



**SENTENCIA N° 50/2024.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, siendo el día treinta de julio de 2024, se reúne esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial del Neuquén -en adelante, TIP-, integrada por la magistrada **Patricia Lupica Cristo**, y los magistrados **Nazareno Eulogio y Andrés Repetto**, presididos por el nombrado en último término, a los fines de dictar sentencia en instancia de Impugnación, en Legajo N° 207.477/2021 **"AGÜERO, FERNANDO EMANUEL S/HOMICIDIO SIMPLE, LESIONES GRAVES"**, seguido contra el imputado Fernando Emanuel Agüero, D.N.I. ...., fecha de nacimiento 30-12-1987, de nacionalidad argentina, con domicilio en calle ... .., barrio ... .., ciudad de Neuquén, Provincia del Neuquén; de demás datos personales obrantes en el respectivo legajo. Intervinieron en la instancia de impugnación, el Dr. Andrés Azar, por parte del Ministerio Público Fiscal; la Sra. Jiménez Yésica Cintia como parte Querellante, asistida técnicamente por el Dr. Alfredo Cury; y por la Defensa el Dr. Sebastián Perazzoli, quien asistió técnicamente al imputado Fernando Emanuel Agüero, también presente en la audiencia.

**ANTECEDENTES:**

**I.-** Por Sentencia de Responsabilidad dictada el día veintitrés de noviembre del año dos mil veintidós, el



Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Federico Sommer, Richard Trincheri y Luis Giorgetti, resolvió, por mayoría - en lo que aquí interesa-, lo siguiente: "I.- DECLARAR a FERNANDO EMANUEL AGÜERO, DNI N°....., cuyos demás datos personales ya fueron mencionados, CULPABLE COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE del delito de lesiones graves, previsto y penado en los artículos 90 y 45, ambos del Código Penal".

**II.-** En fecha tres de febrero del año dos mil veintitrés, el mismo Tribunal dicta Sentencia de Pena, en donde resuelve, por unanimidad, lo siguiente: "I.- CONDENAR a FERNANDO EMANUEL AGÜERO, DNI N° ....., cuyos demás datos personales ya fueron mencionados, a la pena de 4 años de prisión y accesorias del artículo 12 del Código Penal, por los hechos de los cuales fuera declarado culpable de ser autor de lesiones graves, conforme artículos 90 y 45 del Código Penal...(artículos 196, 268 y 270 del CPP)..."

**III.-** La fiscalía y la querrela dedujeron Impugnación Ordinaria, agraviándose de lo decidido en la Sentencia de Responsabilidad. La defensa, por su parte, también dedujo Impugnación Ordinaria, pero la dirigió contra de la Sentencia de Determinación de Pena.

Que así las cosas, el pasado día cuatro de julio de 2024 se celebró la audiencia de impugnación



ordinaria de sentencia, prevista en el artículo 245 del Código Procesal Penal del Neuquén, por ante esta Sala de TIP. En tal ocasión cada parte impugnante expuso los fundamentos de su recurso, y luego se escucharon las pertinentes refutaciones de cada una de ellas; trabándose así las correspondientes controversias.

#### **IV.- Recursos de Fiscalía y Querella.**

**a) En primer término tomó la palabra el representante de la querella, Dr. Alfredo Cury,** quien dijo que interpusieron una impugnación ordinaria contra la sentencia de responsabilidad dictada en el presente legajo. En esa sentencia fue condenado Fernando Emanuel Agüero por el delito de lesiones graves, art. 90 y 45 del CP, y se estableció una pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo. En la sentencia impugnada, se arribó a esa conclusión por mayoría -Dres. Sommer y Trincheri-. Esa mayoría entendió que el delito era el de lesiones graves, y el voto disidente, del Dr. Giorgetti, entendió que el delito era homicidio en grado de tentativa.

El voto mayoritario entendió que no se logró probar el dolo de matar, y, ante la duda, aplicaron el in dubio pro reo.



Dijo específicamente en cuanto a la admisibilidad del recurso: “Entiendo que como es una sentencia condenatoria, la querrela se encuentra facultada, fue presentada en tiempo forma, y tenemos el derecho al recurso amplio a poder pedir revisión. Más que nada es una cuestión de derecho lo que estamos cuestionando. Entiendo que no habría objeción en cuanto a la admisibilidad”.

En cuanto al fondo de su planteo, dijo que impugnaron la sentencia en base a consideraciones de hecho y derecho. Que el hecho juzgado es el siguiente: el 24 de octubre del año 2021 alrededor de las 6 de la tarde, el señor que es víctima en este proceso, Elías Canales, concurrió al barrio ... .. de la ciudad de Plottier, en la manzana ..., lote ..., donde vive la familia del Sr. Agüero. Elías vivía en ese barrio, conocía a la familia Agüero porque eran vecinas estas familias entre sí.

En el juicio se aducen dos situaciones distintas. Algunos testigos indican que el Sr. Elías fue al domicilio de los Agüero a buscar la moto de su hermano, de F. E., y otros testigos mencionaron que Elías concurre al domicilio Agüero a comprar droga. Los votos mayoritario y minoritario, hacen mención a estas circunstancias que se desprendieron de los testimonios de R. A., M. A. y Claudio Duarte, que es



pariente del Sr. Fernando Agüero. Entonces, existe un conocimiento, se conocían, Elías Canales tenía una cuestión de enemistad, o no tenía buena relación, con el Sr. Agüero.

Cuando concurre a este domicilio, se produce una discusión porque no le querían vender droga o porque fue a buscar la moto de su hermano, y ello ocurre en el ingreso del patio de la vivienda de la familia Agüero. El Sr. Fernando Agüero sale al patio y toma una pala clásica con hoja de acero. Y sin mediar palabra le pega con la pala. El imputado dice que solamente le pegó una vez a Elías Canales. Los testigos dicen lo siguiente: R. A., M. A. y Claudia Duarte, dicen que le pegó dos o más veces. R. aclara que en el segundo golpe con la pala, esta se parte y queda solo el tramo de la pala alargado. Cuando fue secuestrado ese elemento, en la punta estaba impregnado de sangre y tenía una punta filosa.

Dijo que, al tener la punta revestida de acero, es un arma impropia, y genera el peso suficiente para poder golpear. Ahora bien, cuando golpea con la pala, ¿qué es lo que sucede? En la autopsia, la Dra. Fariña indica que esa lesión que sufrió Elías Canales podría poner en riesgo su vida si no tenía un tratamiento quirúrgico en tiempo y forma. Al realizarse la autopsia, y verificar las heridas



dentro del cráneo, se observó que había una diástasis frontal biparietal y fractura del cráneo en la región del temporal derecho. También observaron un traumatismo encéfalo craneal, hemorragia subdural, edema cerebral, que dicen que era compatible con una línea alargada, como la forma del palo.

Por lo cual, se sabía la relación precedente que había entre estas partes, se sabía del elemento que se utilizó para generar los golpes, que se dirigieron hacia un órgano vital como es la cabeza, y se supo las lesiones que generaron. Además, se supo que la vida estaba en riesgo si no se realizaba un tratamiento quirúrgico en tiempo y forma. Lo que dicen los testigos es que cuando Agüero golpea con la pala a Elías Canales, el resto de los familiares, M. A., R. A. y Claudia Duarte, interfieren. La familia lo detiene para que no siga pegando. El hermano F., ante esa situación, quedó helado. No lo pudo ni defender al hermano. Lo primero que atinó a hacer es sacar a su hermano de ese lugar. Porque, al ver la agresión, no supo cómo manejar esa situación violenta.

Los testigos dicen que es sacado por su hermano. Su hermano se va conduciendo la moto, y Elías iba ensangrentado, apoyando su cuerpo sobre el de su hermano. Se



habló también de que su hermano lo había golpeado con un casco en una segunda fase de esta historia. Y en la tercera parte de esta historia, es cuando se cayó, en una loma de burro, a un par de cuadras del lugar donde comenzó el hecho.

Dijo que no habría de enfocarse en esta última situación, porque si bien en un principio sí tuvo importancia, porque la querrela acusó por homicidio simple, ya que entendían que la muerte fue causada, según las reglas de la imputación objetiva, por el golpe de la pala; después, según lo probado en juicio, el nexo de la imputación objetiva se rompe por hechos posteriores.

Por ello, lo único que se discute, por parte de los jueces, en la sentencia, es la calificación legal. Allí el Dr. Trincheri dice que de toda la prueba producida, y del accionar de Agüero, no se puede ver el dolo de matar. Dijo que la persona que quiere matar hubiera actuado distinto. Porque, en un allanamiento del día posterior, se encontró un arma, una escopeta con sus cartuchos. Entonces, el Dr. Trincheri dijo que si Agüero hubiera querido matar, hubiera buscado la escopeta y no la pala. El Dr. Sommer menciona que era un lugar conflictivo, donde el Estado no llegaba, donde se vende droga. Hay que imaginarse ese contexto que dice el Dr. Sommer.



El juez Trincheri da por hecho que la escopeta se encontraba allí el mismo día, el 24 de octubre de 2021, cuando se produjo la agresión a Elías. Pero también desde la lógica, una de las posibilidades podría ser que Agüero, al saber la agresión que generó, el daño que generó a la familia Canales, entendió que iba a haber una revancha. Y por eso se armó.

Pero lo más extraño es que el fundamento de la sentencia dice que, como había una escopeta, si hubiera querido matar, hubiese usado la escopeta. Y no está acreditado que la escopeta estuviese estado allí el día que fue agredido el Elías Canales.

El juez Sommer, cuando analiza el dolo, dice que en realidad, ante la duda, debe estarse al precedente del TSJ, Acuerdo Nro. 7/2012, que no hace referencia más que al principio de in dubio pro reo, el cual es un criterio de valoración de la prueba. Dice, ante la duda, beneficiamos al imputado, ya que no se sabe si hubo indicio de dolo o no.

Lo que sí se dijo es que el dolo es la voluntad de realizar el tipo penal con conocimiento de todas las circunstancias del hecho objetivo. Como se trata de un estado mental, se infiere a partir de datos objetivos. Por eso la jurisprudencia menciona algunos de estos indicios, como son las dimensiones y características del arma



empleada, lo cual ya se mencionó -cómo era la pala-, la idoneidad para matar, el lugar y la zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, la insistencia y reiteración de los ataques, la conducta posterior -que quería seguir agrediendo-, lo cual no pudo hacer porque lo frenaron los parientes. Además, se debe tener en cuenta la relación que había entre ellos, lo conocía, y le pegó a traición, desde atrás.

Por lo cual solicitó se revoque la calificación legal de lesiones graves, y sea modificada por la de homicidio en grado de tentativa.

**b) Seguidamente se le cedió la palabra al Dr. Andrés Azar, Fiscal del Caso,** quien dijo que el presente es un hecho ocurrido en octubre del año 2021, en el cual resultó la muerte de Elías Canales. En noviembre del 2022 se realizó el juicio. Al juicio llega acusado el Sr. Agüero por el delito de homicidio simple en carácter de autor. Al momento de los alegatos de clausura, el MPF solicitó la declaración de responsabilidad por tentativa de homicidio. La querrela solicitó la condena por homicidio simple, y la defensa anterior, defensa pública, solicitó la absolución.

La resolución del tribunal de juicio, por mayoría -Dres. Trincheri y Sommer-, no fue coincidente con



ninguna de las tres peticiones. Ni homicidio simple, ni tentativa de homicidio, ni absolución, sino que optaron por el delito de lesiones graves. El Dr. Giorgetti, que quedó en minoría, propuso hacer lugar al pedido que había realizado la fiscalía, por tentativa de homicidio.

En diciembre de ese mismo año, 2022, se le impone cuatro años de prisión efectiva. Días después el imputado se da a la fuga, estuvo dos años prófugo, hasta que fue habido y se le impuso prisión preventiva.

