

SENTENCIA N° noventa y cuatro /2016.- En la ciudad de Neuquén, Provincia de Neuquén, a los **doce días del mes de septiembre del año 2016**, se reúne en Acuerdo el Tribunal de Impugnación, integrado por los doctores: **Alejandro Cabral, Florencia Martini y Fernando Javier Zvilling**, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en el **Legajo MPFNQ Nro. 10380 Año 2014**, caratulado: "**Cerda, Antolín s/Homicidio**" del Registro de la Oficina Judicial Neuquén, seguida contra **ANTOLÍN CERDA**, DNI n° 26.336.196, nacido el 12 de setiembre de 1978 en Las Lajas, Provincia de Neuquén, hijo de Antolín Cerda y de Matilde Ponce Huayquinao, domiciliado en calle pasaje Pozo Hondo Nro. 731, casa 130 del Barrio Centro Este, de la ciudad de Neuquén; en la que intervinieron por la Fiscalía la Dra. Valeria Panozzo, por la querrela el Dr. Gustavo Olivera y por la Defensa Oficial, el Dr. Leandro Seisdedos.

REFERENCIAS:

Por Sentencia del veinte dos de abril del año dos mil dieciséis, dictada por el Colegio de Jueces de la ciudad de Neuquén, integrado por los Dres. Andrés Repetto, María Antonieta Gagliano y Héctor Dedominichi, en lo que aquí interesa falló: "I. DECLARAR CULPABLE A ANTOLIN CERDA,- DNI 26366196- de circunstancias personales mencionados precedentemente, en relación al hecho por el que fuera

juzgado y que fuera calificado como HOMICIDIO SIMPLE, art. 79 del Código Penal, conforme la acusación de la que fuera objeto en este proceso, con accesorias legales y costas procesales". Posteriormente, en la audiencia de cesura, le impuso la "... pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término y demás accesorias legales previstas por el art. 12 del Código Penal".

Tanto la querella como la Defensa, en legal tiempo y forma, dedujeron impugnación contra la sentencia. La primera, agraviándose por la pena impuesta, en tanto que la Defensa, tanto por la declaración de responsabilidad por el delito de homicidio simple, como por la pena impuesta.

Abierta la audiencia prevista en el art. 245 del CPP a fin de debatir oralmente los fundamentos del recurso interpuesto y cedida la palabra en primer lugar a la querella, cuestionó el monto de la pena impuesta. Luego de explicar el hecho por el que resultara condenado Cerda, sostuvo que se discute si debió solicitar la aplicación de la agravante genérica del arma en la cesura o en el juicio. Concedida la palabra a la Defensa, el Dr. Seisdedos señaló que la impugnación de la querella no sorteaba el límite de admisibilidad formal sobre la base del art. 240 del C.P.P.,

desde que la pena aplicada es superior a la mitad de la solicitada.

Además de la reproducción de algunas filmaciones del juicio, consistentes en partes de la declaración de los peritos D'Angelo y Blasco, se escuchó al perito de la Defensa, Dr. Eduardo Kutnowski.

A continuación se concedió la palabra a la Defensa para la expresión de agravios. Sostuvo que la producción de la prueba en Impugnación tiene que ver con lo discutido en debate. Únicamente se discutió si existió un estado de emoción violenta que hiciera excusable esa conducta. Que el Dr. Repetto dijo que el Tribunal nada debería decir que pusiera en juego las conclusiones a las que arribaron los peritos. Pero no es eso lo que se pretende plantear, sino que el Juez puede apartarse del dictamen. El tema es si las "razones" del Dr. Repetto fueron suficientes para descartar esos informes, dos psicológicos y uno psiquiátrico. Estima que es contradictorio. Señala que el voto dedicó gran parte a la fiscalía, y poco a la defensa. Tal es así que comienza diciendo el "argumento defensista" de la fiscalía. El fiscal tiene el deber de objetividad y el control de legalidad. Que se trata de un claro caso de emoción violenta. Lo que pone en crisis es la crítica del Dr.

