

SENTENCIA N° seis /2016.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **dieciocho días del mes de febrero de dos mil dieciséis**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Dres. Gladys Mabel Folone, Liliana Deiub y Alejandro Cabral**, presididos por el último de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso "**MENDEZ, HÉCTOR DAVID S/HOMICIDIO**", identificado como **Legajo MPFNQ LEG. 10637/14** del registro de la Oficina Judicial de la I Circunscripción judicial, seguido contra **HECTOR DAVID MÉNDEZ**, DNI. 17.117.734, nacido en la ciudad de Neuquén el día 13 de enero de 1965, casado, empleado policial, domiciliado en Mz. C, Casa 12 del B. Cuenca XV, actualmente detenido en la Unidad de Detención N° 11 de esta ciudad.

ANTECEDENTES:

A) El día 22/5/14, un Jurado Popular declaró culpable a Méndez. Con fecha 28 de agosto de 2014 por sentencia N° 49/14 se decidió: "1) Declarar a HECTOR DAVID MÉNDEZ, penalmente responsable del hecho acaecido en fecha 22/7/12 en el que siendo las 02.00 hs. de la madrugada, y utilizando el arma reglamentaria que el estado provincial le proveyó por su condición de policía, dio muerte a Matías casas de 19 años de edad, por haber arribado el Jurado Popular a un veredicto de CULPABILIDAD

en su contra. 2) Calificar legalmente el accionar de HECTOR DAVID MENDEZ como incurso en el delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR HABER SIDO COMETIDO ABUSANDO DE SU FUNCIÓN COMO MIEMBRO INTEGRANTE DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD, AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO, arts. 80 inc. 9 y 41 bis del Código Penal. 3) IMPONER A HECTOR DAVID MENDEZ, de demás datos personales referidos en el presente fallo, la pena de PRISIÓN PERPETUA, con más las accesorias legales por el plazo de la condena y las costas del proceso, -art 12 del CP y arts 268 y cc. del CP- en orden al hecho y la calificación jurídica referidas precedentemente".

Habiendo sido impugnada dicha sentencia, con fecha 2 de diciembre de 2014 por sentencia 126/14 el Tribunal de Impugnación, decidió modificar la calificación legal del hecho por la de HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (arts. 79 y 41 bis del CP). Decisorio que con fecha 20/3/15 fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia. Contra dicho decisorio fue interpuesto recurso extraordinario por la parte querellante, el que con fecha 21/7/15 fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia. Ante ello, la parte querellante presentó recurso de queja ante la CSJN, la que aún no ha sido resuelta.

A su vez, ante el cambio de calificación legal dado al hecho, se reenvió la causa para fijar nuevamente la determinación de la pena, la que por sentencia 366/15 de fecha 30/12/15 se condenó a "Héctor David Méndez, ..., a la pena de VEINTE (20) AÑOS DE PRISIÓN DE EFECTIVO CUMPLIMIENTO y demás accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal, por el delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en grado de autor (Arts. 79 y 41 bis del Código Penal), ocurrido el 22 de julio de 2012, en perjuicio de Matías Casas, conforme la declaración de culpabilidad dictada oportunamente".

Contra este último pronunciamiento el Defensor del imputado presentó recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP el día 2/2/16, oportunidad en la que el impugnante expuso los fundamentos del recurso.

En la audiencia mencionada intervino por la defensa del imputado el Defensor Particular, Dr. Carlos Ronda, por la Fiscalía, el Dr. Pablo Vignaroli y, por la querrela, en representación de los querellantes, el Dr. Mariano Pedrero. El imputado no concurrió a la audiencia, manifestando su defensor que no era necesaria su presencia.

B) El Sr. Defensor, manifiesta que viene a impugnar la sentencia por dos motivos: 1) Vencimiento de los plazos legales, en virtud del cual corresponde declarar la extinción de la acción penal y disponer el sobreseimiento de su asistido. 2) Impugna también el monto de pena impuesto por sentencia de fecha 30/12/15, N° 366/15 por arbitraria al considerar sólo agravantes y no atenuantes.

Comienza relatando que esta causa es de las denominadas de transición que comenzaron antes de la entrada en vigencia del actual Código Procesal. Era una de las causas que ya estaban elevadas a juicio al 14/1/14, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Procesal.

