hueso en el que se causó. Luego del golpe, Roca Jalil estaba atado, lo que hubiese permitido al jurado determinar si el grado de intención o cuál fue la real intención del autor. Por ello la defensa sostiene que debe revisarse la calificación y reasignarse la de concurso real entre robo y homicidio preterintencional y remitirse las actuaciones para que se dicte una nueva pena. Ello ya fue discutido por la defensa en la cesura en el entendimiento que la calificación legal es facultad de juez técnico. Considera que el juez se ha apartado de las constancias de la causa, por cuanto considera que el hecho fue cometido con dolo

eventual, porque pudo prever el resultado. Solicita se declare la nulidad parcial y se reenvíe a nueva cesura.

Finalmente la defensa se agravia del monto de pena impuesta a Salcedo y los argumentos que se utilizaron para imponer la pena de 22 años con declaración de reincidencia. Tuvo en cuenta la existencia de un plan previo para perpetrar el hecho, la intervención de varias personas y el estado de indefensión de la víctima; la extensión del daño causado por la posición social de la víctima y jugaba un rol importante en el contexto familiar. Tales elementos fueron erróneamente valorados a la vez que resultan contradictorias con la forma de imputación subjetiva -dolo eventual-. El autor no actuó con dolo directo -circunstancia omitida al momento de valorar la pena-. De consolidarse la figura del art. 165, ésta posee un máximo de veinticinco años de prisión, el juez técnico no se aleja del máximo, dictó una pena levemente inferior a ese máximo lo que no se condice con el dolo eventual en la que fundó la figura. Si no existió dolo directo, debería alejarse de ese máximo, debería ser sustancialmente menor. La generalidad de los agravantes hizo referencia a una supuesta preparación del robo pero no al homicidio, porque no fue un resultado directamente buscado por el autor, por lo que tampoco puede ser un motivo para llevar la pena tan cerca del máximo. También fue sobredimensionada las

consecuencias familiares de una de las víctimas, la señora de Roca Jalil. La producción de la muerte afecta el entorno de la familia y cambia las dinámicas familiares. La vida posee un carácter absoluto cuya pérdida es irrevocable, por ello los homicidios poseen la pena más alta, por ese motivo no puede valorarse nuevamente las consecuencias de esa muerte, lo contrario sería una flagrante violación al *non bis in idem*; implicaría también que hay vidas más valiosas que otras. En la misma doble valoración prohibida ha incurrido el magistrado al valorar los antecedentes del imputado cuya declaración fue impuesta al momento de dictar sentencia. Por un lado al momento de valorar la pena y por el otro la declaración de reincidencia que agrava la modalidad de la pena que ha de ser cumplida. Por todo ello solicita de no hacer lugar a los anteriores agravios reduzca la pena impuesta y se le imponga una pena sustancialmente menor a la dictada.

La **fiscalía** expresa que no le queda claro respecto al último planteo que realiza la defensa en relación al art. 50 del Código Penal, ¿está planteando la inconstitucionalidad?.

La **defensa** manifiesta que no plantea la inconstitucionalidad. Entiende que a partir de los fallos de la Corte no lo va a plantear. El 41 del CP no ha de ser

valorado cuando se va a declarar la reincidencia, interpretando correctamente ambas normas en juego.

A su turno la **fiscalía** realiza citas de normativa internacional, decisiones jurisprudenciales y doctrinarias para aplicarlas a la "amplitud de revisión" en especial para determinar la pena. Señala el error que puede acontecer en la apreciación de la prueba, especialmente aquellas que se centran en la inmediación de la recepción. La Dra. Tadeu, en Revista de derecho procesal penal, 3013-1 en un trabajo llamado "El recurso de apelación penal y la mal llamada segunda instancia" sostiene que es preciso partir como regla general la necesaria atemperación del control de los hechos de la primera instancia con el fin de 'impedir el traslado de gravedad de la primera instancia a la segunda'; 'impedir que se aleje de la realidad probada' y 'evitar que la primera instancia constituya un mero ensayo de juicio'. La interpretación que ha hecho el jurado del testimonio del Dr. Estomba que fue ampliamente interrogado por las partes y con claridad manifiesta dio la idea de cómo se produjeron las lesiones y cómo el Sr. Roca Jalil estaba maniatado de pies y manos con alambres, con la boca sellada y dice que la causa de la muerte fue un golpe en la cabeza, también dijo que al Sr. Roca Jalil lo molieron a palos, le rompieron todos los huesos, múltiples fracturas en la cara. Hecha esta salvedad manifiesta que el

