

SENTENCIA N° 128/2014: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los 10 días del mes de diciembre del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los Dres. Liliana Deiub, Federico Sommer y Andrés Repetto, presidida por el último de los nombrados, para resolver en instancia de impugnación el caso judicial "GONZÁLEZ, JOSÉ SEBASTIÁN" (Leg. Nro. 10.842/2014), en el que está condenado (con sentencia no firme) el imputado JOSÉ SEBASTIÁN GONZÁLEZ, DNI 33.293.552, con domicilio en Toma 26 de agosto calle Marín Mza. G lote 7 de Neuquén, (actualmente detenido), apodado "Seba", argentino, nacido en Bajada del Agrio el día 16 de enero de 1987, hijo de Elisa González, albañil, instruido; quien fuera condenado por el hecho cometido en la Manzana H, Lote 6, calle 8 del Barrio Almafuerte I de esta ciudad de Neuquén, el día 3 de noviembre de 2013 en perjuicio de Gustavo Gabriel Gutiérrez; conducta que fuera calificada como constitutiva del delito de homicidio agravado por su comisión con armas de fuego y con el concurso premeditado de dos o mas personas (arts. 79, 41 bis, 80 inc. 6 y 45 del Código Penal), y

ANTECEDENTES: I.- Que por veredicto popular de culpabilidad de fecha 10 de junio y sentencia de determinación de pena de fecha 25 de agosto del año 2014 se impuso a Sebastián GONZÁLEZ, de demás datos personales referidos al inicio, la pena de prisión perpetua con más las accesorias legales y costas del proceso, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por su comisión con arma y con el

concurso premeditado de dos o mas personas (arts.79, 41 bis, 80 inc.6 y 45 del CP), cometido el 30 de Noviembre de 2013 en la localidad de Neuquén, en perjuicio de Gustavo Rubén Gutiérrez.

La Defensa particular interviniente en representación de los intereses del encartado, dedujo recurso de impugnación ordinario contra el referido veredicto condenatorio y la ulterior sentencia de condena.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del C.P.P.N., se realizó la audiencia oral y pública donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones y se formularon por el Tribunal las precisiones a las litigantes, en este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta. En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP intervino en representación del Ministerio Público Fiscal el Dr. Pablo Vignaroli, mientras que por la defensa técnica del acusado, actuó el Dr. Gustavo Palmieri, quien se encontraba presente.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Federico Sommer, Dr. Andrés Repetto y Dra. Liliana Deiub.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 193 del Código de rito, la Sala del Tribunal de Impugnación se plantea las siguientes **CUESTIONES:** 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación ordinaria interpuesta?; 2º) ¿Es procedente la misma y, en su caso, ¿qué solución corresponde adoptar? y 3º) Costas.

VOTACIÓN:

A la primera cuestión el Dr. Federico Sommer dijo: El escrito fue presentado en término y por quien se encuentra legitimado para ello. Asimismo, lo decidido exhibe indudablemente el requisito de sentencia definitiva, en tanto pone fin al litigio (arts. 233, 236 y 238 del C.P.P.N.). Además, la impugnación resulta autosuficiente porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configura -a juicio del recurrente- el motivo de impugnación ordinaria aducido y la solución que propone.

Por ello a juicio del suscripto, el recurso debe ser declarado *admisible* y corresponde, sin más, dar por habilitada la vía impugnativa. **Mi voto.**

El Dr. Andrés Repetto expresó: Por compartir los argumentos entregados por el Sr. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Liliana Deiub manifestó: Participando de los términos y conclusión vertidos en el voto inaugural, me expido en el mismo sentido.

A la segunda cuestión, el Dr. Federico Sommer dijo:

I. Que la actividad recursiva ejercida por la defensa determinó como primer motivo de impugnación, el cuestionamiento de **defectos formales** del veredicto que en su opinión llevan a que el mismo resulta constitucionalmente ilegítimo. En tal sentido, postula que se ha dispuesto la incorporación de prueba ilícita para su consideración por el jurado. Que las instrucciones finales aportadas al jurado popular incluyen la posibilidad que el mismo evalúe prueba ilegal. Alude a los testimonios de dos (2)