Expresa que con motivo del último juicio de determinación de la pena en la que se dictó sentencia el día 30/12/15, a partir de allí comienza a correr el plazo de impugnación por ser una sentencia que no estaba firme. Considera de aplicación el art. 56 de la Ley Orgánica para el fuero penal que establece en su segundo párrafo que "*En los casos de causas elevadas a juicio o aquellos en los que la instrucción haya durado más de tres (3) años, tendrán un plazo de dos (2) años para su adecuación al nuevo proceso y finalización de los mismos*". Entiende que habiendo finalizado el plazo el día 14/1/16, en la presente causa se

cumplió dicho plazo sin estar firme la sentencia y debe disponerse el sobreseimiento. Considera que el art. 56 LOJP, debe leerse como una excepción al art. 87 del CPP, es decir que trató de readecuar el nuevo proceso a un plazo razonable, el que venció en la fecha mencionada. Dice que no se le puede dar al art. 56 LOJP otra interpretación que no sea esa, la que surge de lo expresado por el art. 87 del CPP, por lo que dicho plazo es para que la sentencia quede firme, salvo en lo que respecta al trámite del recurso extraordinario. Menciona que no es de aplicación la ley 2974, pues se publicó recién el día 15 de enero de 2016, entrando en vigencia ocho días después de dicha fecha, no pudiendo ser aplicable al caso, toda vez que a la fecha de entrada en vigencia ya estaba vencido el plazo del art. 56. Menciona jurisprudencia que refiere que se podría considerar firme una vez que se deniega el recurso extraordinario federal. También refiere que las sentencias sólo son ejecutables una vez firmes y el principio de inocencia se desvirtúa con la sentencia firme. Solicita en consecuencia, se declare la extinción de la acción penal por vencimiento del plazo razonable que regula el art. 56 LOJP y se dicte el sobreseimiento de su asistido, al no encontrarse firme la sentencia.

Corrida vista al Fiscal expresa que tanto el art. 56 LOJP como el art. 87 CPP regulan el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Que el art. 56 se dictó para las causas de transición, es decir para aquellas que comenzaron con el anterior Código Procesal. Ahora bien, el art. 56 LOJP habla de "finalización de los mismos" y entiende que finaliza con la sentencia. Que los 9 meses que establece la ley 2974 es para las impugnaciones. Dice que los Pactos Internacionales hablan de la necesidad del dictado de la sentencia, la que se ejecuta luego de los recursos. Que el art. 56 LOJP claramente no contempla la etapa impugnaticia. Dice que el 28/8/14 se dictó la sentencia por la que un jurado popular declaró responsable a Méndez del delito de HOMICIDIO CON ABUSO FUNCIONAL AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO a la pena de prisión perpetua. Que el Tribunal de Impugnación el 2/12/14 modificó la calificación legal por la de HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO, manteniendo la declaración de responsabilidad. Que tal pronunciamiento no fue impugnado por la defensa, por lo que tal calificación legal quedó firme para la defensa. Que dicho pronunciamiento fue impugnado ante el Tribunal Superior de justicia por la parte querellante como por la Fiscalía, habiendo confirmado la decisión del Tribunal de Impugnación

con fecha 30/4/15, por lo que tanto la autoría como el hecho se encuentran firmes para la defensa, lo que falta confirmar es la pena establecida.

Por su parte, el querellante consideró que no era aplicable el art. 56 LOJP por cuanto no hay violación alguna al plazo razonable. Existió un veredicto unánime de culpabilidad y la defensa no impugnó lo resuelto por el Tribunal de Impugnación en cuanto al hecho y la autoría, es decir la culpabilidad de Méndez. Dice que hay sentencia firme. A su vez, dice que en el presente caso se encuentra tramitando por la querrela una queja ante la CSJN la que aún no ha sido resuelta, para que se modifique la resolución en que se calificó el hecho como HOMICIDIO SIMPLE y se mantenga la calificación del jurado de HOMICIDIO CON ABUSO FUNCIONAL. Considera que a su parte le es aplicable lo dispuesto por el art. 87 CPP en el sentido no se computará a ese efecto el plazo para resolver el recurso extraordinario federal. Así, estando pendiente de resolución la queja ante la CSJN no se puede considerar el plazo de dos años que establece el art. 56 LOJP. Por ello, solicita se rechace el planteo de la defensa.

Tomando nuevamente la palabra la defensa expresa que no hay cosas juzgada. Que el proceso penal y la sentencia tienen dos fases una relativa a la culpabilidad y

otra referida a la pena. Mientras no haya concluido las dos fases entiende que la sentencia no está completa y por ende no está firme. Además dice que toda la doctrina y la jurisprudencia establecen que la firmeza de la sentencia se logra una vez resueltos todos los recursos. Por último, dice que no es achacable al imputado que la sentencia no se encuentre firme.

