

SENTENCIA N° sesenta y cuatro /2016.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **veinticinco días del mes de julio del año dos mil dieciséis,** se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los Sres. Jueces, **Dres. Daniel Varessio, Alejandro Cabral y Florencia Martini,** presididos por la última de los nombrados en el caso "**ZUÑIGA, ROBERTO ABEL S/ HOMICIDIO CALIFICADO**", identificado como **Legajo MPFZA 15.458 Año 2015** de la Tercera Circunscripción Judicial, seguido contra **ROBERTO ABEL ZUÑIGA,** DNI N° ... , domiciliado en Barrio ..., bloque ..., escalera ..., ... piso Departamento ..., de la ciudad de Cutral-Có.

La audiencia prevista por el art. 245 del CPP se llevó a cabo el día 28/6/16 e intervino por la Fiscalía, la Dra. Sandra González Taboada y la Fiscal del Caso, Dra. Laura Pizzipaulo; por la defensa del Señor Roberto Zuñiga, el Dr. Marcelo Inaudi; y, se encontraba también presente el imputado.

A) ANTECEDENTES:

Por Sentencias de fechas 9 de octubre de 2015 y 27 de octubre de 2015, en función del veredicto emitido por el Jurado Popular con fecha 2 de octubre del mismo año, se CONDENÓ a ROBERTO ABEL ZUÑIGA a la pena de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

PRISIÓN PERPETUA, por el delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR HABER SIDO COMETIDO CON ALEVOSÍA Y AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO, en carácter de autor (arts. 80 inc. 2°, 41 bis y 45 del CP).

B) IMPUGNACIÓN: Ambas sentencias -de culpabilidad y de imposición de pena-, fueron impugnadas por el defensor del imputado.

La Defensa efectuó un planteo previo a fin de que se suspenda la audiencia de impugnación en virtud de estar pendiente de resolución una queja ante la CSJN -por haber sido rechazados tres testigos para el juicio por jurados, prueba que consideraba dirimente para la solución del caso-, planteo este que fue rechazado por este Tribunal, en el entendimiento que los plazos perentorios fijados por el Código Procesal impedían tal temperamento, sin perjuicio de que eventualmente pudiera corresponder declarar nulo el pronunciamiento que dictara este Tribunal, para el caso que se le hiciera lugar a la queja que menciona haber planteado el defensor.

El **Señor Defensor** solicitó, en la audiencia respectiva -que como ya dije tuvo lugar el día 28 de junio de 2016-, que se revoque el decisorio y **se dicte la absolución de su defendido sin reenvío.**

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Sostuvo durante la audiencia, que en el presente caso existieron: 1°) Reiteradas violaciones a normas procesales y constitucionales: Dice que se le ha impedido ofrecer prueba de descargo en la audiencia de control de la acusación. Que la fiscalía ofreció 44 testigos y la defensa ofreció ocho testigos de los cuales dos le fueron rechazados, por considerarlos sobreabundantes. Que ello es absolutamente arbitrario, puesto que uno de dichos testigos (Mendoza) iba a declarar sobre quienes se encontraban en la casa de la madre del imputado, lo que impedía colocar a su asistido en la escena del crimen.

Agrega que la fiscalía además no ofreció la prueba de rodizonato de sodio, que dio resultado negativo y que era desincriminante, violando así el deber de objetividad.

Refiere que se realizaron allanamientos fuera del horario permitido por la Constitución Provincial y que se analizaron las llamadas del celular del imputado sin una orden de intervención del juez, lo que implica una violación a la garantía de la intimidad. Tal medida no puede ser ordenada por la fiscal.

2°) Violación al principio de congruencia: Dice que la fiscalía no explicó en qué

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

consistió la colaboración necesaria que le prestaron Marcos Zuñiga y Hugo Cid al autor, es decir a Roberto Zuñiga, lo que era necesario para poder establecer si efectivamente era indispensable su colaboración para cometer el hecho.

Dice que en su momento esto fue planteado y no se hizo lugar a esta incidencia. Agrega que al dictar el veredicto, el Jurado Popular, no declaró culpables a Marcos Zuñiga y a Hugo Cid, por esta colaboración necesaria.

