

Sentencia nro. once/ dos mil quince.- En la ciudad de Neuquén, a los once días del mes marzo de dos mil quince, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por el Dr. Mario Rodríguez Gómez, el Dr. Richard Trincheri y el Dr. Alfredo Elosú Larumbe, presidida por el segundo de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado "MUÑOZ, Víctor Ricardo s/homicidio", identificado bajo legajo 10000/14, seguido contra: Víctor Ricardo Muñoz, DNI ....

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Gastón Liotard como fiscal, el Dr. Diego Simonelli como defensor, la Sra. María Argentina Zuñiga como querellante y el Dr. Marcelo Hertzriken Velasco como patrocinante de la querrela.

#### ANTECEDENTES:

Durante los días 15, 16, 17 y 18 de septiembre de 2014 se celebró en la ciudad de Cutral Có la primera etapa del juicio por jurados en los autos de referencia.

Conforme surge de las actas labradas por la OFIJU, al iniciarse el juicio oral la Fiscalía y la querrela presentaron su caso manifestando que probarían aquel hecho descrito en la acusación admitida, calificándolo como homicidio doblemente agravado por el uso de arma de fuego y homicidio transversal en el sentido de causar sufrimiento a una persona con la cual se mantuvo relación de pareja.

A su turno, la defensa admitió que el causante fue el autor del disparo que acabó con el deceso de la víctima pero

que había obrado en un estado de emoción violenta diferida que las circunstancias hicieron excusable, proponiendo, en consecuencia, la aplicación de la figura del homicidio atenuado.

En su alegato final, el Ministerio Fiscal, modificó su postura inicial y acusó por homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en carácter de autor.

La querella se mantuvo en su postura original acusando por el homicidio agravado previsto en el inc. 12 del Art. 80 del C.P. (homicidio transversal en el sentido de causar sufrimiento a una persona con la cual se mantuvo relación de pareja).

El Sr. Defensor Particular ratificó su teoría del caso, proponiendo la figura del homicidio atenuado por emoción violenta.

Luego de impartirse las instrucciones y de practicarse la respectiva deliberación el jurado popular dio su veredicto de culpabilidad. Al momento de rendir el veredicto, el Sr. Presidente informó que se había arribado a un veredicto condenatorio por el segundo cargo (homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego) por 9 votos y también a un veredicto condenatorio por el tercer cargo (homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego atenuado por emoción violenta diferida) por 11 votos.

Ante dicha situación, la fiscalía y la defensa plantearon que debía realizarse una nueva deliberación. Por su parte, la querella solicitó que no se realice una nueva deliberación y que se tenga por válido el veredicto de culpabilidad correspondiente al segundo cargo -homicidio

simple agravado por haber sido cometido con un arma de fuego-  
dado que, una vez obtenida la mayoría en la segunda  
hipótesis, el jurado jamás debió ingresar en la tercera  
opción.

Seguidamente, el juez interviniente resolvió: 1- No  
hacer lugar a la solicitud de la fiscalía y la defensa de  
realizar una nueva deliberación con la correspondiente  
votación. 2- No tener por válido el veredicto el segundo  
cargo. 3- Validar el veredicto de culpabilidad respecto al  
delito de homicidio simple agravado por la agravante genérica  
del uso de arma de fuego y atenuado por emoción violenta  
diferida como consignaba el tercer cargo de las instrucciones  
al jurado. Ello en virtud de ser la opción que recibió la  
mayor cantidad de votos (once).

Asimismo, y en virtud de sendos planteos de la fiscalía  
y la querrela, el Dr. Leandro Nieves resolvió no hacer lugar  
al pedido de nulidad de la deliberación solicitada por  
extemporánea.

Con fecha 29 de octubre de 2014 se llevó a cabo la  
audiencia de determinación de la pena. Finalmente, el 6 de  
noviembre de ese año se dictó la correspondiente sentencia  
mediante la cual se resolvió: IMPONER a VICTOR RICARDO MUÑOZ,  
de demás datos personales referidos en el legajo la pena de  
TRES AÑOS Y NUEVE MESES de prisión de efectivo cumplimiento,  
con más las accesorias legales por el plazo de la condena y  
las costas del proceso, como autor penalmente responsable del  
delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de  
fuego y atenuado por estado de emoción violenta que las  
circunstancias hicieran excusables, cometido el 7 de enero de

2014, en el cargadero de agua de la Municipalidad de Plaza Huinul, en perjuicio de Héctor Luis Miño.

Contra los pronunciamientos referidos todas las partes interpusieron recurso de impugnación ordinario.