funcionarios policiales -Crios. Soto y Varela- que fueron a juicio a declarar. El Juez técnico no excluyó -como fuera solicitado por la defensa- el testimonio de Varela -sí el de Soto-, pero no obstante ello, refiere que el jurado popular escuchó los dos testimonios. En tal sentido, pondera que si bien el juez técnico les advirtió a los ciudadanos integrantes del jurado que no debían tener en cuenta lo que indicara el Crio. Soto, dicha declaración "contaminó" al jurado. Luego de ello, hace referencias a dichos testimonios y pondera que la defensa tomó conocimiento de expresiones autoinculpantes por parte de su defendido González frente al personal policial, en la misma audiencia de debate y ante el jurado popular. Califica aquella circunstancia como sorpresiva, por cuanto refiere que no contaba la defensa con esa información en forma previa. Muñido de proyector, reproduce partes del testimonio del agente policial Soto (Video Nro. 3 hora 1.00; 1.04; 1.06; 1.06.40; 1.08; y 1.09.10.). Conforme lo proyectado en audiencia, indica que el contacto que la policía provincial tuvo con el detenido es ilegítimo, y estima relevante lo declarado en hora 1.15.15, ya que consigna que el deponente reconoce que el Oficial Varela oyó la misma conversación. Indica que si bien el juez de juicio excluyó dicho testimonio prestado como evidencia, de conformidad con el art. 66 Constitución Provincial y los arts. 14 y 48 del CPP, lo cierto es que el jurado oyó en seis (6) ocasiones que su defendido se reconoce autor del homicidio objeto de juzgamiento. Denuncia que el Ministerio Público Fiscal sabía esta información y permitió que esto se oyera

igual en la audiencia de juicio. Según el relato del Oficial Varela, su asistido González espontáneamente reconoció la autoría del hecho (hora 14.30), por lo que también el testimonio de Varela debió ser considerado como prueba ilegal, y el Tribunal debe concluir que el jurado popular contó con información obtenida de manera ilegal y que ello condicionó la decisión tomada, de manera que la ley lo prohíbe. Este es el primer vicio formal alegado, que se complementa con la queja por la actuación irregular del Ministerio Público Fiscal respecto de ambos testimonios y a la afectación producida en el derecho de Defensa de González. En tal sentido, concluye peticionando que este Tribunal de Impugnación debe disponer la absolución de González.

II. Respecto de los **vicios sustanciales**, sostiene que el veredicto del jurado popular resulta irrazonable, más allá de los efectos contaminantes de pruebas señaladas en el primer agravio. Sobre la revisión del veredicto popular, sostiene que los modelos avanzados (Nueva Zelanda, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá) tardaron en ver sistemas de revisión de veredictos populares que aseguran el doble conforme. Respecto de la crítica al veredicto, desde el punto de vista del control exógeno, algunas reglas exigen que deba haber sujeción absoluta al estándar probatorio de la duda razonable, verificable y criticable en sede recursiva. Cita varios fallos de Tribunales Superiores de esos países con tradición en el *common law*, que concluyen que es necesario revisar la evidencia presentada en el caso.

En esa inteligencia, postula que el presente caso solo cuenta con un testigo directo del hecho, que resulta ser el Sr. Melo, respecto de quien reproduce en video parte de su testimonio en juicio. Agrega que dicho testigo estaba en cercanías del lugar donde fue agredida la víctima, y vio alejarse un vehículo del lugar. Reconoce que también existen los dichos de la víctima, quien habría dicho a varios testigos, que el autor del hecho era el "Gordo Seba" o "Gordo César", y que la ulterior localización del vehículo automotor con el Sr. González, configuran lo que denomina los tres "núcleos de información" del caso. En referencia a ello, sustenta que dicha evidencia es insuficiente para un veredicto de culpabilidad, en cuya faena reproduce en video parte del testimonio de Melo (Video Nro. 2, hora 13.55; 15.17; 37.26 y 45.14), para valorar dicha probanza y cuestionar las dificultades en sus condiciones de percepción del testigo quien fue el único que vio los 3 últimos números de la patente del vehículo que se alejó del lugar de los hechos (Dominio con Nro. 250). En suma, considera que esa evidencia no resultaba suficiente, por cuanto el testigo describió al agresor como una persona robusta y que caminaba de modo no atlético, no obstante lo cual no se realizaron ruedas de reconocimiento de personas y de reconocimiento del rodado secuestrado. Cuestiona tal omisión investigativa, y reseña que junto con González se detuvo al ciudadano Pinilla y al menor Kevin a quienes se les atribuyó haber estado dentro del auto con González en momentos de la agresión. En tal sentido, sustenta que el imputado Pinilla participo de