Siendo ello así, entiende que cambió la plataforma fáctica y la congruencia, afectando el derecho de defensa, pues si era necesaria la participación de Cid y Marcos Zuñiga, el autor no podía llevar a cabo el hecho sin dicha colaboración, por lo que tampoco Roberto Zuñiga pudo llevar a cabo el hecho sólo.

Que en la audiencia de cesura, solicitó la nulidad del veredicto, en función de lo expuesto. Que como el imputado no era de Las Lajas, no podía conocer al imputado y menos aún dónde vivía. Es así que no podía ejecutar el homicidio sin la colaboración de otras personas. Habiéndose cambiado en el veredicto la plataforma fáctica -al haber excluido la responsabilidad de Hugo Cid y Marcos Zuñiga- entiende que se sorprendió a la defensa y se afectó el derecho de defensa.

3°) Veredicto contrario a prueba: Dice que los Jurados deben decidir la acción probada. Entiende que las instrucciones dadas sobre la participación necesaria fueron deficientes como lo explicó anteriormente.

Dice también que la decisión tomada por el Jurado Popular a través del veredicto, carece de un estándar de prueba suficiente para poder despejar la duda razonable. Explica que cuando la policía detiene a Roberto Zuñiga, aparece el hermano de este, Daniel Zuñiga y dice: "mi hijo tiene algo para decir". En definitiva, el sobrino del imputado dijo: "yo enterré el arma y se encuentra acá". Dice que el arma estaba enterrada a unos 70 m. de la casa. Explica que nada de esto se investigó, ni se averiguó.

Agrega que en función de ello, salvo el hecho de que la muerte de la víctima se produjo con el arma de Zuñiga, no existe otro elemento de prueba que vincule a su defendido con el hecho atribuido. Explica que los rastros de pisadas levantados en la vivienda de la víctima no dieron resultado positivo, no se encontraron huellas dactilares del imputado ni en el arma, ni en la casa, tampoco fueron encontradas huellas del supuesto vehículo utilizado en el hecho (la camioneta de Cid), frente al domicilio de la víctima, ni tampoco los rastros de la patada en la puerta dieron resultado positivo. A ello se

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

suma que la prueba de rodizonato de sodio -que determina la existencia o no en las manos del imputado de elementos tales como el plomo de un cartucho-, no dio resultado positivo. Tampoco siquiera se pudo acreditar que momentos antes del hecho su defendido hubiera estado armado. Asimismo, no hubo siquiera un testigo que lo ubicara a Zuñiga en la escena del crimen.

En cuanto al hallazgo del arma, dice que ya explicó que la entregó el sobrino del imputado. La policía decía que igual la hubiera encontrado porque estaban rastrillando la zona donde se encontró. Dice que lo cierto es que ello no surge de ningún acta de los procedimientos efectuados por la policía. Agrega que necesariamente alguien tomó el arma de Zuñiga y mató a Montesino, pero no sabemos quién lo hizo. No hay una sola prueba que acredite que Zuñiga esa noche tenía la pistola en su poder. No la tenía en su poder. Esa noche su asistido no estaba armado.

Dice que nadie le preguntó al sobrino del imputado, ¿por qué razón había escondido el arma?. Que la investigación fue defectuosa y no hay elementos para determinar la responsabilidad de su asistido en el hecho.

4°) Calificación de alevosía: Respecto de la calificación legal, dice que tampoco está acreditado

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

que haya estado en estado de indefensión. Que de acuerdo a un centinela, los disparos se escucharon a las 5.57 hs. Que hasta las 06.00 estuvieron con Montesino (la víctima) Colipán y Alvarez. Lo que acredita que el hecho fue inmediatamente después que estos se fueron de la casa de Montesino. Que no tuvo tiempo para dormirse, ni acostarse, ni apagar la luz.

