

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 50

NEUQUÉN, 7 de junio de 2022.

VISTOS: Estos autos caratulados: "**PALOMINIOS, SERGIO OSCAR S/ LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR SER FUNCIONARIO POLICIAL, ABUSANDO DE SUS FUNCIONES, POR COMETERSE CON ALEVOSÍA Y POR EL USO DE ARMA DE FUEGO**" (Leg. MPFNQ 101683/2017), venidos a conocimiento de esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO: I.- El Tribunal de Impugnación, por su sentencia n° 35/2022 de fecha 10/05/2022, resolvió, en lo aquí relevante: "**...II.- RECHAZAR LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA** [por la Defensa]...y, en consecuencia, confirmar la sentencia que declara penalmente responsable a **SERGIO OSCAR PALOMINOS** [...] como autor del delito de lesiones graves calificadas por haber sido cometido por un funcionario policial en abuso de sus funciones y con arma de fuego (Art. 90, 92, en función del art. 80 inc. 9, 41 bis y 45 del CP), y consecuente la pena de **cinco años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas del proceso...**" (cfr. fs. 40/ 74).

Contra dicha ratificación esa misma defensa, representada por los Dres. Omar Nahuel Urra y Alejandro Casas, articuló el Control Extraordinario que corre agregado en este legajo a fs. 76/87.

II.- Los apelantes dicen acudir, tanto por la vía prevista en el inciso 2 del artículo 248 del CPPN (bajo el sub-motivo de arbitrariedad), como también por el inciso 3 de esa misma norma, en lo que hace a la presunta

Firmado digitalmente por:
TRIEMSTRA Andres Claudio

doctrina contradictoria sobre los tipos penales aplicados, referidos al abuso funcional y al uso del arma de fuego (fs. 76 vta. y 77 vta.).

Sus agravios pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. Sobre la doctrina de la arbitrariedad.

En primer lugar se afligen de una supuesta tergiversación de los cuestionamientos que formuló ante el Tribunal de Impugnación, en tanto nunca sugirieron en la audiencia que su cliente hubiera realizado el hecho de manera culposa. Por el contrario, siempre sostuvieron la tesis de inocencia y de que no ha sido el autor del disparo con el arma de fuego; de allí que la respuesta de ese órgano revisor, en cuanto se extiende hacia diversos aspectos que hacen al dolo, a descartar el accionar culposo o bien a sostener el elemento subjetivo del delito reprochado a Palominos excede su competencia y no respeta la congruencia entre lo planteado y lo resuelto (fs. 80 vta./81)

Añaden a lo anterior que la sentencia no traduce lo acontecido en el juicio, "(...) *y esto no pasa por el orden de los testigos, sino por el grado de credibilidad y valor probatorio que aportan. Desestimando por completo que, como primer punto, nunca Palominos, estando al margen derecho, podría haber lesionado a Godoy, en el tobillo izquierdo, sumado a ello, que se infiere o presupone que al momento de llevarse a cabo el desalojo tenía escopeta, y que ésta funcionaba. Pero en este mismo sentido, si los acusadores hubiesen probado que Palomino*

disparó, las consecuencias hubiesen sido graves, por la distancia y el poder ofensivo que tiene el arma, pero siempre del lado derecho o cara interna izquierda, pero nunca de manera lateral (izquierda)..." (fs. 81/2).

Luego de transcribir un breve párrafo del órgano revisor, que remite a su vez al análisis del tribunal de juicio (en el que explicaba que a los fines de la identificación del tirador debía establecerse la procedencia del disparo), cuestionan la metodología empleada pues nunca el sonido indicaría el ángulo de ingreso o la trayectoria del disparo y sólo se habría precisado ello a partir del rebote del sonido en las cámaras, lo que hasta el propio perito en criminalística puso en duda (fs. 82). Y recalcan que es totalmente improbable que Palominos, ubicado a la derecha de Godoy, lo lesionara en su sector izquierdo.

Finalmente, luego de transcribir una cita del fallo aquí apelado, explica que más allá de haberse cuestionado la incorporación al juicio de la prenda de vestir y el calzado, el perito Lepen se encargó de explicar que nunca se le encomendó determinar si esos elementos los llevaba consigo la víctima al momento del hecho, sumado a que el pantalón no fue ofrecido al debate, sólo su zapatilla izquierda; por lo que el análisis del Tribunal de Impugnación siempre fue sesgado y en su perjuicio.