una rueda de reconocimiento de personas que dio resultado negativo y se le dictó falta de mérito a su respecto. Por tal razón, postula que el testimonio de Melo merece reparos desde sus condiciones de percepción, desde las circunstancias en que observó lo que narra en juicio, y porque la información no fue complementada con otra evidencia que se podría haber obtenido y que podría asegurar, o no, que el imputado es el autor de los disparos. Cuestiona que la Fiscalía interviniente intentó vincular ese modo de caminar del acusado con el hecho de la herida de bala que recibió el imputado por parte de la víctima Gutiérrez. En suma, estima que si se descartan los dichos vertidos por las autoridades policiales por resultar prueba ilegal, los dichos del testigo Melo por su imprecisión y no se tiene certeza si el vehículo secuestrado es el visto en el lugar del hecho, quedan solo los dichos de la víctima, lo que no configura en su propuesta prueba suficiente a la luz del status de la duda razonable. En tal sentido, concluye en que la prueba rendida no alcanza para superar el estado de duda suficiente, por lo que requiere la anulación total del veredicto del jurado popular y frente a nuestro régimen legal que impide la doble persecución de casos, que el Tribunal de Impugnación disponga la absolución del acusado.

III. En referencia a los mismos defectos sustanciales, el quejoso cuestiona la **constitucionalidad** del veredicto por resultar conteste con la mayoría impuesta en el art. 207 del ritual, la que en su opinión resulta inconstitucional. Afirma que solo la unanimidad es la garantía de la máxima

deliberación posible, y que la elección de una mayoría calificada por el legislador pero que no resulta unanimidad, configuró un error del legislador local que no debe recaer en el imputado.

IV. Por último, se agravia de la decisión del Juez Zabala en el juicio de cesura celebrado, en cuanto le impuso al Sr. González la pena de prisión perpetua, y rechazó la discusión de la admisibilidad de la agravante referido al concurso premeditado de dos o más personas. Estima que la decisión del jurado popular, no da por acreditado que se encuentran reunidos los elementos de esta figura legal agravada. Por lo tanto, y previa cita de precedentes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, solicita al Tribunal de Impugnación y de modo subsidiario, que anule parcialmente la condena dictada, considere que la responsabilidad del imputado debe adecuarse a los arts. 79 y 41 bis del CP y reenviar el caso, para que otro juez técnico determine la pena adecuada al caso.

V. A su turno, el representante del **Ministerio Público Fiscal** postula que el recurrente no ha direccionado su impugnación ordinaria en ninguno de los tres (3) supuestos establecidos por el art. 238 del CPP. En subsidio, refuta los agravios que expuso el recurrente. Respecto de la prueba que llama ilegal, sostiene que el jurado supo que lo que dijo Soto no lo podían tener en cuenta; por lo tanto no es prueba válida. Indica que es subestimar al jurado popular, creer que arribaron a la decisión del veredicto de culpabilidad por mayoría de diez (10) a dos (2), porque

oyeron la declaración de Soto, sino que por el contrario, postula que el jurado tomó la decisión porque toda la prueba conducía a la conclusión que el acusado era el culpable. Rechaza que la Fiscalía le haya ocultado dicha información a la defensa del acusado, y sostiene que bien pudo la asistencia técnica del acusado haberla obtenido si hubiera entrevistado a los testigos antes del juicio celebrado. Respecto del Crio. Varela, sostiene que solo interrogó a González para su identificación, y en ese marco el Sr. González habló sobre el hecho y la víctima, y esa información sostiene que estaba antes ya que dicho funcionario policial había declarado bajo la modalidad del sistema procesal anterior. Por eso, no existió violación al derecho de no autoincriminarse, sino que fue una declaración espontánea en el marco de un interrogatorio que tiene habilitado el efectivo policial hacer para identificar a la persona que está siendo aprehendida.