En cuanto al hecho juzgado, el mismo tiene cierta particularidad, porque está dividido en tres fragmentos. En un primer fragmento se ubica la agresión de Fernando Agüero a Elías Canales, la víctima. En un segundo fragmento, de manera inmediata, se ubica una agresión que habría sufrido Elías Canales por parte de su hermano, con un casco. Y en un tercer fragmento, también de manera inmediata, se produce la caída de la motocicleta de la víctima.

La plataforma fáctica fue la siguiente: El domingo 24 de octubre del año 2021, Elías Jiménez Canales, de 23 años de edad, concurrió al domicilio sito en Mzna. ..., Lote ..., del barrio ... ..., de la ciudad de Plottier, una vivienda en la cual residía el imputado Fernando Emanuel Agüero. Fue a fin de adquirir estupefacientes, Elías no



tenía dinero para comprar y pidió si le podían fiar, lo cual no fue aceptado por las personas que se hallaban en la vivienda. En ese momento Elías estaba en el parque delantero de la vivienda, llegó el hermano de Elías, F. J. C., que tenía 17 años en ese momento. Llegó en una motocicleta y comenzó una discusión entre los hermanos, Elías -la víctima-, y F.. Allí, mientras estaban discutiendo, cerca de las siete menos cuarto, sale de adentro del domicilio el imputado Agüero con una pala en la mano y, sin mediar palabra, golpeó a Elías en la cabeza, y le propinó al menos tres golpes, lo que provocó que incluso se rompiera la pala.

Obviamente esto provocó que Elías se desvaneciera, un poco trastabillara, y es ahí cuando su hermano F. lo auxilió, lo sacó del sector para la vereda, mientras que el imputado pretendía seguir agrediéndolo, continuó con su agresión, ya ahí con el mango de la pala quebrado. Sin perjuicio que lo sacó F., tuvieron una discusión entre Elías y F. por la moto en la que había llegado F., y ambos se trasladaron en la misma moto. Se suben y a los pocos metros, pierde el control del rodado, F. cae, y en ese momento F. agrede a Elías también. Lo agrede en la cabeza.



Elías pudo volver a incorporarse, pudo volver a subir a la moto. Esta vez solo, y se retiró, y a las 2 o 3 cuadras perdió definitivamente el conocimiento, cayó y volvió a golpearse la cabeza. De manera inmediata fue llevado al hospital de Plottier, atento a la gravedad que tenía lo trasladaron al Castro Rendón, y el día siguiente, el 25 de octubre, fallece debido al conjunto de lesiones sufridas en el cuerpo.

Dijo que es una situación de concausa, hay una persona fallecida, pero no hay una condena por homicidio. Tuvo sus ribetes el caso. La fiscalía solicitó, en la declaración de responsabilidad, que se lo declare culpable como autor de tentativa de homicidio, porque entendían que no correspondía endilgarle la muerte directamente a Fernando Agüero, ya que esta no se probó en juicio de manera directa. Solicitaron cuatro años y seis meses de prisión, y los jueces aplicaron cuatro años de prisión.

En cuanto a la admisibilidad, dijo que entiende que es admisible. El recurso fue presentado en tiempo y forma. En cuanto a la impugnabilidad, en atención a lo dispuesto por el art. 241, inc. 3 del CPP, en cuanto limita la facultad recursiva de las condenas al MPF, cuando las mismas no fueran menores a la mitad de lo solicitado,

entiende que no debe ser de aplicación en el presente caso. Para lo cual dejó asentado su pedido de inconstitucionalidad del art. 241, inc. 3 del CPP.

Dijo que, sin perjuicio de que se reconoce el precedente de la CSJ "Arce", el cual determinó que las limitaciones recursivas que están en los digestos provinciales respecto del fiscal, no son inconstitucionales, en el presente caso, en atención a las particularidades que el mismo tiene, debe dictarse la inconstitucionalidad.

Además, dijo, son conscientes desde el MPF en cuanto a que una declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, y debe ser considerada como la *ultima ratio*. Tuvo en cuenta también que siempre se ha exigido, como un requisito indispensable para la suficiencia de la impugnación cuando esta solicita una declaración de inconstitucionalidad, que la exposición de manera clara y detallada explique por qué esta norma quebrantaría cláusulas constitucionales.

Dijo que en el presente caso, objetivamente, la limitación del art. 241 es visiblemente injusta, ya que deja de lado la tutela judicial efectiva de la víctima, e impide que el representante de la sociedad pueda defender su pretensión. Se lo está condenando a menos de la mitad de lo



que se estima justo. Y justamente por ello, entiende, la limitación es opuesta a la razón, no tiene sentido la limitación del art. 241.

Dijo que es opuesta a la razón, porque se prescindió de un cúmulo de evidencias que denotan, sin lugar a dudas, lo contrario, la otra calificación correspondiente. Y también es sin sentido, porque precisamente se está conculcando el derecho de la progenitora de una víctima fatal, -no ya a que se repare su daño, porque eso es imposible-, a que por lo menos vea que hay una lucha de partes en ese sentido. Dijo que no se refiere en este punto a la revocación de la condena, sino a que por lo menos pueda entablarse esa contienda jurídica, ese cruce de ideas, porque sólo así, con la discusión, con el cruce de ideas, mínimamente se podrá empezar a alcanzar el ideal de justicia.

Dijo que hubo prescindencia de pruebas esenciales que, por lo menos, tienen que ser puestas en discusión. La Ley de Derechos y Garantía de Personas Víctimas de Delitos, Nro. 27.372, reconoce y garantiza los derechos de la víctima de delitos y violaciones de derechos humanos, a un asesoramiento, a una asistencia, a una representación, y sobre todo a una protección, a un acceso a la justicia, y a un tratamiento justo. Y esto, dijo, es lo



que se pretende, no ya fundado en una revocatoria, sino fundado en que por lo menos se admita la discusión desde la vindicta pública.

En cuanto al agravio, coincidió con las manifestaciones de la querrela, y agregó que la resolución incurre en una arbitraria valoración de la prueba. La particularidad de la presente causa es que los tres jueces comparten todos los argumentos que se han exhibido desde el MPF, salvo lo que hace a un elemento de la tentativa del homicidio, el dolo homicida. La mayoría entiende que el dolo homicida no puede configurarse por duda, por duda razonable.

Todos, los tres jueces, entendieron acreditados los extremos expuestos por el MPF, aunque discreparon solo en relación al dolo de matar. Desde un primer momento el MPF entendió que no existía duda de que fueron varias las causas que confluieron para la muerte de Elías. Desde antes, incluso, sostenía el MPF que no se podía endilgar la causa de la muerte solamente a la agresión de Elías. No fueron solamente los palazos que le dio Agüero, No fueron desde ya los "cascasos", porque le pegó con un casco su hermano, ni tampoco el golpe en la moto, que esto fue lo que en el juicio sostenía la defensa oficial. Ninguno de



estos hechos, por sí solo, puede ser tenido como causa del resultado.

También se sostuvo que ello, obviamente, no conlleva necesariamente a la absolución del imputado, y así lo entendieron todos los jueces.

En la tentativa de homicidio existen tres puntos a acreditar, el dolo del autor -que es el cuestionado en este caso-, el comienzo de la ejecución, y que el resultado no haya podido consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad. Del comienzo de la ejecución no ha quedado duda, según lo que expusieron cada uno de los testigos en juicio. Debe hacerse mención que sin lugar a dudas hubo un comienzo de ejecución, un comienzo de matarlo. Pero, adicionalmente, se tiene que tener en cuenta la lesión que ocasionó. Y esto también tiene incidencia en la relación de causalidad con el hecho.

La Dra. Haydeé Fariña realizó la autopsia de Elías, dividió las lesiones en tres grupos. Un primer grupo, de más de 20 lesiones en todas las partes del cuerpo, las cuales no fueron de ninguna manera productoras o causales de la muerte. Después la forense detalló un segundo grupo de lesiones, que estaba compuesto por dos lesiones en el cráneo, dos lesiones alargadas. Una escoriación con hematoma basal alargada de 19 por 6,5 centímetros, localizada en la



región frontoparietal derecha, y otra escoriación alargada con hematoma basal de 13,5 centímetros, localizada en la región temporoparietal derecha, en la cabeza. Y, como un tercer grupo de lesiones, a nivel interno del cráneo, un extenso hematoma que abarca la totalidad del cráneo, fracturas en región temporal derecha, diástasis completa de la sutura fronto-biparietal, hematoma subdural con predominio izquierdo. Todo ello -las lesiones del segundo y tercer grupo- ocasionaron un traumatismo cráneo encefálico grave, que fue la causal de la muerte.

Partiendo de esa base, la Dra. Fariña, sumado a un estudio que había realizado con el Lic. Berruezo de la Unidad de Servicios Periciales, evaluó si este segundo y tercer grupo de lesiones podrían haber sido ocasionados con un casco o con un elemento como, por ejemplo, una pala. Y dijo que, luego de evaluar dichos elementos, cualquiera de los dos pueden ser responsables de las lesiones, pero que las lesiones alargadas son compatibles con el sitio de unión de la pala con el agarre de madera. ¿Cuáles son esas lesiones alargadas? Las dos que se encontraron en la cabeza, las del segundo grupo.

Es decir que, en el primer punto, que se hace referencia al comienzo de la ejecución, se deben tener



en cuenta estas dos lesiones alargadas en la cabeza que son compatibles con un palo. Que junto con el otro grupo de lesiones, el tercero, son productoras de la muerte. El segundo grupo de lesiones es producto de la conducta de Agüero. El tercer grupo de lesiones, es fruto de la caída de la motocicleta.

En cuanto a la imposible consumación por circunstancias ajenas a su voluntad, no hubo dudas en ese punto de ninguno de los tres jueces. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que F. J. dijo que: "sale Fernando y le pega un palazo de atrás, tres palazos en la cabeza y se llenó de sangre". Lo primero que hace F. en ese momento es meterse entre ambos, separar a Fernando de Elías, y llevarse a su hermano hacia afuera. Dijo: "Yo me quería meter para que no le siga pegando, yo saqué a mi hermano para la calle". Relató que todos gritaban que lo suelten, que parara de golpearlo. M., pariente del imputado y que declaró en juicio, gritaba que la corte, que frene. Los familiares le gritaban al imputado que la corte, que lo deje ya. Duarte Claudia, precisamente la progenitora, dijo que, con M., trataban de agarrar a Fernando para que no le siga pegando, le decían que se vaya. Lo mismo que relató F., sacó la moto, lo seguía amenazando, y se lo



lleva. Agüero M., pariente del sindicado, dijo que se puso en el medio para que no siga golpeando a Elías.

Agüero R., otro pariente, dice que estaba separando a su tío y ahí salieron todos para afuera. Dijo: "Nosotros lo metimos a Fernando para adentro... con M., para que no haya más quilombo". Y, concluyendo este punto, el oficial Báez Nelson, de la División de Homicidios, que hizo un relevamiento vecinal, y dijo que hubo muchos testigos que no pudieron declarar, y que varios vieron la agresión con la pala en la cabeza de Elías, y que tuvieron que intervenir incluso familiares del imputado para poder separarlo.

En el tercer punto, el punto central, es en el que difieren, por la duda, la mayoría de la minoría, y es el dolo homicida. Los dos jueces de la mayoría, atento a que hay una duda razonable, según ellos, no lo tuvieron por acreditado. Pero esto surge palmario de la declaración de F. J., cuando dice que lo empezó a golpear desde atrás, y la pala se quebró con el golpe, los otros dos fueron golpes con el palo, y que sacó a su hermano para que no le siga pegando. No tenía ningún arma la víctima, nada en las manos, estaba de espaldas al primer golpe que recibió.



