

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 109

NEUQUÉN, 28 de diciembre de 2022.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "**DIMARCO, ESTEBAN EXEQUIEL S/HOMICIDIO AGRAVADO POR MEDIO EMPLEADO**" (**LEGAJO MPFCU Nro. 44177/2021**), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- Por sentencia de fecha 18/4/22 el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Raúl Aufranc y Richard Trincheri, así como por la Dra. Patricia Lupica Cristo, declaró responsable a Esteban Exequiel Díaz Dimarco del delito de homicidio agravado por el empleo de un arma de fuego, en calidad de autor (arts. 79, 41 bis y 45 del CP); y, tras concretarse la fase de cesura, mediante sentencia emitida el 22/6/22, le impuso la pena de once años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas.

La Defensa Particular que asiste al prenombrado dedujo impugnación ordinaria. Y el Tribunal de Impugnación, conformado en la ocasión por los Dres. Fernando Zvilling y Marco Lupica Cristo, así como por la Dra. Florencia Martini, por sentencia n° 62/22 del 22/9/22 resolvió confirmar sendos pronunciamientos.

Disconforme con esta última resolución, la Dra. Melina Pozzer articuló la impugnación extraordinaria que corre agregada a fs. 80/94.

II.- Encuadra su presentación en los términos del artículo 248 inciso 2 del CPPN.

Afirma que la sentencia del Tribunal de Impugnación no satisfizo el estándar de motivación exigido por nuestro ordenamiento constitucional y legal (arts. 18 CN, 238 Constitución Provincial y 194 inc.4 CPPN), en tanto lució ausente un análisis serio y completo de las quejas formuladas.

Precisa que dicha falencia se habría verificado en el abordaje que se efectuó en relación al tópico vinculado con quiénes manipularon el arma de fuego el día del hecho; considerando que yerra el Tribunal de Impugnación al sostener que "*alguno de los presentes*" le alcanzó el arma a Díaz Dimarco, siendo que, sobre este punto, hubo dos versiones en juicio.

En conjunción con lo anterior, refiere que resultaba necesario, para achacarle a Díaz Dimarco que actuó con dolo homicida, analizar dónde estaba el arma y cómo fue que llegó a sus manos, ya que ello se relacionaba con la posibilidad de que él no supiera que estaba cargada.

Opinó que la falta de análisis de este extremo en la sentencia dejó en evidencia que los jueces optaron por no pronunciarse, como si la información no existiera, siendo que los cuatro testigos presenciales a los que esos mismos jueces le dieron credibilidad y los consideraron relevantes (Lazcano Vilurón, Berra, Garrido y Gutiérrez), dieron versiones diferentes con relación a esta cuestión.

Al respecto, indica que Lazcano Vilurón afirmó que el arma estaba adentro de la vivienda y que el imputado salió del lugar con ella, la cargó y disparó;

Vázquez sostuvo que estaba apoyada en una ventana y fue desde ahí donde Díaz Dimarco la tomó, desconociendo si disparó o si se le escapó; Garrido dijo que el arma se la pasó el chico "más joven" -en alusión a Vázquez-; mientras que Gutiérrez refirió que el arma la tenía Vázquez y que Díaz Dimarco se la pidió.

En opinión de la impugnante, esto pone de relieve que el a quo, al decir *"Verdad de Perogrullo, pero verdad al fin, si nadie vio a Dimarco colocar el proyectil en el arma, no significa que no lo haya hecho..."* (cfr. fs. 89, 4to párrafo), hace una afirmación dogmática y arbitraria, ya que ninguno de los testigos presenciales dijeron que su cliente hubiese manipulado una bala ni que la hubiese colocado en el arma.

Arguye que la arbitrariedad denunciada se hace patente cuando la sentencia concluye que *"Existen ciertos vacíos en el acontecimiento que no pueden ser recreados por una sencilla razón: no fueron observados por testigo alguno"* (ídem, 8vo párrafo), en atención a que el momento en que se tira el percutor para atrás, ocurre en presencia de las cuatro personas mencionadas, a la vista de todos ellos, a escasos metros de distancia y ninguno lo vio colocar la bala. Y ningún testigo lo vio simplemente porque él no la colocó.

En otro tramo de su presentación, se queja de la falta de análisis del funcionamiento, sensibilidad, inestabilidad y peligrosidad del arma de fuego incautada en autos, aspecto sobre el que postula que el a quo no ingresó pues haría caer la teoría del caso de la parte acusadora; máxime si se tiene en cuenta lo declarado por

el testigo experto Luis Palma, en relación a cómo era el funcionamiento del arma y cuáles eran los pasos para poder efectuar una detonación con dicho elemento (tirar de una palanca hacia atrás -corredera- para que quede al descubierto una gaveta; colorar el cartucho en ese espacio; y accionar la cola del disparador -gatillo-).

