

ACUERDO N° 6 /2019. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiséis días del mes de julio del año dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el **Dr. OSCAR E. MASSEI** y el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, con la intervención del titular de la Secretaría Penal, Dr. Andrés C. Triemstra, para dictar sentencia en los autos caratulados: **“SOTO, VÍCTOR BERNARDO S/ HOMICIDIO SIMPLE EN CONCURSO REAL CON HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA”** (MPFNQ Leg. N° 99.914 año 2017)

ANTECEDENTES: I.- Mediante sentencia de fecha 22 de mayo de 2018, el tribunal de juicio integrado por los Dres. Martín Marcovesky, Carina Álvarez y Andrés Repetto resolvió (por mayoría de votos) declarar penalmente responsable a Víctor Bernardo Soto en orden al delito de Homicidio simple en concurso real con lesiones graves calificadas por el vínculo, en calidad de autor (arts. 79, 90 y 92, en función del artículo 80 inc. 1°, 55 y 45 del Código Penal). Asimismo, ese mismo tribunal, por sentencia de fecha 29 de junio de ese año, le impuso (también por mayoría) la pena de ocho (8) años de prisión de cumplimiento efectivo.

Al acoger de modo favorable la impugnación ordinaria que la Defensa Pública articuló contra dicha decisión, el Tribunal de Impugnación (integrado por los Dres. Fernando Zvilling, Héctor Rimaro y la Dra. Liliana Deiub), revocó lo decidido por el *a-quo* por estimar que no hubo una mayoría de votos sustancialmente coincidentes en torno a la subsunción legal de los hechos atribuidos al imputado; ordenando el reenvío para un nuevo debate y sentencia.

En fecha 12/12/2018 el nuevo Tribunal de Juicio, integrado por las Dras. Estefanía Sauli, Florencia Martini y el Dr. Cristian Piana, resolvió (por unanimidad) declarar a Víctor Bernardo Soto autor penalmente responsable del delito de Homicidio atenuado por emoción violenta en concurso real con lesiones graves calificadas por el vínculo, atenuadas también por emoción violenta (arts. 81 inc. a, 93, en función de los arts. 90 y 92, 42 y 45, todos del Código Penal [fs. 1/27 del presente legajo]). Asimismo, por sentencia de fecha 06/02/2019 ese mismo tribunal le impuso al incoado la pena de tres (3) años de prisión de ejecución condicional.

Contra esa sentencia, el Ministerio Público Fiscal y la Defensa Pública que asiste al imputado Soto dedujeron sendas apelaciones (fs. 36/51 y 52/54, respectivamente). En la primera impugnación, el Acusador Público desarrolló las razones por las cuales debía excluirse la atenuación receptada por el tribunal de juicio; mientras que en la segunda, el Defensor Público objetó el modo de concursar los delitos de homicidio y lesiones graves (postulando un concurso ideal entre ambas figuras).

El Tribunal de Impugnación que sustanció esos recursos (integrado por los Dres. Richard Trincheri, Mario Rodríguez Gómez y Laura Barbé) resolvió mediante sentencia n° 15/2019 de su registro: “(...) **II.- NO HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida por la defensa pública de Víctor Bernardo Soto [...] **IV.- HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria interpuesta por la Fiscalía, y en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia de responsabilidad (12/12/2018) y la sentencia de imposición de pena (06/02/2019), ambas impuestas a **Víctor Bernardo Soto**, calificándose legalmente como **Homicidio simple y Lesiones graves calificadas por el vínculo en concurso real en carácter de autor (art. 79, 92 en función del art. 90, 55 y 45 del C.P.)** [...] **V.- Imponer a Víctor Bernardo Soto la pena de ocho (8) años de prisión de efectivo cumplimiento e inhabilitación absoluta del art. 12 CP por igual tiempo** [...]” (fs. 55/90).

En contra de esta última decisión la Defensa Pública dedujo la Impugnación Extraordinaria que aquí cabe decidir (cfr. fs. 95/ 103).

Dicho Control Extraordinario fue interpuesto bajo la segunda hipótesis del artículo 248 del Código Adjetivo y los agravios, en prieta síntesis, resultan ser los siguientes:

a) Que el recurso de la Fiscalía fue incorrectamente admitido, en tanto se basó en una pretensión punitiva irrazonable.

Destaca que de acuerdo a lo normado en el artículo 241 inc. 3° del C.P.P.N., el Fiscal sólo puede recurrir la sentencia condenatoria “...si la pena aplicada fuera inferior a la mitad de la pena pretendida” y que, en vista de que el injusto mayor era el Homicidio simple atenuado por la emoción violenta, cuya penalidad era de uno a tres años de prisión, la pretensión punitiva de ocho años por parte del Fiscal sólo se explica en la intención de mantener ese derecho.

