

SENTENCIA N° ciento quince /2014.- En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los **veintiún días del mes de octubre de dos mil catorce**, se reúne en Acuerdo el Tribunal de Impugnación, integrado por los doctores: **FLORENCIA MARIA MARTINI, FERNANDO ZVILLING, y GLADYS MABEL FOLONE**, bajo la presidencia de la primera de las nombradas, para dictar sentencia en el **Legajo MPFNQ 10963/2014**, caratulado: **"FERNANDEZ ALVAREZ, Danilo Marcelo s/HOMICIDIO DOLOSO SIMPLE (art.79)"** del Registro de la Oficina Judicial Neuquén, debatida en la audiencia celebrada el día 6 de octubre del año en curso en la ciudad de Neuquén, seguida contra **DANILO MARCELO FERNANDEZ ALVAREZ**, argentino, soltero, mecánico, nacido en Neuquén capital el 20/02/1993, hijo de Enrique y de María Elena Álvarez, D.N.I. N° 37.348.318, domiciliado en lote 2 de la Mz.62 del barrio Pehumayén de esta ciudad; en la que intervino por la Defensa Técnica de confianza el Dr. Augusto Lino Gómez, y por la Fiscalía la Dra. Gloria Lucero.

REFERENCIAS:

Por Sentencia dictada en fecha 29 de abril de 2014 dictado por el Colegio de Jueces de la ciudad de Neuquén, integrado por los Dres. Marcelo Germán Benavides, Héctor Guillermo Rimaro y Daniel Gustavo

Varessio, en lo que aquí interesa falló: "I.- Condenando a Danilo Marcelo Fernández Álvarez, de demás circunstancias personales referenciadas supra, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio simple, calificado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41bis del C.P.) en relación al hecho cometido en perjuicio de Francisco Ramón Poblete, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar emergentes de la acusación Fiscal. Con fecha 17 de junio del año 2014, los mencionados jueces resolvieron "...Imponer a DANILO FERNANDEZ ALVAREZ, DNI 37.348.318 de demás circunstancias personales ya indicadas, cuya declaración de culpabilidad ya fuera dictada, la pena de DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, por el delito de HOMICIDIO SIMPLE CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS DE FUEGO (art. 79 y 41bis CP.), cometido en perjuicio de Francisco Ramón Poblete, hecho ocurrido el 27 de febrero de 2013 en la ciudad de Neuquén, por el que fuera condenado...". La Defensa en legal tiempo y forma dedujo impugnación contra la referida sentencia a favor de su asistido Fernández Álvarez.

Por aplicación de la ley 2784, las presentes actuaciones fueron remitidas a la Oficina Judicial para que se les imprima el trámite correspondiente

al recurso ordinario de impugnación previsto por los arts. 243.

Abierta la audiencia prevista en el art. 245 del CPP a fin de debatir oralmente los fundamentos del recurso interpuesto y cedida la palabra al Defensor, Dr. Gómez, sostuvo: Que sus argumentaciones responden a lo ya manifestado en su escrito de presentación. Que su impugnación tiene dos aspectos. Una es la nulidad que encuentra durante el juicio, cuando solicitó que el Tribunal concurriera al lugar del hecho porque en el expediente no estaban las características del lugar, ubicación, topografía, le hicieron lugar. Que el vecindario era de lo peor, tanto que su defendido no pudo bajar del móvil porque sino algo le iba a pasar. Señala, que se hizo una recorrida en la que solicitó que se tomara la medida de la casa, sostiene que el lugar donde estaba la víctima era superior a los 80 mts., por ese motivo remarca, solicitó un relevamiento topográfico del lugar, porque la carabina tenía deficiencias. Dice que en el lugar, había un pozo que imposibilitaba la visión del que estaba parado, del que podía estar disparando. Admite que no se pudieron tomar las medidas por la violencia demostrada por la gente del vecindario, que obligó a que tuvieran que volverse.

La Defensa cuestiona que al finalizar la primera fase del juicio, se llamó a Fernández Álvarez, para ser interrogado por una persona que no se identificó, razón por la que éste se negó a hacer cualquier encuesta sin su defensor. Destaca que en esa oportunidad no fue notificado de esa audiencia, que luego resultó que la entrevista era con un psiquiatra; pero en ese momento, no sabían que era un psiquiatra ni tiene constancia de que así sea.