C) En relación al segundo planteo, dijo el Defensor del imputado, Dr. Carlos Ronda, que atento que no habían concurrido a la audiencia los testigos propuestos por esa parte para la audiencia, proponía una convención probatoria consistente en aceptar las actas de secuestro y acta de allanamiento. Los testigos Herrera y Calfuqueo son los que intervinieron en esas actas. Solicita que pueda leer lo que dicen dichas actas en relación a lo que sucedió cuando se entregó el imputado. La fiscalía no se opone a la petición, mientras que la parte querellante se opone porque entiende que es extemporánea. Además se opone, por cuanto entiende que la conducta posterior al hecho es el haberlo pateado cuando ya estaba herido en el piso, no es lo que sucedió posteriormente cuando se lo detuvo. Por tal razón se opone a dicha convención probatoria o a la incorporación por lectura de dichas actas. En función de ello, el Tribunal expresa que no habiendo sido aceptada la

convención probatoria, explique el defensor si sabía algo de los testigos ofrecidos para esta audiencia en función de lo que dispone el art. 245 último párrafo del CPP y si estaban notificados. Dijo el Dr. Ronda que desconocía que había sucedido con los testigos puesto que había solicitado se los cite por intermedio de la oficina judicial. El Tribunal pasó a deliberar y resolvió que de acuerdo a lo dispuesto el art. 245 último párrafo del CPP y que el Juez había resuelto en la audiencia respectiva que los testigos para esta audiencia, Herrera y Calfuqueo, debían ser citados a los domicilios denunciados por la defensa, se entendía que correspondía su citación a la defensa y, que por lo tanto, no habiendo concurrido los testigos mencionados se iba a continuar con la audiencia sin escuchar sus testimonios, sin perjuicio de lo que quisiera alegar la parte sobre la cuestión relativa a la conducta posterior al hecho.

Tomando nuevamente la palabra el Dr. Ronda dijo que no se tuvo en cuenta la conducta posterior al hecho. Tampoco se tuvo en cuenta su conducta laboral, no tuvo en cuenta la inexistencia de sumarios administrativos, ni denuncias en su contra. El Tribunal tuvo en cuenta que le dio una patada cuando se encontraba en el piso, pero siendo que el resultado fue homicidio, el que se produjo en

el hospital, es así que la conducta posterior al hecho es la conducta asumida por el imputado después de que fallece en el hospital. Dice que al día siguiente del hecho cerca del mediodía, luego que la investigación había avanzado se realiza un allanamiento en la vivienda de Méndez donde se secuestran distintos elementos y luego este se dirige a la comisaría donde se produce el secuestro del arma de fuego, o le es retirada el arma en la comisaría. Esta arma entregada por Méndez es la que luego se determina que fue la disparada contra Casas. Es así que podemos decir que al entregar el arma, colaboró con la investigación, en ningún momento trato de ocultar nada. Ni siquiera trató de ocultar los restos de pólvora en sus manos. Además, sigue diciendo, tampoco sabía lo que había realizado, porque había bebido en exceso, lo que no se pudo probar en el juicio de responsabilidad. En realidad los jueces toman como conducta posterior al hecho, una conducta intermedia pero no la real, que es una vez que fallece la víctima. No ocultó nada, no se deshizo del arma. No hizo desaparecer los vestigios de pólvora. Implícitamente reconoció el hecho. En cuanto a la naturaleza de la acción, los jueces evalúan que le disparó encontrándose de espalda. En cuanto al uso del arma reglamentaria dice que la agravante genérica ya está contenida en la agravante, sin embargo en la sentencia

agrava aún más situación por ser un arma reglamentaria y que podía portar, se pregunta cuál hubiera sido la pena si el arma fuera ilegal?. En cuanto a los motivos, considera que el fallo es contradictorio. Dice que el motivo estaba íntimamente relacionado con su condición de policía. Entiende el fallo, que como policía debía comportarse de otra manera, es decir apaciguando los ánimos. No tiene en cuenta que su hijo momentos antes había sido víctima. La sentencia agrava la pena porque dice que se llevó por motivos privados, que no actuó como policía. Expresa la defensa que de esta manera los jueces meten por la ventana la condición policial y el abuso funcional. Cita jurisprudencia de La Plata sobre agravantes y atenuantes expresando que la pena impuesta de 20 años es arbitraria. Solicita se le imponga el mínimo legal es decir 10 años y 8 meses.

Tomando la palabra la fiscalía, dice que la defensa durante el juicio probó que Méndez no tenía antecedentes y que era un buen vecino. En cuanto a los agravantes la sentencia habla de la naturaleza de la acción, motivos y circunstancias personales. En este sentido la sentencia dice que utilizó el arma de fuego que le diera el Estado para defender a los ciudadanos y no para cometer delitos. Además la policía por el hecho de ser tal

tiene otras obligaciones distintas que el ciudadano común no tiene. En este aspecto, la sentencia dice que utilizó el arma provista por el Estado para zanjar una cuestión personal. Había existido un problema entre la víctima y el hijo de Méndez. Este último le cuenta a su padre y este sale a resolver el problema de la peor manera posible. Cabe destacar que ante la increpación de Méndez Matías Casas opta por retirarse y es allí cuando este le dispara por la espalda. La conducta posterior consiste en que luego cuando ya se encontraba indefenso, le da una patada en la cabeza. Considera que debe confirmarse la pena impuesta, lo que así solicita.