Repetto a los informes de D'Angelo y Blasco. Dijo en su voto que D'Angelo fue contradictorio, pues sostuvo que "Cerda era un sujeto con una personalidad no violenta pero por su característica sobrecontrolado podía, frente a un determinado estímulo, reaccionar violentamente matando a otra persona de 14 disparos". Esta es una seria contradicción que pone en duda las conclusiones del psicólogo". Que el Dr. Repetto contradice el informe como si él fuera el psicólogo o psiquiatra. Puede apartarse, pero no cuestionarlo técnicamente. Que la querrela no procuró el testimonio de un perito psiquiatra de parte, sino que se limitó a cuestionar las conclusiones del profesional valiéndose de una testigo, psicóloga, que no sólo no entrevistó al imputado, sino que además no examinó las actuaciones a pesar de que nos ilustró sobre la importancia de ello para elaborar un informe.

Cuestiona que el primer voto sostenga que los testigos Luengo y Vega dijeron que su asistido estaba como ido y en estado de shock, y luego que no tienen la capacidad para discernir el estado mental de Cerda, preguntándose la defensa si el Dr. Repetto tiene capacidad para determinarlo. Ambos peritos tienen la capacidad técnica para establecer la emoción violenta. Dijo la defensa que el Repetto afirmó "que no analizó la sonrisa,

sino que lo pone en cabeza del autor". Que, según el voto, esta particular interpretación que hace el psiquiatra, la justificación de la reacción violenta del imputado ya no es objetiva, sino que el perito la coloca en la cabeza del autor, en función de la valoración que él haga respecto de lo que entendió subjetivamente del acto "provocador" realizado por la víctima". Que en el caso "Villalobos" del TSJ, se dice que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pero debe dar razones. Que la sentencia aparece en una clara postura acusadora, supliendo lo que no aportó la querrela en Juicio. La defensa y la fiscalía aportaron peritos oficiales. Que ratifica el escrito recursivo. No puede imponerse una calificación más grave que la pedida por el fiscal, porque el querellante es adhesivo. Que la doble acusación se encuentra vedada, Cerda debió defenderse de dos acusaciones distintas. De un homicidio agravado por el uso de arma y de Homicidio en estado emoción violenta, por el que lo acusó la fiscalía. Respecto de la pena, se agravó por la cantidad de disparos efectuados, pero no se probó cuál dio muerte a Ibáñez. En la sentencia de responsabilidad se dice que no se sabe cuántos disparos fueron, pero en la de pena 14, por lo que es arbitraria por contradictoria. Para agravar la pena, también se consideró que el hecho ocurrió en una calle céntrica, por la

potencialidad del peligro. Suplió lo que no probaron los acusadores, preguntándose cuál era el potencial peligro. Solicita se revoque la sentencia, se "haga casación positiva" y se condene a Cerda por el art. 81 y en forma subsidiaria, se lo condene a la pena mínima de 8 años de prisión.

Por su parte, la Fiscalía -Dra. Valeria Panozzo- sostuvo que no contestará los agravios porque la teoría del caso coincide con la defensa. Que un fiscal distinto se excusó de intervenir porque el Dr. Muñoz se había apartado de la calificación de la fiscalía. Respecto de la pena, la fiscalía mantuvo que era un homicidio atenuado. Que se trata de un "fundamentación bastante aparente" la esbozada en la sentencia. Que era un error grave de la Fiscalía haber calificado por una forma atenuada y no calificarlo con armas. En la audiencia de cesura la fiscalía contestó esto, en el sentido que pidió una pena que contemplaba el uso del arma. Allí tuvo en cuenta el uso del arma, pero no como agravante genérica, sino por otras razones. La pena no es objetivamente impugnabile, ya que se peticionaron 15 años y se impuso la de 10 años. Respecto de los agravios de la defensa, no tiene manifestación alguna que hacer sobre la

responsabilidad. Que respecto de la pena, es ajustada a derecho.