Dice R. A. que comienza una discusión y en un momento dado Fernando sale enojado porque también estaba insultando a la prima, y en ese momento le pegó con una pala. Le pegó dos veces, dice, primero en el hombro, después en la cabeza. Primero con la chapa de la pala de costado y luego con la punta, con la chapa, y ahí se partió. Claudia Duarte, la progenitora, dice que vio cuando salió del interior de la vivienda Fernando, que le dijo que se vaya, reaccionó agarrando la pala y le pegó en dos oportunidades. A. M., la sobrina, dice: "salió mi tío, le dijo que se vaya y lo golpeó dos veces con una pala, primero en el hombro, luego en la cabeza".

Dijo el juez Giorgetti que para acreditar el dolo homicida, no hay evidencia que nos pueda acreditar con certeza qué es lo que pretendía una persona, qué es lo que pasaba por su cabeza en el momento del hecho. Pero sí podemos acercarnos a ello a través de algunas conductas exteriores. Circunstancias que, por otro lado, también se mencionan en doctrina, y que estuvieron acreditadas en el caso, y de allí se desprende la arbitrariedad de la mayoría.

La primera circunstancia es la relación que liga al autor y la víctima: había un conocimiento previo entre ellos, incluso hasta un mes antes del hecho, eran vecinos de varios años. Incluso F., el hermano de la



víctima, tenía una relación de noviazgo con M. A., que vivía en ese domicilio. Elías no era un intruso que irrumpió sorpresivamente en el lugar. Por otra parte la personalidad del agresor: durante el juicio, y eso fue un agravante en la cesura, se reía en la cara de la madre de la víctima que lloraba en ese momento.

Luego "las actitudes e incidencias en momentos precedentes al hecho": salió y lo golpeó. No hubo ninguna provocación, no hubo ninguna amenaza, no intentó ninguna otra vía menos lesiva para lograr la finalidad que tenía cuando salió de su domicilio -que se retire Elías Canales-. Y la falta de reacción de Elías al no intentar esquivar ni cubrirse el golpe, porque fue atacado por la espalda. No hubo una pelea. Esta ausencia de pelea quedó manifestada con los exámenes médicos que se le realizaron al imputado, que solo tenía una pequeña escoriación en la rodilla derecha.

En cuanto a la conducta posterior del autor: Agüero tuvo que ser separado con la intervención del hermano de la víctima, con su sobrino y con su ex cuñada. Además de que F. se lo tuvo que llevar para que no le siguiera pegando. También, como conducta posterior, no tuvo ninguna consideración por la víctima, sabiendo que le había pegado



en la cabeza con la pala en tres oportunidades y que salía sangre, se desentendió de lo que pudiera pasarle.

En cuanto al arma, las dimensiones y características de la misma: se usó una pala de acero forjado. De la idoneidad de una pala para poder causar la muerte, no hay duda. El peso de la parte metálica es suficiente para poder fracturar el cráneo si es aplicado el golpe con la velocidad necesaria. Sabía del potencial lesivo. De hecho, fue con tal la fuerza que le pegó, que rompió la pala.

Cabe mencionar también el lugar o la zona del cuerpo donde se dirigió la acción, que fue el cráneo, una zona vital. Y, por último, la insistencia y reiteración de los actos, ya que dio por lo menos dos golpes con la parte metálica, y uno con el palo.

Es por ello que los jueces de la mayoría incurrieron en arbitrariedad, porque todos estos puntos mencionados estuvieron debidamente acreditados con los testigos de la acusación y, sobre todo, con los testigos de la defensa. No existió una duda razonable.

El tribunal, en su voto mayoritario, al momento de analizar el elemento dolo, lo hizo de una manera genérica, lo hizo de una manera abstracta, se apartó de la



prueba producida en juicio, y por lo tanto su decisión es arbitraria.

Dijo que no solicitaba que se asuma competencia positiva, sino que pedía la revocación del fallo, y que se constituya un nuevo tribunal a fin de que se realice un nuevo juicio.

**c) Luego se escuchó a la defensa, en la palabra del Dr. Sebastián Perazzoli,** quien dijo que en primer término solicitaba se declare inadmisibles las impugnaciones de las acusadoras a tenor de lo establecido expresamente por el art. 241, inc. 3 del CPP. En este caso han pedido en el juicio de cesura una pena de 4 años y 6 meses de prisión. El tribunal condenó a una pena de 4 años, con lo cual claramente ha dado una pena mayor a la mitad de lo que pretendían los acusadores y eso impone un valladar previsto expresamente en la ley para que los acusadores puedan impugnar la sentencia.

Pero además de eso, haciendo un análisis más profundo, dado que puntualmente el fiscal ha cuestionado la constitucionalidad de la norma pero no la querella, esta última, en su presentación escrita ha solicitado que este TIP ejerza competencia positiva. Y específicamente en el punto cinco de su petitorio solicita que se haga lugar a la



impugnación ordinaria, que el Tribunal de Impugnación tome competencia positiva, y lo declare Agüero responsable del delito de homicidio en grado de tentativa, y que le imponga la pena de ocho años de prisión efectiva. El Sr. Agüero fue condenado a la pena de 4 años, con lo cual, en la pretensión de la querrela, de una pena de 8 años, la pena que impuso el tribunal de juicio equivale a la mitad. Por eso no ha sido inferior a la mitad ni siquiera de la pena que pretende en esta instancia de impugnación.

Por ello, dijo, en el caso de la querrela, con más razón aún, resulta de aplicación el límite legal del CPP, y corresponde la declaración de inadmisibilidad de ese recurso.

Respecto de la posición de la fiscalía, los argumentos que dicha parte brinda no son suficientes para declarar la inconstitucionalidad de la norma en el caso concreto. En primer término, el derecho al recurso no es de la fiscalía. El derecho al recurso, como se lo ha ideado dogmáticamente, es un derecho del imputado. La CADH específicamente habla del derecho al recurso como garantía constitucional del imputado. Y en reiterados fallos, en reiteradas resoluciones incluso de esta provincia, se estableció expresamente esta distinción. El derecho al recurso es del imputado, no es de los acusadores, con lo



cual las restricciones que establezca la ley en las facultades recursivas de los acusadores, en principio son constitucionales.

Lo que no se puede limitar es el derecho al recurso del imputado, no de los acusadores. Y aquí la fiscalía ha hecho un esfuerzo importante en sostener justamente estos derechos de las víctimas, para que se pueda puedan declarar la inconstitucionalidad del artículo 241. La cuestión, dijo, es que los argumentos que ha dado el fiscal respecto a la tutela judicial efectiva, en este caso chocan con la pretensión que ha tenido justamente la víctima. En este caso la víctima ha solicitado en su escrito que se asuma competencia positiva y se imponga una pena de 8 años de prisión. Evaluado ello a tenor de la pena que impuso el tribunal de juicio, y lo que dice el art. 241, sería igualmente inadmisibile.

Los argumentos del fiscal fueron genéricos, dijo que debía abrirse el recurso para que la víctima tenga acceso a la justicia, para que se garantice la tutela judicial de la víctima; pero la víctima solicitó una pena de 8 años. Por lo tanto, en este caso, teniendo en cuenta la excepcionalidad de una declaración de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que lo funda esencialmente en la tutela



judicial efectiva de las víctimas y en el recurso de las víctimas, queda claramente establecido que el 241 no le generaría un agravio por su pretensión de pena. Lo cual impide que se declare la inconstitucionalidad de la norma. Ambos recursos deben ser declarados inadmisibles.

En cuanto al fondo, como dijeron las acusadoras, este caso ha tenido varias particularidades, y por tanto merece un análisis detallado. En este caso la víctima sufrió lesiones en tres oportunidades, lo que luego desencadena en su fallecimiento; no pudiéndose establecer causalmente cuál de esas lesiones fue la que ocasionó efectivamente el resultado muerte.

Y esto es importante, porque, cuando se le formularon cargos al Sr. Agüero, originariamente se le imputó el fallecimiento de la víctima y fue oportunamente investigado por un delito de homicidio simple. Lo que sucedió fue que, a medida que fue avanzando la investigación, la Fiscalía, que no estaba representada por el Dr. Azar, sino por la Dra. Titanti, mutó la acusación, a tal punto que hubo discrepancias entre la fiscalía y la querrela al momento de presentar la acusación.

La acusación con la cual la Fiscalía quiso traer al Sr. Agüero a juicio fue la de lesiones graves, no fue la de homicidio. Se hizo una audiencia de unificación de



acusación, porque había diferencias con la querrela, y en esa oportunidad el Dr. Yancarelli dispuso que la acusación sea la de homicidio simple. Pero la tentativa de homicidio nunca fue sostenida por la Fiscalía. Fue sostenida recién al momento de los alegatos de clausura. Y esto resulta importante porque el voto de la mayoría, al cual se acusa de irrazonable, es el que coincide con la acusación por la cual quiso traer a juicio el MPF al Sr. Agüero, o sea, por el delito de lesiones graves. Con lo cual eso avienta esta posibilidad de manifiesta arbitrariedad que invoca la fiscalía. Era la misma fiscalía, era otro fiscal, pero rige el principio de unidad de actuación. La fiscalía nunca sostuvo antes la tentativa de homicidio, sino justamente las lesiones graves.

Luego dijo que, profundizando el análisis del agravio de las acusadoras, debe hacerse notar que ya en otras oportunidades este TIP ha dicho que la tarea que se debe hacer no es una tarea de sustitución de criterios, respecto del criterio de la evaluación de la prueba que tuvieron los jueces del juicio. La pregunta que debe hacerse, es si la conclusión a la que llega la mayoría, tiene basamento o no en la evidencia, y si es una interpretación razonable de la evidencia. Y sí lo es.



El dolo, al ser un estado anímico, no tiene prueba directa, tiene que determinarse a través de indicios. Ahora, lo cierto es que la sola gravedad de la lesión, o las características de esa lesión que haya tenido la capacidad de poner en riesgo la vida de la víctima, no es un elemento suficiente para determinar la existencia del dolo homicida. Y surge de la propia ley esta reflexión. Y ello es así por cuanto es la propia ley, el CP, el que establece como un agravante de las lesiones, de hecho lo establece como lesiones graves, cuando esa lesión genera un riesgo para la vida de la víctima. Con lo cual, ese elemento solo, de que la lesión pudo haber sido grave, golpear con una pala, el cuello, la cabeza de una persona, no alcanza por sí misma para poder inferir, o ser un indicio determinante, del dolo homicida.

Pero además de eso, los jueces dieron argumentos, dieron sus razones basados en la valoración de la prueba, por las cuales consideraban que esa lesión que se produjo no era indicativa de un dolo homicida, y haciendo referencia al beneficio de la duda, que fue correctamente aplicado en este caso.

La fiscalía no coincide con este aspecto, pero lo cierto es que los jueces dieron razones por las cuales consideraron que había una situación de duda respecto



de cuál había sido la voluntad del Sr. Agüero. Hicieron referencia a dos cuestiones específicamente: una, a que dentro de esa vivienda había un arma de fuego, de hecho hicieron referencia a que había un arma de fabricación casera, que se denomina tipo tumbera, y que si el imputado hubiese tenido la voluntad de ocasionar la muerte de la víctima, posiblemente habría utilizado ese elemento y no la pala que utilizó. Por otro lado, también consideraron los jueces que, en el contexto en el que se dio el hecho, (dos personas ingresando al domicilio de familiares de Agüero, un lugar donde Agüero frecuentaba), este razonamiento que hacen los jueces, de que podría haber usado el arma, es una inferencia razonable, no es una inferencia arbitraria.

Además de ello, los jueces tienen en cuenta el contexto, dos personas que ingresan, la víctima era de gran porte, medía más de 1,70 metros, y pesaba cerca de 90 kilos, una persona grande a diferencia de lo que es Agüero. Lo que los jueces razonan es que teniendo la posibilidad de utilizar un arma, con una capacidad lesiva mucho mayor, utiliza una pala. Y lo que valoran los jueces, porque esto también se produjo en juicio, es que si bien dan por acreditado el uso de esta pala, dan cuenta también que era



una pala vieja, una pala en mal estado. Y así concluyen que no estaba acreditado el dolo homicida.