Agrega que ello se corresponde con lo que dijo la Dra. Trifilio de que existían signos de defensa. Cabe destacar en este punto, que durante la audiencia se exhibió el video del testimonio de la Dra. Trifilio. Además dice, que de acuerdo a los testigos el cuerpo fue movido luego del deceso, a lo que se suma que hay manchas de sangre fuera de la cama, las que no se justificarían de haber estado acostado en la cama.

5°) Defensa Ineficaz: Dice que las irregularidades llevadas a cabo en la etapa intermedia, tales como allanamientos efectuados fuera del horario permitido por la constitución, la desgrabación del registro de llamadas las que no fueron autorizadas por el juez, no deberían haber sido introducidas al juicio porque lo fueron en franca violación a garantías constitucionales. Agrega que todo ello afectó una efectiva defensa de los imputados. Refiere que las desidias en la defensa de su asistido que

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

podieron tener los anteriores abogados defensores, no pueden recaer sobre los imputados.

En definitiva, solicita se revoque la condena de su asistido y se dicte la absolución. Subsidiariamente, se califique el accionar del imputado quitando la agravante de la alevosía, la que de acuerdo a lo expresado, no se encuentra presente en el presente hecho.

C) Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, la Dra. Sandra González Taboada dice que los allanamientos comenzaron antes de las 19 hs. (a las 17.45 y 18.15 hs) y continuaron después de las 19 hs, pero que no es como lo plantea el defensor que se efectuaron fuera del horario establecido por la Constitución Provincial, porque comenzaron antes del horario que fija la carta magna.

En relación a la requisita vehicular dice que la puede ordenar el fiscal, sin necesidad de orden del juez. La requisita del rodado se realizó a las 20 hs, con la presencia de la fiscal. Las requisas personales se realizaron en horas cercanas a las 00.20 del día 10/5/15, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 137 y 142 del CPP. Dice que no hubo intervenciones telefónicas aunque sí se dispuso examinar las llamadas entrantes y salientes, y que ello se hizo por orden de la señora fiscal del caso, lo

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

que se encuentra permitido porque no es una intervención telefónica. Dice que estas cuestiones deberían haber sido discutidas en la audiencia de control de la acusación, habiendo solicitado allí su saneamiento. Aclara que además se analizaron las llamadas de la víctima.

Dice la Fiscal que los anteriores defensores (Corvalán) no hicieron reserva alguna a lo resuelto por la jueza de garantías en la audiencia de control de la acusación. Agrega que tampoco la defensa del Dr. Inaudi expresó nada de todo lo que aquí expresa al iniciar el juicio. No hizo ningún planteo al respecto. Esperó a terminar todo el juicio para ahora venir a plantear que la prueba fue reunida de manera ilegal. Refiere que los actos ahora cuestionados, fueron convalidados por la defensa. Refiere que en el nuevo Código tales planteos no corresponde hacerlos en este momento sino antes del juicio, en la audiencia de control de la acusación.

Refiere que en cuanto a la defensa eficaz -por la actuación de la anterior defensa del imputado-, lo expresado por el actual defensor no se corresponde con la realidad, porque la anterior defensa pidió el sobreseimiento de Marcos Zuñiga, se opuso a la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia
calificación de alevosía, se opuso a la cantidad de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

testigos ofrecidos por la fiscalía, se opuso a la extracción de sangre de Zuñiga. Menciona que luego de la resolución de la jueza de garantías sobre las cuestiones planteadas en la audiencia de control, pidió la revocación de la misma pero justo cesa en su defensa asumiendo el Dr. Inaudi y este no solicita la audiencia para pedir la revocatoria.

En cuanto al testigo Mendoza, la señora jueza dijo que no hacía lugar porque iba a referir lo mismo que Meliqueo.

En cuanto a las instrucciones dadas al Jurado, entiende que fueron debatidas con las partes antes de aprobarse. En la audiencia de instrucciones, Inaudi se opuso a que se introdujeran las normas de los arts. 54 y 190 del CPP. También pidió suprimir términos sobre la participación y también pidió que se introdujera en que consistía claramente la participación. También se les explicó claramente en qué consistía la autoría y en qué la participación. Asimismo, se les explicó la duda razonable. Se explicó, a su vez, el homicidio simple y en qué consistía la alevosía, como la agravante genérica del art. 41 bis del CP.