artículo 238 del CPP requiere a la luz del art. 205 el deber de las partes de dejar constancia de cualquier oposición que pudiera pesar sobre las instrucciones particulares para habilitar la vía recursiva. Y acá basta con decir que la defensa estuvo mal hecha. Ni siquiera la defensa alega estado de indefensión. No puede alegarlo a diferencia de lo que se sostuvo en Castillo - Rodríguez, más allá que la fiscalía ha interpuesto impugnación extraordinaria que se encuentra en curso, porque no hay estado de indefensión. El hecho de que la defensa haya tenido una teoría del caso absolutamente distinta a la que presentaron después del veredicto de culpabilidad en la audiencia de cesura. Se pregunta: ¿Puede sostenerse que haber sostenido una teoría del caso diferente implica estado de indefensión? La defensa del Sr. Salcedo fue claramente combativa, discutió absolutamente todo, durante todo el proceso, antes y durante del juicio, incluidas las instrucciones dadas al jurado, si no las discutió fue porque no se correspondía con su teoría del caso. El Sr. Salcedo tuvo contacto permanente con sus defensores particulares. El Sr. Salcedo estuvo perfectamente defendido, más allá que pudo o no tener resultados la defensa que propusieron. No hay estado de indefensión y por tanto ningún argumento que habilite a abrir el recurso sin haber hecho la salvedad prevista por el art. 238 del CPP.

Respecto al segundo punto, sostiene la fiscalía que la defensa dice que se incorporó prueba indebida porque meses después se hizo un allanamiento que fue debatido. Fue debatido y quedaron perfectamente claras las circunstancias de ese allanamiento. Pero no nos dice cómo viene a perjudicar, condicionar o inducir al jurado a un veredicto erróneo. También reconoce que no fue cuestionado por la defensa. Considera que a la luz de la revisión amplia del 236, traen por la ventana circunstancias no cuestionadas. Porque no se puede sustituir la inmediatez por una filmación, las expresiones de los testigos llevan al común de la gente a creer más o menos o no creer en un testigo. Cuestiona la defensa que no se le habilitó un perito en la audiencia del 168 del CPP. Nunca dijo la defensa para qué quería el perito y por eso fue rechazado, podría haberlo impugnado y no lo hizo. No es indefensión. Es el resultado de una teoría del caso que no le resultó. Respecto de las instrucciones se centra en las particulares y se olvida de las generales. Entre estas últimas están las teorías del dolo que le fueron explicadas en sus tres formas al jurado. Cita Gramillo Fernández, edición 2013 sobre instrucciones, en el sentido que deberán acreditar existencia o inexistencia del hecho y la participación del imputado. Estas circunstancias fueron correctamente explicadas. "Crean que la gente es idiota" y

no pueden resolver si el Sr. Salcedo quiso o no quiso matar a Roca Jalil en el devenir de un robo que quiso efectuar. Prepararon el robo con anticipación, entraron robaron y decidieron darle muerte, esto es lo que la fiscalía sostuvo ante el Jurado. Respecto del agravio sobre la audiencia de cesura, que haya considerado que el Sr. Salcedo y su acompañante que dieron muerte con un dolo eventual no quita ni pone nada a la calificación legal y menos a la mensura de la pena. La medición de la pena tiene un alto grado de subjetividad pero sujetándose a las condiciones objetivas que tuvo en consideración el juez técnico. Mensuró acabadamente cada una de las circunstancias del art. 41 del CP, y en función de ello decidió en qué proporción del "justo medio" que asume ese Ministerio a partir de una interesante definición de una de la integraciones del Tribunal de Impugnación, desde allí partimos. Sólo por un prurito técnico entendimos que no podíamos pedir la pena máxima. Respecto del artículo 41 no puede ser aplicado dos veces. No hay una doble valoración en ninguna de las dos circunstancias apuntadas por la Defensa y esto lo sostiene el noventa por ciento de la doctrina. No discute el artículo 50 pero discute el artículo 41 en el mismo aspecto. Si no discute el artículo 50 no puede discutir la valoración de los antecedentes conforme al 41 CP. Recuerda que Salcedo tiene una pena unificada de ocho años de