Asimismo, en cuanto las causas ajenas a la voluntad por las cuales la muerte no se hubiera producido, el Dr. Trincheri dice que la argumentación que dieron los acusadores en el juicio era irrazonable, porque justamente las personas que teóricamente habrían evitado el resultado de muerte, eran un menor de edad y una mujer que estaba dentro de un domicilio. Los jueces dicen que si él hubiese querido darle muerte a la víctima, resulta irrazonable sostener que cesó el ataque por la participación de un menor de edad y de una mujer que estaba dentro de un domicilio. Dan una respuesta. Y los acusadores nada dicen en sus agravios de esa cuestión. Con lo cual, es una mera disconformidad de los acusadores.

El resultado muerte, por otro lado, no es que no se produce por causas ajenas a la voluntad del imputado. De hecho, las lesiones que produce Agüero, por sí solas, no son capaces de producir la muerte. La muerte se produce a través de concausas, La víctima sale del domicilio, de hecho sale en una moto, no es perseguido por Agüero, Agüero se queda dentro del domicilio. El accionar de Agüero había sido justamente en procura de retirar a la víctima del domicilio en el que estaba, en el cual estaba



insultando, estaba agresivo, con lo cual eso también excluye el dolo homicida.

Lo cierto es que el tribunal de juicio dio razones por las cuales consideraba que existía un estado de duda razonable respecto del dolo homicida, y son razones las que ni la fiscalía ni la querella han cuestionado.

Por todo ello solicitó se declaren inadmisibles los recursos, y subsidiariamente, si se ingresa al fondo de la cuestión, no se haga lugar a la petición de las partes acusadoras, debiendo confirmarse la calificación legal por la cual fue condenado el Sr. Agüero, que es justamente la de lesiones graves.

#### **V.- Recurso de la Defensa.**

**a) A continuación expuso los fundamentos de su impugnación el Sr. Defensor; Dr. Sebastián Perazzoli,** manifestando que su impugnación se dirigía únicamente a la sentencia de pena. Dijo que la impugnación fue presentada por otro defensor, y que él habría de desistir de un agravio oportunamente expuesto en el escrito, por el cual se solicitaba la inconstitucionalidad del art. 108 del CPP; manteniendo los demás motivos de agravio.

En la cesura, dijo, se le impuso a su asistido, por unanimidad, la pena de cuatro años de prisión



efectiva, por el delito de lesiones graves que había sido condenado.

Lo que valoraron los jueces para llegar a esta dosificación de cuatro años, en una escala penal que, es importante resaltarlo, va de los 1 a los 6 años de prisión, fueron varias cuestiones que consideraban como agravantes. La primera de ellas fue la forma en la cual se llevó a cabo el hecho, y las consecuencias que tuvieron para los familiares de la víctima. Hicieron referencia a quién era la víctima, a que familiares de esta vinieron al juicio de cesura y declararon que colaboraba con la economía familiar, que tenía un rol activo importante dentro de su familia, y que por eso el hecho que motivó este juicio generaba un grave dolor a esos familiares.

Si bien entendió el dolor por el que atraviesa la familia de la víctima, dijo que es lo que acontece en todos los hechos en los cuales lamentablemente fallece una persona. Pero señaló un agravio en el hecho de que el tribunal haya incurrido en el error de endilgarle la muerte de la víctima a Agüero, y sopesar, en la dosificación de pena, las consecuencias que seguramente tiene la familia por ese fallecimiento.

Las consecuencias de la falta física de la víctima no son imputables a Agüero. El Sr. Agüero no fue



condenado por el homicidio de la víctima. Ese es un argumento que podría ser admitido, de hecho habitualmente los jueces lo valoran, cuando al imputado se le reprocha el resultado muerte, pero este no es el caso.

Incluso, en las impugnaciones que presentaron los acusadores, ninguno lo acusa de homicidio, de hecho el fiscal fue muy claro, dijo que él no es el responsable de la muerte de la víctima. Con lo cual, en ese marco de discusión, el argumento que da la sentencia, en cuanto a que todas estas consecuencias disvaliosas que ha tenido la familia de la víctima son jurídicamente imputables al Sr. Agüero, deja ver un error en la valoración que hacen los jueces.

Este es un caso particular en el cual se produce una primera agresión; luego se produce otra agresión a manos del hermano de la víctima, cuando le pega con el casco en la cabeza; y luego se produce una tercera lesión de la víctima cuando, solo, conduciendo la motocicleta se cae y se golpea contra el suelo. Con lo cual determinar qué porcentaje o qué porcentual de estas consecuencias que la familia tiene son atribuibles y reprochables a Agüero, es una tarea compleja, pero lo que claramente no se puede hacer es determinar que las graves consecuencias que tiene la



familia producto de la ausencia de Agüero son responsabilidad del imputado, porque Agüero no fue declarado responsable por el homicidio.

Se mencionó también en la sentencia la cuestión de que eran conocidos entre las familias. Si bien esto se ha tenido en cuenta en otras causas, por los efectos que puede generar el hecho en la familia, aquí se está en la misma situación que antes. En todo caso, Agüero podría ser responsabilizado por ese conocimiento que tenía, se podría considerar en la dosificación, pero en el marco de lesiones. El problema, dijo, es que aquí como lamentablemente la persona falleció, todos los efectos claramente se agravan. La familia sufre mucho más.

Pero que el imputado tenga conocimiento de que la víctima tiene una familia solo puede ser relevante en sus justos términos, o sea, en los términos de los hechos por los cuales se lo responsabilizó, por la lesión, no por el fallecimiento de la víctima. Existió en este punto una desmesurada valoración de los agravantes, y ello de alguna manera estuvo motivado por el resultado final que tuvo este hecho, pero que no es de ninguna manera imputable a Agüero.

La jurisprudencia de esta provincia es unánime, en cuanto a que en la tarea de individualización de la pena, los jueces deben partir del mínimo legal. El mínimo



aquí es de un año, y es una persona que no registra antecedentes penales, lo cual fue considerado como una atenuante. Por ello, la imposición de una pena muy cercana a la pedida por los acusadores, que pidieron 4 años y 6 meses de prisión, una pena muy cercana al máximo legal, teniendo en cuenta que estas consecuencias no son jurídicamente imputables a Agüero, dan cuenta de una errónea praxis judicial al momento de la individualización de la pena.

Además de ello, se consideró como un agravante que el Agüero no se haya arrepentido del hecho. En primer término, en el juicio de responsabilidad, la defensa solicitó la absolución. Es un error de los magistrados considerar la falta de arrepentimiento en la etapa de cesura como un hecho que agrave la dosificación de la pena. Primero, porque la persona no tiene obligación de arrepentirse, y segundo, porque era una persona que venía sosteniendo su inocencia. Había pedido en el juicio de responsabilidad que se lo absuelva. Con lo cual, esta valoración que hacen los jueces, en cuanto a que como no se arrepintió, va a ser necesario un mayor tratamiento resocializador, es un argumento incorrecto, y que se contrapone con el principio de no autoincriminación.



No puede pedírsele que se arrepienta de un hecho que sostiene que no cometió. Lo que dicen los jueces es que, durante el juicio de cesura, Agüero hacía alguna mueca o se sonreía, y que por ese motivo no se había arrepentimiento. El motivo por el cual una persona puede hacer una mueca, o se puede sonreír, pueden ser varios. Podrían ser nervios, o una situación de incomodidad emocional, entre otras. Con lo cual, esta situación que advirtieron los jueces, pudo haber tenido explicación en un montón de circunstancias que permiten sostener la arbitrariedad de este argumento de los jueces. Con lo cual esa agravante también debe ser descartada.

En ese contexto, el único atenuante que consideraron los jueces fue la falta de antecedentes. No consideraron atenuantes la edad del imputado, que es una persona joven, ni tampoco la falta de instrucción, con el argumento que no era necesaria una instrucción específica para poder internalizar la norma en punto a la cuestión de las lesiones. Las consideraron situaciones neutras.

La situación familiar de Agüero y su edad, en el marco del mandato constitucional de resocializarlo, tienen un rol importante. La edad de la persona es un elemento a considerar. Agüero es una persona joven, es una



persona que tiene toda su vida por delante, por ende, debió ser considerado como un elemento atenuante.

Por ello, partiendo del mínimo, un año de prisión, considerando estas atenuantes, el principio de intervención mínima del derecho penal, teniendo en cuenta también el estándar establecido por la Corte en el precedente "Squilaro" -ante la posibilidad de penas en suspenso o penas efectivas, deben prevalecer las primeras-, y teniendo en cuenta también la emergencia carcelaria en la que se encuentra la provincia; solicitó se revoque la sentencia de determinación de pena, se imponga al Sr. Agüero una pena de un año de prisión en suspenso, sujeto a una serie de reglas de conducta: que fije un domicilio, que se presente de manera cuatrimestral ante la Dirección de Población Judicializada, que se abstenga del consumo de estupefacientes y del abuso de bebidas alcohólicas, la no comisión de nuevo delito, y la prohibición absoluta de comunicarse o acercarse a los familiares de la víctima.

**b) Acto seguido tomó la palabra la fiscalía, manifestando el Dr. Andrés Azar** que si bien había anunciado que no se opondría a la admisibilidad formal de la impugnación de la defensa, luego de escuchar al Dr. Perazzoli habría de cambiar en parte su temperamento,

porque, a su entender, si bien pueden desistirse o ampliarse argumentos, no pueden invocarse agravios nuevos.

Dijo que el defensor desistió expresamente del primer agravio, y que el segundo, titulado "violación del principio de congruencia" no lo sostuvo en audiencia. Que sí hizo referencia a la interpretación en *malam partem* de vínculos personales, a la falta de arrepentimiento, y a la no consideración de la edad. Pero, en cuanto al daño no existe en el escrito nada que haga referencia a ello. Por lo tanto, el planteo es extemporáneo, es un agravio nuevo. Por lo cual solicitó que se declare inadmisibile.

Subsidiariamente, en caso de no rechazarse por inadmisibile, pidió que no se haga lugar al mismo porque no se tuvo en cuenta la muerte de la víctima para valorar el daño.

Aclaró que no dijo la fiscalía, y tampoco la acusación privada, que la acción de Agüero no fuera la causa de la muerte. Lo que se dijo es que la acción de Agüero no fue la única causa de la muerte, que no se puede determinar cuál de las lesiones causó la muerte. Pero, además, el daño como agravante se refiere obviamente al daño moral que puede causar la muerte de una persona, pero no fue eso lo que se tuvo en cuenta, sino el perjuicio económico que tuvo en la familia la muerte de Elías Canales. Porque el daño también



es extensivo a terceros, y allí se centró el razonamiento del tribunal para tener al daño como un agravante.

En cuanto al agravio dirigido a los vínculos personales, también solicitó que sea declarado inadmisibles, porque si bien se mencionaba en el escrito, en audiencia introdujo un nuevo agravio, manteniendo solamente el título de "vínculos personales". En el escrito recursivo habla de la interpretación *in malam partem* de los vínculos personales del art. 41 del CP. Ahora el defensor critica que se haya tenido en consideración la relación entre víctima y autor del delito, la relación interpersonal entre ambos. Acá había una relación previa entre ambos, se conocían, habían sido vecinos, la hermana de la víctima era pareja del hermano del imputado, así que eran concuñados, no era un intruso, no se irrumpió sorpresivamente en el lugar. Aquí, dijo, no hubo una crítica sobre este punto, que fue lo que tuvo en cuenta el tribunal, por lo cual, lo sorprende porque no es lo que surge del escrito, salvo el título.