Finalmente, el representante de la parte querellante, el Dr. Mariano Pedrero, dice que ellos han apelado el fallo del Tribunal de Impugnación y que confirmara el Tribunal Superior de Justicia ante la CSJN, porque entienden que la calificación correcta del hecho es la de HOMICIDIO CON ABUSO FUNCIONAL (art. 80 inc. 9° CP). Ahora a pesar del recurso pendiente en la Corte Suprema en esta audiencia van a solicitar se confirme la pena impuesta. Entiende que no había ninguna circunstancia atenuante, sin embargo el Tribunal hizo lugar a algunas que no debían haberse considerado pues la policía por su condición de tal no puede tener antecedentes. En cuanto a

la extensión del daño la muerte de un hijo es una agravante más si es padre y no como lo consideró el Tribunal como atenuante. Explica que en cuanto a la conducta posterior al hecho de efectuarle los disparos, lo persigue y ya estando en el piso lo pateó en la cabeza. No hay atenuantes como pretende la defensa por su conducta posterior. Ingresó a la comisaría con el arma. En realidad considera que no se hizo con Méndez el procedimiento como se efectúa contra cualquier persona, tuvieron consideración porque era policía. Entiende que si hubiera sido cualquier persona lo hubieran detenido y por la fuerza le hubieran quitado el arma. No es verdad que el fallo agrave la pena dos veces por el arma, lo que hace el fallo es tener en cuenta las condiciones personales de Méndez, es decir que era policía y tenía ciertas obligaciones por su estado policial. Por todo ello solicita se confirme la pena impuesta.

E) Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse el **Dr. Alejandro Cabral**, luego la **Dra. Liliana Deiub** y finalmente la **Dra. Mabel Folone**.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria deducida?.

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 239 del 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 expuesto, considero que el recurso de impugnación deducido debe ser declarado formalmente admisible. Tal es mi voto.-

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo: que adhiere al voto del Dr. Cabral, por compartir la respuesta que propone a esta primera cuestión.

La **Dra. Mabel Folone**, expresó: que comparte la decisión adoptada por el vocal del primer voto en relación a la admisibilidad de la vía recursiva.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

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

1) El Dr. Ronda -defensor del imputado- en relación al primer agravio entiende que el Tribunal de Impugnación debe declarar extinguida la acción y sobreseer a su asistido por haber vencido el plazo (el día 14 de enero de 2016) que establece el art. 56 de la LOJP sin que la sentencia se encuentre firme. Pretende que la finalización del proceso es cuando la sentencia quede firme, cuestión esta que aún no ha sido resuelta por este Tribunal.

Al respecto cabe mencionar que sin entrar a considerar que quiso decir el legislador cuando expresó en el art. 56 LOJP que las causas que estuvieran elevadas a juicio al momento de la entrada en vigor del nuevo Código Procesal "tendrán un plazo de dos (2) años para su adecuación al nuevo proceso y finalización de los mismos", es importante señalar que en la presente se dan dos cuestiones que son fundamentales para resolver el primer agravio.

La primera cuestión que hay que tener en cuenta es que Méndez fue declarado responsable del delito de HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (art. 79 y 41 bis del CP), sentencia esta que se encuentra firme respecto de la defensa, no así de la querrela y la fiscalía. Que lo que aún no se encuentra firme para la defensa es la pena impuesta. Ello así por cuanto la defensa no impugnó la resolución por la que el Tribunal de Impugnación morigerara la calificación primigenia de HOMICIDIO CALIFICADO POR ABUSO DE LA FUNCIÓN (art. 80 inc. 9 CP) por la mencionada precedentemente.

Siendo ello así, y si bien no podemos hablar técnicamente de firmeza para las partes acusadoras, si ha finalizado una parte del proceso para la defensa en cuanto ella no ha cuestionado la declaración de responsabilidad de Méndez en relación al homicidio agravado por el uso de arma de fuego. Si bien resta quedar firme la pena finalmente impuesta, lo cierto es que lo que no se puede modificar esta declaración de responsabilidad y la pena que le corresponda al menos oscilará -de no prosperar el recurso de los acusadores ante la CSJN- entre los 10 años y ocho meses y 33 años y cuatro meses.

