

ACUERDO N°14/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **LELIA G. MARTÍNEZ y EVALDO D. MOYA,** con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA,** para dictar sentencia en los autos caratulados **"MENDEZ HECTOR DAVID S/HOMICIDIO 'IMPUGNACION EXTRAORDINARIA'"** Expte. Nro. 129-año 2014 del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: **I.-** Que por sentencia Nro. 126/2014, dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los señores Jueces Dres. Florencia Martini, Fernando Zvilling, y Federico Sommer, se resolvió, en lo que aquí interesa: **"...II.- HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida por el impugnante por constatarse el agravio referido a la instrucción (pregunta número 5) revocando en consecuencia la sentencia N° 49/14, datada el 28/08/14, dictada por el Colegio de Jueces de Neuquén en lo que respecta al calificante previsto por el inc. 9° del art. 80 del Código Penal. Consecuentemente condena a Héctor David Méndez, de demás circunstancias personales consignadas en el exordio, como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP). **III.- Reenviar el presente legajo a juicio de cesura** para debatir el monto de la pena a imponer al imputado conforme la escala penal establecida por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.), conforme el trámite previsto por el

art. 178 2do. párr. del C.P.P. (arts. 246 y 247 CPP).-

IV.- SIN COSTAS (art. 268 del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia...".

Cabe aclarar, que la Defensa oportunamente impugnó la sentencia n° 49/2014, del 28 de agosto de 2014, dictada por el Colegio de Jueces de la ciudad de Neuquén, que resolvió declarar a Héctor David Méndez, penalmente responsable del hecho ocurrido el día 22/07/2012, en el que siendo las 2:00 horas de la madrugada y utilizando el arma reglamentaria que el estado provincial le proveyó por su condición de policía, dio muerte a Matías Casas de 19 años de edad, por haber arribado el Jurado Popular a un veredicto de culpabilidad en su contra. Que se calificó legalmente el accionar del imputado Méndez como incurso en el delito de homicidio calificado por haber sido cometido abusando de su función como miembro integrante de las fuerzas de seguridad agravado por el empleo de arma de fuego (arts. 80 inc. 9 y 41 bis del Código Penal); y se le impuso la pena de prisión perpetua, con más las accesorias legales por el plazo de la condena y las costas del proceso (arts. 12 del C.P. y art. 268 y cc. del C.P.P).

En contra de esa sentencia, los señores César Casas y Liliana del Carmen Silva, por la parte querellante, con el patrocinio letrado de los Dres. Ivana Dal Bianco y Mariano Pedrero, dedujeron impugnación extraordinaria.

También interpusieron impugnación extraordinaria en contra de dicha sentencia, el Dr. José

Ignacio Gerez, Fiscal General, juntó con el Dr. Pablo Vignaroli, Fiscal Jefe de la I Circunscripción Judicial.

La Querellante en su escrito de presentación, expresó que la sentencia atacada encuadra en los incisos 1 y 2 del art. 248 del C.P.P.N., porque vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y por resultar una sentencia arbitraria. Que es contraria a la normativa procesal y al modo de enjuiciamiento al modificar la decisión unánime de un jurado popular contrariando el debido proceso, las reglas del proceso adversarial y afectando el derecho a la igualdad, y los principios de contradicción y bilateralidad (art. 18 C.N.), así como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Afirma que la arbitrariedad se da porque mediante una vía que admitiría la revisión de la sentencia (el cuestionamiento de una pregunta de una instrucción al jurado) el Tribunal de Impugnación se arroga la posibilidad de analizar la prueba con que el jurado resolvió la culpabilidad del imputado, actividad que tiene vedada, en tanto el veredicto del jurado y el análisis de la prueba es irrecurrible por esa vía.

Sostiene que dos jueces del Tribunal *a quo* fallan en el caso con su propia interpretación personal y subjetiva del tipo penal de abuso funcional, descartando arbitrariamente otras interpretaciones que se aplican en el caso concreto y, por esta vía, hacen prevalecer una opinión personal para vulnerar y subestimar la soberanía del jurado popular que falló unánimemente de acuerdo a las circunstancias fácticas del caso.

Alega arbitraria y errónea modificación de la calificación legal, al desechar otras interpretaciones (como la que propone su parte), que fue demostrada en el juicio y valorada en el veredicto del jurado.

Sostiene que el fallo no respeta el sistema adversarial porque se introducen cuestiones no planteadas por la Defensa, vulnerando el principio de bilateralidad e igualdad de armas, en tanto que el Defensor en su alegato de clausura solicitó al jurado que dicte un veredicto de no culpabilidad, según su teoría del caso, y contradujo el análisis de la prueba de los acusadores, que demostraron los elementos de hecho de la calificación legal agravada.