En cuanto al tercer agravio, la "falta de arrepentimiento", solo conserva el título del escrito, pero no es lo que surge del mismo. En el escrito, cuando se critica esta agravante de falta de arrepentimiento, no se refiere a la muerte, o a las lesiones, es otra cuestión



totalmente ajena. Se refiere a una cuestión acaecida en la audiencia de interposición de la pena, cuando el imputado se reía de la mamá de la víctima, no fue una mueca solamente, no fue una sonrisa solamente, sino que no contento con ello le dijo a la cara, y lo escucharon los tres jueces, "deberías haber enseñado respeto a tu hijo". La resolución explica por qué tuvo en cuenta esa agravante. Y esto no fue puesto en crisis ahora por la defensa. Esa situación se dio cuando terminaba el juicio de responsabilidad y se lo trató en la audiencia de cesura.

Se cuenta con el testimonio de Yésica Jiménez, que explicó eso, también con el testimonio de Canales Jiménez. Y tal es así que los jueces, al momento de valorar este punto, manifiestan que la madre lloraba y el imputado se reía, hecho por el cual una de las co-defensoras le tuvo que llamar la atención.

Por lo tanto, como eso no fue criticado en el escrito, solicitó sea declarado inadmisibile. Y en su caso, si se admite, sea rechazado.

Con la edad, dijo, sucede lo mismo. En el escrito recursivo crítica el tema de la edad, pero no se refiere a lo que manifiesta en audiencia el defensor.

La edad no se tuvo en cuenta ni como agravante ni como atenuante. La defensa había peticionado



que sea tenido en cuenta como atenuante. La fiscalía y la acusación privada, habían solicitado que no se tenga en cuenta la edad como atenuante ni tampoco como agravante, y se explicó que se señala una etapa de la vida de la persona que cometió el delito, pero que por sí solo eso no atenúa; que tendría que ir acompañada de algún informe o de algún estudio que sea útil y conducente para poder apreciarlo de la forma que se pretende. Y eso fue receptado por el tribunal.

Por todo ello, solicitó que se confirme la resolución del tribunal de juicio en relación a la determinación de la pena, debiendo declararse extemporáneos todos los agravios, o, en su caso, rechazándolos.

**c) A continuación tomó la palabra el letrado patrocinante de la querella, el Dr. Alfredo Cury,** quien dijo que adhería a lo manifestado por el MPF. Agregó que la defensa no pudo demostrar la desproporcionalidad de la pena, que es lo que se está analizando, o sea, si los agravantes y atenuantes considerados se ajustan al principio de culpabilidad. Solicitó que se confirme la pena impuesta por el tribunal de juicio.

**d) Acto seguido se le preguntó a la Defensa si quería hacer uso de la última palabra,** manifestando el



Sr. Defensor que, a diferencia de lo interpretado por los acusadores, los puntos desarrollados fueron expresamente introducidos, de manera más escueta, en el escrito recursivo.

En cuanto a que en el escrito no se hizo referencia a que el agravio iba dirigido a que se considere la muerte de la víctima, y no su lesión, leyó la p. 5 del escrito, en donde hace referencia a la valoración de las consecuencias del deceso de la víctima. No habiendo sido el encartado condenado por homicidio, sino por lesiones, colisiona con el principio de congruencia; que es lo que se expuso en esta instancia. El perjuicio económico lo causa la muerte, no las lesiones. Entonces, ese perjuicio económico que se consideró, claramente obedece a un hecho, muerte, que no es atribuible al imputado.

Dijo que lo mismo respecto de los vínculos personales, lo cual se desarrolla en p. 7 del escrito. Expresamente, con una cita de la Dra. Ziffer, habla el anterior defensor, que es un sinsentido interpretar que la norma se refiere a la existencia de alguna cercanía interpersonal entre el imputado y la víctima, pues cuando la voluntad del legislador fue agravar por parentesco o por la cercanía un tipo penal, previó figuras agravadas específicas.



Respecto de la falta de arrepentimiento, se encuentra expresamente en el escrito de impugnación, en la p. 8, en la cual no solamente se cuestiona por la orfandad probatoria de esas risas (dice que no hay más prueba que la mera declaración de la familia de la víctima), sino también, en su caso, qué pudo haberlas motivado, pudiendo fácilmente ser producto de los nervios.

Y respecto de la edad de Agüero, también fue sostenido por el anterior defensor en su escrito, en la anteúltima hoja, a la cual se remitió.

Tanto la edad, como la poca instrucción, fue lo que el tribunal de juicio consideró como circunstancias neutras. Con lo cual, todo lo que se desarrolló fueron puntos que estaban en el escrito, y de ninguna manera sorprenden a los acusadores.

**e) Luego la víctima solicitó ser oída, por lo cual se le cedió la palabra. En dicha oportunidad la Sra. Yésica Jiménez** dijo que para ella no fue un accidente, fue un asesinato. Que en su momento el Dr. Yancarelli tuvo en cuenta el acta de defunción de Elías, que dice triple fractura de cráneo. Dijo que Elías también tenía una vida por delante, tenía 23 años, era petrolero, si bien a veces recaía, pagaba con su plata. Y que no le cambia nada el tema



de la plata, porque ella también es empleada, y su hija terminó su carrera. Y que si bien el motivo fue dos bolsas de cocaína que esta persona le debía, él fue a comprar y tenía plata en su tarjeta. En cuanto al arrepentimiento dijo que, si para ellos fue un accidente, por qué se reía y decía esas cosas, y que sigue recibiendo agravios de su familia. Dijo que se le otorgó la prisión domiciliaria, y luego hubo un montón de allanamientos, en domicilios en donde siempre se encontró cocaína. No hubo arrepentimiento porque hasta hace poco, dijo, le mandaron un video de la tumba de su hijo orinando. Entonces ya no es justicia, ya es piedad. Dijo que quiere poder llevar a su hija a la plaza. Que han ido a tirotear su casa.

**f) Con posterioridad se le preguntó al imputado Fernando Emanuel Agüero si quería hacer alguna manifestación, ejerciendo su derecho a ser oído, o bien, que podría guardar silencio;** momento en el cual dijo que, en cuanto a lo que dice la señora (refiriéndose a la querellante), es todo lo contrario, porque es "su hijo el que está ahí, están las denuncias cuando le pegan a mi sobrina", en un balneario, y "le pega a la hija que dice que quiere sacar a la plaza, la manda con un palo a pegarle en pleno centro".



VI.- Acto seguido esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial pasó a deliberar, en cumplimiento con lo dispuesto por los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo. Luego, se convino entre los miembros de esta Sala, el siguiente orden de votación: en primer término el Juez Dr. NAZARENO EULOGIO, luego el Juez Dr. ANDRÉS REPETTO y, finalmente, la Jueza Dra. PATRICIA LUPICA CRISTO.

A los fines de resolver, se pusieron en consideración las siguientes cuestiones: I.- ¿Son formalmente admisibles las impugnaciones interpuestas por Querella, Fiscalía y Defensa? Luego, en caso de ser declaradas admisibles algunas o todas las impugnaciones: II.- ¿Qué solución corresponde adoptar? Y, por último, III.- ¿Quién debe cargar con las costas?

**VOTACIÓN:**

I.- A la primera cuestión el Juez Dr. NAZARENO EULOGIO dijo:

1) Análisis de admisibilidad de las impugnaciones de la Querella y la Fiscalía:

Las impugnaciones deducidas por la querella y la fiscalía, fueron interpuestas en tiempo y forma. El escollo formal se presenta, en el caso, por los propios



límites que el legislador neuquino ha instaurado en cuanto a la impugnabilidad subjetiva, tanto de la fiscalía como de la querrela, en los arts. 240 y 241 del CPP.

Ante la disposición expresa del legislador local, que impide sean impugnadas las condenas cuando en ellas no se haya impuesto una pena inferior a la mitad de la pretendida por esas partes acusadoras; la querrela y la fiscalía ensayaron dos caminos diferentes, tendientes, ambos, a que se considere superado este escollo formal: la querrela intentando hacer ver como cumplido ese requisito mediante un cambio de postura en audiencia, y a la vez enunciando que la querrela igualmente tiene derecho a un "recurso amplio"; y, la fiscalía, a través de un pedido de inconstitucionalidad del art. 241 inc. 3ro.

Respecto de la admisibilidad del recurso de la querrela, lo primero que debe decirse es que dicha parte intentó cambiar la pretensión punitiva que tenía para el caso concreto.

Así vemos como en el juicio de pena solicitó cuatro años de prisión (bien que con otra calificación legal que la primigeniamente pretendida), luego, en su escrito de impugnación (en donde pide el cambio de calificación legal de lesiones graves a homicidio en grado de tentativa) pidió se asuma competencia positiva y se condene a ocho años de



prisión; y en audiencia ante esta Sala del TIP volvió a incrementar el monto de pena pretendido, hasta llegar a la cifra de entre ocho años y seis meses, y nueve años de prisión (no dijo un monto preciso, como luego se transcribirá).

Si bien la primera mutación de pretensión punitiva podría tener alguna fundamentación atendible (más allá de la unidad del juicio, al término de la primera fase del debate el tribunal calificó el hecho con una figura penal que prevé una escala muy inferior a la de homicidio simple, figura que pedía en ese momento la querella); esa mutación no fue siquiera abordada en la cesura -para justificar su petición de pena menor-, ni explicada ante esta Sala.

Pero, lo que resulta más llamativo aún, es que luego de materializar en su escrito de impugnación una pretensión de pena de ocho años de prisión, solicite, en el curso de la audiencia, un monto aún mayor.

Resulta útil aquí transcribir lo que solicitó la querella en su escrito de impugnación, más precisamente en el punto "5" de su petitorio final: "Se haga lugar en todo a la presente impugnación ordinaria, y el tribunal de impugnación tome competencia positiva y declare



a Fernando Emanuel Agüero responsable por el delito de homicidio en grado de tentativa a la pena de ocho años de prisión efectiva”.

Como se advierte de su propio escrito, solicita que este Tribunal de Impugnación recalifique el hecho juzgado por el cual se condenó a Agüero Fernando Emanuel, y, en el mismo acto, se le aplique la pena de ocho años de prisión. Pena, esta, que no es superior al doble de la efectivamente impuesta en la sentencia impugnada (recordar aquí que a Agüero se le impuso una pena de cuatro años de prisión).

Con posterioridad, la querella, ante un pedido de precisión concreto de esta Sala, arguyó que, en su caso -si se reenviaba el legajo a una nueva cesura-, “pediría un poco más, tal vez pediría ocho años y seis meses, o nueve años<sup>1</sup>”.

Ante tal manifestación se procedió desde esta Sala a pedirle una nueva precisión, esta vez confrontándolo con su propio escrito, y en ese momento el representante de la querella adujo un error al momento de redactarse el mismo, ya que, de ser de esa manera, dijo, hubiese pedido que esta Sala asuma competencia positiva y

---

<sup>1</sup> Cfr. videograbación de audiencia ante esta Sala del TIP, 04-07-2024, a partir de hora 10.08.38.



dicte una pena<sup>2</sup>. Pero tampoco advirtió que fue precisamente eso lo que pidió en su escrito: que se asuma competencia positiva, se recalifique el hecho, y se condena al imputado a ocho años de prisión.

En resumidas cuentas, si bien entiendo que es factible que una parte amplíe fundamentos -art. 245 del CPP-, no se encuentra habilitada a cambiar de petición, menos aun cuando dicha pretensión punitiva resulta de significativa importancia para el análisis de la admisibilidad de su impugnación.