Expresó que durante el juicio sostuvo que éste era un caso de pérdida de consciencia que si bien no era que la conducta del imputado pudiera estar encuadrada en el art.34 CP., porque no hubo una inhibición total, pero tenía su influencia en la actuación que en ese momento se realizó, más por la violencia que hubo en esos instantes, porque le habían robado un motor. Es así que Fernández Álvarez fue a la casa de Poblete, porque sabía quien era. La casa estaba a una cuadra y media y le preguntó porque había hecho esto y fue agredido a los golpes por Poblete, que lo echó de la casa. Volvió a su casa y Poblete vino a la casa del imputado y lo empezó a insultar, ahí los nervios lo hicieron explotar y actuó como todos sabemos porque está imputado de homicidio, y esa es la razón por la cual alegó que hubo una atenuación de su conciencia, que no

era como para alegar su inimputabilidad, sino que era para reducir un poco el dolo, pero para eso necesitaba ciertos aspectos de su personalidad que el Tribunal no lo analizó, es decir, un aspecto psicológico para ver que tipo de personalidad tiene el imputado. Sostiene que necesitaba la investigación psiquiátrica obligatoria que indica el código. Que la investigación psiquiátrica se hizo después de la primera fase y de manera incorrecta, que esa intervención fue pedida por su parte, y por eso tenía la necesidad y el Tribunal la obligación de citarme para esa audiencia, lo que no ocurrió.

Manifiesta que el otro agravio es formal, en ese sentido expresó que el juicio se hace en dos etapas, conforme art. 177 y 178 CPP. Que el art. 177 establece que la audiencia no se puede suspender por más de 10 días. En este juicio ha habido varias suspensiones, pero esta última, correspondiente a la cesura, no está justificada. Que la suspensión fue de casi un mes y esto va contra toda letra del código. Considera que hay una violación total de los arts. 177 y 178 CPP. Considera que el art. 178 establece que al finalizar la primera parte del juicio, el Tribunal llama a audiencia para la determinación de la pena, que esto se realizó más de un mes después de haberse

realizado la primera parte. Sostiene que existe una obligación funcional de respetar el código ritual, que el código establece que es nulo todo el juicio y se debe hacer uno nuevo. Considera favorable hacer un nuevo juicio, porque en un nuevo juicio tratará de antemano de subsanar todas las irregularidades probatorias que existieron. Esas pericias que son tan importantes se deberán realizar. Remarca en que su pupilo tenía una disminución de la conciencia. La segunda parte del juicio se hizo casi al mes, y no se cumplió el plazo procesal dentro de los 10 días.

La Fiscalía en su réplica, aclara que el legajo proviene del sistema anterior, sin perjuicio de esto, el 27 de febrero del corriente año se realizó la audiencia de control de acusación, en esa situación las partes, y la defensa concretamente tuvo tiempo para ofrecer la totalidad de la prueba. Sin perjuicio de esto, la defensa durante el debate de la responsabilidad requiere una medida vinculada con el lugar del hecho, que el Tribunal accedió, y junto con ambas partes y el imputado, se constituyó en el lugar, hubo dificultades por la violencia de la gente del sector, igualmente se recorrió el lugar, se interrogó a los testigos, y se tomaron medidas.

El hecho fue esclarecido por cada uno de los testigos del juicio.

En cuanto al examen psiquiátrico, dijo, a partir de la reforma se formó el legajo con la documentación trascendente en aquella oportunidad había un certificado donde el imputado no accedió al examen psiquiátrico. Señala que el Tribunal hizo una disquisición respecto de la importancia del examen. Que valoró la actitud en el juicio del imputado y de los testigos. Que el hecho ocurrió en dos momentos, uno en el que Poblete retiró una batería, y otro en el que Fernández Álvarez se presentó en el domicilio de la víctima, momento en el que ésta se metió adentro de la casa, luego el imputado tiroteó la casa. Con posterioridad la víctima se acercó al domicilio de Fernández para aclarar la situación, lo que no logró, razón por la que da media vuelta y se va, momento en el que Fernández Álvarez le dispara hiriéndolo mortalmente. Expresa que no hay duda de la ocurrencia del hecho. Señala que se le permitió a la defensa producir prueba fuera de término con anuencia de la fiscalía. Que el Tribunal valoró cada circunstancia y la confesión de Fernández al final del juicio. Señala que al momento de fijarse la audiencia de cesura, advirtiéndose la constancia de la entrevista

psiquiátrica, se ofrece la prueba psiquiátrica, en ese momento, la defensa desistió porque consideró que no era relevante. Entiende que no hay agravio para la defensa. Que durante el proceso hubo dos situaciones donde tuvo la oportunidad de producir la prueba y no lo hizo. Considera que el agravio debe ser rechazado. En punto al tiempo transcurrido entre la sentencia de responsabilidad y la audiencia de cesura, sostiene que si bien el código contempla dos etapas, la primera de responsabilidad y la segunda de pena, acepta que pasó un mes entre una y otra, pero señala que en ese tiempo se ofreció prueba, se realizó un informe socioambiental, se determinó la vinculación con los vecinos y otras medidas para determinar el quantum de la pena. Que el plazo que se señala es de las audiencias de cada una de las etapas y no de éstas entre sí. Que no hay forma que se cumpla los 10 días si hay prueba. Entiende que el código habla de audiencias de cada uno de los juicios. El juicio no establece tiempo entre una y otra, que lo mejor es a la brevedad, que este planteo ya se hizo ante el Tribunal y fue rechazado.