prisión por hechos similares. Respecto de la extensión del daño, no se trata solo de la pérdida de la vida de una persona sino del marido responsable, cuidador, de la casa, de los negocios y de su esposa de toda la vida que tiene esclerosis múltiple y esta tullida en una cama, apenas puede hablar, no se puede mover. El Sr. Roca Jalil era el cable de conexión de la esposa con el mundo: ahí reside la extensión del daño. Por lo expuesto solicita que se rechacen los planteos de la defensa técnica del Sr. Salcedo y confirme en un todo la sentencia recaída.

A su turno la **querrela** afirma respecto del primer agravio, que la defensa se vio impedido de un perito de parte y eso tuvo resultados en la decisión. Considera que corresponde aclarar el marco de la audiencia del art. 168 del CPP. la querrela sostenía un homicidio *criminis causa* y la fiscalía un homicidio en ocasión de robo y luego se unificó en la figura del art. 165 del CPP. Cuando presenta la prueba ofrece un perito criminalístico, no acompaña informe pericial alguno, no indica ningún tipo de referencia que permita a las partes acusadoras conocer la pertinencia. Solicitaron fije la pertinencia y la defensa sostuvo que venía a criticar todos los informes que habían estado mal: "un todólogo". En este sentido debe conjugarse la interpretación de los arts. 138 y 183. El art. 138 (facultad de requerir informe de expertos) y el

183: "los peritos podrán consultar sus escritos o valerse de todos los elementos auxiliares útiles para explicar las operaciones". No está en discusión la libertad probatoria pero debe tenerse en cuenta el párrafo tercero. La necesaria bilateralidad exige que previamente aporte el informe que permita conocer a las contrapartes y contradecir en juicio. Se discutió si darle más plazo o no pero la defensa quería traer el perito al juicio sin informe previo. Con todo ello quiere decir que no está fundado el pedido. También mencionó una prueba papiloscópica que esta audiencia no fundó. El 238 inc. b habilita el perito en esta instancia cuando se trate de una prueba arbitraria y se rechace medida de prueba, afectando la defensa en juicio condicionando la decisión del jurado. Al no terminar de señalar el agravio concreto, la contra opinión que hubiese cambiado la opinión del jurado, no cumpliría con los requisitos de admisibilidad. Las decisiones son impugnables por el a233 y 238 pero en rechazo de la prueba no logra acreditar la admisibilidad. Sobre la utilización de prueba indebida, la prueba de ADN no fue cuestionada por la defensa: las muestras indubitadas de sangre del Sr. Salcedo. Tampoco se cuestionó las muestras indubitadas de unos lentes hallados en la habitación de Roca Jalil; lentes que coinciden con una imagen de video que también fue prueba en la que se lo ve a

Salcedo la noche anterior al hecho con esos lentes. El cuestionamiento se fundó en el ofrecimiento de tres testigos de la unidad 11 que declararon en el debate que sólo dijeron que había existido una requisa. El defensor en los alegatos afirmó que se trataba de un cepillo de dientes, de un jabón, etc. No se cuestionó la calidad técnica del informe que arrojaba el 99,99% del ADN de histocompatibilidad genética de la sangre con la muestra de material humano obtenido sobre los lentes. Por lo cual no se ha concretizado el agravio al derecho de defensa, la afectación concreta al derecho de defensa. Con lo que a su respecto debe rechazarse en pleno. Ello se debe contrastar con la teoría del caso de la defensa que el imputado no participó del hecho y ni siquiera se hallaba en la ciudad. Quiere aclarar que se recibió una comunicación mediante la cual se hacía la reserva en la hostería y a partir de allí se logró intervenir los teléfonos y dar con la persona de Salcedo y gracias a la huella obtenida en los placares, el material genético y la comparación de rostros con la imagen obtenida a la que se sumó el reconocimiento de personas por parte del hijo de Roca Jalil que fue quien los recibió en la hostería y se retiró previo al hecho.