Por último, la querella deslizó que poseería un presunto derecho a una revisión amplia de la condena, sin mayor explicación sobre el punto. O sea, un derecho que iría en contra de lo normado en el código procesal. Si bien la afirmación fue desprovista de todo argumento, y por ello, vuelve insuficiente su planteo; más adelante, al tratar la admisibilidad del recurso de la fiscalía, daré detalles de por qué entiendo que el derecho a la doble instancia no es un derecho constitucional de los acusadores, sino que lo es propiamente del imputado. Ello, más allá de que tal derecho -no ya de raigambre constitucional-, pueda ser ampliado por los códigos procesales a otros actores del proceso.

---

<sup>2</sup> Cfr. videograbación de audiencia ante esta Sala del TIP, 04-07-2024, a partir de hora 10.10.31.



Por lo hasta aquí expuesto, el recurso de la querrela debe ser declarado inadmisibile.

Respecto del recurso de la fiscalía, se advierte que dicha parte no solicitó la asunción de competencia positiva y la fijación de una pena en esta instancia. Por lo cual, no tenemos, a través de su intervención en esta instancia, un indicio o parámetro de cuál sería su pretensión punitiva en caso de reenviarse el legajo a un nuevo juicio de pena. Sí sabemos lo que solicitó en el juicio de cesura ya realizado: solicitó, una vez condenado Agüero por una calificación legal menor a la pretendida, la pena de cuatro años de prisión.

La fiscalía no argumentó en esta instancia - ni tampoco se mencionó que lo haya hecho en el juicio de segunda fase-, que su petición de pena estuvo condicionada por la calificación legal que los jueces del juicio fijaron -por mayoría- en la primera fase del debate, esto es, por el delito de lesiones graves (delito que prevé una escala de uno a seis años de prisión); cuando dicha parte pretendió la de homicidio simple en grado de tentativa. Argumento que podría tener algún asidero si fuera acompañado -por lo menos- de una fundamentación suficiente en esta instancia en cuanto a por qué habría de solicitarse, en caso de acogerse la calificación propuesta en juicio por esa parte, una pena



superior al doble de la impuesta (o sea, una pena superior al mínimo del delito de homicidio consumado). Argumentación imprescindible si se quiere trasvasar el límite impuesto por la norma para la admisibilidad del recurso de la fiscalía.

Pero, lejos de ello, la fiscalía optó por invocar la inconstitucionalidad de la norma -art. 241 inc. 3-, y la pretendida afectación de la tutela judicial efectiva.

Sabido es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, y, como dice la CSJN, debe ser considerada la *ultima ratio* del orden jurídico, y debe recurrirse a ella solo cuando una estricta necesidad lo requiera, y la aplicación de su precepto conduzca indefectiblemente a conculcar el derecho constitucional invocado<sup>3</sup>.

También ha afirmado nuestra CSJN que no cabe efectuarla (la declaración de inconstitucionalidad) sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de

---

<sup>3</sup> CSJN, Fallos 342:697, 342:685



manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico<sup>4</sup>.

Hecha esta breve referencia a la firme e invariable doctrina de nuestra CSJN en cuanto a la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, analizando ya el supuesto presentado por la fiscalía, no se advierte en absoluto que el art. 241 del CPP local, colisione con la garantía constitucional invocada: la tutela judicial efectiva.

La propia fiscalía ha citado jurisprudencia de nuestro Címero Tribunal Nacional que, lejos de sindicar una violación de garantías constitucionales, avala las limitaciones recursivas que los digestos locales han impuesto a las partes acusadoras para impugnar sentencias adversas a sus pretensiones.

Me refiero expresamente al precedente "Arce"<sup>5</sup>, en donde la CSJN, en un caso con particulares similitudes con el aquí tratado, luego de realizar un repaso de lo reglado en la CADH, en su art. 8.2.h, y de lo dispuesto por el PIDCyP, en su art. 14 inc. 5; afirma que "de la conjunción de ambas normas surge que la garantía del

---

<sup>4</sup> CSJN, Fallos 341:1768

<sup>5</sup> CSJN, Fallos 320:2145



derecho a recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado”.

Más adelante afirma la CSJN que: “Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho”.

Como antes mencionaba, el derecho al doble conforme fue instituido en beneficio del imputado (“toda persona inculpada de un delito” dice el art. 8.2.h de la CADH, y “toda persona declarada culpable de un delito” dice el art. 14.5 del PIDCyP); por lo cual, no se corrobora vulneración posible de una garantía constitucional que no lo ampara, por la imposibilidad de recurrir en virtud de lo previsto en el art. 241 inc. 3ro. del CPP.

Por lo demás, queda en evidencia que la fiscalía, a sabiendas de la debilidad de su planteo, no se apoya en supuestas vulneraciones de sus facultades constitucionalmente otorgadas (porque a todas luces tuvo oportunidad de promover la actuación de la justicia en defensa del interés general de la sociedad, art. 120 CN); sino que, en cambio, intentó hacer ver una vulneración en



los derechos constitucionales de la víctima, ya que, desde su punto de vista, si se le impedía impugnar al acusador público, la víctima no podría petitionar una pena superior al doble que la aplicada, no se le garantizaría su acceso a la justicia, y tampoco el derecho a que sea escuchada en esta instancia.

Pero de lo hasta aquí narrado, no solo se advierte que la víctima, constituida en querellante, ha tenido oportunidad de ejercer dichas facultades adecuadamente tanto en el juicio como ante esta Sala, sino que además fue doblemente escuchada -a través de su representante legal, y posteriormente al tomar ella misma la palabra-.

Si bien no se planteó con claridad, la exposición de la fiscalía parece poner en pie de igualdad el derecho al recurso del imputado y de la víctima -como intentando mostrar una afectación al derecho a la igualdad, art. 16 CN-, cuando claramente ello no resulta constitucionalmente así (como antes se indicó); pero además, pasa por alto que la propia víctima tuvo oportunidad de pedir más del doble de la pena, para habilitar adecuadamente esta instancia, y no lo hizo.

Por lo cual, la aplicación del art. 241 inc. 3ro. del CPP, lejos está de vulnerar los derechos de la

víctima como pretende el MPF, y, por ende, la declaración de inconstitucionalidad debe ser rechazada. No existe colisión entre la garantía constitucional invocada, y la norma de menor jerarquía.

En consecuencia, y en fiel observancia del principio de taxatividad de los recursos, debe señalarse que la impugnación del MPF no supera el límite impuesto por el art. 241 inc. 3ro. del CPP.

Por todo lo dicho, tanto en cuanto al recurso de la querrela, como al de la fiscalía, no corresponde ni siquiera pasar a analizar la pretendida arbitrariedad o absurdidad de la sentencia (como otro requisito del juicio sobre la admisibilidad de los recursos); toda vez que no se ha superado siquiera este valladar legal; debiendo declararse su inadmisibilidad.

## **2) Análisis de admisibilidad de la impugnación de la Defensa:**

Por otra parte, en lo que respecta a la admisibilidad de la impugnación presentada por la defensa, se advierte que la vía recursiva intentada satisface exigencias de impugnabilidad, tanto en su faz objetiva como subjetiva, revistiendo el pronunciamiento censurado carácter de definitivo, pues pone fin al caso judicial,



imponiéndosele, luego de declararse la responsabilidad del imputado, una pena de cumplimiento efectivo -Cfr. arts. 227, 233, 236, 239 y 242 del CPP-.

La única crítica que se ha realizado a la admisibilidad de la impugnación de la defensa, vino por parte de la fiscalía, quien dijo que los agravios expresados ante esta Sala del TIP, diferían de los enunciados en el escrito recursivo.

Luego de un confronte exhaustivo entre los agravios explicitados en audiencia, y los enunciados en el escrito, puedo concluir que tal afirmación no tiene real asidero. Lo único que se ha constatado, en algunos casos particulares, fue una ampliación de fundamentos, ampliación que se encuentra normativamente prevista -art. 245 del CPP-. Más no se ha corroborado la invocación de nuevos motivos de agravios, que puedan sorprender a las contrapartes.

Por lo hasta aquí expuesto, debe, entonces, ser declarada formalmente admisible la impugnación de la defensa. Mi voto.

**El Juez Dr. ANDRÉS REPETTO, expresó:** Por compartir los argumentos esgrimidos por el Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

**La Jueza Dra. PATRICIA LUPICA CRISTO, manifestó:** voto esta primera cuestión en igual sentido que



el colega preopinante, por compartir sus fundamentos, sólo me permito agregar en punto a la inadmisibilidad del recurso de las partes acusadoras, que en lo que aquí interesa, el Código Procesal Penal neuquino es claro cuando estipula tanto en el art. 240 -legitimación activa de la querella- como en el art. 241 -legitimación activa de la fiscalía-, señalando que éstas podrán impugnar la sentencia condenatoria cuando la pena aplicada fuere inferior a la mitad de la pena pretendida. Consecuentemente, toda vez que el juicio se integra con dos fases, de responsabilidad y de determinación de pena tanto el Ministerio Público Fiscal como la querella particular concretaron su pretensión punitiva en cuatro años de pena de prisión. Razón por la cual concluyo de forma nítida que las acusadoras no cuentan con legitimación activa para impugnar en virtud a la voluntad expresamente consagrada por el legislador a nivel local. En este sentido en el precedente "Leiba D. s/ Abuso Sexual", Legajo Nro.18.948/2020. Sentencia n° 14/2022, el Tribunal de Impugnación, con el voto inicial del Dr. Trincheri, destacó: "... debe tenerse en cuenta la unidad del juicio, instancia donde, debido a la importancia del monto punitivo a imponer, el legislador fijó una audiencia posterior donde exclusivamente se trate y litigue el punto.



El juicio es uno, comienza con el inicio del debate sobre la responsabilidad penal del imputado y culmina cuando eventualmente declarada la culpabilidad- el Tribunal impone la correspondiente pena, no obstante que la audiencia de cesura se realice en tiempo pretérito respecto a lo anterior...” En sintonía con el citado precedente, la Resolución Interlocutoria N° 128, del Tribunal Superior de Justicia, del 5 de diciembre de 2018 en Legajo: MPFNQ 102993/2018 “COMISARÍA 12 s/ INVESTIGACIÓN HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA” dijo “...frente a la alegada falta de razonabilidad en la decisión del a-quo, se debe recordar una vez más que la parte querellante, si entendía que tenía razones para exponer una pretensión punitiva mayor (conforme a su teoría del caso), podría haber intentado exponerlas y desarrollar los motivos por los cuales se debía ampliar el campo de discusión a este respecto; sin embargo, se reservó tal facultad y conformó su pedido en base a una figura legal de menor intensidad, tal como vino establecida por dicho Tribunal de Juicio...”. En el referido precedente, la parte querellante al momento de los alegatos finales solicitó al tribunal de juicio la condena por homicidio en grado de tentativa y el tribunal de juicio condenó por lesiones graves. En la cesura, dicha parte dijo que a pesar de sostener su postura sobre la calificación legal pedía pena



conforme lo decidido por el Tribunal, cuando disconforme con el monto impuesto (el tribunal de juicio le impuso la mitad de lo que pretendía) recurrió ante el Tribunal de Impugnación, allí se declaró la inadmisibilidad y al recurrir al Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal señaló que nada le impedía realizar su pretensión punitiva conforme la tipificación que postulaba en el juicio, lo cual hubiera permitido al Tribunal de Impugnación conocer su postura en la materia y merituar el límite del art. 240 CPP. Es por ello que en el caso que nos ocupa y conforme los precedentes citados me permito agregar que queda evidenciado que las acusadoras (Fiscalía y querrela) en su pretensión punitiva sólo solicitaron una la imposición de pena cuyo guarismo no permite ahora habilitar la impugnación deducida contra la sentencia condenatoria.

**II.- A la segunda cuestión el Juez Dr.**

**NAZARENO EULOGIO dijo:**

Tal como ha sostenido este Tribunal Provincial en reiterados pronunciamientos, corresponde destacar que no es función de los jueces de Impugnación coincidir o no con los argumentos expuestos por los jueces de grado, sino verificar que su sentencia se encuentre debidamente fundada, en concordancia con los hechos



acreditados, en función de la prueba producida, y cumpliendo acabadamente con la ley aplicable al caso<sup>6</sup>.