Que su parte en el alegato final señaló al jurado cómo consideraba, con la prueba producida en el juicio que Héctor David Méndez fue autor de la muerte dolosa de Matías Casas y tal conducta encuadraba en el homicidio doblemente calificado por haber sido cometido en abuso de la función de policía y por el uso de arma de fuego y con esa teoría del caso, solicitó que se dicte veredicto de culpabilidad. Ante ello, la Defensa alegó y explicó al jurado su interpretación de cuál era la solución al caso y porqué en su opinión, no debía encuadrar en el tipo penal propiciado por las acusadoras. Expuso concretamente las razones por las que entendía que el Jurado Popular debía analizar la prueba de una manera diferente a la propuesta por la acusadora y sus razones para considerar que no se habían demostrado los elementos de la calificación legal de abuso de la función. No planteó otra opción, ni calificación subsidiaria, ni

veredicto alternativo para el caso que el Jurado considerara que el imputado era culpable del hecho, pero no encontrara demostrado el abuso funcional que alegó la Querrela.

Que en la audiencia para las instrucciones, si bien no hubo acuerdo entre las partes sobre la pregunta número cinco, no se propusieron otras hipótesis de figuras atenuadas. Ante la oposición a la pregunta número 5, las partes desarrollaron sus argumentos y la Jueza del caso decidió que la instrucción estaba correctamente dada, en la teoría del caso de la Querrela.

Que el planteo que hace la Defensa en impugnación no lo hizo en la audiencia de las instrucciones al Jurado ni en el alegato final; los planteos alternativos de veredicto o de calificación recién los introduce en el juicio de cesura y en el recurso posterior; es decir, cuando ya estaba dictado el veredicto unánime del Jurado y eso es lo que desestima el *a quo*.

Precisa que su agravio concreto es que el Tribunal de Impugnación hace una modificación del delito por el cual fue condenado el imputado, a partir de hipótesis no planteadas por las partes. Ello vulnera el sistema adversarial, el principio de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas, pues el Tribunal se arroga el poder de reemplazar lo que la defensa no adujo. No están de acuerdo con la resolución de caso subjetivamente, y por eso dicen que el Jurado Popular fue erróneamente instruido. No respetan el veredicto del jurado, imponen su opinión e incluyen un análisis sobre

lo que debiera haberse probado, en un ámbito que les está vedado.

Cuestiona el primer voto, en cuanto sostiene que las instrucciones fueron erradas porque se debería haber probado que el policía Méndez estaba "en ejercicio de su cargo" cuando comete el homicidio y opina que no se dieron las instrucciones correctas al jurado para resolver adecuadamente; pero en realidad no analiza las instrucciones desde la teoría de las partes, sino que expone su criterio en cuanto a que el ejercicio de la función implica estar en horario laboral. Reconoce que es una cuestión fáctica que hay que probar en el juicio y sobre lo cual el Jurado tiene capacidad soberana de dictar veredicto. Sostiene que el voto es contradictorio, con cita de un párrafo donde la Magistrada expone que el pedido de la defensa sobre una instrucción determinada es procedente, siempre que hayan sido objeto del debate.

Que el segundo voto, hace la misma operación errónea que el primero, cuando sostiene que si el jurado hubiera sido debidamente instruido sobre los hechos que constituían la forma calificada del delito, jamás podría haber arribado a esta solución; utiliza la excusa de la pregunta número cinco para imponer su opinión sobre cómo hubiera resuelto el caso.

En definitiva, el Tribunal de Impugnación juzga el caso como ellos opinan debiera haberse resuelto de acuerdo a su conocimiento jurídico sobre la calificación y desestiman el veredicto unánime de un Jurado Popular, aun cuando pretenden argumentar que no lo hacen.

En otro punto alegan que la sentencia es arbitraria porque tiene fundamentación aparente, por medio de la cual los magistrados tergiversan los términos del fallo de la Dra. Gagliano, posibilitando por esa vía, su apartamiento del derecho en el que incurren.

En contra de lo que sostiene el *a quo*, afirman que en las instrucciones al Jurado Popular (fundamento del fallo) queda claro que el agravamiento del delito se funda en el hecho de que Héctor David Méndez, al momento de cometer el crimen, abusó de su función de policía al hacer un uso indebido del arma reglamentaria y por tal motivo, corresponde la aplicación de la calificante.

Destacan que el homicidio no fue cometido por un autor cualquiera utilizando un arma cualquiera, se trató de un policía que en pleno vigor del estado policial, usó ilícitamente el arma reglamentaria que por tal circunstancia poseía. Al haber dado carácter criminal a la acción emprendida por Méndez, mal puede afirmarse que la misma no constituya un abuso de la función policial, pues a la conducta lesiva de homicidio se suma la transgresión al deber especial que se deriva del estado policial en que se encontraba el autor, las facultades que tal estado le conferían (portar el arma reglamentaria y utilizarla en todo tiempo y lugar) y el uso abusivo de tal arma sirvió para sus objetivos criminales. En consecuencia corresponde la aplicación al caso de la calificante del art. 80 inc. 9 del Código Penal.