Respecto de la calificación legal, en lo atinente a la admisibilidad, entiende que no están dados los requisitos porque no fueron cuestionadas las

instrucciones ni objetado su rechazo. A tal punto fue la decisión de la defensa de sostener como teoría del caso que Salcedo no participó que la misma aceptó la brutal paliza, agresión y sostuvo que no discutía la existencia del hecho. Están eras las versiones en debate. No obstante lo cual va a analizar las instrucciones. La única mención que se hizo fue sobre el *in dubio pro reo*, lo demás se terminó resolviendo en común, y se tuvo en cuenta un manual que el Tribunal Superior de Justicia había preparado para estos primeros debates de juicio por jurados. La querrela además tuvo en cuenta las instrucciones de Landaeta-Cardozo por la similitud del hecho y la resolución del Tribunal de Impugnación del 8 de enero de 2015 (al final de la pagina 27 al 30): "no procede el agravio (202 CPP) porque las instrucciones particulares fueron impartidas correctamente en lo que hace a la acusación, y en definitiva la jueza técnica también calificó adecuadamente". "Es alguien que va a robar y no tiene planeado matar, pero mientras desarrolla el robo, por la violencia ejercida resulta la muerte de una persona". Así es la instrucción última: "que Alfredo Roca Jalil resulta muerto por la violencia ejercida en el robo". La explicación ha sido correcta. Si bien el Tribunal de Impugnación lo ha dicho en Méndez, no es aplicable a este caso, en el que se discutía si el agravante se explicó suficientemente, si se trataba de un homicidio en su

función de policía o si bastaba el uso de un arma reglamentaria. Aquí la defensa llevó las instrucciones y se les rechazó. Distinto es el caso de Salcedo, se trató de una estrategia de la defensa de ir a juicio negando la participación. Respecto a la cita de Harfuch, cabe aclarar que en *Buenos Aires* existen las calificaciones alternativas para respetar el principio de congruencia mientras que en nuestro código la acusación es única. Respecto de las figuras básicas es correcto, pero no mutar la calificación cuando no ha sido presentado por la defensa. Las instrucciones fueron válidas, precisas impartidas correctamente y permitieron al Jurado entender el derecho y dictar su veredicto. En cuanto al alcance nunca se discutió si fue culposo. El modo originario del robo incluía hacer uso de la violencia sobre las personas para que dijeran donde estaba el dinero. La conducta de Salcedo encuadra claramente en el art. 165 del CPP. La doctrina coincide que cualquiera de los supuestos dolosos -sea que sobrevenga la voluntad en el momento del hecho o previamente- están comprendidos en esta figura. No se encuadra en la figura sólo cuando se dan los elementos subjetivos especiales del inc. 7 del art. 80 del CP. Además el preterintencional tiene un requisito típico que reduce la figura, se refiere al medio empleado no pudiese razonablemente producir la muerte. No dieron esa explicación al Jurado porque el medio

comisivo fue salvaje, brutal. Esta circunstancia no fue cuestionada por la defensa.