En cuanto a la participación, dice que Zuñiga vino como autor del hecho propio, mientras que los

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

partícipes lo son respecto de un hecho ajeno. Siendo así, pudo verificarse el hecho propio de Zuñiga, sin que se verifique la accesoriadad de la participación de Cid y Marcos Zuñiga en el hecho ajeno. Dice que Zuñiga tenía el dominio del hecho. La Defensa no puede decir que se cambió la base fáctica porque siempre fue la misma, en donde se acusó la señor Zuñiga de ser el autor y tener el dominio del hecho.

Referido al veredicto contrario a prueba, dijo la fiscal que al regir la íntima convicción, el jurado no tiene por qué decir cuáles fueron las pruebas en que se basaron para llegar al veredicto de condena. Por otra parte, la información recibida durante el juicio los llevó a la conclusión de que Roberto Zuñiga era responsable, no así los otros partícipes.

Expresa que existió alevosía, porque el señor Montesino estaba indefenso, borracho -en el pub se había caído de lo mal que estaba-, tenía 2,28 ml de alcohol en sangre, según la autopsia. Alvarez dijo que estaba pasado de alcohol, se acostó con el cuchillo en su cintura, sólo cerró la puerta y sacó la llave de la cerradura. Luego se tiró en la cama. Dice que las manchas que estaban debajo de la cama, fueron pisadas por la madre, también por el personal de sanidad, por el médico, etc., era lógico que la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

mancha se expandiera. Menciona que los plomos que se encontraron en el domicilio de Montesino se corresponden con los ángulos de disparo y que la persona estaba acostada.

Dice que se les explicó al jurado por qué no se encontraron rastros, ya que quien viene acusado como autor es policía desde hace 18 años, sabe perfectamente como borrar los rastros, pateó la puerta, ingresó, disparó y se fue. Los 13 proyectiles encontrados en el domicilio de la madre de Zuñiga, se corresponden con los proyectiles encontrados en la habitación de Montesino.

Meliqueo dijo que ve pasar a Roberto y a Marcos cuando llegan a su casa, cerca de las 05.30 y que a los 20 minutos va a la habitación de ellos y que estaban los dos acostados, vestidos y dormidos. Que esta versión no es creíble porque choca con la versión de Cerda, quien dice que se quedó en la casa de un amigo hasta las 5.45 hs., que se tenía que ir. Dice que cuando sale ve una camioneta que era la de Cid, quien la iba manejando, que atrás iba Marcos, y que también ve bajar Zuñiga padre de la misma. Que ello fue en la buitrera cerca de una T. También lo expresado por Meliqueo choca con lo expresado por la enfermera Quiñimir, que ingresa a las 06.00 hs al hospital y ve subir por el camino que se dirige al domicilio de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Montesino, la camioneta de Cid, que lo vio a Cid manejándola y a dos personas más que no pudo reconocer.

Por todo ello, entiende que la prueba tuvo el estándar de razonabilidad requerido para dictar un veredicto de culpabilidad.

En cuanto a la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, considera que no corresponde hacer lugar. Que es muy excepcional cualquier declaración de inconstitucionalidad. Que no existe la perpetuidad de la sanción porque se puede recuperar la libertad a través de la libertad condicional. Dice que no se va a explayar porque el defensor no trató tal cuestión en la audiencia.

Por todo ello, solicita se rechacen los agravios esgrimidos por la defensa y se confirme la sentencia en todas sus partes.

D) Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego la Dra. **Florencia Martini** y, finalmente, el **Dr. Daniel Varessio**.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

Que corresponde examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que el recurso sea admisible, conforme lo dispuesto por el artículo 242 del C.P.P.

En tal dirección cabe considerar que el escrito fue presentado en término, por ante la Oficina Judicial respectiva, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva y, por ende, de una decisión impugnabile en los términos de los arts. 233, 236, y 238 del Código de rito.