En la réplica la defensa, sostuvo, que los jueces del Tribunal no le hicieron lugar a todo su pedido, que el informe topográfico no se hizo lugar, que

había razón para pedir las distancias. Que no lo citaron para la audiencia con el psiquiatra. Que no es cierto que se haya rechazado el planteo de que la audiencia de cesura se hizo con posterioridad a los diez días de celebrada la audiencia de juicio. Admitió también que en la audiencia de control de acusación no se ofreció la pericia psiquiátrica.

En uso del derecho que le asiste, Fernández Álvarez, hizo uso de la palabra al finalizar la audiencia y pidió consideración al Tribunal, debido a que tiene una hija recién nacida a quien poco ve porque no la pueden llevar a la visita, que es el sustento de su familia, que las personas que declararon en el juicio son familiares, primos, tíos, con quienes ya tenía problemas familiares.

Establecido el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Gladys Mabel Folone**, luego el **Dr. Fernando Zvilling** y, finalmente, la **Dra. Florencia María Martini**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Digesto Adjetivo, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

La Dra. Gladys Mabel Folone, dijo:

Considerando que la impugnación deducida contra la sentencia fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnable desde el plano objetivo, corresponde su tratamiento.

El Dr. Fernando Zvilling, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la Sra. Jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Florencia Martini, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la Sra. Jueza que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La Dra. Gladys Mabel Folone, dijo:

Adelanto mi opinión, señalando que la impugnación formulada por la defensa, a mi entender no puede tener favorable acogida.

Considero que la sentencia en crisis ha dado acabada respuesta a las postulaciones de las partes, analizando en forma completa los elementos probatorios

producidos durante el debate y la incorporada legalmente. Observo, que tanto en la instancia de juicio como en ésta, no se cuestionó, ni la ocurrencia del hecho, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo, como así tampoco la autoría de Fernández Álvarez. Es decir que la Fiscalía logró imponer su teoría del caso. El primer agravio del impugnante se centra en que su pupilo actuó con "pérdida de consciencia", que por el incidente vivido con Poblete los "nervios lo hicieron explotar", "razón por la cual alegó que hubo una atenuación de su conciencia", admite que ésta no llegó a un grado tal como para considerarlo inimputable, y es por eso que no fundamentó su defensa en la aplicación del art. 34 del C.P., sino que su intención fue "reducir un poco el dolo". Tal como el mismo profesional lo alegó, era importante para acreditar tal extremo, que se realizara un análisis de personalidad de Fernández por parte de un perito psiquiatra. Ese examen, que no se hizo, a su modo de ver, debió obligatoriamente haberse ordenado por el juez. Tal como argumentó la Fiscalía acertadamente, fue la Defensa quien debió proponer dicha prueba. Si bien es cierto, y así se aceptó, que el proceso se inició en el sistema procesal anterior (y aun aceptando que en aquel momento no se hubiera dado

cumplimiento a lo dispuesto en el art.69 del antiguo código procesal penal), en el mes de febrero del corriente año, se realizó la audiencia de control de acusación (cuestión no controvertida), oportunidad en la que esa parte tuvo la posibilidad de ofrecer la prueba que consideraba pertinente para acreditar su teoría del caso, como lo señaló la Fiscalía, esto no ocurrió. Hoy, en el actual sistema, ninguna prueba es obligatoria, y cada parte debe ofrecer la prueba que hace a su derecho en el momento oportuno fijado por la ley. Ya no hay actividad probatoria de la jurisdicción, sino que ésta, está a disposición de las partes, en lo que respecta a proveer lo que sea pertinente, haciendo respetar las garantías del imputado. Sin perjuicio de lo cual, tampoco en esta instancia impugnatoria, donde hoy también se admite la producción de prueba, tal examen no fue ofrecido. De modo tal que resulta imposible conocer cuales son las características de personalidad del imputado. Este planteo que hoy la Defensa reedita ha sido debidamente abordado por los jueces del Tribunal de Juicio, quienes lo rechazaron fundadamente. El voto del Dr. Rimaro, señala además que al momento de abrirse el debate e invitarse al Defensor para que explicara su línea de defensa (art.181 CPP), en ningún momento expresó que un