Por la querrela, el Dr. Gustavo Olivera dijo que la defensa sostuvo que no demostró el estado psicológico de su defendido. En realidad, quien esgrime una teoría del accionar prohibido, debe probar que la atenuante existió. Ante un pedido de pericia por parte de la querrela, Cerda se negó a las entrevistas. Por lo tanto, quien debió probar el estado de emoción violenta que las "circunstancias hicieran excusable" era Cerda. Hizo referencia a las cuestiones introducidas por el perito de la Defensa en esta audiencia. Refiere que la ira es una emoción, es más, es violentísima. La cuestión es ver la otra parte del artículo, que las "circunstancias hicieran excusable". Que Cerda nunca se prestó ni ofreció para una pericia. Que "demostrar" que en ese momento que actuó en forma tan violeta, producto de las circunstancias, le fue imposible. La perito de parte no es una improvisada. Habló de la rapidez con que actuaron los peritos oficiales. Esto que sucedió es el producto de cosas que se dieron durante medio año, no en ese momento. Cerda sintió que había una amenaza y actuó para evitarla. Que Cerda es un policía, por lo que la pena impuesta es correcta.

Establecido el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Fernando Javier Zvilling**, luego el **Dr. Alejandro Cabral** y finalmente la **Dra. Florencia Martini**.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El Dr. Fernando Javier Zvilling, dijo:

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

En tanto que la Impugnación de la querrela debe ser declarada formalmente inadmisibile, desde que la pena impuesta es superior a la mitad de la pretendida (art. 240 C.P.P.), situación tácitamente consentida por la acusación privada en la audiencia de impugnación.

El Dr. Alejandro Cabral, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el Sr. Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Florencia Martini, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el Sr. Juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El Dr. Fernando Javier Zvilling, dijo:

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

Considero que la sentencia ha descartado correctamente la forma de emoción violenta excusable (art. 81 inc. 1) del código penal, sobre la base de las consideraciones que se efectuarán a continuación.

La cuestión a decidir en este caso concreto se encuentra circunscripta a la existencia -o no- del "*Estado Emocional Violento*" que las "*circunstancias hicieran excusable*". Las partes coincidieron, y no es motivo de controversia, en la existencia del elemento típico de "*matar*", atribuido al imputado Antolín Cerda.

Por consiguiente, circunscribiéndonos a la materia de impugnación, corresponde analizar si los elementos constitutivos de la figura de la "*Emoción Violenta*" del art. 81 inc. 1ro. del código penal se encuentran presentes, tal como lo postulara la Defensa del imputado, o bien, en caso contrario, si el hecho es subsumible en la forma del Homicidio Simple (art. 79 del código penal), como lo determinó la sentencia de condena.

En primer lugar debemos recordar que el "homicidio emocional atenuado", en definitiva, 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*".

Nos toca decidir sobre un tema que, recordando al maestro Núñez "hace a la vida diaria de la criminalidad de sangre". En primer lugar es necesario señalar, para comprender el posterior abordaje desde la óptica psicológica-psiquiátrica-jurídica, 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). Por ende, las consideraciones "jurídicas" que realizara el Dr. Blasco en la audiencia de juicio, señalando que nuestro código penal no concibe formas atenuadas de culpabilidad, a diferencia del código español, son completamente equivocadas. De cualquier modo, la decisión final va por otro camino, como se explicará, amén de haber incursionado el psiquiatra en cuestiones técnicas jurídicas en forma innecesaria.