De igual modo, la impugnación resulta autosuficiente por cuanto del escrito presentado y de lo debatido en la audiencia celebrada (art. 245 del CPP) fue posible conocer cómo se configuran los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone, por lo que corresponde su tratamiento.

La **Dra. Florencia Martini**, expresó:

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

El **Dr. Daniel Varessio**, manifestó:

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Por compartir los argumentos esgrimidos por el Dr. Alejandro Cabral, me pronuncio en igual sentido.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El **Dr. Alejandro Cabral**, dijo:

El Señor Defensor planteó varios agravios en relación al veredicto de culpabilidad, como así también a la calificación legal y a la pena impuesta a su defendido, consistente:

1°) Reiteradas violaciones a normas procesales y constitucionales: Respecto de la cuestión relativa a que se le impidió ofrecer prueba dirimente en la audiencia de control de la acusación al serle rechazados tres testigos, cabe destacar que ello ya fue materia de impugnación y fue resuelto por este Tribunal, encontrándose pendiente una queja ante la CSJN -según los dichos del mismo defensor-, por lo que actualmente no es una cuestión sobre la que deba expedirse este Tribunal.

Respecto de la prueba de rodizonato de sodio que no fuera ofrecida por la fiscalía para su caso, cabe destacar que conforme surge del debate, el defensor tuvo acceso a dicha prueba, por lo que evidentemente la fiscalía no la ocultó -simplemente no la ofreció- porque no le servía para su acusación, pero sí tuvo conocimiento de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

la misma la defensa y de hecho la utilizó en su defensa, habiéndola conocido el Jurado Popular, por lo que no se puede hablar de ocultamiento de prueba ni de violación al derecho de defensa o de irregularidad alguna.

En cuanto a los allanamientos fuera de horario, conforme surgió de la audiencia de impugnación, los mismos comenzaron dentro del horario permitido -a las 17.45 y 18.15 hs-, aunque hayan finalizado luego de las 19 hs. no los convierte en irregulares ni en violación a ninguna garantía, puesto lo que se garantiza es el ingreso antes de dicho horario, no su finalización, amén que también se excluye dicho horario para el caso de "crimen". Se habla normalmente de "crimen", como la acción de matar o de herir gravemente a una persona. Por otra parte, la norma constitucional es sumamente clara cuando dice: "... **Nadie podrá penetrar** en él sin permiso de su morador, sin orden escrita de juez competente y **nunca después de las diecinueve (19)** ni antes de las siete (7) horas, salvo en caso de crimen o accidente".

Por lo expuesto, entiendo que los allanamientos fueron efectuados dentro del horario establecido por la Constitución Provincial, no habiéndose violado la cláusula que se menciona, debiéndose rechazar este agravio.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

En relación al análisis de las llamadas y mensajes salidos de los celulares de los imputados, cabe destacar que la diligencia del secuestro se efectuó en un todo conforme con lo dispuesto por los arts. 135, 137 y 142 del CPP, que autoriza al fiscal a efectuar tal diligencia.

Respecto del análisis de las llamadas y mensajes existentes dentro de un celular, no rige en el presente Código de Procedimientos la autorización del juez. Sólo rige para la intervención telefónica de las llamadas (art. 151 CPP). Ello surge claramente de lo dispuesto por el art. 149 del CCP, que excluye del secuestro las comunicaciones entre el imputado y las personas que estén obligadas al secreto profesional. Tan clara es la disposición que en el último párrafo de dicho artículo se expresa que *"La limitación sólo regirá cuando las comunicaciones u objetos estén en poder de aquellas personas que deban abstenerse de declarar o en el caso de profesionales que estén obligados por el secreto profesional..."*.

De conformidad con lo ya expresado, también el art. 153 del CPP expresa que *"cuando se hallaren dispositivos de almacenamiento de datos informáticos... se procederá a su secuestro"*. Agregando en el párrafo segundo de dicha norma *"También podrá disponerse el*

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

registro del dispositivo por medios técnicos y en forma remota", todo lo cual demuestra a las claras que el fiscal tiene facultades para disponer el registro de los teléfonos y celulares en busca de prueba que pueda ser de utilidad, sin necesidad de una autorización del juez, salvo el caso de intervenciones telefónicas.