pilar de su base argumental sería el estado emocional de su pupilo. En similar sentido se expresó el Dr. Varessio. Pero además, si lo que pretendió el impugnante es encuadrar la conducta de su asistido en el art. 81 inc.1 del Código Penal, aunque no lo dijo en forma expresa en la audiencia del art. 245 CPP, cabe señalar, que el estado emocional violento, que es en lenguaje técnico, el adecuado para encuadrar la conducta defensiva, debe acompañarse de las circunstancias que lo hicieren excusable conforme reza la norma aplicable. Tal como se señala en la sentencia impugnada y se reeditó en la audiencia, las partes coinciden en la existencia del hecho típico de la muerte de Poblete, y que éste fue a manos del imputado. Los jueces han considerado y valorado además la totalidad de la prueba producida, realizando un pormenorizado análisis de la misma, siguiendo los parámetros de la lógica y la sana crítica, por lo que la queja de la defensa, sólo puede considerarse como una opinión diversa a la sustentada por aquellos. La Defensa sostiene que la situación planteada con Poblete hizo que sus nervios explotaran, tal reacción por sí sola, no puede ser justificada por la ley, que no protege a los intemperantes o violentos. La figura atenuada, exige además como elemento del tipo, que las

circunstancias hicieren excusable su proceder, lo que no se encuentra acreditado en la causa, a tenor de la prueba producida en autos y del propio reconocimiento del imputado de su conducta.

Tal como señalara el Dr. Zvilling, "La emoción violenta como culpabilidad disminuida por sí no justifica una acción. Para nuestra ley son las circunstancias que han motivado esa emoción las que llevan a la disminución de la pena... La valoración de la excusabilidad debe hacerse desde el punto de vista jurídico no moral. Puede argumentarse su viabilidad cuando el hecho constituye la reacción explicable de una conciencia razonable...El juzgador entonces debe analizar las circunstancias anteriores como las concomitantes con el hecho. Y las obligaciones que tenía el autor ante esas circunstancias. Todo ello para apreciar la razonabilidad del obrar del sujeto..." (Aigo, Carlos s/Homicidio, sentencia del 18/11/2013 de la Cam. Crim. 2da de Neuquén). Circunstancias éstas que no se encuentran acreditadas en la presente causa, el enojo, la bronca, no son sentimientos que conformen las circunstancias que hicieren excusable su conducta. Por tales motivos considero que este agravio no puede prosperar.

Sin perjuicio de ello y para no afectar el derecho de defensa del imputado más allá de las omisiones argumentativas y probatorias del Defensor de cualquier modo no es siquiera necesario llegar al análisis del estado emocional desde que no se satisface el requisito del tipo de "que las circunstancias lo hicieren excusable", dado que el imputado se colocó en esa situación. Fue éste quien provocó a la víctima al efectuar disparos sobre la fachada de la vivienda colocando en riesgo la vida de las personas que se hallaban en el interior, momentos antes del desenlace fatal.

La Defensa también plantea la nulidad del juicio porque no se hizo una medida solicitada por su parte consistente en la toma de diversas medidas en el lugar del hecho, para hacer un relevamiento fotográfico, pero a renglón seguido admite que el Tribunal proveyó la misma, pero que al ir al lugar no se pudo realizar nada por la violencia demostrada por el vecindario, que obligó a que tuvieran que volverse. El rechazo del plateo resulta casi obvio, en tanto alberga una contradicción en su propia enunciación. Tal como lo refirió la Fiscalía, con su anuencia, pese a que se trataba de un pedido extemporáneo, el Tribunal se constituyó en el lugar de los hechos, pero

la agresividad del vecindario hizo imposible toda actuación, no obstante lo cual se recorrió el lugar, evaluándose en el lugar las diversas circunstancias del hecho. Vale repetir en esta ocasión y con mayor énfasis en este nuevo proceso implementado por la ley 2784, donde el sistema de nulidades se ha visto reducido, que no es aceptable alegar la nulidad por la nulidad misma, además no cabe en el caso decretar la nulidad de algo que no se hizo. No obstante cabe señalar que el Tribunal de Juicio valoró diversos elementos probatorios, además del propio reconocimiento del imputado, lo que no fue negado en esta etapa impugnatoria. La parte no expresa con claridad que hubiera modificado el resultado final la realización de dicha prueba, frente al reconocimiento del imputado.