Si bien no desconoce que el delito antedicho concursaba con la figura de lesiones graves calificadas por el vínculo (cuya penalidad es de 3 a 10 años de prisión), es evidente

que las mismas también estaban atenuadas por la emoción violenta por haberse dado en igual contexto.

Concluye así que la desmesurada pretensión punitiva del Fiscal durante el juicio de cesura sólo se centra en la intención de conservar el límite cuantitativo de la pena para poder apelar; extremo que si bien lo hizo notar ante el tribunal de Alzada cuando postuló su inadmisibilidad, fue rechazado con argumentos meramente formales y haciendo prevalecer una interpretación legal *in malam partem*.

b) Que hubo de parte del Tribunal de Impugnación un exceso de jurisdicción al inmiscuirse en facultades propias del tribunal de juicio, con afectación directa del principio de inmediación.

Afirma en este ítem que para excluir la emoción violenta de su asistido (la cual estuvo acreditada en el juicio oral y público) sustituyó la apreciación que tuvieron los jueces de grado en torno a la prueba rendida durante el debate por la suya propia, al punto de afirmar que esas percepciones eran falsas.

En palabras del recurso, “...*el TI no puede sentenciar si las mismas son falsas o verdaderas porque no dependen de su juicio sino del juicio del sujeto perceptor. Y mucho menos pueden colocarse en un lugar de inmediación del que carece por cuanto no fue el tribunal que realizó el debate. Ergo, se exceden en sus consideraciones y, consecuentemente con ello, resuelven de manera arbitraria, sustituyendo a un tribunal que no pueden nunca sustituir...*”.

c) Por último, objetó el ejercicio de la competencia positiva por parte del Tribunal de Impugnación porque la regla general es el reenvío del legajo para un nuevo juicio, no cuadrando este caso en las excepciones establecidas en la norma ritual.

Explica que si bien la competencia positiva se fundó en que Soto ya había sido condenado a una pena de ocho años de prisión (en el primer juicio oral), tal argumento no podía ser utilizado para avalar su ejercicio ya que aquella sentencia fue anulada, perdiendo toda virtualidad.

En un acápite independiente (n° VII), aunque plenamente vinculado al agravio anterior, el Defensor Público sostuvo que la actividad llevada a cabo por el Tribunal de Impugnación lesiona el derecho al recurso (art. 8.2.h CADH, en función del art. 75 inc. 22

de la CN), por cuanto Soto fue condenado a una pena de efectivo cumplimiento sin darle la oportunidad de que esa sentencia sea revisada por un tribunal ordinario.

Manifestó en este punto que la impugnación extraordinaria que se intenta ahora, al tener las limitaciones de un recurso extraordinario federal, no es un recurso apto para garantizar el doble conforme (citando jurisprudencia y doctrina que avala su posición).

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 245 y 249 del C.P.P.N. se llevó a cabo la audiencia de rigor, donde las partes produjeron sus respectivas alegaciones sobre la materia debatida.

Participaron en ella el señor Defensor General, Dr. Ricardo H. Cancela y el señor Fiscal Jefe, Dr. Agustín García.

El primero de ellos, en representación de la parte impugnante, ratificó los términos del escrito recursivo y desarrolló su alegación bajo esos mismos lineamientos.

Por su parte, el Dr. Agustín García refutó los agravios expresados por su contraria.

Explicó, en primer lugar, que la pretensión punitiva no resultó antojadiza en tanto desde el Ministerio Público Fiscal siempre se cuestionó la calificación legal en lo atinente a la emoción violenta y que, con independencia del homicidio simple, existió un concurso ideal entre las otras dos figuras delictivas implicadas en el caso que hacía viable la petición de la Fiscalía (arts. 92 y 93 del C.P.).

Negó que el Tribunal de Impugnación valorara por sí la prueba del debate, pues lo que hizo fue poner de manifiesto que las evocaciones hechas por los jueces de grado en torno a la prueba rendida no guardaban concordancia con los registros fílmicos de esas declaraciones, las que incluso se ocupó de transcribir extensamente para exponer las falencias argumentativas derivadas de esas incorrectas apreciaciones.

Añade también que el *a-quo* había atenuado la conducta del homicidio porque Soto se encontró herido en su honor frente a un cuadro de infidelidad, lo que implicó un inadmisibles mantenimiento de estereotipos de género, subsanado por el órgano de Alzada en el marco del derecho convencional aplicable; aspecto que no fue debidamente refutado en el recurso.