Debemos considerar que esta forma atenuada del ilícito comprende cuestiones procedentes de ciencias diferentes de la jurídica, por lo que es imprescindible proceder analíticamente, señalando los elementos del tipo penal, para delimitar adecuadamente lo jurídico de aquello que pertenecen a lo psicológico y/o psiquiátrico. Aquí existen varias confusiones en los

planteos de las partes, según lo escuchado en la audiencia de impugnación, ya que se mezclaron estas cuestiones. Tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se ha señalado 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, -sobre esto también equivocaron los planteos las partes-).

El segundo elemento constitutivo es la *Emoción*. 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. 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, y en esto se ha centrado principalmente la discusión tanto en la audiencia de impugnación como anteriormente en el Juicio, cuales son las competencias del Juez y Perito. 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. Sobre esto se expidieron los peritos oficiales y el perito de la defensa en la audiencia de impugnación. 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.

La dificultad máxima reside en el diagnóstico diferencial. Solamente un análisis minucioso de los acontecimientos registrados en autos y un sagaz y reiterado examen semiológico del actor le permitirá (al perito médico) alcanzar conclusiones contadas veces seguras, las más, en cambio, probables, presumibles, respecto del grado, intensidad y amplitud del trastorno

mental transitorio" (Bonnet, E., "El trastorno...", Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, núm. 2, p. 45; Manigot, Marcelo, "Código Penal de la República Argentina anotado y comentado", p. 150.

Pero, lo que sí resulta claro es que se excluye del ámbito de la figura tratada el obrar frío, premeditado, insensible, impasible. Es necesario un estado violento en los sentimientos. Tampoco es un premio para los iracundos, para los intemperantes o los violentos.

Esta breve reseña tiene como objetivo señalar dos cuestiones puntuales. Una, la necesidad de diferenciar los temas psicológicos/psiquiátricos -como ámbito exclusivo de los peritos-, de los normativos, reservados -con la salvedad señalada-, al Juez. Esto no quiere decir que el Juez nada pueda decir sobre las conclusiones de las tareas periciales, cuando, por ejemplo, las operaciones se basan en hechos no acreditados, que en parte es lo que el Juez del primer voto atribuye como un déficit de la operación pericial y de los alegatos del Ministerio Público Fiscal, o cuando el perito se ha excedido de los límites de su ciencia, o no ha respetado los métodos o protocolos de actuación, etc.

Ahora, más allá de las consideraciones del Dr. Repetto sobre la actividad propia de los peritos

oficiales -Dres. D'Angelo y Blasco-, en las que encuentra inconsistencias o contradicciones, y que no necesariamente compartimos, lo cierto es que allí, donde se discuten los ámbitos de competencias, es precisamente donde radica la confusión. Pero no sobre la existencia del estado "emocional violento" mismo, sino en la existencia o no del elemento típico "*que las circunstancias lo hagan excusable*".

Con esto quiero significar que todas aquellas cuestiones que desencadenaran el hecho, más allá de haberse generado en el autor una verdadera "emoción violenta", en definitiva sólo satisfacen una parte del tipo penal de la forma atenuada, desde que aquel aspecto más propiamente "normativo", también descartado en la sentencia, no fue considerado por la Defensa en la Impugnación, ni por la Fiscalía en el Juicio.

La existencia de una "sonrisa" como factor desencadenante del homicidio, que el perito de la defensa, Dr. Kutnowski, señalara como un "reduccionismo" por parte del sentenciante, ya que la sonrisa viene a "explicar" la conducta inmersa en una serie de vivencias y hechos precedentes, es justamente lo que descarta la excusabilidad. Como bien dijo el perito, lo importante es qué significado tiene un hecho para cada individuo. En el caso, existió un "*in crescendo emocional*", sostuvo el

profesional. Señaló que hay una carga emocional que lleva a tomar una decisión determinada. Allí radica precisamente la cuestión, pero no precisamente por la existencia o inexistencia del estado de emoción violenta mismo, determinado como presente al momento del hecho por los peritos oficiales, sino, como ya adelantara, por el último elemento típico de la figura: "*que las circunstancias hicieran excusable*".