Sostuvo que si la persona que tiene el arma en la mano y que acciona la palanca hacia atrás, no coloca seguidamente el cartucho, claramente sabe que no cumple con todos los requisitos para poder disparar. Y que si en el caso, como dicen los testigos, Díaz Dimarco habría efectuado disparos previamente contra una chapa, debía saber que el proyectil se coloca recién cuando la corredera se hace para atrás. Pero este aspecto no fue analizado por el a quo, lo que entiende no era un detalle menor, puesto que se trató del arma que se empleó contra la víctima.

Por otro lado, la defensa dice que es contradictorio -y por lo tanto arbitrario- el argumento empleado por el tribunal revisor al analizar la sensibilidad del arma o su condición de "celosa", al afirmar que el imputado sabía que manipulaba un arma que podía dispararse fácilmente con un golpe o movimiento brusco, siendo que el testigo experto Palma declaró lo contrario: esto es, que era "(...) peligrosa porque en virtud de *pequeños golpes* el arma se disparaba" (cfr. recurso, fs. 90/vta, in fine); y que en vez de emplear una fundamentación más favorable al imputado, se optó por sostener, infundadamente, que el arma requería de movimientos bruscos para ser detonada. En su visión, ello

denotó una valoración sesgada de la información disponible.

Más adelante se agravia de que el Tribunal de Juicio haya considerado a Díaz Dimarco como la persona que accionó el gatillo; obviándose en ese análisis que constituía un elemento fundamental a considerar -a los efectos de determinar el dolo en el accionar de su cliente- lo peligrosa y sensible que era el arma. Y afirma que se incurre en un yerro al confirmar que existió dolo porque apuntó con el arma "conociendo que estaba en condiciones de uso inmediato", pues para llegar a esa conclusión empleó determinadas proposiciones fácticas que no formaron parte de la teoría del caso de la Fiscalía ni estaban comprendidas en la plataforma fáctica, no teniendo la defensa por qué pensar en tales extremos: que *"...el asistente técnico no analizó la posibilidad de un error no esencial en la causalidad como consecuencia del adelantamiento del curso causal, por haberse producido el disparo instantes antes del plan concreto del autor..."* (cfr. cita de fs. 92, 5to párrafo de su recurso).

Dice que es claro que no formó parte de la hipótesis fiscal la situación de error no esencial en la causalidad señalado, y que su introducción por parte de los magistrados de la instancia anterior afecta directamente el derecho de defensa en juicio de su cliente, por violación al principio de congruencia.

A continuación, la defensa adujo que la sentencia también debía ser anulada por no haberse tenido en cuenta la información que aportó el testigo Juan

Fernando Salazar respecto del hallazgo en la mano de Garrido de restos de residuos compatibles con deflagración de un arma de fuego; lo que debió haber sido analizado, conjuntamente, con la ubicación de la lesión informada por el médico que practicó la autopsia y con lo que declaró Palma en cuanto a que un golpe podía disparar el arma.

Por último, se agravia de la falta de consideración del accionar de su cliente luego de que se produjera el disparo. Al respecto, afirma que el tribunal revisor sostuvo, sin prueba que lo avale, que Díaz Dimarco habría sido golpeado con puños y patadas por Lazcano Vilurón para que ayudara a reaminar a la víctima. Sin embargo, ninguna fuente de información sostuvo tal tesitura ni tampoco las pericias médicas practicadas a su cliente acreditaron la presencia de golpes compatibles con puños o patadas.

Por todo ello, solicita se revoque la decisión apelada y se ordene el reenvío para que, con una nueva integración, se examine la impugnación oportunamente deducida. Y como la sentencia de pena reposa sobre la sentencia de responsabilidad cuestionada, entiende que también debe ser revocada.

Formula reserva del caso federal.

III.- Sentados así los motivos de agravio, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia, atento el principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del CPPN.

En este punto, observamos que el escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello,

ante la Oficina Judicial correspondiente, y se dirige contra una sentencia definitiva.

El examen de admisibilidad del recurso extraordinario (indirectamente referenciado en el art. 248 inc. 2 del CPPN), obliga a considerar si al momento de su interposición se han fundado adecuadamente las cuestiones que, como de carácter federal, se invocan (CSJN, Fallos 345:440). Y atento que el sub-motivo se ciñe a la doctrina de la sentencia arbitraria, corresponde un breve repaso de sus límites.

Al respecto, cabe recordar la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal que señala que las cuestiones de hecho, prueba y derecho público local son ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 305:112; 324:1721), así como aquella que indica que la apreciación de la tacha de arbitrariedad es particularmente restringida respecto de pronunciamientos de superiores tribunales de provincia, cuando deciden sobre cuestiones de hecho y derecho público local (Fallos: 326:3334; 330:1419; entre otros).

