

SENTENCIA N° 15/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecinueve días del mes de marzo del año 2015, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Jueces **Dr. Andrés Repetto**, quien presidió la audiencia, y los **Dres. Liliana Deiub y Mario Rodríguez**, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado “**RIQUELME, Nelson y otro s/ lesiones gravísimas**”, identificado bajo el legajo OFICH 42/2014, seguido contra **Nelson Karim Riquelme**, argentino nacido el 7 de marzo de 1990 en la ciudad de Chos Malal, provincia del Neuquén, de estado civil soltero, hijo de Antonio y María Mora, con DNI N° 34.657.846, instrucción secundaria completa, domiciliado en calle Facundo Quiroga N° 87 del barrio Parque La Hoya de la ciudad de Chos Malal y contra **Hugo Hernán Rosales**, argentino, nacido el 15 de julio de 1989 en la ciudad de Chos Malal, provincia del Neuquén, de estado civil soltero, hijo de Jorge del Tránsito y Genoveva Vega, con DNI N° 34.657.655, instrucción secundaria completa, domiciliado en calle Ángel Peñaloza y Juana Azurduy, del barrio Parque La Hoya de la ciudad de Chos Malal.

Intervinieron en la instancia de impugnación Marcelo Hertzriken Velasco como defensor de confianza de ambos imputados, Nahuel Urra como representante de la querrela y Pablo Milanese como representante de la fiscalía.

ANTECEDENTES: Por sentencia n° 23/14, dictada el día 12 de septiembre de 2014, el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Beatriz Martínez, Mario Tommasi y Mariano Echeto resolvió, en lo que aquí interesa, “...1°) Declarar autor penalmente responsable al Sr. Nelson Karim Riquelme, DNI n° 34.657.846, de demás datos obrantes en el legajo, por el delito de lesiones graves doblemente agravadas (por alevosía y por la condición de miembro de una fuerza de seguridad pública de la víctima), previsto y penado por los arts. 90 en función de los arts. 92 y 80 incs. 2° y 8° del Código Penal y 45 del mismo cuerpo legal,

por un hecho ocurrido el día 7 de julio de 2013 en perjuicio de Pablo Mellado. 2º) Declarar autor penalmente responsable al Sr. Hugo Hernán Rosales, DNI n° 34.657.655, de demás datos obrantes en el legajo, por el delito de lesiones graves doblemente agravadas (por alevosía y por la condición de miembro de una fuerza de seguridad pública de la víctima), previsto y penado por los arts. 90 en función de los arts. 92 y 80 incs. 2º y 8º del Código Penal y 45 del mismo cuerpo legal, por un hecho ocurrido el día 7 de julio de 2013 en perjuicio de Pablo Mellado....”.

Como consecuencia de dicha sentencia de responsabilidad, y luego de sustanciada la audiencia de cesura, se les impuso a los acusados, por mayoría, la pena de **7 años de prisión de efectivo cumplimiento**, con más las accesorias legales y las costas del juicio (art. 12 CP y 270 CPP).

La defensa técnica de los imputados impugnó tanto la declaración de responsabilidad como la pena impuesta en los términos de los artículos 233, 236 y 239 del CPP, conforme los argumentos que más adelante se detallarán.

En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a la audiencia oral en la que se escucharon los argumentos que fundan la impugnación interpuesta, y los que rebaten esas manifestaciones.

Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que, cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados, resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el Dr. Andrés Repetto, en segundo término el Dr. Mario Rodríguez y por último la Dra. Liliana Deiub.

CUESTIONES: 1) ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa de los imputados?, 2) ¿Es procedente el

mismo? y en su caso ¿Qué solución corresponde adoptar? y, por último, 3) ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACIÓN: I. A la primera cuestión el Dr. Andrés Repetto dijo: El recurso fue presentado en término, ante el órgano judicial correspondiente, por parte legitimada para ello, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin a la causa. Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido.

El Dr. Mario Rodríguez, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

La Dra. Liliana Deiub, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

II. A la segunda cuestión el Dr. Andrés Repetto dijo:

a) Contra la sentencia condenatoria la defensa de los imputados interpuso *recurso de impugnación*, en los términos de los artículos 233, 236 y 239 del CPP, considerando que ésta resulta atacable tanto por defectos formales como por defectos sustanciales.