2.- Existencia de jurisprudencia contradictoria.

a.- sobre el Abuso de la función policial: El recurrente sostiene que los fundamentos que hacen al

encuadramiento del hecho en el abuso de la función policial contradice la doctrina del precedente "Salas" de esta Sala Penal (Acuerdo n° 16/2014), pues como se valoró en el caso (transportable, desde su concepto, al caso de autos), el tiempo que tuvo Salas -y por ende el aquí imputado- *"...era por demás exiguo para que pudiera representarse mentalmente la intención de abusar funcionalmente de su cargo policial y actuar en consecuencia..."* (fs. 84). Este aspecto no habría sido tomado en cuenta por el Tribunal revisor ni tampoco el dinamismo que imperó en el hecho juzgado.

b. sobre el agravante del arma de fuego: luego de citar doctrina que estima aplicable al caso, explica que *"...el Tribunal de Impugnación, rechaza sin fundamentos la aplicación del Fallo que esta parte expuso en apoyo de las argumentaciones 'YAPURA, ALDO DANIEL S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO' [...] ante la ausencia de secuestro del arma que portaba el imputado, no pudo realizarse el imprescindible cotejo con el proyectil que ocasionó el deceso de Vilugrón, por ello consideramos que este agravio es habilitante de la vía del recurso extraordinario art. 248 inc. 3º Código Procesal de Neuquén"* (fs. 86 vta.).

Hizo reserva del Caso Federal.

III.- Sentados así los motivos de la impugnación deducida, se impone el estudio de los recaudos mínimos que hacen a su procedencia, atento al principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del código de forma.

En tal sentido, observamos que el escrito ha sido interpuesto por quienes tienen la legitimación exigida y que lo fue dentro del término establecido en la normativa ritual (cfr. fs. 40 y 75)

Sin perjuicio de ello, conforme profusa e invariable jurisprudencia de esta Sala Penal, el examen del recurso en su aspecto formal no queda acotado a estos recaudos, que conforme lo analizado previamente deben darse por satisfechos, sino que se extiende a establecer en primer lugar, si *prima facie* concita un caso en el que debiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a la vía de acudimiento elegida (art. 248 inc. 2° CPPN).

De igual modo y por la restante vertiente de su recurso, debe demostrarse que, ante situaciones sustancialmente análogas, exista jurisprudencia divergente que amerite ser unificada en esta sede (norma citada, inc. 3°).

Para esto último, obvio es decirlo, resulta indispensable que en el documento impugnativo conste la igualdad del supuesto de hecho (entiéndase por ello la equivalencia del o los casos tomados como referencia) y la desigualdad de la decisión jurisdiccional en la interpretación y aplicación de la pertinente norma jurídica (cfr. R.I. n° 83/14, entre otros).

Todas estas exigencias formales se justifican en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de tales carriles, se planteen pretensiones ajenas a las que

son propias de una impugnación extraordinaria, que es excepcional, por la gravedad de la función que por esta vía pudiere cumplir luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cualquiera de los supuestos establecidos en la Ley 48. O bien por la trascendencia que implica el dictado de un auto de unificación de doctrina, que es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la Jurisprudencia de esta Sala, el principio de seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

En este sentido, entendemos que la impugnación extraordinaria contiene un déficit insuperable, pues no ha sido adecuadamente fundada conforme a los agravios en que se sustenta.

Ello, toda vez que lo alegado no se ajusta a las constancias del legajo, a la vez que reitera planteos que tuvieron plena respuesta en la instancia anterior y cuyos argumentos centrales no ha controvertido durante su apelación. Veamos:

A.- Sobre la arbitrariedad de la sentencia del Tribunal de Impugnación.

En el marco de lo que se ha sometido a estudio, la defensa alega *incongruencia* en el decisorio anterior por cuanto la contestación discurrió en una temática ajena a la propuesta.

Esta crítica lleva a recordar que el vicio de las resoluciones judiciales denominado comúnmente como *incongruencia omisiva*, aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atender

y dar respuesta a aquellas pretensiones esenciales, introducidas temporáneamente al proceso por las partes, frustrando con ello la tutela judicial efectiva, erigida como garantía de raigambre constitucional (art. 58 de la Constitución Provincial; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Este déficit en la motivación resulta encuadrable en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias conforme a una pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional (cfr. CSJN, Fallos 261:297; 274:436; 275:68; 297:332; 303:874; 319:1416 y 692; 323:1774, entre muchos otros).