Finalmente esgrime como agravio que el tiempo transcurrido entre el dictado de la sentencia de responsabilidad y la audiencia de determinación de la pena, fue de casi un mes y medio, excediendo el término de 10 días, autorizado por los art. 177 y 178 CPP y por tanto considera que hay una violación total de tal normativa. Sostiene que el código señala que cuando se exceden los plazos el juicio es nulo y debe realizarse uno nuevo. Tal solución la considera favorable a los intereses de su

defendido. Entiendo que este agravio también debe ser rechazado. Considero que la parte ha realizado una equivocada interpretación de la normativa procesal, en lo que respecta al cómputo de los plazos de las fases del juicio. Coincido en este punto con lo argumentado por la Fiscalía. Esa parte ha aceptado que entre una etapa y otra del juicio ha transcurrido alrededor de un mes y medio, tiempo durante el cual se ofreció prueba y se fijó la audiencia de determinación de pena. Tal como lo señala la Fiscalía, el juicio penal que plantea el nuevo sistema procesal impuesto por la ley 2784, establece dos claras etapas de juicio, una donde se juzga la responsabilidad penal del encartado en el hecho imputado, y una vez dilucidada ésta, se establece otro momento para la determinación judicial de la pena aplicable al imputado respecto del hecho por el cual fuera declarado responsable, donde las partes tienen la posibilidad de ofrecer prueba esta vez relativa a las circunstancias personales de la persona declarada responsable. Cuando la ley procesal dice que la audiencia sólo se puede suspender dos veces por razones de absoluta necesidad y que la suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral no puede exceder los diez días, se refiere a la audiencia de debate,

y no a que entre una y otra etapa del juicio no debe haber un plazo superior a diez días. Por el contrario la ley no establece plazo entre la audiencia donde se debate la responsabilidad penal y la audiencia donde se debate la pena a imponer, sólo dice que hay dos fases, aunque admito que ésta deberá realizarse en el menor tiempo posible. Considero que es clara la redacción de la norma cuando señala que "la audiencia de juicio oral se desarrollará en forma continua..." es decir en sesiones sucesivas, que son aquellas que ocurren al día siguiente hábil, remarco que ésta se refiere, a la audiencia de debate de la responsabilidad penal. El juicio de cesura no es una suspensión más, como lo señala la defensa, sino una fase del proceso con características propias.

Así las cosas, considero que la impugnación debe ser declarada improcedente en tanto la sentencia del Tribunal de Juicio ha dado completo tratamiento a las cuestiones planteadas oportunamente, efectuando un adecuado abordaje de las mismas.

El Dr. Fernando Zvilling, manifestó:

Sin perjuicio de compartir los argumentos esgrimidos por la Sra. Jueza que emitió el primer voto, me permito formular algunas apreciaciones.

En primer lugar, tal como se desarrollara el voto precedente, el tema es determinar si se encuentran presentes los elementos constitutivos de la figura de la Emoción Violenta del art. 81 inc. 1ro. del código penal, o bien, en caso contrario, en el sentido de la sentencia, si el hecho por el que fuera condenado Fernández Álvarez es constitutivo de un Homicidio Simple (art. 79 del código penal). Recordemos que en definitiva el homicidio emocional atenuado no es sino un homicidio simple anímicamente circunstanciado; si se excluye el elemento subjetivo del estado emocional, reaparece la figura del homicidio simple, la muerte consumada intencionalmente (Conf. Núñez, Ricardo. Derecho Penal. T. III, p. 71).

El art. 81 del código penal, en su inc. 1º a., establece: *"Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable"*.

Es necesario señalar que la emoción violenta es una categoría ubicable en la culpabilidad, funcionando como una atenuante en función de la menor exigibilidad de una conducta distinta del sujeto (Roxin, Jacobs, Zaffaroni). La criminalidad del autor es menor, ya

que mata debido a la fuerza impulsora que está en su ánimo y encuentra su causa en la conducta de la víctima. Existe una atenuación de su culpabilidad debido a la disminución de los frenos inhibitorios del autor, que se refleja en una menor capacidad de culpabilidad (Donna, Edgardo. Derecho Penal, Parte Especial, T. I, p. 127).

Tanto la doctrinaria como la jurisprudencia señalan que el tipo penal comprende tres elementos: Uno, objetivo o material: *matar a otro*. Un elemento subjetivo, la *Emoción Violenta*, como estado de la conciencia que da color a su accionar, y un tercer elemento, normativo, complementario de los anteriores y que da sentido a la figura atenuada: "*que las circunstancias hicieren excusable*" (al estado emocional, no al homicidio). Como sostuvo con total claridad Peña Guzmán, en "*El delito de Homicidio Emocional*", no puede comprenderse la figura sin un análisis de cada uno de estos elementos para obtener una síntesis adecuada.