Estimó así que ninguno de esos argumentos puede llevar a suponer que hubo una nueva valoración de la prueba en contra de la inmediatez.

En torno al último de los agravios, interpreta que tampoco la defensa justificó debidamente las razones por las cuales inexorablemente debía practicarse un nuevo debate y que no existe violación al “doble conforme” en tanto si bien se citaron precedentes de la Corte Suprema bajo los cuales cabía una impugnación ordinaria, no se utilizó dicha vía, a la vez que tampoco explica qué es lo que no se puede revisar mediante el Control Extraordinario que aquí se interpuso.

Otorgada la palabra final a la Defensa, ésta mantuvo sus agravios y aclaró que la cuestión de género no formó parte del debate.

En ese contexto el legajo quedó en condiciones de ser resuelto.

III.- Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: Dr. Alfredo Elosú Larumbe y Dr. Oscar E. Massei.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del C.P.P.N., se plantean las siguientes

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente procedente el recurso interpuesto?, 2º) En el supuesto afirmativo, ¿resulta tal apelación procedente?, 3º) En su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?, 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión**, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: el Control Extraordinario que corre agregado a fs. 95/103 se dedujo dentro del plazo de ley (cfr. 90 vta., 91 y 103) y se dirige, claro está, contra una sentencia definitiva.

Fue articulado por quien se encuentra legitimado para ello. En este caso, lo interpuso el Dr. Julián E. Berger, integrante del Equipo Operativo n° 1 de la Defensa Pública que viene asistiendo al imputado Soto.

Si bien, en principio, los cuestionamientos del apelante se centran en aspectos que *prima facie* son ajenos a la competencia de nuestro Címero Tribunal Nacional, uno de sus reclamos se sostiene en la vulneración del derecho al recurso contra la sentencia de condena (art. 8.2.h. CADH y art. 75 inc. 22 de la CN), cuya hipotética frustración generaría materia federal suficiente (conf. art. 248 inc. 2º C.P.P.N., en función de lo normado en el art. 15 de la Ley 48).

Dicho agravio fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental.

En vista de todo ello, la impugnación extraordinaria que aquí se analiza ha superado todos los ápices formales inherentes a este tipo de reclamaciones y es admisible desde tal plano. Mi voto.

El **Dr. OSCAR E. MASSEI**, dijo: comparto con el señor Vocal preopinante que el escrito en cuestión cumple con los recaudos que lo hacen formalmente viable. En vista de ello, adscribo a su conclusión. Mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: sin entrar en consideraciones puntuales atinentes a este caso y sólo con el fin de establecer un punto de partida para el análisis de la cuestión debatida, debo decir que la reformulación de la subsunción legal y la elevación de la pena por parte del Tribunal de Alzada (a través de una nueva sentencia, motivada en una impugnación ordinaria deducida por la Fiscalía) es plenamente factible conforme a las reglas que el Código Procesal Penal brinda.

Ello es así, en tanto el artículo 246 del Código Procesal Penal, refiere que “(...) *Cuando de la correcta aplicación de la ley [...] sea evidente que para dictar una nueva sentencia no es necesaria la realización de un nuevo juicio, el tribunal resolverá directamente sin reenvío.*”.

En una obra de mi autoría, la cual traigo a colación al ser referida por los litigantes durante la audiencia anterior (aunque con interpretaciones diversas), expresé -en postura que aquí mantengo- lo siguiente:

“(...) La idea que persigue el código es clara: evitar el reenvío. El objetivo que se ha buscado a través de la video filmación obligatoria de todas las audiencias y de esta innovadora manera de concebir el proceso de control de las decisiones judiciales, es que – en la medida de lo posible- la prueba se produzca una sola vez, se documente de manera precisa y, de esta manera pueda ser reproducida con la calidad necesaria para efectuar una correcta fiscalización. Si se logra, es posible el ejercicio de competencia positiva aún en el caso de condena. Entiendo que en este supuesto no existe lesión al principio de inmediación porque en la audiencia –de impugnación- se respetan las mismas reglas que en el juicio, y porque en ella se puede volver a observar todo lo ocurrido en el debate [...] Tal como sostiene Pastor, la teoría de la responsabilidad compartida, ofrece una solución aceptable para permitir una revisión amplia de la sentencia, que conduzca a su confirmación o a su reemplazo por otra distinta, sin conculcar los principios básicos del

juicio penal...” (“El recurso ordinario de impugnación en el marco de un sistema acusatorio”, Ed. Fabián J. Di Plácido, Bs. As., 2015, pág. 187 y ss.).