Sin embargo, no toda omisión en el pronunciamiento justifica su ataque por vía de la sentencia arbitraria. *"...la Corte indica que la falencia de la resolución judicial debe referirse a 'cuestiones sustanciales para la adecuada solución del litigio' (o 'cuestiones conducentes' a tal fin), u 'omisiones decisivas', o cuestiones que pueden influir sobre la integral decisión del estado litigioso', o que pueden gravitar en el resultado del debate, o que pueden ser relevantes para tal fin, o que pueden dejar de ponderarse para resolver la litis..."* (cfr. Sagües, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional", ed. Astrea, 4° edición, Bs. As., 2002, t. 2, pág. 222 (con cita a Fallos de la CSJN, 267:443; 269:413; 300:1114; 318:2678; 319:434, entre muchos otros).

Frente a tan restrictivo cauce, era carga de la

parte apelante expresar mínimamente cuáles fueron en concreto cada uno de los argumentos omitidos y porqué tendrían un carácter dirimente para la solución del pleito.

En este caso puntual, la defensa afirma que resultó incontestada su crítica sobre la autoría, pero contradictoriamente dijo afligirse de la respuesta que obtuvo en dicho tópico (cfr. 81 y 81 vta./2).

Además, los recurrentes sustentaron el agravio en el hecho de que nunca discutieron ante el Tribunal de Impugnación el "elemento subjetivo", o "aspectos del dolo" o de la "culpa", en tanto siempre su tesis fue que su cliente nunca disparó su arma reglamentaria y por lo tanto era ajeno al hecho. De ahí la afirmada inconsistencia entre lo planteado y la respuesta de la instancia revisora (fs. 80/1); sin embargo, del repaso del acta de audiencia, surge que dichos letrados ante el Tribunal de Impugnación expresaron, como cuestión de primer orden, que la sentencia de grado "*...nunca atendió al tema complejo del dolo, la constatación del elemento subjetivo, los jueces pasaron por alto esta cuestión y terminan resolviendo el tema del dolo en base a la experiencia sin mayor fundamento, lo que hace imposible el control del razonamiento en este sentido y lo torna arbitrario...*" (textual del acta pertinente, alegación del Dr. Urra, fs. 36 vta., correspondiente a su vez con la audiencia de Impugnación, video-filmación de la misma, minutos 06:30 y siguientes).

Más aún: el decisorio del Tribunal de Impugnación

hizo una descripción precisa y detallada de todos los agravios que formularon. En algunos tramos, incluso, bajo expresiones literales de los letrados actuantes (vgr. fs. 41/2, 42 vta./3, y 45/7).

Tales cuestionamientos fueron, en definitiva, los siguientes: a) el modo de acreditación del dolo, que se hallaría implícitamente contenido en el auto de responsabilidad pero sin un razonamiento expreso por parte de los juzgadores; b) la vulneración del *in dubio pro reo*, frente a la contradicción de los peritos actuantes, a lo que suma la conculcación de las reglas de la sana crítica racional; c) la arbitraria valoración de la prueba acriminadora por soslayar múltiples declaraciones testimoniales de signo exculpatorio, a lo que le adicionaron errores de subsunción legal en lo que hace al abuso de la función policial y el uso de arma de fuego; y d) el monto de la pena impuesta a Palominos, ante diversos factores penológicos positivos que justificaban una menor intensidad sancionatoria (argumento, este último, que si bien constaba en el escrito de formalización, la defensa no lo sostuvo en la audiencia, teniéndoselo por desistido [fs. 59 vta.]).

Todas las censuras ratificadas y litigadas en la audiencia oral fueron respondidas individualmente en el decisorio en análisis (cfr. fs. 48/74).

Lejos entonces de una omisión como la que denuncia, lo que se verifica es una contestación acorde a las pretensiones expuestas ante los jueces revisores, aunque sin satisfacer sus expectativas, lo que se traduce en una

mera disconformidad en torno a la decisión homologatoria.

A su vez, dicha respuesta tampoco es irreflexiva, ilógica o formularia, ni que haya implicado una mera remisión a la decisión del tribunal de juicio sin control alguno.

En definitiva, no existe silencio sobre sus objeciones ni sobre los argumentos nucleares del planteo. Por ende, el agravio, del modo en que lo introdujo, resulta improcedente.

Vale aclarar también que el escrito en análisis soslayó los principales fundamentos del fallo homologatorio, particularmente en lo que hace a la fiscalización de las inferencias lógicas de la prueba de cargo que se hizo en la instancia de origen, tan extensa como minuciosa (cfr. fs. 60/68 vta.), oponiéndole en su lugar ciertas refutaciones que constituyeron su alegación de clausura durante el juicio. Y se explicó en otros precedentes que el Control Extraordinario no consiste en una segunda vuelta al recurso ordinario, como si fuera un nuevo intento en paralelo y al margen de este último ya fracasado. Una pretensión contraria deformaría el sistema de recursos.