Con fecha 20 de febrero se llevó a cabo la audiencia de impugnación. No obstante, dicho acto fue declarado nulo por este tribunal en base a una planteo formulado por la querella en el que postuló la errónea exclusión de esa parte (me remito a los fundamentos brindados en el audio y en el acta respectiva labrada el 4/3/14).

Es así, que con fecha 4 de marzo de 2015 se llevó a cabo nuevamente la audiencia prevista en el art. 245 en la que se debatieron oralmente los fundamentos de los recursos interpuestos por la fiscalía, la querella y la defensa.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Alfredo Elosú Larumbe, Dr. Mario Rodríguez Gómez y Dr. Richard Trincheri. Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Son formalmente admisibles los recursos interpuestos por la fiscalía, la querella y la defensa?

El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo:

1) Recursos del Ministerio Público Fiscal y de la querella.

a) El Ministerio Público formuló impugnación contra:

- El veredicto del jurado popular y la decisión dictada por el Dr. Leandro Nieves el 18 de septiembre de 2014 a través de la cual se validó el veredicto de culpabilidad en orden al delito de homicidio simple agravado por la agravante genérica del uso de arma de fuego y atenuado por emoción violenta diferida -como consignaba el tercer cargo de las instrucciones al jurado-.

En tal sentido, solicitó que se revoque dicha decisión y se tenga por válido el veredicto correspondiente al segundo cargo declarando culpable a Víctor Muñoz por el delito de homicidio simple agravado por haber sido cometido con un arma de fuego -art. 79 y 41 bis del CP-.

Conforme se desprende del escrito de impugnación y de las consideraciones vertidas por el Dr. Gastón Liotard en la audiencia prevista por el art. 245 del CPP, la fiscalía se agravió en base a una ausencia absoluta de logicidad en la votación materializada por el jurado popular: debían optar por una sola de las tres opciones y finalmente optaron por dos.

Consideró que el jurado no ha podido alcanzar una decisión justa y correcta debido a que el juez técnico le explicó deficientemente las instrucciones al jurado respecto de los veredictos que podían rendir -art. 206 CPP-. Ello invalida la decisión.

Así, entendió que no se puede subsanar esta deficiencia en la votación con una aparente interpretación "favor rei", ya que resulta imposible atenerse a una mayor cantidad de votos (11) para la tercera hipótesis. Afirmó que ello no está previsto normativamente y que, por una cuestión de lógica elemental, debe entenderse que ya se había llegado a un

veredicto válido de culpabilidad -9 votos- al someter a deliberación y votación el segundo cargo.

-El titular de la acción pública también impugnó la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014. Concretamente, la fiscalía cuestionó la escala penal aplicable para el delito de homicidio simple agravado por haber sido cometido en estado de emoción violenta.

Sobre este punto, sostuvo que, más allá de que la pena de reclusión ha sido derogada, la escala penal que debió aplicarse a la figura contenida en el art. 81, inciso 1°, apartado a) del CP, es la de 1 a 6 años de prisión. Por esa razón, y teniendo en cuenta que el delito fue cometido con el agravante de haberse utilizado un arma de fuego -art. 41 bis CP-, en el juicio de cesura propuso la aplicación de una pena de 7 años y 9 meses de prisión. En atención a estas consideraciones, solicitó que se ordene la realización de una nueva audiencia de cesura.

Con relación a la procedibilidad formal del recurso, el Ministerio Público Fiscal consideró que la impugnación contra el veredicto y las sentencias dictadas se tornan admisibles en virtud de lo establecido en los arts. 227, 233, 241 inciso 3° y 242 del CPP.

Destacó que se trata de una sentencia definitiva y que la impugnabilidad de ésta constituye una de las garantías mínimas del debido proceso penal tanto para el imputado como para los fiscales. Entiende, que con la reciente reforma procedimental se observa una consagración normativa de la legitimación amplia de este nuevo recurso de impugnación. Considera en tal sentido que, ante una sentencia errónea, la

fiscalización del órgano superior puede ser habilitada tanto por el imputado como por la propia fiscalía.

Durante la audiencia pública el Sr. Fiscal reprodujo los argumentos vertidos en el escrito de impugnación.

b) La querella formuló impugnación contra:

- La decisión del Jurado al votar afirmativamente dos veredictos distintos de culpabilidad por considerar que la misma es insanablemente nula.

Así, expresó que oportunamente fiscalía y querella hizo la reserva, y el magistrado resolvió en contra contrariando sus propias instrucciones, que en prieta síntesis eran: Votar por prelación y exclusión, culpable de homicidio agravado transversal, femicidio vinculado; votar por Homicidio Agravado por uso de arma de fuego y votar por homicidio en estado de emoción violenta atenuado. Consideró que, habiendo votado los jurados por las últimas dos hipótesis que obtuvieron mayoría, el magistrado técnico debió invalidar la última, dado a que obtenida la mayoría en la segunda hipótesis, jamás se debía haber adentrado el jurado en la tercera, por exclusión.