El hecho de que Méndez estuviese de licencia no implica estar liberado de sus obligaciones como miembro de la policía provincial y mucho menos de las atribuciones que se derivan del estado policial. Ese estado y las obligaciones que de él derivan, aunque no las incluyen, no son sinónimo de las cargas propias del servicio que debe prestar un policía. En su apoyo citan la ley 715 provincial; y afirma que, quien para cometer el homicidio se aprovecha de las facilidades que le otorga ese estado, en el caso, el uso de su arma reglamentaria que no todo ciudadano posee, abusa de su condición y su función.

Es abusivo un acto, dice, desde un punto de vista objetivo, cuando se lo ejercita de manera anti-funcional, contra los fines que la ley tuvo en cuenta al reconocerlo o cuando se excede de los límites impuestos. No se trata de un derecho penal de autor sino de establecer claramente que el policía al que el Estado otorga un arma reglamentaria no puede utilizarla impunemente, para salir a cazar jóvenes por la espalda.

Hace reserva del caso federal.

2) Por su parte la Fiscalía, en su escrito afirma que la sentencia atacada es arbitraria, porque se aparta y decide en contra de la ley (art. 80 inc. 9º del C. Penal); además, por extralimitarse en el control jurisdiccional de la decisión del Jurado Popular al modificar sustancialmente un veredicto unánime arribado de conformidad a las normas procesales que regulan la deliberación y el veredicto.

Que contrariamente a lo afirmado por el a quo, considera que las instrucciones fueron claras y precisas, para entender que Méndez actuó o no abusando de la función policial, tanto que el veredicto del Jurado fue adoptado por unanimidad.

Sostiene que para ser sujeto activo del delito de homicidio calificado, tipificado en el art. 80 inc. 9º del C. Penal, basta con revestir la calidad de integrante de una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario, quedando exceptuados, únicamente, los funcionarios exonerados o dados de baja, debido a que pierden su condición policial; pero éste no es el caso porque si bien Méndez se encontraba de licencia, ello de ningún modo afecta su condición de policía provincial.

Para la norma, el sujeto activo debe realizar la acción típica "abusando" de la función o cargo; y abusa del cargo o la función, quien aprovecha las facilidades que le otorga la condición que ostenta para cometer el homicidio. Está claro que Méndez utilizó el arma reglamentaria que le fue confiada por la institución policial de la Provincia para dar muerte a Matías Casas y ello implica abusar de la función.

Por último, cuestiona el voto de la Dra. Martini que sostiene que las instrucciones confundieron "abuso funcional" con uso indebido del arma reglamentaria, pues según el diccionario, el "abuso" es un uso indebido, excesivo, o injusto, con lo cual ninguna duda cabe que la conducta desplegada por Méndez, al utilizar indebidamente el arma de fuego reglamentaria

para dar muerte al joven Casas configuró un abuso en su función como miembro de la fuerza policial.

En definitiva solicitó que se declare admisible su impugnación y se revoque la sentencia en crisis, confirmando en consecuencia la sentencia N° 49/14 del 28 de agosto de 2014.

Posteriormente, el Dr. Ronda, defensor del imputado Méndez, en la audiencia ante esta Sala, expresó que los recursos interpuestos debían ser declarados inadmisibles, toda vez que, en el caso de la Fiscalía, si bien denunció los incs. 2 y 3 del art. 248, su impugnación no encuadraba en ninguno de los incisos de art. 248 del código de rito; y respecto de la Querella, que mencionó la procedencia de su impugnación en función de los incs. 1 y 2 del mismo artículo, en concreto no planteó la inconstitucionalidad de ninguna norma; con lo cual en ambos casos quedaría el inciso 2 de la norma citada, esto es arbitrariedad, pero para que proceda dicho motivo los recurrentes debieron hacer una crítica razonada y fundamentada de cada uno de los argumentos del fallo en crisis y el único que lo hizo, en alguna medida, es el Dr. Pedrero, por lo que solicitó que ambos recursos se declaren inadmisibles.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 en función del art. 249 del C.P.P.N., se realizó la audiencia oral y pública donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones, cuya acta obra agregada al legajo; en este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. Moya y Dra. Lelia G. Martínez.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1º) ¿Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?; 2º) ¿Son procedentes las mismas?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo:

Los escritos fueron presentados en término y por quienes se encuentran legitimados para ello. Asimismo, lo decidido exhibe indudablemente el requisito de sentencia definitiva, en tanto pone fin al litigio (arts. 239, 242, primer párrafo, y 248 del C.P.P.N.).