"*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 se habla de un hecho justo -justificado-; el autor tenía pleno derecho a matar, como es el 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, pero 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).

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", como el que llevaran a cabo tanto la defensa, en la audiencia de Impugnación y de Juicio, como la Fiscalía en Debate. 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. 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).

Ahora, volviendo al caso que nos ocupa, y desde ese plano teórico, podemos afirmar que Antolín Cerda dio muerte a Lucas Martín Ibáñez en un estado de emoción violenta "excusable"? Claramente no. Una persona de carácter emocional, tal como lo señalan las pericias,

conocedor de su personalidad, justamente debe evitar caer en situaciones que incrementen su estado emocional y debilitan sus frenos inhibitorios.

Esto que puede parecer cercano a la *actio libera in causa*, es algo bien diferente. En la *actio* nos encontramos con un sujeto inculpable, por la imposibilidad de comprensión o de dirección de las acciones. En cambio, en la forma emocional atenuada del homicidio, existe conciencia.

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.

Los motivos éticos que proponía Ramos (y también de algún modo Malagarriga y Gómez) como exigencia causal del estado emocional no juegan ningún papel, pues prácticamente limitan la excusabilidad de la emoción a los casos de homicidio provocado por injurias ilícitas y graves. No es eso lo que sostenemos. La valoración de la excusabilidad debe hacerse desde el punto de vista jurídico y 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.

Se pregunta Castex (Contra Bucéfalo, Ad - Hoc. P 157 y ss) ¿Qué sucede si la pasión ha sido provocada? ¿estamos en el supuesto de la actio libera in causa?. Luego de explicar algunas posiciones doctrinarias, afirma que es la propia ley la que nos da la solución al referirse a la necesaria excusabilidad de la emoción (posición análoga al Código Tejedor). La excusabilidad exige falta de reprochabilidad, lo que excluye una provocación anterior y obliga a sujetos especialmente pasionales a conducirse con mayor diligencia, que evita la exposición a situaciones exógenas conflictivas.

En el caso, como lo sostuviera el Juez del primer voto, existía un conocimiento positivo de la relación sentimental, por lo que mal podía el imputado haberse visto sorprendido por el encuentro de Retamal e Ibáñez. "... *Mantienen una relación afectiva en forma pública, no escondida o encubierta. . .*", y que "... *ella había participado en reuniones con familiares de Ibáñez a las que incluso había concurrido con su hijo menor. . .*". Esto no fue cuestionado ni desvirtuado por

la Defensa. Además, como se sostiene en la sentencia "... *Tampoco hay dudas de que esta relación afectiva era conocida por Cerda, al punto de haber dejado el domicilio que compartía con Rosa Retamal por causa de esta relación. De allí que, como ya dije, no pueda afirmarse seriamente que el encuentro entre Retamal e Ibáñez el día del hecho fue un descubrimiento absolutamente inesperado para Cerda*".

Ahora, la existencia de la "sonrisa" desencadenante de la emoción violenta, dentro del contexto señalado, reflejado por la psiquiatra particular del imputado-, ". . . *quien reconoció la existencia de una relación sentimental entre Retamal e Ibáñez, al punto que definió la situación como un triángulo dramático, explicando el rol que cada uno de ellos (Ibáñez, Retamal y Cerda) cumplió en ese triángulo. . .*", según lo señala la sentencia, permite hablar de circunstancias excusables?. Es claro que hablar de la "sonrisa" como factor desencadenante es un reduccionismo. Y que un hecho externo para cada individuo tiene un significado distinto. También es claro que existe un "in crescendo emocional", como lo sostuvo el Dr. Eduardo Kutnowski, y que "no se llega porque sí, hay una carga emocional que lleva a tomar una decisión determinada". Es el producto de las "vivencias" del autor. Pero justamente allí donde los peritos encuentran el "*estado emocional violento*", como circunstancia de atenuación del art. 81 inc. 1) del código

penal, es donde la propia norma limita su aplicación sólo para el caso en que estén presentes las circunstancias que hagan "excusable" a la emoción.