- Las instrucciones dadas al jurado por entender que las mismas son sustancialmente erróneas por inobservar las incumbencias profesionales de los peritos.

En tal sentido, expresó que durante el decurso del debate, querella y Fiscalía hicieron saber al Juez Técnico, que carecía de incumbencia profesional un Psicólogo para dictaminar un TMT DSMIV, trastorno mental transitorio, que convirtiera en un homicidio en estado de emoción violenta el suceso. Que pudieron establecer por el Forense y por el médico Psiquiatra tal aserto, en materia de incumbencia

profesional, llegando a colegir que no hay sujeto condenado o absuelto en la provincia en los términos de los Arts. 34 y 81 del Código Penal, mediante un dictamen psicológico sobre imputabilidad plena o atenuada.

Explicó durante la audiencia, que se trata de un "veredicto contrario a prueba" porque nunca se admitió una atenuante de emoción violenta en base a un dictamen psicológico. Que tal como se explicó en el escrito, se trata de una cuestión de incumbencia profesional. Según la posición de la querrela, este dictamen indujo a error al jurado.

- La pena impuesta por entender que no guarda proporción con el hecho.

En esa dirección, puso de manifiesto que un homicidio agravado por el uso de arma de fuego, que en cualquier tribunal del país merecería entre 15 y 20 años de prisión, ha sido sancionado con una exigua pena de 3 años y 9 meses de prisión. Tal decisión vulnera la máxima constitucional de igualdad ante la ley en igualdad de circunstancias. Consideró, que un camino para mitigar este desaguizado protagonizado por el Juez técnico y el Jurado, ha sido la propuesta de la fiscalía y la querrela en peticionar una pena de 8 años de prisión relativa a la calificación legal escogida erróneamente por el Jurado. Sin embargo tampoco aquí el juez técnico, respetó el principio de proporcionalidad y racionalidad de las penas imponiendo una sustancialmente exigua.

c) Cedida la palabra a la defensa, el Dr. Simonelli señaló que los recursos resultan inadmisibles desde el plano formal. Consideró que se trata de un ataque directo al veredicto y a las instrucciones que fueron confeccionadas y

aceptadas por todas las partes intervinientes. Ni la Fiscalía ni la querrela formularon objeciones ni reservas de impugnación con relación a esas instrucciones. El ataque a esas instrucciones es tardío. De esta manera, expresó al fincar los recursos sobre las instrucciones erróneas que habrían llevado a confusión al jurado y, habiendo sido éstas consensuadas, no se advierte el agravio invocado por las acusaciones. Nos encontramos ante una decisión confusa pero no errónea. La decisión del juez se ajusta a las normas en materia penal. Por lo expuesto solicita no se haga lugar a las impugnaciones presentadas por el MPF y por la querrela. En virtud de ello peticionó que se confirme lo actuado y lo decidido a resultas del juicio por jurado, en el cual se determinó la responsabilidad penal de su defendido.

Agregó que el segundo agravio de la querrela, vinculado a la forma en que el jurado valoró el testimonio de la psicóloga forense, también debe resolverse negativamente. Indicó, que al jurado se le explicó cómo debían valorarse los testimonios periciales y la querrela no formuló objeciones a esas instrucciones. De esta manera, la queja no resulta procedente ya que el momento procesal para cuestionar estos aspectos era otro.

Con relación a las impugnaciones interpuestas por las acusaciones en orden a la escala penal del art. 81, inciso 1°, apartado a) del CP, la defensa no formuló objeciones desde el plano de la admisibilidad formal del recurso.

No obstante, consideró que los mismos deben rechazarse debido a que la pena de reclusión está tácitamente derogada en virtud de la postura que la CSJN fijó desde el precedente "Méndez". Por ello, consideró que la única pena aplicable a

este caso es la contenida en la primera parte del precepto, es decir de 1 a 3 años de prisión. Desde su óptica, sostener lo contrario, es decir que se puede aplicar una pena de 1 a 6 años de prisión, constituye una interpretación analógica en contra del imputado que viola el principio de legalidad.

d) Habiendo reseñado la postura de cada una de las partes, y con el objeto de lograr una mejor claridad expositiva, dividiré el análisis acerca de la admisibilidad formal de los recursos presentados por la fiscalía y por la querrela en dos.

En primer lugar abordaré, el recurso que ataca el veredicto, la decisión del juez mediante la cual se validó la votación efectuada respecto del tercer cargo y las instrucciones y, posteriormente, me ocuparé del agravio vinculado con la escala penal aplicable al delito por el que fue condenado Muñoz.