Sustentó su primer agravio en la existencia, a su modo de ver, de una errónea valoración de la prueba, inobservando los artículos 8 y 193 del CPP, los que ordenan apreciar las pruebas de un modo integral y siguiendo las reglas de la sana crítica racional, debiendo estar siempre a los más favorables para los imputados en caso de duda. Consideró que en la sentencia se hace una valoración parcial de los testimonios, apartándose del análisis de lo dicho por otros testigos.

El segundo agravio lo fundó en que la decisión adoptada es sustancialmente errónea (art. 236 CPP) por inobservar lo dispuesto por el

artículo 95 del Código Penal, al considerar que la intervención de un grupo de agresores superior a dos personas, así como la indeterminación de quienes causaron las lesiones –conforme la propia acusación–, impone la aplicación del tipo penal señalado.

Como tercer agravio sostuvo que la pena impuesta no guarda proporción con el hecho reprochado, en razón de que ésta se acerca al mínimo del homicidio simple, considerando cruel la pena impuesta y violatoria de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Durante la audiencia ahondo y fundó con detalle las razones jurídicas en las que sostiene los tres agravios oportunamente introducidos.

En función de todos los fundamentos expuestos solicitó que se resuelva, sin reenvío, absolver a **Hugo Rosales** del delito reprochado por aplicación del artículo 8 y 193 del CPP, y se condene a **Nelson Karim Riquelme** a la pena de un (1) año de prisión en suspenso, en función de la calificación legal que corresponde en los términos del artículo 95 del Código Penal.

b) La fiscalía a su turno sostuvo, en relación al primer agravio formulado por la defensa, que el Tribunal de Juicio no aplicó el artículo 8 del CPP por la sencilla razón de que no existió dudas durante el debate respecto de las responsabilidades penales atribuidas a los imputados, ni respecto de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, ni en la participación que éstos tuvieron. Ello es así no sólo porque se valoró adecuadamente las testimoniales de cargo producidas, sino porque además se dio respuesta y se valoraron las testimoniales de Anselmo Rosales (hermano del imputado) y de Juan Bautista Jara, cuya versión de los hechos fueron descalificadas por no resultar creíbles y concordantes, y haber demostrado dudas en sus testimonios a lo largo del debate. En

razón de ello consideró que la sentencia se encuentra debidamente fundamentada. A contrario de lo que afirmó el Defensor, a su criterio existe en la sentencia una valoración integral de la prueba producida.

En cuanto al segundo agravio, relativo a las supuestas lesiones graves en riña que postula la defensa, sostuvo que la acusación de la fiscalía siempre se mantuvo igual, y que quedó claro, y así se pudo acreditar, que los agresores fueron los imputados, no surgiendo del relato de los hechos formulado en la acusación que las otras personas -no identificadas- hayan participado de la agresión, por lo que el agravio de la defensa no se encuentra fundado.

La individualización de la pena también se encuentra debidamente fundada, y se funda primordialmente en la extensión del daño causado a la víctima y en la peligrosidad de la conducta demostrada por los imputados, ello teniendo en cuenta que, por ejemplo, el objeto contundente que Riquelme utilizó para agredir a la víctima lo llevaba oculto entre sus ropas, lo que demuestra el grado de predeterminación al delito.

Los agravios de la defensa en su totalidad no se encuentran fundados, por lo que solicitó se confirme la sentencia impugnada.

c) La querrela sostuvo, en relación a lo dicho por los testigos durante el juicio, que se pudo identificar adecuadamente el accionar de los imputados, individualizando sus conductas, y que ello fue debidamente fundado por los jueces en la sentencia de responsabilidad, por lo que no se sustentan las afirmaciones de falta de fundamentación de la sentencia y de haber omitido valorar los dichos de otros testigos durante el juicio. En función de los argumentos que esgrimió solicitó se rechace el recurso y se confirme la sentencia impugnada.

d) En primer término debo resaltar que ninguna de las partes manifestó en sus alegatos que en la sentencia se hubiesen valorado circunstancias o hechos no mencionados por los testigos, o que se les hubieran dado a esos testimonios un significado diferente al que brindaran durante la audiencia, atribuyéndoles hechos o circunstancias no mencionados por éstos.

El argumento central de la defensa, y sobre lo que las partes acusadoras contra-argumentaron, se centró en cuestionar la valoración que realizaron los jueces de las pruebas producidas durante el juicio y en función de ello la inadecuación al principio in dubio pro reo, el supuesto error en el que se habría incurrido al no considerar el alcance del tipo penal previsto por el artículo 95 de CP y, por último, el monto de la pena impuesta en la audiencia de cesura. De allí que corresponda dar por cierto lo referido por las partes respecto de lo que habrían manifestado los testigos y que fuera mencionado por los jueces de grado en su sentencia.