Amén de lo ya expuesto, debo mencionar que en el nuevo Código Procesal tales cuestiones deben ser planteadas en la audiencia de control de la acusación, para que el juez las declare prueba inválida o para ordene su saneamiento en los términos que establecen los arts. 168 a 172 del CPP. No se puede esperar hasta luego de la sentencia para plantear la irregularidad de las pruebas obtenidas.

Por lo expuesto, entiendo que debe desestimarse el agravio relativo a la violación de normas procesales y constitucionales.

2°) Violación al principio de congruencia: Al respecto, es importante decir que la circunstancia de que el jurado haya entendido que no se acreditó la participación necesaria de los consortes que venían imputados en tal carácter, no modifica en nada la autoría que siempre y en todo momento se atribuyó a Roberto Zuñiga.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Es partícipe quien toma parte en un delito ajeno, ello implica que desapareciendo el autor, desaparece la accesoriedad de estos partícipes, pero no al revés, porque el hecho de que los partícipes no hayan tenido parte en el delito ajeno -o que no se haya acreditado tal circunstancia-, no modifica para nada la autoría de quien cometió el hecho. El autor es quien domina el hecho, es quien decide sobre el sí y cómo. La ejecución del hecho está en manos del autor, los partícipes sólo coadyuvan con un aporte necesario o no.

Siendo ello así, la no acreditación de la participación de los cómplices, en nada modifica la autoría en la ejecución del hecho del autor del ilícito, ya que su actuación no es accesoria de los otros partícipes, sino que es quien domina el hecho y lo ejecuta.

Por otra parte, las instrucciones dadas sobre lo que es la autoría y participación están debidamente explicadas. De lo que surge que efectivamente el Jurado entendió que estaba suficientemente acreditado que Roberto Zuñiga fue quien con su accionar intencionado provocó la muerte de Montesino. Mientras que tuvo una duda razonable de que Marcos Zuñiga y Hugo Cid, hayan prestado una colaboración esencial sin la cual la muerte de Montesino no hubiera podido cometerse.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Por todo ello, considero que no se ha violado ningún principio de congruencia ya que desde el principio se atribuyó a Roberto Zuñiga, la autoría y su responsabilidad en el hecho de la muerte de Montesino. En consecuencia, debe rechazarse este agravio.

3°) Veredicto contrario a prueba: Luego de haber visto los videos del juicio llevado a cabo, concluyo que no existe un veredicto contrario a prueba, sino una mera disconformidad del defensor con el veredicto dado por el Jurado Popular, quien no tomó en cuenta sus argumentos para la absolución de Roberto Zuñiga, aunque sí los tomó para Marcos Zuñiga.

Evidentemente, el Jurado Popular a la hora de emitir su veredicto tuvo en cuenta que el arma utilizada era la del imputado. Que previamente había existido una pelea en un boliche con la víctima. Que Roberto Zuñiga había bebido de más, al igual que los otros intervinientes, pero que al concurrir al hospital con su hijo estaba exaltado y golpeaba con violencia la puerta donde se le hacían las curaciones a su hijo. Que en el hospital -tanto él como su hijo- no dijeron la verdad del corte que tenía Marcos en su dedo, quien relató que se había cortado con una lata. Que tanto Cerda como Quiñimir vieron entre las 5.45 y 06.00 hs la camioneta de Cid,