Sin que ello implique algún tipo de juicio sobre las concretas circunstancias del caso en que reposan los agravios de la Defensa, la sistemática del Código actual genera muy a menudo el ejercicio de la competencia jurisdiccional positiva, sin intermediación. Me refiero, por ejemplo, a los recursos de revisión de las medidas cautelares previstas en el art. 118 del C.P.P.N, sin que por ello se susciten conflictos de la naturaleza aquí ventilada.

También es habitual que los magistrados sentenciadores ponderen en su fallo elementos no rendidos directa e inmediatamente ante ellos; es decir, sin el contacto personal con esa fuente probatoria (vgr. testimonios obtenidos por Cámara Gesell [art. 155 inc. 4° C.P.P.N.]), lo cual tampoco podría concitar alguna objeción por esa sola circunstancia.

Ello coloca en su debida perspectiva la naturaleza de la intermediación, que muchas veces se tiende a magnificar al confundirla con una metodología para el convencimiento del juez (op. cit., pág. 171).

Siguiendo en ello a Perfecto Ibañez, en posición que comparto, “...*La intermediación no es un medio de adquisición de conocimiento sino un medio de empleo en el juicio de instancia, necesario pero no suficiente a aquel efecto, que tiene sus reglas de uso y sus limitaciones. Y que conforme al empleo que se haga de las primeras y según se actúe con conocimiento o desconocimiento de las segundas, puede llevar a resultados positivos o a otros francamente negativos e incluso aberrantes [...] La doble instancia es una garantía esencial para verificar la calidad del juicio anteriormente producido Y tal juicio sobre el juicio puede llevarse a cabo con garantía de calidad en el resultado, siempre que se parta de una buena documentación de lo acontecido en el mismo [...] En este segundo juicio, es verdad, se pierden [...] aquellos aspectos (los gestuales) de la información sólo perceptibles merced al contacto directo con las fuentes personales de la prueba. Pero lo cierto es que se trata de los menos fiables en su significación y más difíciles de interpretar con garantía de acierto. En la segunda instancia debe ejercerse plenitud de jurisdicción. Esta se extenderá, por tanto, también a la evaluación de la racionalidad de la estructura del juicio en materia de la llamada habitualmente prueba directa. El juzgador de segunda instancia no puede eludir el juicio ante una manifiesta incoherencia o una patente falta de*

justificación de aspectos centrales de la decisión sobre el hecho...” (“*Sobre el valor de la intermediación (una visión crítica)*”), trabajo publicado en *Jueces para la Democracia Información y Debate*, n° 46 ISS, año 2003, páginas 65/6).

Sentado pues que, desde un plano normativo y constitucional la revocación del fallo de grado y la asunción de competencia positiva por parte del Tribunal de Alzada es factible -al menos en abstracto- restaría determinar si la decisión impugnada, por las circunstancias propias del caso, resulta ajustada a derecho y fundamentalmente, cómo debería preservarse el derecho al recurso con relación a la última sentencia dictada.

Invirtiendo el orden de los agravios por razones metodológicas, el apelante ha hecho pie en jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Federal, bajo la cual se exige el aseguramiento de un procedimiento que le garantice al imputado un recurso sencillo para la revisión amplia de la decisión condenatoria cuando se suscitan este tipo de situaciones (cfr. “*Chambla, Nicolás Guillermo s/ Homicidio –causa n° 242/2009*”).

Incluso, en dicho fallo de cita la Corte Suprema le ordenó a este Tribunal Superior de Justicia el deber de “...*adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar el ejercicio por parte de los recurrentes del derecho convencional en examen (doctrina de Fallos: 318:514; 328:3399)*...” (textual del dictamen del Procurador General, al cual remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Conforme a tal precedente, ese control jerárquico puede realizarse por el mismo órgano jurisdiccional “*con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso*” (conf. CIDH, Caso “*Barreto Leiva c/ Venezuela*”, sentencia del 17/11/2009, párrafo 90).

Se entiende esta alternativa como más garantizadora, en tanto el Recurso Extraordinario Federal (referenciado como hipótesis de acudimiento a esta máxima instancia local [art. 248 inc. 2° C.P.P.N.]) “...*dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional...*” (C.S.J.N., Fallos 337:901, “*Duarte, Felicia s/ recurso de casación*”, sentencia de fecha 05/08/2014, considerando n° 8, del voto de la mayoría).

Si bien en el caso “*Argul*” (C.S.J.N., Fallos 330:512) el Dr. Zaffaroni se expidió a favor de flexibilizar la competencia de la Corte para garantizar el llamado “*doble conforme*” (cfr. considerando n° 8° de su voto en disidencia) no ha sido un criterio

mayoritario ni tampoco un criterio mantenido por aquél en fallos posteriores; prevaleciendo en su lugar la postura de la revisión por el mismo tribunal con diferente integración (cfr. fallo “Duarte”, considerando 10º, ídem).