Aquí discute la defensa que el segundo elemento constitutivo, esto es la "*Emoción*", se encontraba presente, y no fue debidamente considerado al decidir. En este sentido, recordemos que no cualquier estado emocional es suficiente para aplicar la forma atenuada del delito,

sino que la emoción debe ser necesariamente "*Violenta*". Se trata de una conmoción del ánimo por obra de los sentimientos del individuo. Esa ebullición del sentimiento domina o puede dominar durante algún tiempo el espíritu y suspende la acción libre y natural de los elementos intelectuales. Lo importante es que al momento del hecho se mantenga esa emoción, pero en forma "*violenta*". Esto completa el cuadro psicológico del delito emocional.

Esta emoción implica una transformación de la personalidad, a consecuencia de un estímulo que afecta los sentimientos. Conmoción que se lleva a "una transformación de la personalidad, a consecuencia de un estímulo que afecta los sentimientos. Esa conmoción se traduce en un estado de furor, de ira, de irritación, de excitación del ánimo, de dolor, de miedo, que por su grado violento adquiere el carácter de una tendencia a la acción de sangre. El sujeto está perturbado, obra sin completo dominio de su conciencia. Ello *no supone que el actor esté impedido de comprender la criminalidad del acto*, pues no ha de olvidarse que el estado emocional crea un tipo atenuado de delito y no una figura de exclusión de la penalidad, pues si el estado emotivo fuera tal que produjera un estado de inconciencia, se estaría ante un caso de

inimputabilidad, de los previstos en el inc. 1º del art. 34 del Cód. Penal (conf. Fontán Balestra, op. cit., t. IV, ps. 124 y sigts.; Soler, op. cit., t. III, ps. 70 y sigts.; Núñez, op. cit., t. III, ps. 75 y sigts.; Rubianes, op. cit., t. II, p. 490; Peña Guzmán, op. cit., p. 131 y siguientes).

La razón de la atenuación reside en la imposibilidad de mantener el pleno gobierno de los frenos inhibitorios frente a la incitación que provoca la acción homicida. Por ello, no es suficiente para aplicar la figura atenuada una simple exaltación o tensión nerviosa (conf. Fontán Balestra, op. cit., t. IV, ps. 124 y sigts.; Núñez, op. cit., t. III, ps. 75 y sigts.; Soler, op. cit., t. III, ps. 10 y siguientes).

En cuanto al carácter de *violenta de la emoción*, y este es otro de los temas centrales del caso, los frenos inhibitorios *son manejados por la voluntad*. Puede ocurrir que un estado emocional sea lo suficientemente violento como para vencer dichos frenos y cometer, en su consecuencia, un homicidio. Que esa intensa emoción haya vencido poderosos frenos inhibitorios o haya sobrepasado sin esfuerzo una voluntad débil, carente de esos frenos, es indiferente al derecho. La ley sólo exige,

subjetivamente, la concurrencia de un estado emocional y, además, que su conducta sea *excusable por las circunstancias* (conf. Peña Guzmán, op. cit., ps. 165, 190 y siguientes).

Ahora, es claro que el juez necesita del dictamen de peritos para poder determinar hasta qué punto se vieron relajados o disminuidos los frenos inhibitorios. De allí, como señala Vicente Cabello (*Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. Ed. Hammurabi. T. II B. p. 29), como todo programa médico legal, el estudio de la emoción violenta se ajusta a un doble esquema: en primer lugar al que esencialmente le corresponde al perito y en segundo lugar a su enfoque jurídico que aunque sin pertenecerle específicamente no le es ni con mucho indiferente.

Por esta razón es que, como afirma (p. 60) Cabello al hablar de "excusa", es que vemos el mundo a través de los ojos de nuestra intimidad y a veces de nuestro estado de ánimo, y reaccionamos conforme al mundo de nuestros valores. El concepto de estímulo para la psicología jurídica encierra una modalidad relativa y no absoluta; por algo el Código, en materia de emoción violenta, habla de "*circunstancias*". Este es el aspecto normativo, y cuya decisión, aunque basada en los informes

psicológicos/psiquiátricos- es propia de la función jurisdiccional.

Aquí existe una primera inconsecuencia en los agravios. Más allá que el Sr. Defensor planteó la obligatoriedad del informe psiquiátrico del modo en que lo establecía de acuerdo con el anterior sistema, lo cierto es que no sólo tuvo la posibilidad de requerir la pericia en la audiencia de "control de la acusación", sino -lo que es más importante-, es que aquel informe obligatorio del viejo código procesal no tenía la finalidad que la defensa pretende atribuirle. El art. 69 tenía como fin establecer la imputabilidad o inimputabilidad de la persona sometida a proceso, en los delitos graves con penas superiores a 10 años de prisión, o cuando el imputado era sordomudo, o mayor de setenta (70) años, o ante la posible aplicación de una medida de seguridad. Es claro que aquí no se discute esta cuestión, tal lo señalado en los párrafos precedentes.