VI. Respecto del **segundo agravio**, aclara que no es ésta la única información que se tenía para arribar al veredicto, ya que postula que la Fiscalía sostuvo la acusación basada en información del incidente previo, tenido por la víctima Gutiérrez con González a consecuencia del cual, éste estuvo casi siete (7) meses internado y dijo a los investigadores que no iba a declarar, y que iba a "arreglar" el altercado por su cuenta. Agrega que existió información de los testigos en el lugar del hecho, los testigos que se encontraban en el lugar donde aprehenden a González, y el testigo que dueño del Volkswagen Gol en el cual se trasladó González, y relatara que éste junto a dos (2)

personas mas lo desapoderan del auto, y que en emergencia vio a González armado. Indica que dicho rodado tiene patente GWY 250, por lo que concluye que la evidencia rendida en juicio pasa el tamiz de duda razonable con creces. Sostiene luego, que todos los que oyeron a víctima señalando al "Gordo Seba" como autor del hecho, y respecto de la queja direccionada a que no hubo rueda de reconocimiento de personas del acusado con intervención del testigo Melo, afirma que aquel manifestó a los preventores que no podía reconocer a ninguna persona, y la Fiscalía ya tenía información aportada por otros testigos del hecho respecto que el autor del hecho era González. Cuestiona que el impugnante pudiendo requerir la producción de dicha medida probatoria no lo hizo, por lo que concluye que no es un veredicto arbitrario ya que evaluó toda la información que se le aportó en el juicio.

VII. Respecto del planteo de **inconstitucionalidad** de la mayoría que exige la ley procesal local para una decisión o declaración de culpabilidad, indica que resulta la misma que se exige para un jurado técnico -2/3 partes-, y no viola ningún tipo de garantía constitucionales y que conforme la posición esgrimida por la defensa, deberían anularse todas las condenas dadas por fallo dividido de un Tribunal técnico, y nunca sucedió.

VIII. Por último, refiere que las instrucciones dadas al jurado configuran cuestiones de hecho que permiten concluir en qué consiste el concurso premeditado; se convino con el defensor lo que debía

responder el jurado, y eso no se cuestionó en tiempo oportuno, por lo que sostiene que tampoco debe prosperar este agravio. Sostiene que el juez de juicio no puede revisar los hechos considerados probados por el jurado popular.

IX. Ahora bien, en lo que refiere al primer agravio por el cual cuestiona la constitucionalidad del veredicto por incorporación de prueba ilícita para su consideración por el jurado a la luz de las instrucciones finales aportadas al jurado popular incluyen la posibilidad que el mismo evalúe prueba ilegal, lo cierto es que el testimonio del Crio. Soto fue expresamente excluido por el juez interviniente. Para procurar con algún éxito nulificar el veredicto popular, el recurrente debió acreditar dos extremos relacionados con lo declarado por el agente policial (Video Nro. 3 hora 1.00; 1.04; 1.06; 1.06.40; 1.08; y 1.09.10.). En primer término, debió probar que el veredicto fue decidido por fuera de la prueba válida rendida en juicio, y en segundo término, demostrar que la producción de dicha prueba testimonial -luego excluida-, causó un perjuicio irreparable y fue decisiva para determinar la culpabilidad de su asistido. En suma, conforme directrices propias del *common law* se presume que el jurado basó su veredicto en la prueba presentada y rendida en juicio (Chiesa Aponte, pág. 448), lo que constituye una presunción *iuris tantum* que en autos no fue debidamente desvirtuada por el acusado. En igual tenor, de las instrucciones impartidas se tiene por acreditado que el Dr. Zabala como juez de juicio excluyó dicho testimonio

como evidencia de cargo, de conformidad con el art. 66 Constitución Provincial y los arts. 14 y 48 del C.P.P.N.

En lo que se refiere al testimonio del Crio. Varela quien también declarara en juicio -pero que a diferencia del anterior testimonio no fue excluido por el Juez técnico interviniente a pesar de petición expresa de la defensa-, la quejosa procura introducir un supuesto de veredicto nulo por conducta impropia del acusador. Ahora bien, el relato del Oficial Varela se direcciona a describir la detención de González en un paraje de la zona de Bajada del Agrio, circunstancia en la que el acusado habría reconocido espontáneamente la autoría del hecho (Video 3 hora 14.30). En tal sentido, el recurrente sindicca que el Ministerio Publico Fiscal ha afectado un veredicto imparcial del jurado, al actuar de un modo irregular y permitir el ingreso de información referida a la presunta "confesión" de la autoría del hecho por parte de González, que no debía ingresar y que habría "contaminado" tal veredicto. En la audiencia las partes litigantes discreparon sobre el conocimiento de tal "información" sensible por parte de los citados funcionarios policiales, pero lo cierto es que en lo referido a Varela, el representante del Ministerio Fiscal sostuvo que tal información o declaración espontánea se encontraba presente en el legajo tramitado bajo el sistema mixto que regia el proceso penal y ninguna de las partes pudieron acreditar ni descartar tal extremo. Ahora bien, en tal circunstancia estimo que no se ha acreditado que tal información brindada en juicio resulte inadmisibile. A