Entiendo que este primer grupo de impugnaciones deben ser declaradas formalmente inadmisibles. Digo esto porque más allá del desconcierto generado luego de que el jurado votara dos veredictos condenatorios distintos y de que el juez resolviera los planteos que las partes le formularan a raíz de esta inesperada situación, lo cierto es que la impugnación ha sido dirigida contra una "sentencia condenatoria" que recogió un veredicto de culpabilidad emitido por el jurado popular que, a su vez, contiene una calificación jurídica determinada también decidida por este órgano. En definitiva, más allá de los motivos por los cuales se ataca la sentencia -generales del art. 236 o específicos del art. 238-, lo que se ha impugnado es uno de los encuadres normativos que el

jurado otorgó al hecho que fue posteriormente incluido en la sentencia.

La fiscalía fundó su legitimación activa para impugnar este tipo de decisión en el inciso 3° del art. 241 del CPP-la querrela no abordó este aspecto-.

Dicha norma establece que el fiscal podrá impugnar la condena si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pretendida. Según este razonamiento, como la pena que fue finalmente impuesta ha sido inferior a la mitad de la solicitada por la fiscalía y la querrela, las acusaciones estarían en condiciones de recurrir la sentencia condenatoria.

Un primer análisis literal de la norma podría llevarnos a tomar una decisión equivocada resolviendo positivamente el juicio de admisibilidad formal. Entiendo que el núcleo de la cuestión finca en establecer si la fórmula "sentencia condenatoria" consignada en el inciso 3 del art. 241 del CPP otorga una legitimación abarcativa de "toda" la sentencia o, contrariamente, brinda la posibilidad de cuestionar exclusivamente el quantum sancionatorio cuando el mismo es manifiestamente inferior al peticionado.

Me encuentro absolutamente convencido de que la solución que recepta el CPP es la última de las expuestas. En tal sentido, advierto que un estudio conglobado de la totalidad de las disposiciones que regulan el sistema recursivo, no puede soslayar que en el último párrafo del art. 238 se dispone que, salvo en el supuesto de soborno, la acusación no tiene recurso contra el veredicto de no culpabilidad y su consecuente absolución.

Ello debe interpretarse con los siguientes alcances: la acusación no tiene recurso contra ninguna decisión del jurado. No lo tiene en este caso y no lo tiene nunca. El único sujeto procesal que por imperio constitucional puede recurrir -de manera amplia- las decisiones que emanan de un jurado popular es el imputado -art. 8, punto 2, inciso h) de la CADH-.

En términos más sencillos, el concepto que intento transmitir puede expresarse de la siguiente manera: si en un juicio por jurados el fiscal y la querrela no pueden impugnar una absolución mucho menos pueden impugnar una condena. Si ante el "rechazo total" de su pretensión sancionatoria se le otorga recurso sólo en caso de soborno, no puede admitirse que ante la "admisión parcial" de su pretensión se le confiera un recurso amplio para cuestionar todos los aspectos que integran la sentencia.

En efecto, cuando la sentencia "no le da nada a la acusación" el Código Procesal le veda toda posibilidad de recurrir -art. 238 último párrafo, art. 240 primer párrafo y art. 241 inciso 2-. Consecuentemente, sería absurdo sostener que cuando la sentencia "sí le da a las acusaciones parte de lo que pidieron" -una condena, aunque sea menos gravosa que la efectivamente solicitada-, el ordenamiento formal les otorgue posibilidades de impugnar que no hubieran tenido frente a un supuesto de absolución. La regla es justamente la inversa: cuanto más otorga la sentencia en términos punitivos menos recurso se concede a la acusación.

A partir de las consideraciones que acabo de verter, considero que las instrucciones impartidas por el juez y lo decidido por este luego de emitido el veredicto no pueden

escindirse de la sentencia condenatoria con el objeto de procurar su impugnación por parte de la fiscalía y la querrela. Todo lo decidido en la primera etapa del juicio -en la que el jurado decidió la existencia del hecho, la responsabilidad penal del acusado y la calificación jurídica aplicable-, ha quedado irremediablemente firme en virtud de que el imputado no impugnó ninguno de estos aspectos.

No obstante lo expuesto, y tal como lo hiciera notar el Dr. Rodríguez Gómez durante la deliberación, cabe señalar que, más allá de la confusión evidenciada en la forma de comunicar la decisión por parte del jurado, el temperamento adoptado por dicho órgano no ha sido contradictorio.