Esa tesitura, que coincide con la posición que asumí en la obra literaria evocada por los litigantes, (cfr. op. cit., pág. 192), debe aplicarse a este caso.

En vista de lo anterior, corresponde reconducir el recurso interpuesto ante el Tribunal de Impugnación para que, con otra integración, dicho órgano colegiado revise la sentencia n° 15/2019 de su registro.

Ello lleva a declarar abstractos los agravios expuestos en el recurso de fs. 95/103, los que eventualmente podrían reeditarse, reforzarse o modificarse en un nuevo recurso extraordinario, en caso de darse las condiciones procesales para ello. Mi voto.

El **Dr. OSCAR E. MASSEI**, dijo: como se ha expuesto en reiterados pronunciamientos, el control extraordinario previsto en el artículo 248 del C.P.P.N. no abarca, por regla, cuestiones de hecho (salvo casos de arbitrariedad fáctica debidamente demostrados). Atiende, en esencia, a resolver planteos constitucionales (vgr. incs. 1º y 2º) y uniformar jurisprudencia contradictoria (inc. 3º).

En esas condiciones, el recurso agregado a fs. 95/103 -por el restringido ámbito de competencia asignado por el Legislador a esta Sala- impide una revisión de la condena dictada a fs. 55/90 mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz (artículo 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función de los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional).

En atención a lo expuesto, y toda vez que confluyen en el *sub lite* circunstancias análogas a las evocadas por el señor Vocal preopinante en los precedentes de Fallos 337:901, adscribo a la solución del caso en cuanto propone que otra Sala del mismo Tribunal de Impugnación actúe como órgano revisor de ese fallo.

Ello, sin embargo, no implica adscribir a los argumentos previamente desarrollados en torno al campo de conocimiento que le cabría al Tribunal de Impugnación, cuyo alcance me ocupé de mencionar en el Acuerdo n° 33/2015 (evocado parcialmente en el fallo aquí apelado, como introducción y parámetro para la respuesta del *a-quo* [cfr. fs. 74 vta.]). Si bien ese alcance se encuentra objetado por la parte, no cabe aquí efectuar valoraciones en

este tópico, a los efectos de no condicionar el criterio del tribunal que debe evaluar la sentencia.

Con esa concreta diferenciación de mi parte, que no hace mella en el nudo de la cuestión ni afecta el modo de resolver el asunto, adhiero al voto ponente. Mi voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: a los fines de optimizar el derecho al recurso invocado por la Defensa y atento a que las censuras dirigidas por la parte agraviada podrían estar auto-limitadas frente a la restringida competencia de esta Sala Penal, corresponde que se le acuerde un plazo análogo al artículo 242 del Código Procesal Penal del Neuquén para que formalice la impugnación que fuere menester, la que será debatida ante el mismo Tribunal de Impugnación, excluyéndose a los magistrados que se hubiesen pronunciado (arts. 75, 245 y ctes. del cuerpo legal citado).

El **Dr. OSCAR E. MASSEI**, dijo: Adhiero a la solución brindada por el señor Vocal preopinante a esta cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE**, dijo: sin costas en la instancia (art. 268, inc. 2° del C.P.P.N.).

El **Dr. OSCAR E. MASSEI**, dijo: Adhiero a lo propuesto por el Dr. Elosú Larumbe a esta cuarta y última cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE el recurso de control extraordinario interpuesto por la Defensa Pública a favor del imputado **VÍCTOR BERNARDO SOTO**.

II.- ORDENAR LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA dictada por el Tribunal de Impugnación a fs. 55/90, actividad que deberá llevarse a cabo por ese mismo órgano colegiado, quedando excluidos de esa labor los magistrados que ya se pronunciaron.

III.- OTORGARLE A LA DEFENSA del imputado Víctor Soto un plazo análogo al artículo 242 del Código Procesal de Neuquén, para que formalice la impugnación que fuere menester, la cual deberá sustanciarse bajo el procedimiento establecido en el Título III del libro V del Código Procesal Penal de Neuquén.

IV.- DECLARAR ABSTRACTO el recurso deducido en esta instancia en atención a lo previamente resuelto.

V.- SIN COSTAS (art. 268, inc. 2° del C.P.P.N.).

VI.- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase a origen.

Dr. Alfredo Elosú Larumbe
Vocal

Dr. Oscar E. Massei
Vocal

Dr. Andres C. Triemstra
Secretario