Solo para completar este aspecto, vale decir que no hubo omisiones dirimientes en torno a la prueba. Por el contrario, aquellos testimonios que los letrados dicen ignorados han sido sopesados por los jueces, aunque sin adquirir la relevancia pretendida conforme a una valoración global e integral de todos los elementos

rendidos en el juicio, bajo los cuales se concluyó, sin margen de dudas, que fue el imputado Sergio Oscar Palominos (en descarte de cualquier otro policía próximo a él) quien disparó la escopeta con postas de goma sobre la víctima de autos. Ello está debidamente explicado en la sentencia de grado, cuyo control en este tópico también fue abordado de manera suasoria por el Tribunal de Impugnación (cfr. fs. 66 y ss), en donde se hizo mención a las videofilmaciones y los fotogramas sobre los cuales se aprecia la secuencia de los disparos, la ubicación del imputado Palominos durante esa situación, la pericia que hizo el Dr. Pregliasco sobre dicho material, así como las razones que llevaron a descartar ciertos aportes realizados por el Lic. Enrique Prueguer y del testigo Villablanca.

Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los agravios vinculados a la valoración de la prueba y la participación del imputado en el delito, por tratarse de cuestiones de hecho y prueba son ajenos al recurso extraordinario federal, excepto arbitrariedad (CSJN, Fallos 301:909 y 308:718, entre muchos otros). Y la sentencia bajo análisis descartó el cuadro de duda pretendido por la defensa bajo argumentos que la ponen al reparo de la tacha aducida.

Por esa razón, no es de aplicación al caso el *in dubio pro reo* pretendido, pues ello "*...debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso...*" (CSJN, Fallos 314:346 y 833; 315:495; 321:2990 y 3423 y 324:1365, entre otros).

Sentado lo anterior, como ya se dijo, la crítica reconduce a cuestiones probatorias que por regla son ajenas a la instancia federal cuya apertura pretende a partir del cauce procesal del artículo 248 inc. 2º del CPPN, y por tanto el planteo deviene formalmente inadmisibile (conf. art. 248 inc. 2º, a contrario sensu, del CPPN).

B.- De la no aplicación del precedente "Salas" al caso de autos en torno a la subsunción legal del abuso de la función policial (art. 248 inc. 3º CPPN).

Como se había anticipado al comienzo, por la vía de este supuesto se tiende a verificar que ante situaciones sustancialmente análogas exista jurisprudencia divergente que deba ser unificada.

El recurso no cumple con tal directriz, ya que no se demuestra que el precedente evocado a modo de contraste tenga como presupuesto una situación como la que se verificó en autos. En efecto:

El argumento por el cual se desestimó la aplicación de la figura agravada por el abuso de la función policial en el Acuerdo n° 16/2014 "Salas, Claudio s/ Homicidio doloso agravado" (voto de mayoría de los Dres. Kohon y Dr. Cancela), trasuntaba por la *total ausencia de fundamentos en la sentencia de grado* respecto de dicha subsunción legal.

En efecto, la simple lectura de dicho Acuerdo permite advertir que luego de mencionarse las valoraciones de los magistrados de instancia, se concluyó

que "...no hay una motivación razonada en torno a este aspecto (abuso del cargo) atinente al tipo penal aplicado. Ello, claro está, más allá de su mención genérica a lo largo del fallo en los votos que prepararon los magistrados..." (cfr. Ac. cit., pág. 25).

Ello quedó complementado en el voto de adhesión del Dr. Cancela (como Vocal subrogante) al expresar: "(...) La ex Cámara de Juicio no dio razones en la sentencia por las cuales se aplicó la figura calificada de homicidio (que en el caso estaría dado por el abuso de la función policial) [...] es exigible que las sentencias estén debidamente fundadas -tanto fáctica como jurídicamente- [...] Esa omisión, claro está, es imputable por extensión al órgano revisor que soslayó ese aspecto sustancial del pronunciamiento..." (cfr. pág. 28 Ac. citado).

Ahora bien: el recurso no pone en duda la existencia de dicha fundamentación en el fallo que aquí se apela. Incluso transcribe parte de la misma, en donde se descarta que la agravante se hubiere dado por la sola condición de policía, añadiéndose las consideraciones que llevaban a tal tipificación (fs. 83 y vta.).

Desde este punto, existen presupuestos fácticos claramente opuestos, lo que descarta la vía de unificación de doctrina del modo pretendido ante esta Sala Penal.

C. De la no aplicación del precedente "Yarapura" al caso de autos en torno a la subsunción legal del uso de arma de fuego (art. 248 inc. 3° CPPN).