Y señalamos esto porque en el caso se ha verificado un claro supuesto de concurso aparente: la calificación establecida en el tercer cargo contiene todos los elementos correspondientes al segundo cargo. El último cargo incluye de manera íntegra al anterior y agrega una nueva comprobación fáctica que lo diferencia de este y que no es otra que la emoción violenta diferida que opera como atenuante. Como se explicara, se verifica una relación de "especialidad" debido a que, ante un núcleo típico común -art. 79 y 41 bis del CP-, una de las calificaciones describe la conducta desplegada por Muñoz con mayores detalles específicos sumando el atenuante referido. Esta última descripción típica posee más elementos y por lo tanto es "especial". Cabe destacar, que como bien explica Zaffaroni el tipo especial no debe ser necesariamente más grave que el general, sino que debe describir mejor la conducta del autor. Por estas razones, en el hipotético caso que se entendiera que los recursos resultan formalmente admisibles, considero que la sentencia impugnada debe ser confirmada toda vez que, a pesar de la ya mencionada

deficiente comunicabilidad del veredicto, el jurado ha emitido una decisión que, desde de una óptica centrada en el análisis estratificado y progresivo que utiliza la teoría del delito, no deja de ser correcto. Lo que no puede sostenerse es la solución propugnada por la fiscalía y la querrela, es decir que se valide el segundo cargo porque es el al que primero se arribó. Ello significaría desconocer la teoría general de los concursos y la propia existencia de relaciones de especialidad que agravan o atenúan los distintos tipos penales.

Por otro lado, y tal como se adelantó ut supra, las acusaciones también han impugnado la sentencia de cesura sobre la base de un agravio vinculado con la escala penal aplicable al delito por el que fue condenado Muñoz y, consecuentemente, con el monto exiguo de la sanción.

Entiendo que en este caso el recurso sí debe declararse admisible. Ello es así debido a que la fiscalía y la querrela ya no cuestionan los presupuestos de la sentencia ni la calificación decidida por el jurado. Lo que atacan, en cambio, es "la resolución tomada por el juez técnico durante la audiencia de determinación de la pena" en el marco impuesto por la sentencia que contiene la decisión del jurado popular en la audiencia de responsabilidad.

En esta instancia, ya no se discute nada que tenga que ver con la existencia del hecho, la responsabilidad penal del acusado y la calificación jurídica aplicable. La fiscalía y la querrela cuestionan la escala penal y la sanción concreta que debe aplicarse tomando como presupuesto el tercer cargo - art. 81, inciso 1°, apartado a) y 41 bis del C.P.-

El jurado no tiene ninguna participación en esta etapa gobernada de manera exclusiva por el juez técnico. La decisión es similar a la que se toma en un juicio común y, por lo tanto, si la pena es inferior a la mitad de la pretendida el acusador puede agraviarse de dicha decisión. Esta idea de mensuración del agravio es la que justifica la limitación impuesta en los arts. 240 primer párrafo y 241, inciso 3 del CPP. Cuando la pena no es inferior a la mitad de la pretendida "directamente no existe agravio" -la acusación obtuvo lo que pretendía y por lo tanto no hay posibilidad de impugnar-. En el caso bajo estudio, existe el agravio que habilita el tratamiento de esta parte del recurso ya que, como se dijo, el acusador público y el acusador privado intentan modificar la pena impuesta sobre la base de la calificación contenida en el tercer cargo que votó el jurado.

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo: a) declarar la inadmisibilidad formal de los recursos del fiscal y de la querrela interpuestos contra el veredicto del jurado popular, las instrucciones dadas al jurado y la decisión dictada por el Dr. Leandro Nieves el 18 de septiembre de 2014 a través de la cual se validó el veredicto de culpabilidad en orden al delito de homicidio simple agravado por la agravante genérica del uso de arma de fuego y atenuado por emoción violenta diferida -consignada el tercer cargo de las instrucciones al jurado- de conformidad con lo normado en los arts. 227, 233, 238, y 240 primer párrafo y 241 a contrario sensu del CPP; y, b) declarar la admisibilidad formal de los recursos del fiscal y de la querrela contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014 en la que se discutió el monto de la sanción a imponer a Víctor Ricardo Muñoz sobre la base de la calificación legal incluida en el tercer cargo que votó

el jurado -art. art. 81, inciso 1°, apartado a) y 41 bis del CP-. Ello en virtud de lo normado en los arts. 227, 233, y 240 primer párrafo y 241 inc. 3 del CPP.

2) Recurso de la defensa.

El recurso fue presentado en término ante el órgano administrativo correspondiente. Además, se observa que el impugnante se encuentra legitimado para cuestionar la sentencia dictada en su contra, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin a la causa.

La impugnación resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal de los recursos de impugnación deducidos (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

El Dr. Mario Rodríguez Gómez, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Richard Trincheri, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?

El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo:

a) Recursos de la fiscalía y de la querella.