Expresados como fueron los motivos por las partes recurrentes, se impone el estudio de los recaudos mínimos que hacen a su procedencia.

La fijación de una exigencia formal semejante se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de esta nueva fórmula impugnativa, se hagan valer otras alejadas del significado jurídico que es propio de un recurso extraordinario como éste. De allí la importancia de que esta Sala controle de modo riguroso esos presupuestos procesales.

Como se dijo, en el recurso preparado por el Ministerio Público Fiscal, se citaron como base de la admisibilidad los incisos 2 y 3. Analizados los agravios

y sus fundamentos, se advierte que respecto del inc. 3 del artículo 248 del ritual local, nada dicen respecto a que la sentencia del Tribunal de Impugnación resulte contradictoria con la doctrina sentada en fallo anterior del mismo tribunal, o de este Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión, como establece el inciso 3° del artículo en trato, para la procedencia de su impugnación, con lo cual se impone su inadmisibilidad formal.

Por su parte, y en lo que hace al recurso de la Querrela, si bien aloja sus agravios en los incisos 1 y 2 del art. 248 C.P.P.N., como bien lo afirma la Defensa, no planteó la inconstitucionalidad de alguna norma que se haya aplicada en el caso bajo estudio, por lo cual también se debe declarar la inadmisibilidad formal del recurso a su respecto.

Lo expuesto lleva sin más al rechazo formal del agravio fundado en el inc. 3, Art.248 CPPN, por el Ministerio Público Fiscal y del agravio fundado en el inc. 1, del artículo citado, por parte de la Querrela; en ambos casos, por el incumplimiento de las condiciones mínimas que hacen a la interposición del recurso que, bajo esa vía excepcional, pretende someter al conocimiento de la Sala (art. 227, *contrario sensu*, ídem).

Distinta será la solución sobre la arbitrariedad alegada por ambas partes acusadoras, que llevan a encuadrar sus agravios en el inc. 2° del art. 248 del C.P.P.N., pues se considera que en ambos casos, si bien es sabido que el andarivel por el cual encarrilan

su censura los recurrentes, es en esencia restrictivo, en tanto no toda denuncia de violación de principios procesales o agravio sobre errónea aplicación de la ley sustantiva en contra de un pronunciamiento, justifica su ataque por vía de la doctrina de la sentencia arbitraria, ello no puede establecerse *a priori*. Por el contrario, exige un estudio detenido de los agravios formulados por ambas partes recurrentes para determinar ese extremo.

Por ello a juicio del suscripto, tanto el recurso de la Fiscalía, como el de la Querella, que denuncian la arbitrariedad de sentencia conforme a los agravios expuestos *ut supra*, deben ser declarados **admisibles parcialmente**, pues encuadrando **-en su consideración estrictamente formal-** los agravios deducidos en el motivo traído por el art. 248, inciso 2º de la ley de rito corresponde, sin más, dar por habilitada la vía impugnativa. Esta estimación lo es en abstracto y con absoluta prescindencia en torno al acierto -o no- de la interpretación desarrollada por el recurrente, motivo que merecerá el adecuado tratamiento, en la segunda cuestión. Mi voto.

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ** dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal preopinante a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión** el **Dr. Evaldo D. MOYA**, dijo:

Que luego de analizado los recursos, la sentencia cuestionada, así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de las partes recurrentes, soy de opinión -y así lo propongo al

Acuerdo- que las impugnaciones extraordinarias presentadas deben ser declaradas **improcedentes**.

Si bien ambos recursos de impugnación extraordinaria, como se dijo, se agravan por arbitrariedad de sentencia, al exponer los fundamentos la Querrela, denuncia algunos argumentos más que la Fiscalía, considerando en concreto, que la sentencia del Tribunal de Impugnación no respeta el sistema adversarial, la modalidad de enjuiciamiento, violentando el principio de bilateralidad y de igualdad de armas; fundamento que de prosperar llevaría a dictar la nulidad del fallo puesto en crisis, por violación a la garantía del debido proceso. En función de ello, comenzaré por contestar aquéllas afirmaciones.

En este punto daremos respuesta a la objeción de la Querrela por la cual sostiene que la Defensa no efectuó un oportuno planteo respecto a la calificación legal del caso, considerando que con ello se vulnera el sistema adversarial, el principio de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas, pues el Tribunal se arroga el poder de reemplazar lo que la Defensa no adujo.

En tal sentido, no le asiste razón a la recurrente, pues de la lectura del mismo párrafo que efectúa la Dra. Dal Bianco en la audiencia ante este Tribunal, surge que ya en el alegato final, previo a que se dieran las instrucciones al Jurado para que resuelva sobre los hechos y conforme a las circunstancias fácticas que permitieran realizar la calificación legal del caso, la Defensa argumentó que la sola circunstancia de haber hecho uso antirreglamentario del arma provista por la

Policía de la Provincia del Neuquén, no configuraba el abuso de la función de policía, por lo que no se daba el agravante que las partes acusadoras pretendían.