Recordemos una vez más que la "emoción violenta" es una categoría ubicable en la culpabilidad, funcionando, en el caso del art. 81 inc. 1), como una atenuante en función de la menor exigibilidad de una conducta distinta del sujeto. El psiquiatra Blasco se encargó de aclarar a la querrela durante el Juicio que no hablaba de "inimputabilidad". Es más, todos los peritos se refirieron a la forma atenuada. Es decir, el código releva la menor exigibilidad, pero el sujeto no puede matar, sólo se reduce la pena si existe una causa provocadora externa, en la conducta de la propia víctima. Y sólo se da cuando el hecho constituye la reacción explicable de una conciencia razonable.

En este sentido, dijo la sentencia que ". . . Aquí nuevamente el perito y la fiscal hacen referencia a situaciones que de ninguna manera pueden justificar un homicidio, como es el supuesto de que el imputado sufriera celos en su relación con Retamal, o que se tratara de una relación con idas y vueltas o rupturas y reconciliaciones, ya que estas situaciones era conocida y aceptada por el propio Cerda, quien decidió permanecer en esa relación sabiendo,

conociendo e indirectamente aceptando el hecho de que Retamal e Ibáñez tenía también una relación afectiva. . .” .

Y que el Dr. Blasco dijo “esto no se puede medir, es decir que para nosotros puede resultar absolutamente insignificante un beso o una sonrisa, una cosa es conocer intelectivamente y otra cosa es vivenciar”. Que “... el planteo que nos hacen la fiscal y el psiquiatra es que en el supuesto del estado de emoción violenta la justificación de la causa provocadora que desencadena un homicidio no estará dada por circunstancias objetivas que conduzcan, inequívocamente, a justificar la conducta violenta, sino que esta justificación dependerá en definitiva de la valoración subjetiva que el propio autor violento de esa conducta haga respecto de una supuesta causa provocadora previa de la víctima. De allí que con este argumento podría perfectamente justificarse casi cualquier episodio violento con el que se cause la muerte de otro, y en el que el victimario alegue que existió una provocación de la víctima, que lo sacó de sus cabales, llevándolo a una situación de violencia incontrolada, aún cuando ese supuesto desencadenante o gatillo, como fue llamado, sea un acto menor, y sin ninguna relevancia específica como una “sonrisa”.

Sobre esto corresponde delimitar las cuestiones. Una cosa es lo que sostiene la Fiscal al encuadrar típicamente el hecho en la forma atenuada del art. 81 inc. 1), del mismo modo en que lo pretende la Defensa en esta instancia, y otra distinta es lo que puede

decir un psicólogo o psiquiatra sobre la norma. Como ya lo señalara al comienzo, la última parte del artículo 81 - circunstancias lo hicieran excusable- es una cuestión normativa.

Y en esa línea dijo el Juez del primer voto "*... para la existencia de la atenuante de la emoción violenta debe existir no sólo una emoción violenta provocada por factores externos al imputado, sino que además las circunstancias la hicieren excusable, debiendo esas circunstancias poder ser valoradas objetivamente por cualquiera, y no subjetivamente sólo por el imputado...*", aunque, vale aclarar, no para determinar la existencia del estado emocional violento, sino su excusabilidad. Afirmó que "*... Aún en el hipotético supuesto de que hubiera existido un estado emoción violenta, lo cierto es que las circunstancias del caso no la hacen excusable. ... la doctrina es unánime en afirmar que esa emoción violenta que exige la figura debe haberse originado a partir de un estímulo externo al propio autor, es decir, que debe haber sido empujado por la víctima o un tercero a ese estado de emoción extrema en el cual se produce un trastorno mental transitorio que lo lleva a provocar la muerte. La emoción violenta que requiere el tipo penal no puede haberse ocasionado a partir de la actitud pendenciera o irascible del propio autor. ...*".