La fiscalía cuestionó la escala penal aplicable para el delito de homicidio simple agravado por haber sido cometido en estado de emoción violenta diferida. Sostuvo que, más allá

de que la pena de reclusión ha sido derogada, la escala que debió aplicarse a la figura contenida en el art. 81, inciso 1°, apartado a) del CP, es la de 1 a 6 años de prisión. Por esa razón, y teniendo en cuenta que el delito fue cometido con el agravante de haberse utilizado un arma de fuego -art. 41 bis CP-, en el juicio de cesura propuso la aplicación de una pena de 7 años y 9 meses de prisión.

En esa dirección, expresó que si bien está de acuerdo con la derogación virtual de la pena de reclusión, ello no implica que también haya quedado derogada la escala punitiva expresada en años. Lo que se derogó, en opinión de la fiscalía, es la reclusión pero ello no impide aplicar una pena de prisión que vaya desde 1 a 6 años de duración. Entiende en tal sentido, que la solución postulada no es aplicación analógica de la ley ni implica violación al principio de legalidad, ya que se corresponde con una interpretación que se adecua a la voluntad del legislador, armónica, teleológica, y que se corresponde con el principio de proporcionalidad (juicio de reproche, culpabilidad por el hecho ante un homicidio, no obstante su atenuación).

En atención a estas consideraciones, y en el entendimiento de que el juez técnico aplicó equivocadamente la escala penal, solicitó que se ordene la realización de una nueva audiencia de cesura.

Por su parte, la querrela tácitamente coincidió con la escala penal propiciada por la fiscalía -ya que pidió 8 años de prisión- y expresó que un camino para mitigar el desaguisado protagonizado por el Juez técnico y el Jurado, es la propuesta de la fiscalía y la querrela en petitionar una pena de 8 años de prisión relativa a la calificación legal escogida erróneamente por el Jurado. Desde la óptica de la

querella, la manera de solucionar un eventual error del juez al validar el tercer cargo es aplicar el máximo de la escala penal de la calificación -errónea- admitida.

Cedida la palabra a la defensa, el Dr. Simonelli destacó que la propia fiscalía consintió que la pena de reclusión está tácitamente derogada en virtud de la postura que la CSJN fijó desde el precedente "Méndez". Por ello, consideró que la única pena aplicable a este caso es la contenida en la primera parte del precepto, es decir de 1 a 3 años de prisión. Desde su óptica, sostener lo contrario, es decir que se puede aplicar una pena de 1 a 6 años de prisión, constituye una interpretación analógica en contra del imputado que viola el principio de legalidad.

Llegado el momento de resolver la cuestión planteada entiendo que debe resolverse de la manera propiciada por la defensa. Más allá del esfuerzo puesto de manifiesto por la fiscalía para fundar su posición, no existe ninguna posibilidad de hacer lugar a dicha pretensión sin afectación del principio de legalidad. Y si bien es cierto que como consecuencia de la derogación tácita que sufrió la pena de reclusión sería conveniente revisar la redacción del art. 81, inciso 1 del Código Penal, adecuándola al nuevo paradigma impuesto por los pactos internacionales de derecho humanos y por la legislación interna dictada en consecuencia, no puede perderse de vista que hasta tanto ello no suceda el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa y la prohibición de interpretar analógicamente la ley en perjuicio del imputado impiden hacer lugar a lo solicitado.

Esta solución se adecua al principio rector establecido en el art. 23 del CCP y a la pauta interpretativa que ha sido enarbolada definitivamente por la CSJN en el precedente "Acosta" donde el Máximo Tribunal Constitucional de la República señaló que "para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de un aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal". (el resaltado me pertenece).

Por último, resta señalar que el agravio planteado por la querrela debe ser descartado de plano. Ello es así porque las únicas pautas de dosificación sancionatoria establecidas

en la ley penal son las contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Sustantivo.

Pretender imponer el máximo legal sobre la base de que el tipo penal aplicado es equivocado significaría una solución contraria a la ley. La pena se agrava o atenúa en base a las características personales del "autor" y en atención a la forma en que se llevó a cabo el hecho también cometido por el "autor". La querrela pretende imponer el máximo de la pena por un supuesto error en el que incurrió "el juez". Ello resulta inconcebible porque desviaría el centro del análisis -se pena al imputado por lo que hizo el juez- y porque, a su vez, violaría palmariamente las pautas mensurativas de la pena que acabo de mencionar.

En atención a lo expuesto, propongo el rechazo de los recursos articulados por el Ministerio Público Fiscal y la querrela particular.

b) Recurso de la defensa.

La defensa estructuró su recurso sobre la base de dos agravios.