En este sentido la sentencia, al evocar el argumento defensista, expresó: "... Puede decirse que Méndez actuó como policía? Ello no está probado y la respuesta es evidente que resulta negativa, como usó el arma reglamentaria pudo haber usado un palo. **El uso del arma reglamentaria no es esencial para considerar que se encuentra en ejercicio de la función...**". (fs. 5vta. de la sentencia de juicio). Además, en la misma sentencia consta que el Dr. Ronda al presentar el caso, previo a la producción de prueba, aclaró que discutiría a lo largo del juicio las dos agravantes atribuidas a su pupilo, esto es, la prevista en el art. 41 del Código Penal y el abuso funcional (fs. 2vta. de la sentencia mencionada).

Además, al realizar las propuestas de instrucciones de las partes al Juez del caso para que le sean dadas al Jurado, nuevamente la Defensa y en forma concreta, cuestiona la instrucción número 5, que afirmaba que el agravante del abuso de la función se configuraba por el solo hecho de que Méndez hubiera hecho uso antirreglamentario del arma provista por la policía. Con lo cual, surge que el planteo fue efectuado en forma oportuna y con las reservas pertinentes por la Defensa.

La instrucción en cuestión expresamente dice: "5) En el lugar y en el momento del hecho, hizo Héctor David Méndez un uso indebido del arma reglamentaria provista por la Policía de Neuquén". Es allí donde reside en concreto, según las partes acusadoras, la

circunstancia fáctica que se pone en conocimiento del Jurado para que considere si se daba o no la agravante.

Ello determina que efectivamente la Defensa, desde el inicio del juicio, a través del alegato de apertura, luego en el alegato de clausura, y posteriormente cuando se discuten las instrucciones, cuestiona una concreta instrucción -la número 5, de la que se hace protesta- y también en la audiencia de cesura, siempre expresó que por una parte no se configuraba el abuso funcional en el caso y además que, con la instrucción brindada al Jurado, en los términos en que quedó establecida la número 5, no se podía considerar que Méndez se encontraba en el ejercicio de su función, con lo cual tampoco se daba el abuso funcional que agrava la figura del homicidio que se juzgaba.

Ello descarta el planteo de la Querella, en cuanto a que la cuestión fue introducida tardíamente por parte de la defensa, o que el Tribunal de Impugnación hubiera fallado sobre una cuestión no planteada.

2) Por otra parte, como surge del repaso del devenir del caso, la Defensa dejó establecida esa postura en legal tiempo y forma, y al Tribunal de Impugnación le correspondía resolver sobre la cuestión propuesta y discutida por las partes en la audiencia pertinente (art. 245 del C.P.P.N.).

Tal proceder resulta a todas luces, correcto y conforme a la lógica estructura del nuevo ordenamiento procesal penal de la Provincia, que regula la materia recursiva, en cuanto prevé la manera en que se debe cuestionar y hacer protesta sobre las instrucciones que

se le brindan al Jurado para que dicte el veredicto. Esto es, en el juicio y una vez producida la prueba, realizados los alegatos de las partes sobre esa prueba, la propuesta y discusión de las instrucciones, así como la protesta oportuna sobre determinada instrucción con la que no se esté de acuerdo, para luego posibilitar el análisis de esos agravios al recurrir la sentencia. Y decimos sentencia, porque la misma se integra con el veredicto del Jurado, de culpabilidad o no culpabilidad, y si se hubiera pronunciado en el primero de los sentidos, corresponde pasar a la segunda parte de la sentencia; esto es la cesura del juicio, que en el caso particular del Juicio por Jurados Populares, allí se discute tanto la calificación legal -como sucedió en el caso-, como el monto y modo de cumplimiento de la pena a imponer, conforme esa calificación legal.

En tal situación corresponde preguntarse: ¿Qué razón tendría permitirle a la parte objetar una instrucción durante la discusión de las mismas -las que posteriormente se darán al Jurado-, si luego no se le permitirá a la parte agravarse a través del recurso en contra de la sentencia de condena (impugnación ordinaria), sobre la que tiene que resolver el Tribunal de Impugnación?

Brindar una respuesta negativa a la pregunta precedente, llevaría a afirmar - como bien lo dice el Dr. Zvilling en su voto - que contra las condenas del Jurado no existen posibilidades de revisión, pese a que los mecanismos de control de sus decisiones se encuentran expresamente previstos en el ordenamiento procesal,

además de tratarse de un imperativo constitucional (doble conforme).