En segundo lugar, hay una queja ante la CSJN pendiente de resolución en donde los acusadores

pretenden que la calificación dada al hecho sea la de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL ABUSO FUNCIONAL (art. 80 inc. 9° CP). Este no es un dato menor puesto que si la defensa pretende interpretar el art. 56 LOJP a la luz del art. 87 CPP, en el que se establece que el proceso *"tendrá una duración máxima de tres (3) años improrrogables, contados desde la apertura de la investigación penal preparatoria. No se computará a esos efectos el tiempo necesario para resolver el recurso extraordinario federal. Transcurrido ese plazo se producirá la extinción de la acción penal y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado"*, quiere decir que estando pendiente el recurso extraordinario federal hay imposibilidad de declarar la extinción de la acción penal. Ello por otra parte tiene una lógica, pues sería absurdo que estando pendiente un recurso ante la Corte se declarara la extinción de la acción penal, pues - en el presente caso- si se le diera razón a los acusadores en la calificación legal del hecho, la sentencia sería de imposible cumplimiento por haberse declarado su extinción. Amén de que el Código Procesal de Neuquén no puede imponerle a la CSJN un plazo para resolver los recursos presentados ante ella.

En definitiva, y sin entrar a considerar que quiso decir el legislador cuando se refirió a la

"finalización de los mismos", es decir si se refirió a la sentencia o a la finalización del proceso con una sentencia firme, lo cierto es que la existencia de una sentencia firme -en relación a la defensa del nombrado- que declara culpable a Méndez del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, con más la existencia de una queja ante la CSJN presentada por los acusadores, impide declarar extinguida la acción penal por vencimiento de los plazos, tal como lo pretende el defensor de Méndez.

Por tales razones, en el entendimiento que no se da el supuesto que pretende el defensor, es decir que corresponda declarar extinción de la acción penal por haber vencido el plazo razonable de duración del proceso que establece el art. 56 LOJP, es que propongo rechazar el planteo de sobreseimiento efectuado por la defensa.

2) En cuanto al agravio relativo al monto de la pena impuesta, voy a proponer confirmar la misma en virtud de los argumentos que seguidamente expondré.

El Defensor se agravia porque entiende que el Tribunal no consideró como atenuante la conducta posterior al hecho. Es decir que entregó voluntariamente el arma y no borró ningún vestigio del hecho, que en cierta forma reconoció su responsabilidad. Dice que la conducta

posterior al hecho es luego de su muerte y no como pretende el Tribunal luego de disparar.

Al respecto entiendo que el Tribunal valoró acabadamente las circunstancias de realización del hecho y no son -como pretende el defensor- la conducta del imputado posterior al hecho lo que valora el Tribunal que fijó la pena. Así como el art. 80 CP agrava la conducta de la persona que comete un homicidio con premeditación, en forma insidiosa, con alevosía o con ensañamiento, corresponde valorar como agravante que le disparó cuando se alejaba del lugar y luego de efectuarle 3 disparos y de encontrarse en el piso en estado de indefensión, lo pateó fuertemente. Así lo expresa correctamente el Tribunal: *"En tales circunstancias le preguntó a Matías si era él y cuando aquel le confirmó su identidad, sacó el arma 9 mm y disparó no dando en el blanco; es así que Matías decidió salir raudamente a bordo de la motocicleta ante semejante agresión y es cuando Méndez nuevamente le disparó, a poca distancia, dos de los proyectiles impactaron en la humanidad del joven, uno en el tobillo y otro en la espalda, siendo éste último el mortal."*

Son particularmente relevantes estas circunstancias apuntadas porque implican un matiz diferencial de la ejecución del injusto y que ponen de

manifiesto un accionar más grave; y así lo digo puesto que se ha demostrado la existencia de disparos de armas de fuego por la espalda, a corta distancia, sin que la víctima pudiera ejercer alguna defensa u opusiera algún tipo de resistencia que redundara en riesgo para el autor. Esta conclusión es coherente con la prueba producida a la hora de declarárselo responsable, principalmente por el acto de autopsia en la cual la médica forense pudo determinar la trayectoria del disparo letal, de atrás hacia delante del occiso, lo que prueba da que el fallecido fue ultimado sin atinar a defensa alguna... Finalmente y en disvalor, entiendo que su conducta posterior al suceso, que siguió a la víctima, luego de haberle disparado, lo siguió hasta el lugar donde cayó herido, y le propinó puntapiés cuando ésta yacía tirada en el suelo, sin ninguna posibilidad de defenderse, demuestran lo desdeñable de su conducta, agravan su culpabilidad y por ende el grado de reproche penal."