Dicho ello, adelanto que, a mi modo de ver, y luego de un minucioso análisis de los agravios presentados por la defensa y de los contra-argumentos sostenidos por las partes acusadoras, considero que los jueces de grado no han realizado una valoración sesgada, arbitraria o parcializada de la prueba testimonial producida, ni han inobservado las reglas de la sana crítica al concluir que se acreditó, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal atribuida a los imputados, en función de las pruebas que fundan su participación en las conductas reprochadas.

Las partes acordaron que el hecho ocurrió en el lugar indicado por la acusación, que la víctima padeció lesiones graves que pusieron en peligro su vida, y que al momento del hecho los imputados se encontraban en condiciones de discernir sus acciones y dirigir su conducta. Sin perjuicio de ello la prueba central a partir de la cual se

sostiene la acreditación de la responsabilidad penal atribuida a los imputados surge de los testimonios de José Alberto Moyano, Nicolás Gabriel Mellado y Jonathan Aníbal Lagos, quienes fueron testigos presenciales de los hechos juzgados.

Estos testigos describieron en forma coincidente y concordante cómo sucedieron los hechos. Es más, surge de la propia sentencia, y del testimonio de la defensa, que el propio Riquelme reconoció haber agredido a la víctima. Todos los testigos coincidieron en afirmar que fue Riquelme quien, en primer término, agredió a Pablo Mellado con un objeto contundente. Que producto de ese golpe la víctima cayó al suelo, ocasión en la que Hugo Rosales lo agredió por segunda vez con un golpe en la cabeza utilizando una botella. Toda la secuencia fue vista por el hermano de la víctima, Nicolás Mellado, quien se encontraba junto a él, y por José Moyano y Jonathan Lagos quienes vieron los hechos desde unos 15 metros de distancia. Las supuestas dudas a las que hace referencia el defensor relativas a la autoría de las lesiones provocadas a la víctima no son tales, ya que los testimonios mencionados apreciaron los hechos desde el mismo momento en que se sucedieron, coincidiendo éstos testigos en su relato, e identificando con claridad y sin ambigüedades a Riquelme como el autor del primer golpe y a Hugo Rosales como el segundo agresor. No hay dudas ni fracturas en estos relatos. La defensa no mencionó ninguna ambigüedad o contradicción entre estos testimonios. Ni siquiera se mencionó que hubieran mentido en forma directa para perjudicar a los imputados. Sólo se limitó a afirmar que estos testimonios no coincidían con los de Juan Bautista Jara y Anselmo Rosales quienes al declarar sí demostraron contradicciones en su relato.

Por otra parte el relato de los testigos de cargo, tal como fue sostenido en la sentencia, es compatible con las lesiones constatadas en la víctima, lo que refuerza la veracidad de esos testimonios.

Como ya dije, la defensa se agravió de que no se habría valorado adecuadamente el testimonio de Juan Bautista Jara y Anselmo Rosales, éste último hermano de Hugo Rosales, quien además se habría atribuido la agresión a Mellado. El Dr. Echeto, Juez del primer voto, dio razones de porqué consideró que éstos testimonios no resultaban creíbles y que tenían por única finalidad poner en mejor situación a los imputados. En concreto no resultaron creíbles porque incurrieron en gruesas contradicciones respecto de qué fue lo que comenzó la agresión.

De la sentencia surge en forma clara y debidamente fundada la descripción de los hechos probados y la participación que a cada uno de los imputados le cupo en la agresión a Pablo José Mellado. No advierto la existencia de una fundamentación arbitraria o antojadiza, ajustándose a las pruebas producidas por las partes durante el debate. Aún la valoración de los testimonios de descargo presentados por la defensa se encuentra debidamente fundada y correctamente descartada como prueba eficiente para sostener la existencia de duda respecto de la responsabilidad atribuida a los imputados. Las dudas que pretende sembrar la defensa de ningún modo alcanzan para acreditar la existencia de una duda razonable que torne arbitraria la valoración de la prueba efectuada por los jueces de juicio.

En conclusión considero que la valoración de la prueba efectuada por los jueces de juicio se ajusta a los estándares de razonabilidad, habiendo fundado debidamente sus conclusiones, y explicado con detalle en qué pruebas se sustentaron para tener por acreditada la responsabilidad penal que las parte acusadoras atribuyen a Nelson Riquelme y a Hugo Rosales.