Ahora bien, ¿puede recurrirse efectivamente un veredicto del Jurado? La respuesta es afirmativa, y se encuentra expresamente regulada en el CPPN: "Artículo 238° Recursos en los juicios por jurados. En los juicios ante Tribunal de Jurados serán aplicables las reglas del recurso contra la sentencia, previstas en este Código, y constituirán motivos especiales para su interposición:

a) La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros.

b) La arbitrariedad de la decisión que rechace medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado.

c) Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión..." y "Artículo 239° Legitimación del imputado. Además de la sentencia condenatoria, el imputado podrá impugnar la revocatoria del sobreseimiento; la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; la que imponga la prisión preventiva, y las disposiciones que se adopten durante la etapa de la ejecución de la pena. El derecho al recurso corresponde indistintamente al imputado y a su defensor. En caso de duda debe presumirse que el imputado ha ejercido su derecho a impugnar."

Conforme a los lineamientos dados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido

fallo "Casal" (C.S.J.N., Fallos 328:3399), ninguna duda cabe que para ser coherentes con la garantía establecida en el artículo 8.2.h. de la C.A.D.H., el recurso deducido contra la sentencia de condena debe ser accesible y sin mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho. (Cfr. Acuerdo TSJ, Sala Penal, Nro. 16/2014).

Acreditada la legitimación del imputado en autos, cabe tener presente para el caso de Juicio por Jurados, que conforme la regulación pertinente (art. 202 del C.P.P.N.), se establece la división de juicio en dos etapas, disponiéndose que en la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado; y cuando haya veredicto de culpabilidad, en la segunda etapa -con la exclusiva intervención de un juez profesional- se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto (determinación de la pena, conforme a esa calificación).

De allí que, realizada la observación de la/s instrucción/es, resuelta/s por del Juez Técnico, en contra de la parte que la planteó, efectuada la oportuna protesta (art. 205 del C.P.P.N.) y posterior exposición de un agravio relacionado con aquella observación, a través de la impugnación ordinaria (art. 238 del C.P.P.N.), le corresponde al Tribunal de Impugnación, resolver al respecto. Ello, toda vez que conforme al art. 211 del ritual local, cuando el juicio se celebre por Tribunal de Jurado, la sentencia debe contener la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y el veredicto del

jurado, en lugar de los fundamentos de la decisión, sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado.

Es por eso que, insistimos, el Tribunal de impugnación tiene la obligación de expedirse, en caso de que se exprese un agravio luego de que se hubieran cuestionado las instrucciones al Jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar la decisión (veredicto del jurado). Esto es lo que justamente sucedió en el caso.

No resulta acertado decir que el Tribunal de Impugnación al resolver como lo hizo, modificó un veredicto del Jurado y que, para ello ingresó en una valoración de hechos y pruebas que ya había realizado el Jurado Popular.

Por lo que seguidamente se expone respecto de la correcta calificación legal -si fuese correcta la calificación escogida por el *ad quem-*, lo que se hizo fue corregir un error en la decisión de la señora Juez profesional que intervino en el juicio.

Me explico. Considerando las acusadoras, que en el caso la agravante del art. 80 inc. 9 del Código Penal, se configuró con el uso indebido del arma reglamentaria provista por la Policía de Neuquén, por parte del imputado Méndez, así expresado en la Instrucción o Pregunta Nro. 5 (cfr. fs. 6vta. de la sentencia), la Instrucción fue observada por la Defensa y la señora Juez profesional consideró que se encontraba ajustada a derecho, por lo que se brindó al Jurado en esos términos.

Preguntémosnos entonces ¿para qué el Legislador autoriza la determinación de la calificación

legal y su consecuencia jurídica en esta segunda etapa del juicio, si como sostiene la Querrela, es el Jurado el que la determina?

La respuesta aparece prístina. Lo que tiene que hacer el Jurado es determinar con la prueba producida en el juicio, si las proposiciones fácticas que las partes dijeron se prueban y contribuyen a su teoría del caso. De lo contrario, de no cuadrar con el supuesto previsto por la parte acusadora, dictarán un veredicto de no culpabilidad. Esas proposiciones fácticas son cuestiones que, en conjunto, determinan que el hecho juzgado se califique de tal o cual manera.

Por ello es imprescindible dejar sentado que el Jurado, si bien no determina en forma concreta la calificación legal del caso, debe decidir sobre conductas tipificadas en la ley, ya que tanto el Código Procesal Penal de la Provincia, como la Constitución Nacional le otorgan la función de pronunciar su veredicto sobre todas las cuestiones introducidas en las 'instrucciones' que le entrega el Juez profesional para la deliberación, el debate y la decisión. Y en esas instrucciones deben estar contenidos todos los elementos que, tanto objetiva como subjetivamente, integran la figura penal en trato. Es decir, la subsunción de los hechos (a través de proposiciones fácticas) en el derecho (calificación legal).