En cuanto el tercer punto sobre el monto de la pena impuesta al Sr. Salcedo, aclara que la querrela ofreció prueba sobre los extremos tenidos en cuenta y se pidió el máximo. De lo pedido se redujo el 20% porque la escala es de quince años (de 10 a 25). La querrela realizó un análisis pormenorizado: el momento: la noche, sabiendo los imputados que en ese momento era el de mayor indefensión para Roca Jalil y su señora. Hubo un plan previo, por los seguimientos de los teléfonos, vinieron a cometer el hecho y se fueron. Fue elegido el plan. Optaron por ejercer violencia física sobre Roca Jalil para que le dijeran donde hallaban las pertenencias. Fueron dos personas, estaban vestidos como pertenecientes a un culto, dijeron que se iban a ir a Chile, para distraer el procedimiento policial posterior. Se valoró que había un plan. Se valoró las condiciones de la víctima, avanzada edad (no ofreció resistencia), cantidad de golpes, lugares vitales, la fortaleza, etc. Hay fracturas de las mandíbulas, fractura de una costilla, hematomas en diversas partes del cuerpo, agonía que se prolongó quedando maniatado en el piso de la habitación. Había mayor hostilidad por el planeamiento. No había atenuantes en tanto no era su primer condena, con mención de Arévalo y

cita de Gramajo. Manifiesta un desprecio por la pena. Tuvieron en consideración que fue una pena alta, se le otorgó una libertad condicional y la distancia suficiente entre que agotó y volvió a cometer el hecho. En cuanto a los daños, la situación de "Picha" la asistente social supo contar como era la interacción diaria, cómo era una vida de pareja de muchos años, acompañando esta enfermedad progresiva. Dada la enfermedad contaba con su marido, para ir al baño, para tomar los medicamentos, etc. La irremplazabilidad que tenía su marido. Más allá del valor de la vida per se como lo sostuvo la defensa, en este caso particular la extensión del daño fue señalado por la asistente social, a través de él, ella se expresaba en la vida social. Es un daño diferenciable que merece el reproche. El hecho que la consorte de causa del condenado haya subido a la habitación donde se hallaba Picha y no haya realizado ninguna acción física con ella más que hablarle daba una idea del conocimiento de la situación. "Sabían que estaban solos y sabían cómo estaba ella". Por ello solicita se rechacen todos los planteos, manteniendo la sentencia de responsabilidad y pena por la que fuese condenado.

La **defensa** replica que los acusadores han hecho hincapié en la estrategia de defensa de los defensores particulares que asistieron a Salcedo durante el

juicio de responsabilidad, para rechazar la posibilidad de que se discutan estas otras cuestiones que se han introducido al hacerse cargo de la defensa. Entiende que la teoría del caso de la inocencia del imputado ha seguido sosteniéndose, subsidiariamente se introducen los otros planteos. La falta de introducción oportuna de estas discusiones en su momento más allá de la teoría del caso de los defensores configura un estado de indefensión. No es excluyente esta cuestión de cuál fue la teoría del caso que tuvo Salcedo y cuáles son los planteos subsidiarios.

Preguntado por la Dra. Martini si se hizo reserva de impugnación sobre el rechazo del perito ofrecido en oportunidad de la audiencia de control. Las partes no recuerdan. Preguntada la Querrela sobre la valoración del antecedente condenatorio, contestó que ellos parten del máximo y evalúan descartar atenuantes. Como originariamente habían partido de perpetua, ante el cambio de calificación, partieron de la pena máxima. Mientras que la fiscalía partió del "justo medio" considerando al antecedente como un agravante por falta de respuesta del Estado. Finalmente se pregunta a la defensa si en el caso del tercer agravio pretende que se ejerza competencia positiva, contesta que sí, que se ajuste la pena.