su vez, tampoco se ha acreditado que resulte perjudicial y haya destruido el ánimo del jurado para evaluar con imparcialidad el estándar de duda razonable -segundo agravio que habré de desarrollar seguidamente- e impedido cualquier estrategia procesal para obtener un veredicto de no culpabilidad a favor de su asistido. Tampoco procede anular dicho veredicto popular bajo el supuesto y/o argumento de motivarse en la admisión arbitraria de prueba de cargo por parte del juez del juicio.

X. Por su parte, en lo que se refiere al agravio direccionado a que el veredicto del jurado no superó el estándar probatorio de duda razonable y sostener que el *quantum* de los hechos se encuentra alejado de lo requerido para condenar, anticipo que habré de propiciar el rechazo del mismo. Así las cosas, lo cierto es que en nuestra labor revisora del veredicto bajo el referido andarivel mediante la compulsas de la video filmación del debate me conduce a desestimar dicha queja por cuanto concluyo en que tal decisorio no resulta arbitrario a la luz del referido estándar de duda razonable. Como ya he señalado en otro precedente, la sentencia integradora de segundo grado que debe dictar esta Sala del Tribunal de Impugnación Provincial se construye de la misma manera que en los recursos interpuestos en los juicios realizados con jueces profesionales. En tal inteligencia, destaco la obra de Andrés Harfuch (*El juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires*", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, págs. 89-91) en cuanto sostiene que el recurso en el juicio por jurados no difiere en nada con el recurso en

el juicio común, y que la diferencia se encuentra en la metodología de litigación y en su interposición. Afirma, que *"para el jurista anglosajón, el veredicto del jurado carece de la más mínima importancia cuando se interpone un recurso contra la condena. ¿Cómo podría impugnarse el contenido de un veredicto del jurado, que debe permanecer necesariamente inmotivado por razones cruciales para la preservación del sistema?. Lo que se impugna nunca es el veredicto. Jamás. Y este es uno de los principales errores culturales que, por traslación mecánica de la práctica de recurrir sentencias escritas de jueces profesionales, debemos despejar. El veredicto de culpabilidad del jurado es simplemente un juicio subjetivo de convicción que es consecuencia de dos "antecedentes necesarios", como diría Julio Maier: las instrucciones del juez y el estándar de duda razonable. Se trata de dos estándares previos, objetivos y perfectamente controlables por las partes durante todo el juicio, y especialmente, por la defensa en el recurso de casación. Ambos, en conjunto, permiten recurrir con la máxima amplitud los hechos y el derecho. Lo que se recurre en un juicio por jurados, nuevamente, no es el veredicto: lo que se cuestiona directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de la duda razonable (la cantidad y calidad de prueba producida en el debate)"* (HARFUCH, Andrés, op. cit. pág. 308/9). En tal labor revisora a la luz de los precedentes "Herrera Ulloa" de la CIDH y "Casal" de la CSJN, así como con los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP, se ha desarrollado la más amplia revisión de los hechos y del derecho con

base en las instrucciones y el resultado del veredicto, amén del derecho y la pena aplicados luego por el juez profesional.

Como primera cuestión, debo destacar que ello no significa la realización de un nuevo juicio sino la revisión de determinadas circunstancias que permitan ratificar o descartar que el jurado ha realizado su trabajo bajo condiciones razonables, y ponderar si conforme lo requerido por el recurrente el veredicto dictado no puede ser sostenido por la evidencia rendida en juicio. En tal sentido, esta posibilidad recursiva constituye una derivación del principio constitucional de duda razonable al cual esta obligatoriamente sujeto el juicio por jurados y enfatiza la total vinculación del juicio por jurados con la revisión amplia de los hechos en supuestos de sentencia condenatoria.

Que en esta compleja labor de ponderar a la luz de la video filmación de las audiencias de juicio si el veredicto cuestionado resulta contrario o no a la prueba rendida, entiendo conducente por razones metodológicas principiar por referir, que no será objeto de tratamiento ni valoración el testimonio cuestionado por la defensa y que constituye el eje central del primer agravio.