Si bien tales principios no son absolutos y admiten excepciones cuando las decisiones judiciales prescinden de efectuar un tratamiento adecuado de la cuestión de acuerdo con las constancias de la causa y con las disposiciones legales vigentes (doctrina de Fallos: 313:83), o cuando afectan el derecho de defensa de las partes por falta de adecuada fundamentación (Fallos: 326:2537); sin que, en la especie, se halla configurado ninguno de aquellos supuestos de excepción.

En el caso, los agravios dirigidos a cuestionar la sentencia apelada no resultan aptos para suscitar la apertura de la instancia extraordinaria a la que hace alusión el art. 248 inc. 2 del CPPN, toda vez que ella cuenta con fundamentos fácticos y jurídicos suficientes, que excluyen la tacha de arbitrariedad invocada, sin que las divergencias de la apelante tengan entidad suficiente para demostrar lesión alguna de carácter constitucional.

En efecto, del repaso de la sentencia puesta en crisis, no se advierte la falencia señalada por la defensa, en tanto el Tribunal de Impugnación desestimó sus agravios, a partir de la consideración integral del material probatorio y su confronte con las inferencias producidas por el tribunal de juicio; y entendemos que la decisión apelada cuenta con fundamentos suficientes basados en argumentos no federales que autorizan a descartar la tacha de arbitrariedad invocada, pues no se advierte una aplicación irrazonable del ordenamiento local ni una decisiva carencia de fundamentación.

Así, con respecto a todo lo que sucedió con el arma hasta el momento mismo del disparo -aspectos sobre los cuales la defensa se explaya en los puntos 3.1 a 3.5 de su impugnación extraordinaria-, el tribunal revisor sostuvo que se pretendía el análisis tanto de las pruebas existentes como de aquellas otras que, por alguna u otra razón, no existen. Remarcó que sin que implique transformar la inexistencia de prueba en prueba del hecho (en alusión a que si nadie vio a Díaz Dimarco colocar el proyectil en el arma, no significaba que él no lo hubiera

hecho), una cosa era la ausencia de prueba y otra muy distinta la prueba de ausencia. En su razonamiento explicó que si lo que hizo el imputado hasta el momento mismo del disparo hubiese sido observado por algún testigo, y ese testigo pudiera dar cuenta de que no colocó el proyectil en el arma, la prueba de no haber realizado esa acción sería irrefutable. Sin embargo, no era el caso, pues existieron ciertos vacíos en el acontecimiento que no pudieron ser recreados porque sencillamente no fueron observados por testigo alguno.

Puntualizó que no quedaron dudas de que fue el imputado quien tenía el arma en su poder, que fue él quien disparó y que conocía su funcionamiento, pues conforme lo relatado por esos mismos testigos, ese día efectuó detonaciones, con el arma en cuestión, contra una chapa.

Consideró que no era lógico concluir que el disparo fue accidental por la facilidad con la que el arma se disparaba; y que la defensa había sido ambigua al afirmar que podía "*dispararse sola*", pues si con el término "*sola*" pretendió significar que el disparo podía producirse en la medida que no se accionara el disparador, esa palabra también daría cuenta de que "*sola*" implicaría la posibilidad de disparo sin la intervención de un factor externo o ajeno al arma, lo que no sería correcto. Sobre este punto, el tribunal revisor aclaró, tras cotejar lo que dijo el perito en armas, Luis Palma, que aún en el caso en que pudiera accionarse sin un golpe, tan sólo con un movimiento, nada de eso fue considerado por el tribunal de juicio, pues más allá del

funcionamiento del arma, se tuvo por acreditado el dolo de homicidio de Díaz Dimarco por otras razones.

La sentencia en estudio descartó un déficit en la motivación del tribunal de juicio -por no haber sido individualmente valorado el testimonio de Palma- por entender que les resultó indiferente que el arma fuera "celosa", en razón de que toda la conducta desplegada por el imputado evidenció que disparó intencionalmente y a pocos centímetros de distancia sobre el pecho de Garrido. Agregó que los hechos descritos por los testigos Viluron, Vázquez, Gutiérrez y Garrido dan cuenta de que no se trató de un disparo accidental, producto de un golpe sobre el arma o de un supuesto forcejeo; y que los "datos" (hechos) introducidos por esos mismos testigos permiten concluir que existió una acción dolosa, tal como se analizó en la sentencia de grado (cfr. fs. 73/vta, y análisis de los testimonios de fs. 74/75, a cuyas consideraciones nos remitimos en honor de la brevedad).