La circunstancia posterior de haber entregado el arma reglamentaria que le provee el Estado, no atenúa su situación, pues necesariamente cualquiera hubiere sido el delito que hubiere cometido, correspondía pasarlo a disponibilidad y sacarle el arma reglamentaria. De no haberla entregado o de haberla escondido, aún más se

hubiera agravado su situación, porque el arma se la proveyó el Estado y él debía entregarla cuando éste se lo requiriese. (arts. 34, 52 y 108 de la ley 715).

En cuanto a la no valoración por parte del tribunal de la inexistencia de sumarios en su contra o denuncias, cabe referir que en realidad sí fue correctamente valorado por el Tribunal al mencionar la falta de antecedentes. En el presente caso, y al tener Méndez una función especial en la sociedad, es un concepto que en realidad engloba no sólo la no condena por un delito, sino -en sentido más amplio- el no tener causas en trámite, sumarios o denuncias en su contra. Por tal razón entiendo que al valorar la falta de antecedentes también se valoró la falta de sumarios y denuncias en su contra. Tan es así que la pena impuesta, aunque el defensor menciona que sólo se valoró la falta de condenas y que tenía un hijo de 8 años, fue impuesta entre una suma casi intermedia entre el máximo y el mínimo.

También dice la defensa que el Tribunal agrava dos veces el uso del arma de fuego, cuando ya está valorado por el aumento genérico de la pena que prevé el art. 41 bis del CP. La sentencia dice lo siguiente: "*No cabe dudas que la muerte de Matías se produjo por la acción de un policía con un arma de fuego que el propio Estado le*

provee para prevenir y asegurar la vida y el destino de los ciudadanos, no justamente para que tales valores se vulneren. Dicha circunstancia, que de tal modo debe inexorablemente agravar la pena, corresponde valorarse por lo temeraria y por la mayor disposición del arma homicida de la que ha gozado el autor toda vez que se trata de aquellas que por su oficio le provee el propio Estado. A cualquier ciudadano le resulta difícil y engorroso adquirir un arma de fuego como legítimo usuario, a un policía dicha circunstancia no es un obstáculo. Por tales motivos, cualquier exceso en su uso, máxime si el resultado es la muerte de un joven, debe considerarse para agravar la pena".

Entiendo, al contrario de lo que expresa la defensa, que tal circunstancia se encuentra perfectamente valorada como un agravante que no tiene que ver con el sólo hecho de haber utilizado un arma de fuego, sino con la circunstancia que dicha arma es provista por el Estado a los policías para que cumplan su función que justamente, conforme lo establece el art. 1 de la Ley Orgánica de la Policía de Neuquén (ley 2081), es "el mantenimiento del orden público y la paz social", habiéndola utilizado Méndez para todo lo contrario, es

decir para matar a una persona. Ello es lo que se valora como agravante.

Por último, se agravia el defensor por entender que los jueces introdujeron por la ventana el abuso funcional, el que fue descartado por el Tribunal de impugnación al haber calificado el hecho como homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego. Considera que el fallo es contradictorio. Dice el fallo que como policía debía comportarse de otra manera, es decir apaciguando los ánimos. Dice que la sentencia agrava la pena porque Méndez se dejó llevar por motivos privados, que no actuó como policía. Que de esta forma introdujo el abuso funcional.

También este agravio considero que debe ser rechazado. No es que los jueces agravan la pena por el abuso funcional, es decir por haber actuado con exceso en sus funciones. Los jueces agravan la pena porque Méndez al ser policía, tiene otros deberes aún más exigentes que los del resto de los ciudadanos, por las obligaciones que debe cumplir. Tan es así que los jueces que dictaron el fallo citan las normas de las obligaciones que tienen los policías por su condición de tal, lo que no tiene nada que ver con el abuso funcional que está regulado en el art. 80 inc. 9º y en los arts. 142 ter al 144 quinto del CP. Aquí

los jueces tienen en cuenta que no cumplió con sus deberes de policía, no que actuó abusando de su función.

Así lo expresan en su sentencia: "los integrantes de la Policía del Neuquén deben: ... h) Disparar el arma reglamentaria sólo cuando exista un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o en circunstancias que permitan suponer un grave riesgo para la seguridad de la comunidad, de conformidad con los principios mencionados en el apartado anterior... Ninguna de estas situaciones son las que acaecieron al momento del hecho, y sólo se trató de un accionar motivado en intereses personales no sólo ajenos a la función policial sino también a que su estado imponía más allá de encontrarse en uso de licencia.

Existe otra norma que viene a reforzar esta interpretación que es la obligación emergente del Art. 18 inc. b) de la ley orgánica policial (Ley 2081) que impone a sus miembros actuar con imparcialidad. Esto significa que le está vedado actuar en las situaciones que comprometen su interés personal y por supuesto que por más licencia que estuviera gozando, como policía no podía ir a zanjar un pleito por un entredicho menor y utilizar su arma reglamentaria para resolverlo".