En primer término, consideró que la sentencia dictada por el juez Nieves aplicó erróneamente la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del CP. Desde su óptica, el uso de un arma de fuego es un elemento constitutivo del tipo penal previsto en el art. 79 del CP y sólo es posible aplicar la agravante genérica contenida en el art. 41 bis cuando el arma es utilizada para otro propósito distinto al de matar. Afirmó que sostener lo contrario implica incurrir en una doble valoración.

En segundo lugar, cuestionó la falta de racionalidad verificada en el monto de la pena impuesta. Consideró que el juez ha reconocido la existencia de atenuantes y sin embargo adoptó una pena muy cercana al máximo previsto -4 años-. Se debió tener en cuenta la poca educación, la falta de antecedentes penales, la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir. Asimismo, afirmó que la falta de arrepentimiento o la conducta de Muñoz durante la audiencia forman parte de la subjetividad del juez y no pueden ser tenidos como elementos válidos para agravar la sanción.

En atención a ello, solicitó que se reevalúe el monto punitivo y se imponga al imputado la pena de dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional.

Cedida la palabra a la fiscalía, el Dr. Liotard señaló que no existe una doble valoración ya que la utilización de un arma de fuego es una circunstancia ajena a los elementos constitutivos del delito previsto en el art. 79 del CP.

Finalmente, la querrela sostuvo que el juez recorrió los índices mensurativos del art. 41 adecuadamente y, por lo tanto, deben rechazarse los agravios de la defensa.

Llegado el momento de resolver las cuestiones planteadas, analizaré en primer término los cuestionamientos referidos a la aplicación de la agravante genérica contenida en el art. 41 bis del Código Penal.

Entiendo que sobre este punto debe otorgarse la razón a la fiscalía. En efecto, la cuestión ha sido resuelta correctamente por el juez de grado quien explicó claramente que la utilización de un arma de fuego no es un elemento constitutivo del tipo objetivo de homicidio. Ello es así,

debido a que existen diversas formas de matar, como por ejemplo a través de la utilización de las manos, de un arma blanca, de un elemento contundente, etc. La utilización de un arma de fuego, encuentra su fundamento en el mayor poder ofensivo que adquiere el agresor y en la consecuente disminución del poder de defensa que ostenta la víctima frente al ataque. Esta es la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia que recepto para resolver la impugnación deducida.

Previo a adentrarme en el estudio del segundo grupo de agravios consignados en el recurso de la defensa, debo señalar que esa parte no ha cuestionado el posicionamiento del juez respecto del punto de partida de la valoración - término medio de la escala penal-. De esta manera, más allá de la opinión que este tribunal pueda tener al respecto, al no ser un punto controvertido considero que esta cuestión ha quedado firme por aplicación del principio que establece la cosa juzgada parcial (art. 229 CPP).

Hecha esta aclaración corresponde analizar los agravios vinculados con la manera en que el juez técnico aplicó las pautas de dosificación sancionatoria establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

En tal sentido, advierto que, a excepción de las consideraciones referidas a la conducta que el imputado reflejó durante el debate, el a quo ha valorado correctamente las circunstancias que agravan la conducta desplegada por Muñoz. En efecto, el hecho de haberse mostrado inmutable e indiferente en las audiencias, sin dar ninguna muestra de arrepentimiento por el hecho cometido no es un elemento que pueda sopesarse en su contra porque no integra

la culpabilidad del autor medida al momento de cometerse el hecho o inmediatamente después -conducta posterior-. Las cuestiones vinculadas con la confesión, el arrepentimiento y las conductas posteriores facilitadoras de la investigación son factores que, en todo caso, pueden considerarse para generar el efecto inverso, esto es la atenuación de la sanción.

Sentado lo expuesto, se advierte que la naturaleza de la acción ha sido absolutamente violenta. Tal como se explicó en el fallo que se cuestiona el ataque no se limitó a la agresión con el arma de fuego, sino que previo a ello el autor produjo múltiples gravísimas lesiones realizadas con elementos contundentes.

Además, no puede pasarse por alto que tal como lo afirmó el Dr. Nieves, el acusado efectuó varios disparos con el arma que portaba, uno de los cuáles dio muerte a Miño cuando este huía del lugar. Cabe destacar, que también se valoró correctamente que el disparo que terminó con la vida de la víctima fue realizado cuando ésta ya se encontraba herida sin posibilidades de defenderse. Al respecto, y a efectos de excluir toda posibilidad de valoración doble, el juez fue sumamente claro cuando afirmó que lo que se valoró como un agravante es el hecho de ultimar a una persona que huye y no el uso del arma de fuego en esta etapa -por ser integrante de la agravante de la figura en los términos del art. 41 bis del Código Penal-.