Agregó que "*... Para que esta premisa opere es requisito que la emoción violenta obedezca a una causa provocadora*

externa al sujeto que la padece, debiendo tener dicho estímulo una entidad objetiva suficientemente significativa como para justificar o excusar la conducta. No cualquier estímulo permite excusar la conducta, ya que de lo contrario caeríamos en el absurdo de afirmar que cualquier mínima reacción de la víctima es causa eficiente de justificación de la conducta agresiva y violenta del autor. En el caso de autos la sonrisa que se le endilga a Ibáñez de ninguna manera puede ser jurídicamente entendida como causa suficiente para tener por excusada la reacción de Cerda. Más allá de esa alegada provocación banal, no existe ningún otro elemento de prueba que habilite considerar la existencia de alguna otra circunstancia que hiciera excusable la violenta acción del imputado. Al no existir esa causa externa que permita excusar la conducta reprochada, mal puede sostenerse la aplicación del tipo penal de homicidio atenuado por emoción violenta como se intenta. ..."

Ahora, más allá del supuesto reduccionismo que se le atribuye a la afirmación de la "sonrisa", lo cierto es que son justamente aquellas circunstancias previas, también explicadas en la sentencia y reseñadas previamente, como es el conocimiento efectivo de la situación amorosa -triángulo dramático-, la personalidad "sobre-controlada" a la que hiciera referencia el psicólogo D'Angelo, lo que debió llevarlo a evitar exponerse a esta situación. Y la ausencia de una provocación seria por parte de la víctima, a la que haya

sido ajena el propio imputado, es lo que conduce a descartar la forma atenuada de la figura.

Por todo ello, la sentencia de condena de Antolín Cerda por el delito de homicidio simple (art. 79 del CP) debe ser confirmada.

La defensa también planteó que no puede imponerse una calificación más grave que la pedida por el fiscal, porque el querellante es adhesivo. El planteo de la defensa es genérico, desconociendo normas concretamente aplicables al caso. El art. 66 del código procesal penal en su segundo párrafo señala expresamente que en aquellos casos en los que la víctima se haya constituido como querellante, el juez, a más tardar en la audiencia prevista en el artículo 166, convocará a las partes a efectos de resolver las controversias que pudieren existir entre el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante sobre los discursos fácticos, jurídicos y estrategias probatorias. De hecho, según surge de la sentencia y de lo explicado por las partes en la audiencia de impugnación, ante las distintas calificaciones sostenidas por la Fiscalía y la Querrela, el Juez de la Audiencia de Control decidió que la calificación correcta era la de homicidio agravado por el uso de arma de fuego. Y así fue presentado por los acusadores en Juicio, sin que la Defensa formulara

objeciones. De allí que no se entiende cuál es la calificación más grave solicitada por la querella.

Si concretamente se refiere a la calificación de los alegatos finales del juicio, no se observa cuál es la razón por la cual no podría mantener la calificación jurídica postulada en el control de la acusación, a pesar de la postura del Ministerio Público Fiscal que volvió a subsumir el hecho en la forma del homicidio atenuado (art. 81 inc. 1).

Incluso, desde el punto de vista normativo, tampoco se hizo cargo la Defensa de la incoherencia que surgiría del art. 169 con la interpretación propuesta. Si el código procesal establece que ante la existencia de vicios formales de la acusación pública, la querella puede continuar su intervención en juicio sin la fiscalía, cuál sería entonces la razón por la que no podría mantener su hipótesis jurídica, más allá de la propuesta por el acusador público?. Puede acusar en juicio sin el acompañamiento de la Fiscalía, pero se vería limitada cuando la fiscalía postula una calificación menos gravosa?. Por ello, corresponde rechazar este agravio.