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

subiendo hacia la zona del domicilio de Montesino. Cerda menciona que en la camioneta iban Cid manejando y Marcos y Roberto Zuñiga como acompañantes, mientras que Quiñimir dice que lo vio a Cid con otras dos personas que no pudo reconocer. También esta última hizo el recorrido que había efectuado el vehículo de Cid, el que coincidía con el que se dirige al domicilio de la víctima. Que el testimonio de Meliqueo en realidad tampoco se contrapone con tales testimonios, porque dice que alrededor de las 5.30 o 5.40 hs. llegaron al domicilio de la madre de Zuñiga tanto Marcos como Roberto Zuñiga y que se acostaron vestidos, lo que pudo verificar a los 20 minutos más o menos. Cabe destacar que en su testimonio menciona que se habían ido cerca de las 01.30 y volvieron cerca de las 05.40 y que los trajo un vehículo que no pudo ver. El horario puede haber sido antes o después -pues Meliqueo sólo dice aproximadamente-, pero este testimonio no los desincrima como pretende el defensor. A eso evidentemente se agregan las llamadas y mensajes efectuados por Roberto Zuñiga a Hugo Cid, a su hijo, también a Daniel Zuñiga, todos alrededor de las 05.30 hs. Concretamente, los mensajes recibidos en el celular de Cid emitidos por Roberto Zuñiga -los que este último borró de su cel-, todos en horas cercanas a las 05.30 hs, decían "atendeme cumpa no me dejes

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

a pata", "hijo de puta baja más abajo así no corremos tanto", "apaga las luces y baja unos 800 estas muy arriba", "correte unos 800 más atrás".

Tampoco escapa que les fue explicado al jurado que el cargador de la pistola tiene una capacidad de 17 cartuchos, que tres proyectiles fueron encontrados en la casa de Montesino, que otro cartucho fue encontrado en el vehículo de Cid, sobre el asiento del acompañante, explicando que al sacar el cargador hay que sacar la bala que se encuentra en boca tirando la corredera hacia atrás y que salta hacia cualquier lugar. Que en la casa de la madre de Zuñiga estaba el cargador con los restantes 13 cartuchos.

Todo ello, hace un cuadro más que concordante como para poder afirmar que el veredicto del jurado no fue contrario a prueba.

Por tal motivo, no corresponde hacer lugar a este agravio.

4°) Calificación de alevosía: Al respecto fue muy clara la instrucción dada sobre lo que era la alevosía. Luego de explicar en qué consistía, se concretó diciendo: *"Entonces, para tener por probado el delito de Homicidio con Alevosía, la Fiscalía debe probar, fuera de toda duda razonable, estos dos elementos: 1. Que*

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

Julio Montesino estaba indefenso, por encontrarse acostado, dormido y en total estado de ebriedad. 2. Y que Roberto Abel Zúñiga se aprovechó de ese estado de indefensión”.

De lo expuesto, se deduce claramente que el Jurado entendió perfectamente en qué consistía la alevosía. Por otra parte, tanto Fiscalía y Defensa explicaron en su alegatos estas cuestiones y evidentemente el Jurado optó por la alevosía, al entender que de las pruebas producidas surgía que Montesino estaba ebrio, dormido, que no se pudo defender y que el imputado aprovechó esta situación.

No basta sólo el testimonio de la Dra. Trifilio para derribar lo que consideró el jurado, pues otros peritos explicaron los ángulos de los disparos, el lugar desde donde se habían efectuado, el lugar donde quedaron los proyectiles y la posición del cuerpo al momento de impactar los proyectiles. Asimismo, también se acreditó al efectuarse la autopsia, que Montesino tenía 2,28 ml de alcohol en sangre. Todo lo cual, evidentemente también tuvo en cuenta el Jurado Popular para calificar el accionar como alevoso.

Todo ello también me lleva al convencimiento que hay que rechazar este agravio.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

5°) Defensa Ineficaz: En cuanto a la defensa ineficaz, la misma debe ser tomada como un estado de indefensión, no basta con la mera discrepancia que pueda tener el defensor actual con el anterior asistente letrado.

Para resolver la cuestión, no puedo dejar de tener en cuenta todo lo manifestado por la Fiscal al explicar todos los planteos efectuados por la anterior defensa del imputado, como así también los planteos efectuados en la audiencia de control de la acusación, respecto de la cual solicitó una revocatoria de lo decidido y que la nueva defensa -la actual-, no mantuvo.

A partir del fallo condenatorio, referir que no existió una defensa eficaz, no parece serio.

Habiendo analizado los planteos efectuados por la anterior defensa, se advierte claramente que no existió una defensa ineficaz, sino que existieron planteos que prosperaron y otros que fueron rechazados.