Asimismo corresponde destacar que la doctrina ha sostenido que "...el recurso debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta, (...) el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios...<sup>7</sup>".

Antes de analizar los agravios planteados por la defensa, por una cuestión de orden metodológico, conviene, primero, transcribir los hechos materia de acusación en el juicio de responsabilidad: "El día domingo 24 de octubre del año 2021, Elías Jiménez Canales, de 23 años de edad, a la tarde concurrió al domicilio sito en Manzana ..., Lote ..., del Barrio ... ..., de la ciudad de Plottier, una vivienda en la cual residía el imputado, Fernando Emanuel Agüero. Fue, a fin de adquirir estupefacientes. Elías no tenía dinero para comprar y pidió si le podían fiar, lo cual no fue aceptado por las personas que habitaban dicha vivienda. En ese momento, Elías estaba

<sup>6</sup> Cfr. TIP, Sentencia 50/2021, "Chirino – Arancibia s/Robo con armas", Leg. 167.211/2020, p. 18; Sentencia 56/2023, "Bustamante, Evaristo del Rosario s/Homicidio Simple", Leg. 39.025/2022, p. 34; entre muchos otros.

<sup>7</sup> DE LA RÚA, Fernando, La Casación Penal, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, p. 224.



en el patio delantero, dentro de la vivienda, llegó el hermano de Elías, F. J. C... Llegó en una motocicleta 110cc, marca Honda Wave. Y comenzó una discusión entre los hermanos, Elías y F.. Es allí, mientras estaban discutiendo, que ya alrededor de las 18:45 horas, sale el imputado de adentro del domicilio, con una pala en su mano y sin mediar palabra alguna, golpeó a Elías en su cabeza. Y le propinó, al menos tres golpes, lo que provocó que incluso se rompiera la pala. Obviamente esto provocó que Elías se desvaneciera un poco, que trastabillara. Y ahí es cuando su hermano F. lo auxilió, los sacó del sector, para la vereda, mientras que el imputado pretendía seguir agrediéndolo, continuar con su agresión, ya ahí con el mango de la pala (con lo que le había quedado). Sin perjuicio que lo sacó F., tuvieron una discusión entre Elías y F. por la moto en la que había llegado F.. Y ambos se trasladaron en la moto. Se suben y a los pocos metros se pierde el control del rodado, F. cae. Y en ese momento F. agrede a Elías también. Lo agrede en la cabeza. Pese a las agresiones, Elías pudo volver a incorporarse, pudo volver a subir a la moto, esta vez solo, y se retiró. A las 2 o 3 cuadras perdió definitivamente el conocimiento, cayó y volvió a golpearse la cabeza. De manera

inmediata fue llevado al hospital de Plottier. Atento a la gravedad que tenía, lo trasladaron al hospital Castro Rendón. Y lo cierto es que al día siguiente, el 25 de octubre, fallece debido al conjunto de lesiones sufridas en su cráneo”.

“Sin perjuicio de ello, quedó establecido en la autopsia que, como consecuencia de los golpes efectuados por el imputado con la pala, sufrió fracturas de cráneo en la región del temporal derecho, en región parietal izquierda y en peñasco derecho. Esto provocó un traumatismo craneoencefálico grave. Falleció al día siguiente, el 25 de octubre”.

La calificación jurídica que propició la querrela en su alegato final fue la de homicidio simple, la fiscalía solicitó que se lo condene por el delito de homicidio en grado de tentativa (en atención a que el resultado final no puede atribuírsele en solitario a la actuación del imputado, por haber ocurrido hechos posteriores a su accionar); y la defensa solicitó la absolución del imputado.

El Tribunal de Juicio, por mayoría, entendió que debía ser condenado por el delito de lesiones graves (art. 90 del CP), por no haberse probado adecuadamente, y más allá de toda duda razonable, el dolo requerido por la



figura pretendida por la fiscalía. Se podrá apreciar más adelante la utilidad de realizar esta reseña.

En el juicio de determinación de pena se le impuso a Agüero la pena de cuatro años de prisión. Contra dicha mensuración dirigió la defensa su impugnación, basándose en cuatro agravios (un quinto agravio fue debidamente desistido en audiencia) que a continuación se analizarán.

**1) Arbitrariedad al ponderar las consecuencias disvaliosas derivadas de la muerte de la víctima, en su familia.**

La defensa criticó que el tribunal de juicio haya considerado como circunstancia agravante las consecuencias disvaliosas que trajo en la familia de la víctima, el deceso del Sr. Elías Canales Jiménez; ya que el delito por el cual se lo condenó es el de lesiones graves, y no el de homicidio. Dijo que el tribunal consideró acreditado el conocimiento previo que había entre las familias (de víctima e imputado), dando por hecho que sabía fehacientemente el daño que estaba ocasionando. Esto, dijo la defensa, vuelve a desconocer el delito que en definitiva se le endilgó a Agüero.



Pues bien, habiendo examinado en detalle la sentencia que se critica, el agravio expuesto por la defensa efectivamente se constata, toda vez que la sentencia de pena adjudica las consecuencias dañosas de la muerte de Elías Canales Jiménez -enunciadas como la pérdida del apoyo moral y económico a su madre y hermanos- en forma exclusiva al imputado, cuando, del voto mayoritario de la sentencia de responsabilidad, surge que hubo hechos posteriores que impedían atribuir el resultado muerte a Agüero (habiendo desarrollado los jueces el instituto de la prohibición de regreso). Y, por sobre todo, porque los jueces que conformaron la mayoría no tuvieron por acreditado el dolo homicida. El delito endilgado a Agüero fue el de lesiones graves, lesiones que produjeron un riesgo para la vida de Agüero, pero que de recibir atención adecuada, no desembocaría en su muerte<sup>8</sup>.

Por lo cual, pretender adjudicarle ahora al imputado las consecuencias de algo que estuvo fuera de su conocimiento y voluntad, -según afirmaron los jueces de la mayoría en la etapa anterior, al analizar el elemento subjetivo de la acción desplegada por Agüero-; resulta contradictorio.

---

<sup>8</sup> Cfr. Sentencia de Responsabilidad, p. 98.



La contradicción se hace más evidente cuando, en apoyo de su postura, el tribunal cita el precedente "Rocco"<sup>9</sup> del TSJ, caso en donde se trataba justamente la extensión del daño en un homicidio, y en donde se tenía por justificada la agravante en el conocimiento previo que tenía, el imputado, de la familia del occiso, por lo cual sabía el grave daño que estaba causando al perpetrar el delito. Caso judicial que no presenta similitud con el aquí juzgado, toda vez que, los jueces de la mayoría solo le adjudicaron la comisión de lesiones graves. En todo caso debieron limitarse a las hipotéticas consecuencias de esas lesiones, razonamiento por demás complicado, en este caso particular, por los hechos que se sucedieron inmediatamente después. Ello ni siquiera fue intentado por los sentenciantes, achacándole a Agüero, sin más, las consecuencias del fallecimiento de la víctima.

También cabe señalar que, en otro pasaje de la sentencia, mencionaron que las lesiones causadas por Agüero provocaron un elevado riesgo de muerte en Elías Canales Jiménez. Si bien ello sí puede considerarse -como se lo hizo- al momento de evaluar la naturaleza de la acción, y la violencia desmedida utilizada por el autor de las

---

<sup>9</sup> TSJ, R.I. 44/2021, "Rocco, Héctor Marcelo S/ Homicidio agravado por el uso de arma de fuego", Leg. 147.238/2019, 02-08-2021.



lesiones; no puede derivarse de ese riesgo una previsión sobre las consecuencias de una muerte que no fue buscada por el autor -reitero que ello no lo tuvieron por acreditado los jueces que conformaron la mayoría en la etapa de responsabilidad-.

Resulta también de relevancia recordar que, luego de los golpes propinados violentamente por el imputado con una pala, inmediatamente sucedieron otros dos hechos previos a la muerte de Elías Canales Jiménez: su propio hermano lo golpea con un casco en la cabeza, y, por último, también recibe un impacto en su cabeza al caer de la motocicleta en la cual circulaba -el detalle de los hechos fueron transcritos ut supra-.

También resulta de interés recordar que, según reconocen los jueces, citando a la Dra. Fariña, si se considerasen en forma aislada las lesiones producidas por la pala, de haber recibido tratamiento quirúrgico en tiempo y forma, la víctima hubiese sobrevivido<sup>10</sup>.

Por todo lo cual, las consecuencias morales y patrimoniales que sufrió la familia de la víctima por su deceso, no pueden ser consideradas, en este caso, para agravar la pena.

---

<sup>10</sup> Cfr. Sentencia de Pena, p. 14.

**2) Arbitraria valoración del conocimiento previo que tenía el imputado de la familia de la víctima.**

Lo primero que debo señalar es que la exposición de la defensa en este punto fue un tanto confusa. Se entremezcló la exposición de este agravio, con la del agravio anteriormente tratado.

Aquí la defensa se queja de que los jueces del juicio valoraron, en contra del imputado, el conocimiento que este tenía de la víctima y su familia. Como ya mencioné, ello no puede tenerse en consideración para achacarle un resultado muerte que está por fuera del delito enrostrado. Ahora bien, sí puede considerarse este conocimiento a los fines de ponderar, como lo hicieron los jueces en un apartado anterior, el disvalor de acto.

Repárese en cómo los jueces fundan este punto: primero dan cuenta de los vínculos personales y afectivos que unían a diferentes personas de cada una de las familias, y luego dicen que, estos vínculos "[e]n este caso dan cuenta de una mayor energía delictual puesta de manifiesto por el imputado, que ataca a un conocido, que no irrumpió sorpresivamente en la casa de su ex cuñada, sino que había sido vecino, con quien había compartido comidas y



que en esa oportunidad fue en procura de estupefacientes, que en esa casa había<sup>11</sup>".

Eso es lo que específicamente tienen en cuenta los jueces, el mayor disvalor de acto que surge patente ante la agresión a una persona conocida tanto por él como por su familia, que detentaba cierto trato de amistad. No parece de igual grado el injusto si lo que se juzga es la lesión de un desconocido que ingresa a su casa, que la de una persona con la cual tiene frecuente trato.

Como estos argumentos no fueron debidamente criticados por el impugnante, el agravio debe ser rechazado.

**3) Arbitrariedad en la consideración de la falta de arrepentimiento del imputado.**

Aquí la defensa se agravia de que el tribunal haya considerado como pauta agravante la "falta de arrepentimiento del imputado". Ello, dijo, lo tuvieron por acreditado en base a ciertos gestos y sonrisas dirigidos a la madre de Elías Canales Jiménez, constituida en querellante.

Puesto en la tarea de corroborar cuál fue el fundamento dado por los jueces del juicio a la hora de mensurar la pena en este punto particular, se advierte que efectivamente los jueces tuvieron como factor de agravación

---

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia de Pena, p. 15.



una "falta de arrepentimiento", y con ello, una muestra de mayor necesidad de tratamiento penitenciario.

Lo justificaron de la siguiente forma: "En quinto lugar, los acusadores hicieron mención a la falta de arrepentimiento del imputado, al punto de haber provocado con sonrisas a la madre de la víctima al finalizar el juicio de responsabilidad, intentando justificar su acción, al decirle a la Sra. Jiménez que tendría que haber enseñado respeto a Elías. Sobre la ocurrencia de este suceso, tampoco puesta en crisis por la defensa, se cuenta con el testimonio de la propia Yésica Jiménez y su hija A. C. J.. Hay que agregar que durante la propia audiencia de determinación de pena, la madre de la víctima estaba llorando al declarar y el imputado se sonreía, al punto que debió llamarle la atención una de las codefensoras".