**D)** Cedida la palabra al imputado declara que se basaron mucho en sus antecedentes y presentaron ante

todo el público. Que se hizo cargo del delito, de un solo delito de ocho años. Terminó de cumplir la condena y jamás tuvo una averiguación de antecedentes. Cuando llegó a la provincia del Neuquén para buscar trabajo y cambiar su vida, conoció a su señora. Se enteró del hecho cuando llegó a Buenos Aires, se fue antes que ella. Lo detienen en Buenos Aires en la terminal de Liniers que estaba esperando a su esposa, habían ido a comprar ropa para ver si podían hacer un negocio. Ahí le dicen que tiene una causa de robo seguido de homicidio y le dijo que jamás mató a nadie. ¿Cómo va a pedir perdón por algo que no hizo? Sintió pena por la señora, por su situación (se refiere a la señora de Roca Jalil). Los defensores que tenía presentaron la prueba, él presentó los testigos que dijeron que los sacaron al patio, que entró la brigada y le sacaron cubiertos, un cepillo de dientes, un jabón. Él lo reclamó y nadie se hizo cargo. Su defensor lo planteó, porque el médico forense dijo que se podía sacar ADN de un jabón, luego le sacan el ADN y a los días tenían el resultado. Sobre el reconocimiento no lo reconocieron, dijeron que era parecido. Por una cuestión monetaria renunció a los defensores y le pusieron a Areco y ahora el Doctor. Lo lamenta por la familia pero nunca le quitó la vida a nadie. No tiene más nada para decir.

**E)** Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego la **Dra. Liliana Deiub**, finalmente, la **Dra. Mabel Folone**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

**PRIMERA:** ¿Es formalmente admisible el **recurso interpuesto?**.

La **Dra. Florencia Martini** dijo:

Tal como lo adelantó oralmente la Dra. Folone durante la audiencia, el recurso resulta formalmente admisible por cuanto fue interpuesto en tiempo y forma por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo. Es así que el planteo de inadmisibilidad de las acusadoras se fundó en la extemporaneidad del recurso por haber contado el plazo de interposición una vez concluida la feria cuando aquella se había habilitado a efectos de realizar la audiencia de cesura y actos consecuentes, no obstante lo cual, la defensa advirtió que su asistido no había sido notificado, circunstancia constatada efectivamente por el Tribunal mediante información aportada por la Oficina Judicial,

razón por la cual -a fin de no cercenar el derecho al recurso del imputado- se admitió el mismo.

La **Dra. Liliana Deiub** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Gladys Mabel Folone** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.**

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

En relación al primer agravio -la inadmisibilidad del perito ofrecido en la audiencia de control de acusación-, no habiendo realizado reserva de impugnación en tiempo oportuno (art. 172 último párrafo), ni aún establecido los extremos específicos sobre los cuales pretendía contrarrestar la prueba de ADN, como así la prueba papiloscópica, de modo de fijar la pertinencia acorde al objeto de investigación como así la utilidad para el descubrimiento de la verdad (art. 171 primer párrafo), considero corresponde su desestimación.

Respecto del segundo agravio -ausencia de instrucciones que explicasen el derecho aplicable en torno al elemento subjetivo del tipo penal previsto por el art. 165 del Código Penal, como así ausencia de instrucciones

relativas a otras figuras penales alternativas (homicidio preterintencional) que permitiesen concursar con el robo y que habrían inducido a error al Jurado Popular-, no corresponde su tratamiento en tanto no existieron instrucciones concretas referidas a tales extremos que hubiesen sido rechazadas y objetado su rechazo en los términos exigidos por los arts. 205 primer párrafo *in fine* y 238 inciso c. En este punto, asiste razón a las partes acusadoras cuando afirman que resulta inaplicable el antecedente Castillo-Rodríguez, por cuanto el tratamiento excepcional se fundó en el estado de indefensión del imputado, circunstancia que de modo alguno se constata en el presente. Los defensores particulares ejercieron acabadamente el derecho de defensa de Salcedo acorde a la estrategia de defensa que seleccionaron de conformidad a la teoría del caso que sostuvieron desde el inicio de las investigaciones hasta el juicio de responsabilidad (la "no participación" del imputado en el suceso).

Asimismo la Defensa citó en su apoyo el antecedente "Méndez" en relación al deber del juez técnico de dar instrucciones que expliquen el derecho aplicable aún cuando las partes no lo hicieren, sin por ello afectar la adversarialidad. La sentencia Méndez (con voto de quien suscribe) refería a las figuras básicas también llamados delitos menores incluidos (en aquel caso se trataba de un

homicidio calificado y se había omitido la instrucción correspondiente al homicidio simple). Transcribo la cita de Andrés Harfuch al respecto (El juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, págs. 89-91): “Los jurados, que son tan jueces como el juez profesional, pueden aplicar calificaciones menores a los hechos imputados por la acusación en beneficio del acusado (...) solo que deberá ser informado obligatoriamente por el juez sobre la ley potencialmente aplicable, que es lo que se llaman los delitos menores incluidos. Esto, y no otra cosas es el *iura novit curia* (“el tribunal conoce el derecho”) ... ese jurado popular, que es un juez accidental, también goza de las mismas atribuciones del *iura novit curia* del juez profesional y puede declarar culpable al acusado de un delito menor incluido en el delito principal imputado por la acusación”.