En cuanto a la calificación legal sostenida por los jueces en la sentencia impugnada, esto es lesiones graves, agravadas (Art. 90, en función del 92 y 80 incs. 2º y 8º del CP), es la correcta y se adecua a los

hechos probados. Sobre esta cuestión la defensa se agravió en razón de pretender que los jueces debieron encuadrar las conductas reprochadas en el marco del tipo penal previsto por el artículo 95 del Código Penal (lesiones en riña).

Como es bien sabido riña es el súbito acontecimiento recíproco y tumultuario, de más de dos personas, y supone una lucha recíproca y confusa, que tiene lugar imprevista e instantáneamente, en forma rápida y desordenada, sin concierto previo, de manera tal que el desenlace sale del dominio de los participantes de la contienda para entrar en el dominio de ésta¹.

Agresión, en cambio, se ha entendido como el acometimiento de varios contra uno u otros que se limitan a defenderse pasivamente, ya que si lo hacen activamente ello se convertiría en riña².

En ambos supuestos es requisito del tipo penal que no conste quién o quiénes provocaron el resultado no querido por la norma. En tal caso por una ficción de autoría serán responsables aquellos que hayan ejercido violencia sobre la persona del muerto o lesionado. De poder dilucidarse quién o quiénes han provocado el resultado lesivo, obviamente son aplicables las reglas generales de participación y autoría³.

La defensa afirmó que conforme lo sostenido en la acusación, debería haberse adecuado las conductas reprochadas a las previsiones del tipo penal del artículo 95 del Código Penal, en razón de que la víctima habría sido agredida por varias personas más, no identificadas, por lo que, desde su punto de vista, no sería posible determinar quién de todos ellos fue el autor de las lesiones producidas.

¹ Donna, Edgardo, Derecho Penal Parte Especial Tomo I, p. 187.

² Baigún-Zaffaroni, Código Penal Comentado, Ed. Hammurabi, Tomo 3, p. 895.

³ Donna, ob. cit. p. 189.

De la simple lectura de la acusación, reproducida en la sentencia, surge en forma clara y simple que quien agredió a Mellado en primer lugar fue Riquelme, golpeándolo con un objeto contundente a la altura del parietal izquierdo, golpe que provocó que la víctima cayera inconsciente al suelo, ocasión en la que Hugo Rosales se le acercó y lo golpeó con una botella en la cabeza estando la víctima en el suelo. Luego de esa secuencia de golpes de Riquelme y Rosales se habrían acercado otras personas quienes también lo habrían golpeado. A su vez, las lesiones constatadas a Mellado fueron fractura y hundimiento tempoparietal izquierdo, fractura malar y arcada zigomática derecha.

La descripción de la conducta desplegada por Riquelme y Rosales, conforme los testimonios prestados por Nicolás Mellado, Jonathan Lagos y José Moyano, y la descripción de las lesiones producidas a la víctima coincide penalmente, con lo que resulta claro que, a diferencia de lo que pretende sostener la defensa, se ha podido acreditar en forma clara quienes fueron los autores de las lesiones reprochadas, no existiendo dudas respecto de su individualización. Siendo ello así, no corresponde la aplicación del tipo penal previsto por el artículo 95 del Código Penal, sino que la conducta ha sido correctamente calificada en el delito de lesiones graves, en los términos previstos por el artículo 90 del Código Penal, agravadas en función de los artículos 80 incs. 2º y 8º y 92 del mismo cuerpo legal.

El último agravio relativo a la pena impuesta sí merece ser atendido en esta instancia por dos razones.

La primera se sustenta en que el Dr. Tommasi, juez del primer voto, al que adhirió ampliando fundamentos la Dra. Martínez, sostuvo que *“...A fin de decidir el quantum de la pena a aplicar, parto del término medio de la escala correspondiente, esto es seis años y seis meses y aplicaré en más o en menos pena según concurrieren, en mi*

criterio, las circunstancias de agravación o atenuación establecidas en el art. 41 del CP...”. Más allá de que pueda o no compartir el método elegido por el a-quo para la determinación de la pena, lo cierto es que partió del término medio de la pena prevista para el delito por el que se lo declaró penalmente responsable, afirmando que ese término es de seis (6) años y seis (6) meses de prisión, tomando como límites la escala penal mínima y máxima prevista para la conducta reprochada (lesiones graves –art. 90- agravadas por alevosía y por la condición de miembro del servicio penitenciario de la víctima –art. 80 inc. 2º y 8º- del Código Penal) delito que tiene un mínimo de tres (3) años y un máximo de diez (10) años de prisión. Simultáneamente a ello afirmó encontrarse limitado -en la determinación de la pena- por la pena máxima pedida por los acusadores (ocho (8) años la fiscalía, y ocho (8) años y seis (6) meses la querella) lo que implica que el término medio para el caso concreto que en autos se juzga no es el de seis (6) años y seis (6) meses tomado por el juez.