Insistimos. Para que las instrucciones estén correctamente brindadas deberán contener todos los elementos que configuren el delito de que se trate, para

que luego, en la audiencia de cesura, se concrete la calificación legal y la pena aplicable al caso.

La actuación del Jurado en esta etapa se determina conforme al art. 205 del C.P.P.N., que dispone que se impartirán las instrucciones, se le explicará los puntos controvertidos del caso, las cuestiones esenciales a decidir y la disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma sencilla y clara.

Se entiende entonces, que el Jurado debe ser instruido por el Juez profesional interviniente, de modo tal que sus miembros comprendan claramente las opciones que marca la ley penal respecto de lo que van a decidir y, traduciéndoselas a un lenguaje claro y sencillo deberá hacerle saber que ellos podrán determinar, por ejemplo, que no se ha producido el hecho material o que, por el contrario, efectivamente se lo ha cometido. Y luego, si cabe la posibilidad de aplicación al caso de diversas figuras agravantes o atenuantes, darle las armas para que fije la acción probada que, eventualmente, con posterioridad vuelque en el veredicto.

En este sentido se ha dicho que: "Ello tiene referencia directa con manifestarle al jurado que la ley penal de fondo prevé diversas situaciones, verbigracia, frente al homicidio: a) que está la acción básica del homicidio simple y que éste consiste en matar a otro sin otra situación que pudiera contribuir a atenuar o agravar la situación; b) que si el hecho se hubiera cometido en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable -lo que debe ser expuesto en sus

circunstancias fácticas concretas con claridad meridiana- la ley considera una opción aminorada y con pena sensiblemente menor; c) que si el hecho de matar a otro hubiera sido perpetrado en la persona de un ascendiente, descendiente o víctima sabiendo que lo son o con premeditación o con alevosía o para ocultar otro delito o, en general, en cualquiera de las acciones calificadas como más graves en el Código Penal. Es imprescindible que, a cada respecto, las instrucciones aclaren en forma completa y suficiente en qué consiste cada una de las situaciones citadas, o sea, qué es premeditación, qué es alevosía, qué implican los supuestos de la ley penal." (Héctor M. Granillo Fernández Juicio por Jurados, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, pgs. 83/84).

Todo lo cual me lleva a sostener que el Tribunal de Impugnación, en el caso, no cuestionó que el Jurado se haya pronunciado erróneamente sobre la calificación legal, sino que estableció que el Juez Técnico que tenía a su cargo realizar las instrucciones conforme a derecho, no lo hizo. De haber dado a conocer al Jurado las circunstancias fácticas que permitían encuadrar el accionar de Méndez en el abuso de la Función de Policía, conforme a las pautas que enunció en su voto la Dra. Martini, se podría coincidir en que las instrucciones fueron dadas correctamente.

Por lo demás, aparece correcta la afirmación que efectúa la sentencia y que la querella critica en cuanto a que, el Jurado es el 'Juez de los hechos', en tanto que el Juez técnico que dirige el debate es el 'Juez del derecho'; ya que como Juez del derecho debe

interpretar correctamente el tipo penal, para impartir adecuadamente las instrucciones luego de la propuesta de las partes.

3) El restante agravio, y conforme al planteo de ambas partes recurrentes, se sustenta en que para las acusadoras, lo expuesto en la Instrucción Nro. 5, es suficiente para tener por configurada la agravante del inciso 9° del art. 80 del Código Penal, esto es, que el uso indebido del arma reglamentaria por parte de Méndez, determina que abusó de la función policial, en contra de lo que postuló la Defensa.

Al respecto, se ha pronunciado la doctrina en sentido que en esa clase de delito, para que se configure esa agravante, se requiere un elemento subjetivo cuya carencia impide la verificación del mismo. En efecto: "...el delito se encuentra configurado en función de un componente subjetivo especial, un elemento del ánimo, en la medida en que el miembro integrante de las distintas fuerzas mencionadas en la norma debe matar abusando de su función y cargo. Por ende, el autor no sólo debe revestir el carácter de agente de dichas fuerzas, sino que tiene que haberse aprovechado de su función o cargo para perpetrar la acción típica... (Cfr. David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, T. 3, Parte Especial, 1° Ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2007).

La necesidad de verificar un elemento subjetivo especial atinente a dicha figura, ya se resaltó en el Acuerdo Nro.16 de 2014, dictado en la causa "SALAS, CLAUDIO FABIÁN S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO" Expte. Nro.

44 año 2014 del Registro de la Secretaría penal de este Tribunal. Y si bien en aquel precedente voté en minoría, al postular que se apreciaba de forma ostensible el abuso en la función policial por parte del imputado, comparto con la magistrada ponente del Tribunal de Impugnación que el contenido fáctico de uno y otro son bien diferentes.