En el presente, las instrucciones giraron en torno a la figura del art. 165 del CP. Este tipo penal (compuesto) afecta dos bienes jurídicos distintos (robo/propiedad y homicidio/vida). No se trata de una figura calificada y por ello no existió en el caso un “delito base” para instruir al jurado. Finalmente, la instrucción relacionada a la calificación legal que pretende la defensa introducir en el juicio de cesura (robo en concurso real con homicidio preterintencional) no se

corresponde con la teoría del caso sostenida por los defensores particulares de Salcedo al momento del juicio de responsabilidad, con lo cual mal puede sostenerse -tardíamente- que se omitieron instrucciones al respecto. Máxime cuando -como bien lo apunta el querellante-, el medio empleado (sobre zonas vitales), resultó idóneo para provocar el resultado "muerte", por lo cual *ab initio* tal instrucción no se ajustaba al caso juzgado. Adviértase en este sentido que la defensa en su oportunidad reconoció la brutalidad de los golpes propinados a la víctima, circunstancia que descarta el elemento subjetivo culposo en relación al homicidio.

En relación al tercer agravio, atinente al monto de la pena, en primer lugar habré de resaltar que el impugnante no controvertió el sistema de medición de la pena propugnado por los acusadores. En el caso del querellante partió del máximo de la escala penal (25 años) para luego computar los atenuantes. Mientras que la fiscalía sostuvo que partió del "justo medio" (conforme a la interpretación dada en la sentencia de pena en el caso "Fernández Godoy", discutido por quien suscribe en el caso "Ancatel") para luego computar agravantes y atenuantes. Conforme emerge de la sentencia -y la defensa no lo refutó- la propia defensa habría solicitado cinco años de prisión de hacerse lugar al segundo agravio y acoger la

calificación propuesta por la defensa, y para el caso que no acogiera el cambio de calificación, solicitó se impusiera la pena acorde a "la media de la calificación pedida por la Fiscalía y la Querrela" (conforme sentencia de cesura dictada el 15 de enero de dos mil quince).

En tal sentido, el antecedente penal del imputado fue evaluado como agravante por la fiscalía y como no-atenuante para la querrela. Resultado de lo dicho, la decisión se circunscribe a los puntos de agravios introducidos por el impugnante y contradichos por las partes acusadoras.

Los agravios del impugnante versaron sobre:

- 1) existencia de plan previo.
- 2) extensión del daño causado ya que la víctima jugaba un rol fundamental en el contexto familiar.
- 3) las anteriores condenas que registraba el imputado.

En este sentido el impugnante considera que su asistido no actuó con dolo directo y dicha circunstancia debió tener incidencia directa en la medición de la pena para alejarse sustancialmente del máximo de la pena.

Si bien la fiscalía controvirtió dicho argumento diciendo que nada tenía que ver el tipo de dolo

para medir la pena, lo cierto es que, de haber existido dolo directo, estaríamos en presencia de otro tipo penal - el pretendido inicialmente por la querrela-: homicidio *criminis causae* que prevé pena de prisión perpetua. En este aspecto no debe tener acogida el agravio del impugnante.

Luego afirma el impugnante que el plan previo se circunscribió al robo -no al homicidio- por lo que no podría ser ese el motivo que llevase la pena a la cercanía de su máxima expresión. En este sentido, claro está que el sentenciante se refiere al plan premeditado del robo, de lo contrario arribaríamos a idéntica conclusión que en el párrafo anterior, en tanto un homicidio premeditado se subsumiría en los términos del art. 80 (que prevé una pena de prisión perpetua) y no dentro de los alcances del 165 del CP.