Del mismo texto citado surge claramente que se le impone mayor pena a Méndez, por el rol que tiene en la sociedad y por los deberes que tiene a su cargo. Considero que perfectamente el rol que cada uno tiene en la sociedad puede ser una circunstancia agravante o atenuante, según el caso. Así como los jueces deben tener determinada conducta también los policías, no es lo mismo que cualquier otro miembro de la sociedad. A modo de ejemplo, no es igual un hurto cometido por un juez o policía, que el de cualquier otro ciudadano.

Por todo ello, entiendo que se encuentra perfectamente valorada la condición de policía como agravante por no haber obrado conforme los deberes que tenía, aunque no haya existido abuso funcional, debiendo ser rechazado este agravio.

Por todo lo expuesto, considero que debe rechazarse la impugnación presentada por la defensa y confirmarse la sentencia en todas sus partes.

La **Dra. Liliana Deiub**, expresó: Por compartir los argumentos y conclusiones a las que arriba el Dr. Cabral, me pronuncio en igual sentido.

Sin perjuicio de ello, agrego como fundamentos de lo ya expuesto en el primer voto lo siguiente.

El Sr. Defensor acusa de arbitraria la Sentencia de Pena en lo que se refiere a la ausencia de fundamentos en los agravantes considerados y paralelamente entiende que dicha arbitrariedad también se refleja en la omisión de lo que considera "cuestiones esenciales en el tratamiento de atenuantes".-

En ese marco y refiriéndose a la naturaleza de la acción- medios empleados para ejecutarla, y la consideración que en la sentencia se hace al modo de accionar el arma cuando la víctima se iba del lugar concluyendo en el disparo fatal cuando se encontraba de espaldas a su agresor; entiende que se ponderó doblemente la utilización del arma reglamentaria proporcionada por el Estado y el agravante de utilización de un arma de fuego prevista en el 41 bis del Código Penal.

Cabe aclarar que en su queja no lleva razón el defensor toda vez que omite considerar que la sentencia pondera claramente el accionar de Méndez quien al tomar conocimiento del incidente previo suscitado entre Matías y su hijo, sale en búsqueda del primero y al ubicarlo y confirmar su identidad saca el arma 9 mm que llevaba en su poder, disparándole sin herirlo. Ello ocasiona que Matías, intentando huir, sale en su motocicleta. Ante ello Méndez vuelve a dispararle, esta vez

por la espalda y a corta distancia en dos oportunidades impactando sendos proyectiles en la humanidad de la víctima, puntualmente uno de ellos en la espalda el que resulta fatal. En este supuesto es evidente que la sentencia correctamente sopesó la gravedad del hecho, disparar en varias oportunidades, dos de ellas por la espalda a una víctima que no ofrecía ningún tipo de resistencia y que por ende no le generaba riesgo alguno, con el arma provista por la autoridad estatal con el objetivo de garantizar la seguridad de los ciudadanos subvirtiendo tal fin, al generar la muerte de una víctima - reitero- indefensa que intentaba escapar ante el primer disparo que no lo hiere y que no generó en Méndez una cabal dimensión de la gravedad de su accionar totalmente injustificado.

Así se ha sostenido que "Como regla general pueden decirse que agrava la penalidad la elección de un medio ofensivo que disminuye la posibilidad de defensa de la víctima o le causa un especial sufrimiento" (Abel Fleming y Pablo López Viñals "Las Penas", ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2009, pág. 380).

Por ende resulta de especial significación y entiendo se ha valorado correctamente en la determinación de la pena la utilización del arma que le fue

suministrada para prevenir delitos y garantizar la seguridad de los ciudadanos de una forma contraria a su objetivo, máxime cuando la portación de armas por parte de los ciudadanos que no forman parte de las fuerzas de seguridad se encuentra regulada restrictivamente.

Por ello, en la sentencia no se efectúa una doble valoración del mismo supuesto por cuanto la gravedad en el accionar desplegado por Méndez esgrimiendo un arma entregada para uso oficial no tiene vinculación directa con el agravante utilización de un arma de fuego, regulada en el art. 41 bis del c.p., por cuanto se ponderó la intensidad del medio utilizado en lo relativo a la mayor lesividad de su conducta.

Seguidamente y respondiendo al agravio formulado por la defensa en relación a los motivos que determinaron el accionar delictivo, debe descartarse la aplicación de un derecho penal de autor, ya que en este epígrafe se consideraron las circunstancias personales del imputado quien formando parte de la Fuerza Policial y ante el incidente protagonizado por su hijo y Matías Casas, debió proceder de una forma más racional y acorde a su condición de policía que le exigía una actitud dirigida a contener y apaciguar el conflicto, no a exacerbarlo como hizo.