La circunstancia de que Jurado Popular haya considerado que con los elementos de prueba producidos durante el debate, se tuvo por probado el hecho y la autoría de Roberto Zuñiga, no así la de Marcos Zuñiga y Roberto Cid, no convierte en ineficaz la defensa.

Pretender el abordaje de la impugnación sobre pruebas puntuales, sin efectuar un análisis global de

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

todas las producidas en el juicio, no es otra cosa que requerir al Tribunal revisor -que no presencié el juicio- y que por tanto no tuvo la inmediación requerida para un juicio, que limite su análisis a una parte ínfima de toda la prueba que sí se produjo durante el juicio.

La defensa pretende la simple absolución de su defendido, mencionando simplemente que la defensa fue ineficaz porque la anterior defensa no hizo bien su trabajo. Lo cierto es que uno de los imputados en base a dicha defensa fue absuelto.

Este análisis parcial que efectúa la Defensa, por otra parte -en lo referido a las irregularidades procesales o constitucionales- ya fue contestado al analizar el primer agravio. Y en lo relativo a la prueba que no se permitió producir en el juicio, ya fue materia de impugnación y rechazada, al igual que en Tribunal Superior de Justicia y en el recurso extraordinario, restando sólo la queja ante la CSJN, que de ninguna manera puede interrumpir la resolución de la presente. En el caso de existir una contradicción entre lo aquí resuelto y lo que resuelva la CSJN, deberán efectuarse los planteos a la luz de lo allí decidido.

En función de lo expuesto, considero que este agravio también debe ser rechazado.

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

6°) Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua: Al respecto y si bien tal agravio fue esbozado en el escrito recursivo, no fue mantenido en la audiencia llevada a cabo de conformidad con lo dispuesto por el art. 245 del CCP. Por tal motivo, entiendo -y así lo dio a entender el defensor en la audiencia al ser preguntado por la fiscalía- existió un desistimiento del mismo, no correspondiendo, por ende, su tratamiento.

Por todo lo expuesto, considero que deben desestimarse todos los agravios y confirmar la sentencia en todas sus partes.

La **Dra. Florencia Martini**, dijo:

Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Daniel Varessio**, manifestó:

Por compartir los fundamentos vertidos por el Dr. Alejandro Cabral, adhiero a sus conclusiones y me pronuncio en idéntico sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El **Dr. Alejandro Cabral** dijo:

Propongo la eximición de costas al impugnante en esta instancia, en el entendimiento que el derecho del imputado a una revisión amplia e integral de la

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales para el caso de que el recurso sea rechazado. En función de ello, encuentro razón suficiente para eximir de costas en esta instancia al recurrente (arts. 268 y 270 a *contrario sensu* del CPP).

La **Dra. Florencia Martini**, manifestó:

Comparto la exención de costas en esta instancia, tal como lo resuelve el primer voto.

El **Dr. Daniel Varessio**, expresó:

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

De conformidad con las posturas precedentemente expuestas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO ESTRICTAMENTE FORMAL LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA deducida por la Defensa en favor de Roberto Abel Zuñiga (arts. 233, 236 y 238 del CPP).-

II.- DESESTIMAR LOS AGRAVIOS DEL 1° a 5° y DECLARAR QUE NO CORRESPONDE EL TRATAMIENTO DEL AGRAVIO N° 6, conforme los argumentos desarrollados; y, en

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia

consecuencia, CONFIRMAR el veredicto de culpabilidad del Jurado Popular y, **las sentencias dictadas** en su consecuencia, por la que se condenara a ROBERTO ABEL ZUÑIGA como autor del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSIA Y AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (arts. 80 inc. 2° y 41 bis del CP), a la pena de PRISION PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS.

III.- Sin costas en esta instancia por los fundamentos expuestos (art. 268, segundo párrafo del CPP).

IV.- Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes.-

Dr. Alejandro Cabral
Juez

Dra. Florencia Martini
Juez

Dr. Daniel Varessio
Juez

Reg. Sentencia N° 64 T° V Fs. 972/986 Año 2016.-