Paso a analizar la extensión del daño por el rol fundamental que jugaba la víctima en el contexto familiar: esta situación, en tanto la sentencia acredita el conocimiento de la particular situación de la Sra. María Enrica Buscaglia y en consecuencia, el conocimiento de la dependencia psicofísica de la nombrada en relación a la víctima -enmarcado en las circunstancias probadas respecto a la premeditación del robo- integra la culpabilidad por el hecho y por ende, resulta legítimamente valorada por el sentenciante.

Finalmente se agravia el impugnante al entender que se produce una doble valoración en relación al antecedente condenatorio por resultar un "agravante" (conforme lo sostuvo la fiscalía), al tiempo que se agrava la modalidad del cumplimiento de la condena como consecuencia de la declaración de reincidencia, cuya inconstitucionalidad no cuestionó.

Asiste razón al Sr. Fiscal, al entender que la aceptación de la constitucionalidad del art. 50 (a partir de los fallos de la Corte citados por el impugnante), socava el agravio de la Defensa. Ello es así por cuanto la jurisprudencia y doctrina mayoritaria valora como agravante la circunstancia prevista en el art. 41 CP de poseer antecedentes condenatorios, con lo cual, la valoración realizada en el caso por el juez técnico resulta ajustada a derecho. Mientras que la declaración de reincidencia -aceptada su validez y vigencia- constituye un imperativo legal que excede la medición de la pena en el caso concreto. Resulta de la constatación objetiva de la existencia del antecedente condenatorio y se traduce automáticamente en su declaración sin necesidad de valoración alguna. Por lo que no existe una "doble valoración" en perjuicio del imputado.

En síntesis, cabe señalar que la sentencia de pena exhibe un razonamiento integrado, en el

cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable. No se ha constatado una fractura en el razonamiento lógico derivando en conclusiones contradictorias o inconciliables con las circunstancias objetivas de la causa, sino que se ha realizado una valoración adecuada de todos los elementos aportados al proceso, tendientes a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión en la que se apoya. En este sentido, no alcanza la crítica ensayada por el impugnante en cuanto emisión de una opinión discrepante sobre la valoración de los agravantes que de ningún modo fulmina la coherencia de la motivación en la que se sostuvo el fallo.

Por las razones expuestas, considero corresponde confirmar la sentencia impugnada por no constatar los agravios expresados por la defensa. Mi voto.

La **Dra. Liliana Deiub** manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Gladys Mabel Folone** expresó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**TERCERA:** ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini** dijo:

Por tratarse de un recurso ordinario y a fin de no menoscabar el derecho al recurso del imputado considero que debe eximirse de costas al impugnante.

La **Dra. Liliana Deiub** manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La **Dra. Gladys Mabel Folone** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 236 y 238 del CPP).-

**II.- NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida, por no constatarse los agravios, **confirmando** en consecuencia **las sentencias de fecha 19 de noviembre de dos mil catorce y 15 de enero del dos mil quince**, dictadas por Juez Técnico Dr. Jorge Criado, por la que se declarara a **Gabriel Darío Salcedo Fernández**, de demás circunstancias personales consignadas, como autor material y penalmente responsable del delito de **homicidio en ocasión de robo en carácter de coautor** (art. 165 y 45 del Código Penal) en perjuicio de Alfredo Roca Jalil, por

el hecho cometido el 13 de abril de dos mil catorce **imponiéndosele una pena de 22 (VEINTIDOS) años de prisión de cumplimiento efectivo**, accesorias legales previstas en el art. 12 del C.Penal, declarándolo **reincidente** en los términos del art. 50 del CP.-

**III.- EXHIMIR DE COSTAS a la Defensa** por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

**IV.-** Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-

Dra. Gladys Folone

Juez

Dra. Florencia Martini

Juez

Dra. Liliana Deiub

Juez

Reg. Sentencia N° 21 T° II Fs. 253/270 Año 2015.-