Luego dijeron: "Con esa actitud, se pone en evidencia una falta de arrepentimiento de parte del imputado ya declarado responsable por las lesiones graves, cuya ejecución no fue controvertida (en tanto que en la etapa de responsabilidad el planteo defensivo no se apoyó en la negación de la autoría). Este es un dato a relevar como indicio de que el acusado todavía no ha iniciado un proceso de reflexión sobre los hechos, lo cual hace a que deba



quedar a cuenta del tratamiento penitenciario ese aspecto de la resocialización<sup>12</sup>".

Pues bien, entiendo que la crítica de la defensa tiene fundamento, toda vez que han sopesado en contra del imputado "su falta de arrepentimiento" por un hecho sobre el cual, hasta ese momento, el imputado sostenía que debían absolverlo. Ello, sin lugar a dudas, afecta el derecho a la no autoincriminación, y al estado de inocencia del cual gozaba.

Cierto es que lo que da pie al tribunal para realizar esta evaluación negativa, es la actitud del propio imputado en juicio -que nadie discute-; pero derivar de esa actitud, aunque pueda considerarse irrespetuosa ante el dolor una madre que perdió a un hijo, consecuencias negativas dentro del proceso de mensuración pena, no resulta posible. En todo caso pudo haber sido motivo de alguna intervención del tribunal para que ello no suceda, o no se repita, pero de ninguna forma justifica la sanción al imputado con mayor severidad. Menos aún solicitar de él un arrepentimiento por un hecho penal del cual aún afirmaba su inocencia.

Dicho sea de paso, no matiza el error el hecho de haber sido condenado en la primera fase del juicio,

---

<sup>12</sup> Cfr. Sentencia de Pena, p. 17-18, el subrayado me pertenece.

ya que aún tenía la posibilidad de hacer revisar esa declaración de responsabilidad en las etapas recursivas.

Por último, no quiero dejar pasar la oportunidad de manifestar que, en ciertos casos, la actitud del imputado (pedido de disculpas y reconocimiento de culpabilidad), ha sido considerado una circunstancia atenuante, toda vez que esa postura y actividad del acusado propende a la solución del conflicto primario de forma rápida, y evita la revictimización de las personas afectadas por el delito<sup>13</sup>. Ahora bien, no toda circunstancia atenuante no verificada, se convierte en agravante. En el presente caso, la garantía constitucional de no autoincriminación, y el estado de inocencia, lo impide.

#### **4) Incorrecta ponderación de las circunstancias atenuantes.**

En este punto la defensa criticó que el tribunal solo haya considerado como factor atenuante la ausencia de antecedentes penales condenatorios, descartado otros factores como la edad de Agüero y su nivel de instrucción.

La propia exposición de la defensa presenta un déficit insalvable. Menciona que Agüero es una persona

<sup>13</sup> En el mismo sentido FLEMING, Abel - VIÑALS, Pablo López; Las Penas, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 426 y ss.



joven, y su falta de instrucción como circunstancias relevante para fijar la pena justa; pero no ahonda siquiera en cuál es la edad de Agüero, cómo influiría esta pena de cuatro años de prisión en su proyecto de vida, a qué se refiere con falta de instrucción, cómo debe considerarse esa falta de instrucción a los fines de necesitar menos resocialización intramuros, o bien, cómo esa falta de instrucción influyó negativamente a la hora de cometer el hecho -denotando un injusto de menor entidad-; por poner algunos ejemplos.

En definitiva, no expuso argumentos de peso que hagan advertir, en esta instancia, que la decisión de los jueces presenta algún atisbo de arbitrariedad<sup>14</sup>. Transformándose la crítica de la defensa, en este punto en concreto, en una mera disconformidad con los fundamentos dados por los jueces.

**En definitiva,** habiendo llegado a este punto, y advirtiéndole que la sentencia de determinación de pena debe ser revocada (la defensa lleva razón en dos de las críticas realizadas), cabe preguntarse si debe asumirse competencia positiva por parte de este Tribunal de Impugnación, a los fines de fijar la pena justa, o bien, si

---

<sup>14</sup> Puede corroborarse los fundamentos dados por los jueces a pp. 18-19 de la Sentencia de Pena.



debe reenviarse el caso para que un nuevo tribunal evalúe la pena a imponer.

En este sentido cobra vital importancia lo normado por el art. 246 de nuestro CPP. La regla general que allí se fija, a mi entender, es el reenvío. Pero dicha regla a su vez presenta ciertas excepciones previstas por la misma norma. Entiendo que el presente caso, al tratarse de la revocación de una determinación de pena, es uno de aquellos supuestos en los que corresponde excepcionalmente ejercer competencia positiva (tal como solicitó la defensa).

Puesto entonces en la tarea de determinar las consecuencias jurídicas de la sentencia de responsabilidad dictada por el tribunal de juicio, la cual ha quedado indemne, habré de partir del mínimo legal de la escala respectiva, esto es, el monto de un (1) año de prisión. El monto máximo de pena que se puede aplicar en este caso es el monto de cuatro (4) años de prisión, ya que es la pena aplicada por el tribunal de juicio, y monto que no podría superarse por la prohibición de *reformatio in peius*.

No habré de repetir los argumentos utilizados por los magistrados firmantes de la sentencia de determinación de pena, en cuanto a las circunstancias



agravantes y atenuantes que han quedado indemnes; sentencia a la cual me remito, ya que se propone la revocación parcial de dicha sentencia, y solo en cuanto a los dos agravios constatados.

Con el único fin de hacer comprensible esta resolución, habré de decir que las circunstancias agravantes y atenuantes a las que me refiero (algunas de las cuales ni siquiera han sido mencionadas por la defensa en esta instancia), son las siguientes: Como agravantes, 1) Naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, 2) Conocimiento previo entre el imputado y la víctima como factor que incrementa el disvalor de acto, 3) Conducta del imputado antes y después de la comisión del hecho, 4) Inexistencia de motivos para delinquir. Como circunstancia atenuante se ponderó: 5) Ausencia de antecedentes condenatorios previos.

Reafirmo en este punto las consideraciones realizadas al momento de resolver los dos únicos agravios a los cuales habrá, en definitiva, de hacerse lugar (no pueden considerarse en este caso ni la extensión del daño causado, ni la falta de arrepentimiento).

Por todo ello, del juego armónico de las mencionadas circunstancias agravantes, y la atenuante descrita; a la luz de los principios rectores de nuestra



tarea (culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas, resocialización); entiendo que la pena de tres (3) años y ocho (8) meses de prisión, es una pena justa y adecuada para el caso concreto, y que le permitirá a Agüero, a su término, regresar al medio libre habiendo podido internalizar el respeto hacia la norma y el respeto hacia los derechos de las demás personas; pudiendo reinsertarse en la sociedad sin utilizar la violencia como forma de relacionarse con los demás.

Como se ve, se ha reducido -aunque solo en cuatro meses-, la pena que en su momento había aplicado el tribunal de juicio. Esto tiene plena justificación en el caso en concreto; ya que las agravantes que se han descartado son de muy inferior entidad que las que quedaron en pie; y no se sumó ninguna atenuante a la primigeniamente considerada.

El solo repaso de la primera circunstancia agravante -que por cierto no fue criticada por la defensa-, puede dar la pauta de su mayor intensidad e influencia en esta mensuración de pena: la naturaleza de la acción en este caso en concreto significó una brutal agresión por parte del imputado hacia la víctima, agrediéndolo desde atrás, con un elemento contundente (una pala), golpeándolo repetidamente



en la cabeza. Es difícil imaginar un delito de lesiones graves que implique mayor nivel de violencia y repetición en la puesta en acto. Además, ocasionó un elevado riesgo de muerte. Por ello, hizo referencia el tribunal de juicio, a este "plus de gravedad" que se constata en el caso. Ello me lleva, partiendo del mínimo, a ubicar el hecho por sobre la línea media de la escala penal en abstracto.

Si a ello se le adicionan las otras tres circunstancias agravantes, y luego se atempera la pena con la única atenuante comprobada; la pena de tres años y ocho meses de prisión, resulta ser una pena adecuada y justa.

Deviene abstracto entonces el pedido de la defensa, en cuanto a que se aplique el precedente "Squilaro"<sup>15</sup> de la CSJN, toda vez que, por ser el monto de pena previamente fijado, superior a los tres años de prisión, el mismo tiene que ser, indefectiblemente, de cumplimiento efectivo -art. 26 CP, contrario sensu-.

En síntesis, propongo que se revoque parcialmente la sentencia de determinación de pena, acto seguido, se asuma competencia positiva y se imponga al imputado Agüero la pena de tres (3) años y ocho (8) meses de prisión de efectivo cumplimiento, más las accesorias legales

---

<sup>15</sup> CSJN, Fallos 329:3006.



-art. 12 del CP- y las costas del proceso -art.268 y 270 del CPP-.

Mi voto.

**El Juez Dr. ANDRÉS REPETTO, expresó:**

Comparto las razones y la resolución que propone el Sr. Vocal preopinante a esta cuestión.

**La Jueza Dra. PATRICIA LUPICA CRISTO,**

**manifestó:** Adhiero plenamente a los argumentos expuestos por el Dr. Nazareno Eulogio, por ser fruto de lo deliberado previamente.

**III.- A la tercera cuestión el Juez NAZARENO**

**EULOGIO, dijo:** Atento el resultado al que se ha arribado, corresponde que las partes vencidas -MPF y querella- sean eximidas totalmente de las costas derivadas de la tramitación de este recurso -art. 268 y 270 del CPPN-; la fiscalía, para no afectar el desempeño de su función<sup>16</sup>; y a la querella, por tratarse de una cuestión novedosa.

Mi voto.

**El Juez Dr. ANDRÉS REPETTO, manifestó:** Por

compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

<sup>16</sup> Tal como lo sostuvo nuestro TSJ, RI 52/2015, "Castillo, Matías – Rodríguez, José Luis s/Homicidio", Leg. 33/2015, 9-06-2015.



La Jueza Dra. **PATRICIA LUPICA CRISTO**,  
**expresó:** Por compartir lo resuelto en relación a las costas,  
adhiero a los fundamentos expuestos en el primer voto.

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

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR LA INADMISIBILIDAD FORMAL** de la  
impugnación ordinaria deducida por la querrela y la fiscalía  
(arts. 233, 240 y 241 del CPP).

**II.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la  
impugnación ordinaria deducida por la defensa del Sr. AGÜERO  
FERNANDO EMANUEL (arts. 233, 236, 239 y 242 del CPP).

**III.- HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria  
deducida por la Defensa y, en consecuencia, **REVOCAR  
PARCIALMENTE la Sentencia de Determinación de Pena** de fecha  
tres de febrero de dos mil veintitrés, únicamente en cuanto  
al monto de pena allí determinado -art. 246 del CPP-.

**IV.- Ejerciendo competencia positiva,**  
**IMPONER A AGÜERO FERNANDO EMANUEL, DNI ... , la PENA de  
TRES (3) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRISIÓN DE EFECTIVO  
CUMPLIMIENTO, con más las accesorias legales -art. 12 del  
CP-, y las costas del proceso, por haber sido declarado  
autor penalmente responsable del DELITO DE LESIONES GRAVES,  
art. 45 y 90 del CP, art. 246 -in fine- y 270 del CPP.**



V.- Eximir totalmente de la imposición de costas procesales a las partes vencidas por su actuación en esta instancia -Art. 268 y 270 del CPPN-.

VI.- Tener presente la reserva de Caso Federal realizada por la querella y la fiscalía.

VII.- Regístrese y Notifíquese la presente por medio de la Dirección de Asistencia a Impugnación y Coordinación General.

Firmado digitalmente por:  
REPETTO Andrés

Firmado digitalmente por:  
EULOGIO Juan Jose Nazareno

Firmado digitalmente por:  
LUPICA CRISTO Patricia Romina