Nuevamente el planteo contiene un déficit equivalente al anterior.

En tal sentido, la parte apelante destaca en favor de su tesis un fragmento del fallo n° 12/2015 del Tribunal de Impugnación en autos "*Yapura, Aldo Daniel s/ Homicidio Agravado por el uso de arma de fuego*", en el que se menciona la convalidación de un estado de duda a favor del imputado frente a la falta de secuestro del arma de fuego para realizar el pertinente cotejo con el proyectil hallado.

El recurso se aflige de que el Tribunal de Impugnación no hubiera seguido dicha línea analítica y expone (de forma en extremo sucinta) la contradicción doctrinal que predica: "*...el Tribunal de Impugnación, rechaza sin fundamentos la aplicación del fallo que esta parte expuso en apoyo de sus argumentaciones [...] ante la ausencia de secuestro del arma que portaba el imputado, no pudo realizarse el imprescindible cotejo con el proyectil que ocasionó el deceso de Vilugrón, por ello consideramos que este agravio es habilitante de la vía del recurso Extraordinario Art. 248 inc. 3) del Código procesal Penal Neuquén*".

Sin embargo, un repaso de la sentencia n° 12/2015 del Tribunal de Impugnación en autos "*Yapura*" permite apreciar que el argumento medular que llevó a revocar el fallo de instancia y absolver por el beneficio de la duda no ha sido ese, sino los reiterados cambios de versión de la única testigo presencial y las circunstancias ambientales que impedían apreciar ese evento por parte de

la supuesta testigo, omitidos en el voto mayoritario de los magistrados sentenciadores: *"...Nada explica el voto de la mayoría sobre las diferentes versiones que proporciona Cárdenas sobre la autoría del evento [...] Cárdenas denuncia como autor de la muerte de Vilugron a Morales, lo que motivó su detención y prisión preventiva. Esta declaración se produce a escasas horas del hecho, e incluso la testigo formaliza durante ese acto un croquis, situando a Morales frente a Miguel -y a Yapura detrás de Morales, tal como lo expuso el efectivo Molina [...] Posteriormente, cuando compareció a practicar la rueda de reconocimiento de personas en las que se encontraban Morales y Salazar Berger no reconoció a los nombrados y volvió a endilgarle la autoría al imputado de autos, Aldo Yapura. En el debate destacó que cuando se dirigía a practicar el reconocimiento de Salazar Berger y Morales, fue amenazada [...] y a diferencia de lo aseverado por la Dra. Malvido, advierto que se produjo un evidente cambio en la declaración, ya que resulta por demás notorio que a partir de dicha amenaza endilga la autoría del hecho nuevamente a Yapura, y desincrimina a los que -mediante un intermediario- la habían amenazado..."*, y es en ese contexto en que, a mayor abundamiento, se menciona como un argumento periférico que confluía en la duda la falta de secuestro del arma de fuego que habría portado Yapura para cotejarlo con el proyectil extraído a la víctima.

Los recurrentes intentan extraer un aspecto marginal del decisorio, carente de peso propio para que funcione como dirimente (argumento *obiter dicta*), y lo proponen como el *holding* o la *ratio decidendi* de la sentencia, lo

cual a la vista de los argumentos arriba expuestos no resulta ajustado a las circunstancias del caso.

Tal como lo ha sostenido nuestro Máximo Tribunal Nacional, *"No forman parte de un precedente que sea invocable como tal y que posea autoridad institucional las opiniones 'obiter dicta' que no integran la unidad lógico jurídica que es la sentencia, pues no son 'motivaciones' que hayan servido de base a la decisión"* (CSJN, "Riveros, Santiago Omar y otro s/ privación ilegal de la libertad, tormento, homicidios, etc.", Fallos 313:1392, voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Julio Oyhanarte, con cita a Fallos 304:590 y Fallos 242:290, considerando 9º)

Frente a lo anterior, aquella comparación deviene improcedente para proponer un caso de doctrina contrapuesta en los términos del artículo 248 inc. 3º del CPPN.

IV.- Corresponde imponer el pago de las costas procesales a la parte perdedora (artículos 268, segundo párrafo, y 270, primer párrafo, a contrario sensu, del CPPN).

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

RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria agregada a este legajo a fs. 76/87, interpuesta por los letrados particulares, Dres. Omar

Nahuel Urra y Alejandro Casas, a favor del imputado **SERGIO OSCAR PALOMINOS**.

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

III.- Notifíquese, regístrese y firme que sea, devuélvase a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

Alfredo Elosu Larumbe

Vocal

María Soledad Gennari

Vocal

Andrés C. Triemstra

Secretario