A mi modo de ver el juez cometió un error al utilizar la escala penal prevista para el delito en abstracto, y no tomar el término medio entre el mínimo previsto por la norma y el máximo solicitado por los acusadores, en razón de que aplicando el método elegido por el juez podría llegarse a situaciones absurdas como por ejemplo el supuesto en el que la parte acusadora hubiera pedido una pena cercana al mínimo y el juez, aplicando este método y tomando la pena máxima en abstracto, terminara identificando como término medio una pena mucho mayor que la solicitada por el acusador, llegando a la irracional situación de valorar la posible aplicación de una pena que el código procesal le prohíbe aplicar, por ser una sanción mayor a la solicitada por las partes acusadoras (art. 196 CPP).

En definitiva el juez partió de un término medio erróneo, por lo que la pena finalmente impuesta, tomando en cuenta el sistema de determinación de la pena por él elegido, no responde a las reglas de la

lógica de ese mismo sistema, por lo que la sanción impuesta resulta erróneamente determinada.

La segunda razón es que considero que no se han valorado adecuadamente las atenuantes esgrimidas por la defensa, resultando exorbitante la imposición de una pena privativa de la libertad prácticamente igual a la prevista para el mínimo de la escala del delito de homicidio simple. La respuesta punitiva del Estado debe ser acorde a la meditada y prudente valoración de las agravantes y las atenuantes que en cada caso se presentan, lo que en el caso no ha ocurrido.

En función de ello entiendo que debe dejarse sin efecto la pena que por mayoría impuso el tribunal a-quo, y en consecuencia remitir a la instancia de juicio para que un tribunal con distinta integración, y previa audiencia de cesura, imponga la pena que corresponda al caso de autos.

En función de todo lo dicho considero que la sentencia que declara la responsabilidad penal de los imputados Riquelme y Rosales debe ser confirmada, no así la pena impuesta. En consecuencia postulo rechazar parcialmente la impugnación deducida por no haberse acreditado los dos primeros agravios referidos por la defensa, haciendo lugar al último de ellos, y en consecuencia disponer el reenviar del caso para que otro tribunal de garantías imponga la pena que corresponde.

En resguardo del derecho de la víctima y de los imputados a tener justicia en un plazo razonable deberá la Oficina Judicial respectiva fijar fecha para la audiencia de cesura en el plazo más rápido que sea posible. Tal es mi voto.

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

III. A la **tercera cuestión** el Dr. Andrés Repetto, dijo: Sin costas por haber declarado parcialmente procedente el recurso de impugnación (Arts. 268 CPP).

El **Dr. Mario Rodríguez**, dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, por compartir la respuesta que da a la primera cuestión.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: Por compartir los argumentos esgrimidos por el vocal que votó en primer término, adhiero a sus conclusiones.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad se

RESUELVE: I. **DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal el recurso de impugnación deducido por la defensa de Nelson Karim Riquelme y Hugo Hernán Rosales.

II. **RECHAZAR** parcialmente la impugnación interpuesta por la defensa, confirmando la responsabilidad penal atribuida a **Nelson Karim Riquelme y Hugo Hernán Rosales**, de demás datos personales referidos en la presente, por el delito de ***lesiones graves calificadas*** (artículo 90 en función de los artículos 92 y 80 incs. 2º y 8º del Código Penal) en perjuicio de Pablo José Mellado, conforme la descripción del hecho contenido en la sentencia de grado.

III. **REVOCAR** parcialmente la sentencia impugnada y en consecuencia dejar sin efecto la pena de siete (7) años de prisión de efectivo cumplimiento oportunamente impuesta a **Nelson Karim Riquelme y Hugo Hernán Rosales**, ordenando el reenvío del presente caso para que, previa sustanciación de una nueva audiencia de cesura,

se imponga a los nombrados la pena que corresponda por el hecho por el que fueron encontrados penalmente responsables. Sin costas.

IV. Regístrese y notifíquese por medio de la Oficina Judicial y cúmplase el reenvío dispuesto.

Dr. Andrés Repetto

Juez Tribunal de Impugnación

Dr. Mario Rodríguez.

Juez Tribunal de Impugnación.

Dra. Liliana Deiub.

Juez del Tribunal de Impugnación.