También planteó la Defensa que la doble acusación se encuentra vedada. Sostuvo que Cerda debió defenderse de dos acusaciones distintas. De un homicidio

agravado por el uso de arma y de Homicidio en estado emoción violenta, por el que lo acusó la fiscalía. Esto parte de un equívoco. La acusación de la que se defendió fue una: el homicidio, finalmente no calificado por el uso de arma. Así se plantearon los alegatos de apertura. Ahora, que la fiscalía haya señalado al comienzo del juicio que se ventilaría si existió un homicidio o un homicidio atenuado, para finalmente acusar por esta última figura, no sólo fue expresamente consentido por la defensa, sino que en realidad no es diferente de su propia teoría del caso. Cerda se defendió únicamente del homicidio simple calificado por el uso de armas. El homicidio atenuado por emoción violenta no es una acusación de la que debió defenderse, sino la hipótesis propia de la defensa compartida por la Fiscalía, por lo que el agravio no puede prosperar.

Finalmente la Defensa cuestionó el monto de la pena impuesta, de diez años de prisión, es decir, dos años más que el mínimo del homicidio simple. Estimó que es erróneo agravar la sanción por la cantidad de disparos efectuados, pues "no se probó cuál dio muerte a Ibáñez". Y que en la sentencia de responsabilidad se dice que no se sabe cuántos disparos fueron, en tanto que en la de pena se determinó que 14, por lo que existe una contradicción. Que

también se consideró para agravar la pena que el hecho ocurrió en una calle céntrica, por lo que se generó un peligro potencial.

El argumento no resiste el menor análisis. Más allá de tratarse de 14 disparos, o menos, lo cierto es que se efectuó una gran cantidad de disparos. La razón del agravamiento de la pena por esta razón obedece a que la multiplicidad de disparos aseguró el resultado. Ahora, que no se haya determinado cuál dio muerte, no sólo no se determinó por innecesario, sino por indeterminable. Si hablamos de una gran cantidad de disparos efectuados en pocos segundos, puede afirmarse cuál de esos impactos mató en forma inmediata a la víctima?.

Por otra parte, la Defensa sostuvo en la audiencia de impugnación que la sentencia de pena habló de 14 disparos, aunque no reparó que allí se sostuvo que se efectuaron "aproximadamente" catorce.

Respecto del lugar en que se produjeron - en la vía pública, en una calle céntrica- surge claramente que existió un peligro potencial para terceros, por lo que no se advierte qué prueba se pretende sobre un hecho notorio. Ello sin perjuicio de señalar que la sentencia también valoró que se trata de un funcionario policial.

El Dr. Alejandro Cabral, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Florencia Martini, expresó: que por compartir los fundamentos y conclusiones de quien emitió opinión en primer término, me pronuncio en idéntico sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. Fernando Zvilling, dijo: Considero que no deben imponerse las costas al impugnante (art. 268 CPP).

El Dr. Alejandro Cabral, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por la juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Florencia 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 INADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el querellante (arts. 240 del C.P.P.).

II.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por la defensa (arts. 233, 234 y 241 del CPP).-

III.- NO HACER LUGAR A LA IMPUGNACION ORDINARIA planteada por no constatarse los agravios formulados por la Defensa, **CONFIRMANDO**, en consecuencia, **la sentencia** que **condenara a ANTOLÍN CERDA**, DNI N° 26.336.196, como autor del delito de HOMICIDIO SIMPLE (artículos 45 Y 79 del Código Penal), en perjuicio de Lucas Martín Ibáñez, a la pena de diez años de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas.

IV.- Sin costas (art. 248 CPP).-

V.- Disponer las notificaciones pertinentes por intermedio de la Dirección de Asistencia a la Impugnación.

Dr. Alejandro Cabral
Juez

Dra. Florencia Martini
Juez

Dr. Fernando Zvilling
Juez

Reg. Sentencia N° 94 T° VII Fs. 1352/1368 Año 2016.-