Es decir que el asunto puede ser presentado como una omisión de la asistencia técnica, al no ofrecer la prueba pericial *pertinente* para su teoría del caso (aunque tardíamente introducida, tal lo señalado en el voto precedente), o bien, y es lo que me parece más verosímil, que la Defensa advirtió desde un inicio que el

estado emocional atenuante no se encontraba presente, y por esa razón no propuso la prueba pericial que hoy reclama.

Sostengo esto porque un análisis de las circunstancias de hecho probados en la sentencia dan cuenta de un obrar frío y premeditado por parte de Fernández Álvarez. Y este tipo de actuar es justamente lo que se excluye del ámbito de la figura tratada. Es necesario un estado violento en los sentimientos, ya que no se trata de un premio para los iracundos, para los intemperantes o los violentos. La secuencia de los acontecimientos, descritas previamente como compuesta de dos momentos, dan cuenta de una actitud reflexiva y serena del acusado demostrativa de la inexistencia de la emoción violenta. En resumen, debe descartarse el estado emocional violento si el agente obró reflexivamente y, sobre todo, si actuó con premeditación (conf. Peña Guzmán, op. cit., p. 168 y sigts.; Rubianes, op. cit., t. II, p. 490; Oderigo, op. cit. p. 110; Manigot, op. cit., p. 150; Soler, op. cit., t. III, ps. 72 y sigts.; Fontán Balestra, op. cit., t. IV, p. 126 y sigts.; Núñez, op. cit., t. III, p. 77 y siguientes).

Ha sostenido la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital Federal: "El súbito furor, o un propósito de hacer expiar la afrenta, aún inmediatos al acto de provocación, no da cabida a la emoción violenta. El hecho debe ser excusable, y no simplemente explicado por las circunstancias que mediaron en su producción" (C. C. C., sala de cámara, 25/4/67, causa "Méndez Duarte da Cruz, A.").

"La excusa", término que el Código Penal sólo emplea en esta figura, y que la sanción de 1921 introdujo por primera vez en nuestro derecho penal, tanto quiere decir como disculpa, paliación, descargo. Se distingue claramente de la justificación, pues en este caso el hecho ha sido justo; el autor tenía pleno derecho a matar, caso de la legítima defensa. En cambio, el elemento descriptivo demostró que la conducta de que ahora se trata es decididamente delictuosa. El motivo carece de derecho en su reacción emotiva. No obstante, la ley no ha determinado cuándo ha de excusarse ese homicidio, para que su autor merezca pena atenuada. El intérprete ha de otorgar contenido al término, aplicando los sistemas de hermenéutica que estime adecuados..." (Peña Guzmán, op. cit., ps. 56/57).

La cuestión no es justificar un homicidio, sino atenuar su pena cuando el autor actuó violentamente emocionado y su conducta es excusable por las circunstancias todas del hecho. Probado que el homicida obró emocionado, debe determinarse si su conducta puede excusarse. "El juicio de excusabilidad es un juicio de justificación del haberse emocionado, es un examen y aprobación de la emoción desde el punto de vista causal y estimativo"; no es una causal de justificación del hecho. Lo que debe examinar el juzgador es el comportamiento del autor frente a las "circunstancias". En definitiva, el estado de emoción violenta es el motivo determinante de la atenuación de la pena, ese estado ha de responder a circunstancias que lo hagan excusable. Por ejemplo, al que matare a otro, si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas o injurias graves ... lo que los penalistas clásicos llaman "*justa ira e intenso dolor*" (conf. Núñez, ob. cit., t. III, p. 85; Fontán Balestra, op. cit., t. IV, p. 130 y sigts.; Peña Guzmán, op. cit., ps. 225/229).

Por último, como afirma Peña Guzmán en su obra, en definitiva lo fundamental es que lo "excusable" – término utilizado por la ley– no está esencialmente ni en

la emoción ni en los motivos, sino en las *circunstancias del hecho*. "La ley no se refiere a que tales motivos hicieron excusable el delito, sino a las circunstancias sin limitarlas..." (op. cit., p. 247), y es el juez quien deberá determinar en cada caso si la conducta, dadas las circunstancias, es *excusable*.