En particular, recalco que en el precedente "Salas" quedó demostrado que el encausado se hallaba en pleno ejercicio de la función policial y en el marco de un procedimiento policial al que fue destinado, lo que contrasta claramente con este supuesto en el que Méndez no fue destinado a realizar por la superioridad, tarea policial alguna.

Bajo tales conceptos, y si bien los recurrentes afirman que la instrucción efectuada y observada, cumple con el requisito de contener las circunstancias fácticas que hacen a la prueba de que Méndez en el momento del hecho abusó de la función policial por la sola utilización en forma indebida del arma reglamentaria, como consta en la instrucción, no parece que cumpla con tal cometido.

Adviértase que, como bien sostienen las partes, no se discutió que el imputado fuera policía, que usó el arma reglamentaria y menos aún que estuviera de licencia, circunstancia sobre la que la Defensa probó y alegó como se vio *ut supra*.

Por ello se comparte con lo expuesto en el primer voto de la sentencia puesta en crisis que, de las instrucciones no surge que se haya explicado al Jurado en qué consistía la función policial regulada por la ley 715

de Personal Policial y por la Ley Orgánica Policial 2081; ni menos aún las implicancias del uso de la licencia conforme lo previsto en el art. 95 de la ley 715, que exime de las obligaciones del Servicio. Tampoco existen instrucciones precisas sobre las obligaciones que subsistirían excepcionalmente por el uso de licencia. Todo ello se debió haber puesto en conocimiento del Jurado y a través de instrucciones precisas, pero ello no ocurrió, con lo cual el Jurado, se limitó a considerar que ese uso indebido del arma reglamentaria, determinaba el abuso funcional alegado por las partes acusadoras.

El hecho que Méndez estuviera de licencia no es un dato menor pues, para que se configure la agravante, no alcanza con ser policía, sino que el sujeto activo debe encontrarse en el "ejercicio" de la función policial, y en ese ejercicio abusar de dicha función.

Así, la aplicación de la agravante se ha dado en casos en que el policía estaba en funciones (TOC n° 28, 6/12/05, "Tarditi, Matías E.", comentado en "David Baigún y Eugenio Zaffaroni, op. Cit. T. 3, p. 308/309) y se la ha descartado en otros, como en el caso de un policía que se encontraba fuera de servicio (Cfr. C.Pen y Exhortos Catamarca, 2/8/05, 'Salinas, Rubén C.' LLNOA. 105-1200, comentado en Omar Breglia Airas- Omar R. Gauna, Código Penal y leyes complementarias, T. 1, 6 ° ed. Actualizado y ampliado, Ed. Astrea, Bs.As. 207, p. 811).

Consecuentemente, para considerar probado el abuso funcional, debían ponerse en conocimiento del Jurado, las circunstancias fácticas que determinarían dicho abuso, para tenerlo por configurado.

Creo así haber fundado la razón por la cual los recursos interpuestos deben ser rechazados. Es mi voto.

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ** dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la tercera cuestión el Dr. **EVALDO D. MOYA**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que las impugnaciones extraordinarias presentadas por la Fiscalía y la Querella sean rechazadas. Mi voto.

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ** dijo: Adhiero al fundamento y solución dado por el Dr. Evaldo Moya a la tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. **EVALDO D. MOYA**, dijo: Con costas en la instancia a los recurrentes (art. 268 del C.P.P.N.).

La **Dra. LELIA G. MARTINEZ** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, debiendo imponerse las costas al recurrente en esta instancia. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I.- DECLARAR PARCIALMENTE ADMISIBLES desde el plano estrictamente formal la impugnaciones extraordinarias deducidas por los señores César Casas y Liliana del Carmen Silva, por la parte querellante, con el patrocinio letrado de los Dres. Ivana Dal Bianco y Mariano Pedrero, y por el Dr. José Ignacio Gerez, Fiscal General, juntó con el Dr. Pablo Vignaroli, Fiscal Jefe de

la I Circunscripción Judicial, solo en lo que respecta a agravio sobre la arbitrariedad de sentencia (art. 248, inc. 2 del C.P.P.N.), **DECLARANDOLOS INADMISIBLES**, en ambos casos, respecto de los restantes motivos, esto es por inc. 1 del art. 248 de la Querrela, e inc. 3 de la misma norma legal, la impugnación de la Fiscalía, en contra de la sentencia n° 26/14, del Tribunal de Impugnación; **II.- RECHAZAR las impugnaciones extraordinarias** antedichas, por no verificarse los agravios esgrimidos por las partes recurrentes; **III.- CON COSTAS PROCESALES** a las partes impugnantes (art. 268 del C.P.P.N.); **IV.- Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Evaldo D. MOYA
Vocal

Lelia G. MARTINEZ
Vocal

Andrés C. TRIEMSTRA
Secretario