Sobre esos parámetros deviene apropiado considerar las circunstancias personales del autor, toda vez que no resulta válido establecer un estándar objetivo de valoración a quienes se encuentran en situaciones diferentes.

En el punto se ha sostenido: "... la consideración de la personalidad sólo puede ser admitida como una fuente de datos en orden a establecer el preciso grado de autodeterminación del sujeto al momento de la transgresión normativa. Queremos reprocharle al infractor no haber actuado de otro modo, de un modo no lesivo o peligroso para el bien protegido, en la medida en que todo un complejo cuadro de situación se lo permitía y en esa constelación de factores no cabe duda de que tiene un lugar central el concreto bagaje espiritual que hace de cada uno de nosotros seres diferentes, con una estructura particular que nos otorga una mayor o menor capacidad de comprensión y voluntad a la hora de desarrollar una conducta descripta como injusto" (Ob. Cit. Pag. 391).

No encuentro que sea contradictorio que la sentencia valore esta circunstancia y en simultáneo se refiera a la "venganza privada" como fundamento para agravar la conducta desplegada por Méndez quien en función a un problema de índole privado no dudó en hacer uso del

arma policial, para aplicarle un castigo a la víctima. Vale destacar que su accionar no se detuvo ante el primer intento frustrado de agresión hacia Matías, y se mantuvo -exacerbándose- hasta terminar con la vida de su víctima. En concordancia con ello se ha explicitado que "cuando el infractor se conduce impulsado por sentimientos disvaliosos, tal motivación debe ser valorada en contra del imputado, agravando el reproche penal" (obra citada, pag. 382).

Finalmente y en relación a la conducta posterior al hecho, la esforzada defensa propone que se consideren como tal las circunstancias referidas a la entrega del arma homicida, y no aquellas que derivaron en las patadas que Méndez le propinó a su víctima cuando esta se encontraba sin posibilidad de defensa alguna, herido mortalmente en el piso. Sobre el primer punto me remito a lo sostenido por el Dr. Cabral, y en relación a la mayor culpabilidad del autor a mi criterio fue bien ponderada en la sentencia, en su accionar posterior al hecho. Ello se desprende claramente del testimonio de Cisneros quien observó a Matías tirado boca abajo, con sangre en la boca-nariz y que simultáneamente observó bajar a tres personas de una camioneta que le propinan patadas cuando se encontraba sin reacción alguna.

Por último, entiendo que los atenuantes referidos a la carencia de antecedentes condenatorios, su familia constituida y encontrarse a cargo de un hijo menor fueron debidamente sopesados al considerar la pena aplicable a Méndez por lo que entiendo que aunados a las circunstancias agravantes, corresponde confirmar la pena impuesta al nombrado.

La **Dra. Mabel Folone**, manifestó: Participando de los términos y conclusiones a las que arriba el primer voto, como así también a la ampliación de fundamentos de la Dra. Deiub, me expido en el mismo sentido que los votos que anteceden.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

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

Considero que debe eximirse al acusado del pago de las costas procesales con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena, no puede verse cercenado ante la amenaza o el temor de tener que afrontar el eventual pago de las costas procesales en caso de que el recurso sea rechazado. Por lo que encuentro razón suficiente para eximir totalmente al recurrente en instancia (arts. 268 y 270 *acontrario sensu* del CPP).

La **Dra. Liliana Deiub**, expresó: Que adhiere a lo resuelto sobre las Costas.

La **Dra. Mabel Folone**, manifestó: Que comparte los fundamentos expuestos en relación a la eximición de costas.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el Dr. Carlos Ronda en favor de su asistido HÉCTOR DAVID MÉNDEZ (arts. 233, 236 del CPP).

II. RECHAZAR los agravios esgrimidos por el defensor, tanto en lo que se refiere al plazo razonable, como así también confirmando la sentencia de pena impuesta de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS.

III. Sin costas en esta instancia (art. 268 CPP).

IV. No firma la presente la Dra. Mabel Folone, sin perjuicio de haber participado de la deliberación y haber compartido los argumentos de los votos firmantes y la decisión adoptada, por encontrarse en uso de licencia.

V. Remitir el presente pronunciamiento a la Oficina Judicial para su registración y notificaciones pertinentes, mediante notificación electrónica a la partes y con copia al imputado en su lugar de detención.-

Dr. ALEJANDRO CABRAL

Juez

Dra. LILIANA DEIUB

Juez

Reg. Sentencia N° 06 T° I Fs. 93/109 Año 2016.-