En concreto, la emoción debe estar calificada por un estado (referencia temporal) violento (referencia a su intensidad). El término "estado", como se dijo, implica cierta permanencia en el tiempo. Estos dos elementos complementan la emoción. Pero, además, la conducta homicida debe ser excusable por las circunstancias que a ella la llevaron. La ley emplea la conjunción "y", lo que implica que los requisitos de la figura privilegiada son dos: la "emoción y lo excusable". La ley no exige en cambio una valoración de la conducta del homicida y de "sus circunstancias". La figura, además de la emoción, exige "que las circunstancias hicieren excusable", lo que quiere decir que es algo externo a la misma emoción. Las circunstancias no son la emoción, precisamente por constituir el otro requisito del texto legal. Circunstancia quiere decir, según su origen etimológico, tanto como "circunstare", lo que está circundando el hecho, es decir

todo lo que está alrededor y no dentro de la mente del autor. Por lo general, son las formas contingentes del delito, variables en cantidad y calidad, sin que hagan desaparecer el delito ni cambiar su calificación, pues no forman parte... de sus elementos. Pero esto es en referencia a los arts. 40 y 41 del Cód. Penal; cambia totalmente la conclusión cuando, como en el caso del homicidio emocional, el tipo exige precisamente considerar esas circunstancias, otorgándoles, es evidente, la calidad de elemento esencial". *Esas circunstancias han provocado la emoción, actuando lo exterior sobre lo interno* (conf. Peña Guzmán, op. cit., ps. 235 y sigts.; González Roura, op. cit., t. I, p. 95). (p. 128 y ss. López Bolado).

Como lo explicara la sentencia y lo desarrollara el voto que me precede, los hechos no denotan la existencia de un estado emocional que hubiera requerido de la producción de prueba pericial tendiente a determinarlo. Es más, no se observa la existencia del requisito de "violento" del estado emocional, como lo exige el tipo penal, que llegara a un nivel tal que anulara o disminuyera los frenos inhibitorios y permitiera aplicar la forma atenuada. Recordemos que luego de la primer descarga emocional, consistente en "tirotear" la vivienda de la

víctima, se retiró a su propia casa, desde la cual salió para dar muerte a Poblete, cuando éste pretendía aclarar la situación conflictiva previa.

Las circunstancias de hecho debidamente relevadas en la sentencia cuestionada demuestran que no se trató de un acto descontrolado por emoción violenta, sino de una voluntad homicida concretada mediante una dirección final de su conducta, con plena conciencia, aunque en un estado de ira u ofuscación. Esta es la razón por la cual, seguramente, la prueba pericial no fue propuesta por la defensa.

De cualquier modo, como fuera señalado por la Dra. Mabel Folone, el requisito de la "excusabilidad" no se encuentra presente. La figura, para ser aplicada, requiere necesariamente de la presencia del estado emocional violento, como así también de su excusabilidad. El juicio de excusabilidad, como dijimos, es un juicio de justificación del haberse emocionado, es un examen y aprobación de la emoción desde el punto de vista causal y estimativo. Y no que el acto sea simplemente explicado por ellas. Ahora, los motivos señalados por la defensa, son suficientes para satisfacer el requisito de "excusabilidad"?. La respuesta, a la luz de las

consideraciones precedentes, es tan sencilla como terminante: Las circunstancias, bajo ningún punto de vista permiten excusar el (hipotético, ya que descartamos su misma existencia) estado emocional. Los motivos nimios, de conformidad con nuestra ley, no permiten atenuar la culpabilidad por estado emocional.

La Dra. Florencia María Martini, expresó:

Por compartir los argumentos vertidos en los votos que me preceden, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La Dra. Gladys Mabel Folone, dijo: En

atención a la solución propuesta, considero deben imponerse las costas al impugnante (art. 268 CPP).

El Dr. Fernando Zvilling, manifestó: Por

compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Florencia María Martini, expresó:

que por compartir los fundamentos y conclusiones de quien emitió opinión en primer término, me pronuncio en idéntico sentido.-

Razón por la cual el **Tribunal de Impugnación, por unanimidad,**

RESUELVE:

I.- **DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL** de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 234 y 241 del CPP).-

II.- **NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACION ORDINARIA** planteada por no constatarse los agravios formulados por la Defensa, **confirmando**, en consecuencia, **la sentencia dictada el 29 de abril de 2014 por la sala del Colegio de Jueces de Neuquén integrada por los Dres. Benavídez, Rimaro y Varessio.-**

III.- Imponer las costas al impugnante (art. 248 CPP).-

IV.- Hacer saber a la Oficina Judicial de Neuquén este pronunciamiento para su registración y notificaciones pertinentes.

Dra. Gladys M. Folone

Juez

Dr. Fernando J. Zvilling

Juez

Dra. Florencia Martini

Juez

Reg. Sentencia N° 115 T° VI Fs. 1119/1134 Año 2014.-