En la misma dirección se tomó como un factor agravante el daño causado. Y sobre este aspecto, el juez también se encargó de explicar que, más allá de que el mismo ha sido el máximo daño que se puede causar con un delito muerte-, se

tuvo en cuenta que la víctima era una persona joven, que trabajaba, que era el sustento económico de sus cuatro hijas del primer matrimonio y del hijo recién nacido en la relación con la Sra. B..

En cuanto a las circunstancias de atenuación, se observa que, a diferencia de lo que postula la defensa, el juez de grado tuvo presente la ausencia de antecedentes penales y de sanciones laborales, así como su bajo grado de instrucción - 6° grado- que lo hacían en esos tiempos una persona altamente vulnerable.

Por otro lado, en relación a la alegada ausencia de valoración de la conducta anterior al hecho y de los motivos que llevaron a que Muñoz realice la conducta por la cual fue condenado, debo señalar que, precisamente, esas circunstancias fueron tenidas en cuenta por el propio jurado al inclinarse por la atenuante de emoción violenta diferida. De esta manera, si sobre esta base se volviera a aminorar la pena por aplicación de las pautas contenidas en el art. 41 del CP se incurriría en una "doble valoración de atenuantes".

En virtud de todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que el juez técnico que intervino en la audiencia de cesura ha valorado equivocadamente uno de los factores que tuvo presente al momento de graduar la sanción, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso incoado por la defensa.

En tal sentido, habiendo este tribunal tomado contacto in visu con el imputado y teniendo en cuenta que, conforme lo establece el tercer párrafo del art. 246 del CPP, para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de una nueva audiencia de cesura, corresponde ejercer competencia

positiva y disminuir la pena en tres meses lo que así dejo propuesto al acuerdo.

El Dr. Mario Rodríguez Gómez, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Richard Trinchero, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

TERCERA: Costas.

El Dr. Alfredo Elosú Larumbe, dijo: Sin costas, art. 268 del CPP.

El Dr. Mario Rodríguez Gómez, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Richard Trinchero, dijo: Adhiero al voto del juez preopinante.

De lo que surge del presente acuerdo, por unanimidad se:

RESUELVE:

I) DECLARAR INADMISIBLES desde el plano formal los recursos del fiscal y de la querrela interpuestos contra el veredicto del jurado popular, las instrucciones dadas al jurado y la decisión dictada por el Dr. Leandro Nieves el 18 de septiembre de 2014 a través de la cual se validó el veredicto de culpabilidad en orden al delito de homicidio simple agravado por la agravante genérica del uso de arma de fuego y atenuado por emoción violenta diferida -consignada el tercer cargo de las instrucciones al jurado-. Ello así de

conformidad con lo normado en los arts. 227, 233, 238, 240 primer párrafo y 241 a contrario sensu del CPP.

II) DECLARAR ADMISIBLES desde el plano formal los recursos interpuesto por la Sra. Fiscal y la querrela contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014 en la que se discutió el monto de la sanción a imponer a Víctor Ricardo Muñoz sobre la base de la calificación legal incluida en el tercer cargo que votó el jurado -art. art. 81, inciso 1°, apartado a) y 41 bis del CP-. Ello en virtud de lo normado en los arts. 227, 233, 240 primer párrafo y 241 inc. 3 del CPP.

III) DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Diego Simonelli, en representación del imputado (arts. 233, 236 y 239 del CPP).

IV) NO HACER LUGAR a la impugnación deducida por la fiscalía en el punto 2 -tercer agravio- del recurso interpuesto -arts. 41, 81 inciso 1° apartado a) del Código Penal y art. 246 del CPP.-

V) NO HACER LUGAR a la impugnación deducida por la querrela en el punto IV. 2 del recurso interpuesto -arts. 41, 81 inciso 1°, apartado a) del Código Penal y art. 246 del CPP.-

VI) HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa y, en consecuencia, REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2014 e IMPONER a Víctor Hugo Muñoz, de las demás condiciones personales obrantes en autos, la PENA de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN de cumplimiento efectivo en orden al delito de homicidio simple agravado por la utilización de un arma de fuego cometido en estado de

emoción violenta diferida en calidad de autor, por el que fuera encontrado culpable en virtud del veredicto popular emitido con fecha 18 de septiembre de 2014 -arts. 79, 81 inciso 1°, apartado a), 45, 41 y 41 bis del Código Penal, y art. 246 del CPP-.

VI) SIN COSTAS en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, segunda parte, del CPP ).

VII) Se deja constancia que el Dr. Alfredo Elosu Larumbe, quien participó de la deliberación, no suscribe la presente por encontrarse con licencia concedida en el día de la fecha.

VIII) Notifíquese.

Dr. Mario Rodriguez Gomez

Juez

Dr. Walter Richard Trincheri

Juez

Registro de Sentencia N° 11 T° I Fs.

Año 2015.