La existencia de intención de disparar también se vio verificada por las circunstancias anteriores y posteriores al hecho desplegadas por Díaz Dimarco. Respecto de las primeras, con cita del fallo condenatorio, se señaló el audio de Whatsapp que el imputado le envió a la víctima diciéndole que le iba a pegar un tiro; respecto de las segundas, la recriminación que ellos le efectuaron a Díaz Dimarco por el disparo efectuado, exigiéndole incluso Lazcano Viluron, con golpes de puño y patadas, que lo acompañe a llevarlo al hospital; señalando el tribunal revisor la existencia de un dato que no sucedió, y que era esperable por parte de

quien supuestamente efectuó un disparo accidental: mostrar de algún modo su sorpresa -lo que no se evidenció- o alguna manifestación inmediata en ese sentido. Y que al ser increpado por sus amigos, no dijo que se le había escapado.

Por último, se rechazaron los agravios dirigidos hacia el monto de pena impuesto, por considerar razonables las argumentaciones entregadas por la Fiscalía, esto es, la futilidad del motivo (la muerte una supuesta sustracción de una planta de marihuana), la edad de la víctima y la relación de amistad que la unía con el victimario; circunstancias que, sopesadas con las atenuantes consideradas en la sentencia, en modo alguno permitían afirmar que el aumento de 10 meses por sobre el mínimo de la pena aplicable, hubiese importado un ilegítimo agravamiento de la sanción penal.

Hasta aquí, en prieta síntesis, los motivos que informaron la sentencia apelada.

Cotejados dichos fundamentos, a la luz de las críticas esbozadas por la defensa en su impugnación extraordinaria, se observa que en el recurso se reiteran planteos que el Tribunal de Impugnación desestimó, por los motivos indicados supra, y que se insisten con cuestiones respecto de las cuales la impugnante obtuvo debida respuesta en las instancias anteriores; lo que evidencia un mero disenso de la parte con la solución adoptada por el tribunal revisor.

En este punto debemos señalar que como la pretensa naturaleza federal de un agravio necesita poner en evidencia la arbitrariedad que pregona -lo que sólo

puede plasmarse mediante una crítica concreta y razonada de la decisión apelada-, la total ausencia de este recaudo determina la inadmisibilidad de sus planteos.

La defensa intenta darle mayor preponderancia a todo lo que aconteció con el arma hasta el momento mismo del disparo -al quejarse de la falta de análisis respecto de quiénes la manipularon, dónde estaba, cómo habría llegado a manos de su cliente, cuál era su funcionamiento, sensibilidad, inestabilidad o peligrosidad, quién accionó el disparador, etc.- pero no pudo acreditar probatoriamente su teoría del caso; máxime cuando para los sentenciantes y para el tribunal revisor, lo determinante fue que todos los testigos presentes esa noche sindicaron a Díaz Dimarco como la persona que, valiéndose de un arma de fabricación casera y previo amenazar de muerte a la víctima por un mensaje de Whatsapp -que todos también escucharon-, disparó, frente a frente, a su amigo Emanuel Garrido, y que lo mató en el convencimiento de haberle robado una planta de marihuana. La defensa no logró contrarrestar, probatoriamente, la teoría del caso de la acusación, ni tampoco las constancias del caso permiten inferir que ese disparo hubiese sido accidental. Y todos sus agravios, en realidad, reposan sobre aspectos de derecho común y procesal ajenos a la instancia extraordinaria, lo que conlleva a su inadmisibilidad.

Tampoco será admisible el cuestionamiento dirigido hacia la sentencia de pena, en tanto no se hizo alusión a las razones entregadas por el Tribunal de Impugnación al resolver la cuestión, y se limitó a

sostener que su revocación se imponía por ser nula la sentencia de responsabilidad.

En síntesis, el recurso no pone en evidencia la existencia de cuestiones que ameriten la intervención del Máximo Tribunal Nacional al amparo de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (art. 248 inc. 2, a contrario sensu, del CPPN), ya que todas las censuras se ciñen, en lo sustancial, a apreciaciones relacionadas con cuestiones de hecho y prueba, ajenas por regla general al remedio federal indirectamente abarcado en la hipótesis recursiva elegida por la Sra. Defensora (art. 248 inc. 2 de CPPN).

IV.- Por las consideraciones supra vertidas, corresponde declarar la inadmisibilidad de la impugnación extraordinaria articulada por la Dra. Melina Pozzer; debiendo asumir la parte el pago de las costas procesales, en atención a no versar la incidencia sobre un tema de libertad cautelar ni de ejecución de la pena, (arts. 268, segundo párrafo, y 270, primer párrafo, a contrario sensu, del CPPN).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- Declarar **INADMISIBLE** la impugnación extraordinaria interpuesta por la Dra. Melina Pozzer, defensora particular del imputado Esteban Exequiel Díaz Dimarco.

II.- IMPONER EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES en la instancia a la parte perdidosa (art. 268, segundo párrafo, del CPPN).

III.- Regístrese, notifíquese y hágase saber a la Oficina Judicial, a los fines pertinentes.

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

MARÍA SOLEDAD GENNARI
Vocal

JORGE E. ALMEIDA
Subsecretario