Ahora bien, resulta conducente para desarrollar la citada labor revisora ponderar los testimonios prestados en las jornadas de audiencias celebradas y confrontarlos con lo alegado por la defensa en su argumentación. Sin embargo, contrariamente a lo argüido por el impugnante, la

evidencia producida en las jornadas de juicio dista de demostrar un supuesto de veredicto irrazonable.

En dicha labor, advierto que la testigo Patricia Salgado -suegra de la víctima- escucha los tiros próximos a su vivienda y al salir de la misma, ve tirada en el piso a la víctima y que esta sindicaba como autor de la agresión al "Gordo Seba" (Disco Nro. 1, minuto 40). En igual sentido, se expide el testigo Jairo Álvarez -suegro de la víctima y esposo de la testigo antes referenciada- quien afirma que escucho las detonaciones (Disco Nro. 1, minuto 1.01), y al salir ve a Gustavo y a la motocicleta tirados, y éste ultimo al arribar la autoridad policial le indica que el autor de los disparos fue el "Gordo Seba" (Disco Nro. 1, minuto 1.05). Por su parte, la ciudadana Teresa Rodríguez en calidad de vecina del lugar sostiene que escuchó los "tiros" y al salir ve a "Willy" pidiendo auxilio. Agrega que su marido se acercó y que este había visto el automotor alejándose del lugar, y escucho cuando la víctima acusaba al "Gordo Seba" o "gordo Cesar" (Disco Nro. 1, minuto 1.29). Concluye que su marido vio al vehículo Gol y la patente del mismo (Disco Nro. 1, minuto 1.30).

Del restante video, se advierte que el cuestionado testigo Felipe Melo indica que luego de escuchar los disparos, observa correr a una persona robusta, gorda con dificultades y quien se sube del lado de acompañante al auto en que sale del lugar mientras la víctima murmuraba que le dolía mucho (Disco Nro. 2, minuto 15.27). Seguidamente, escucha cuando la

víctima le afirma a Patricia Salgado que fue el "gordo Seba" aunque en un primer momento escucho algo como "Esteban" (Disco Nro. 2, minuto 16.08). En una de los pasajes mas relevantes de su testimonio, sostiene que cuando se le "viene" el auto y pasa muy cerca de él, mira detenidamente la patente del mismo y observa el numero 250 (Disco Nro. 2, minuto 17.50), para seguidamente describir tal rodado como un Gol gris claro (Disco Nro. 2, minuto 18.23), todo lo que luego le indicó a la autoridad policial que concurriera al lugar. El último testimonio rendido en lo que se refiere al grupo de vecinos que se encontraban en el lugar al momento de la agresión, corresponde a Noelia Martínez quien luego de escuchar los disparos observó un auto Gol gris con vidrios polarizados que aceleró y pasó (Disco Nro. 2, minuto 53.30), y que luego presencié cuando Patricia Salgado indicó a los funcionarios policiales que concurrieron en el móvil que la víctima había indicado al "gordo Seba" como el autor de los disparos (Disco Nro. 2, minuto 55.45).

Por su parte, y ratificando lo que los vecinos indican, el agente policial Denis Coña sostiene que al arribar al lugar entrevista a la víctima, y éste les manifiesta que el autor fue el "gordo Seba" (Disco Nro. 2, hora 01.04). A su vez, el funcionario policial Guillermo Soto afirma que al llegar vio a la víctima en el piso y al suegro parado al lado, y que el primero dijo que el autor fue el "gordo Seba" (Disco Nro. 3, minuto 9.50), y que luego de entrevistar a los presenciales testigos recopiló que aquellos vieron un Gol gris, por lo que procedió a brindar las

características del vehículo por radio policial (Disco Nro. 3, minuto 9.33). Toda esta información, es ratificada también por el Subcrio. Mario Soto en su calidad de Oficial de servicio de la unidad preventiva, y quien al concurrir al lugar recibe de los citados agentes policiales y de los testigos que el autor del hecho era el "gordo Seba" (Disco Nro. 3, minuto 14.50).

Por su parte, el ciudadano Juan Antonio González Quiraleo en su calidad de dueño del automotor marca Gol Dominio GWY250 sostiene que conoce al imputado de autos con anterioridad, y que la noche anterior al hecho investigado, fue desapoderado del vehículo por el imputado, un ciudadano de nombre Kevin y una persona que no puede identificar. Agrega que el acusado lo apunto con una pistola y Kevin con un cuchillo (Disco Nro. 2, hora 1.28). A su vez, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, tal testigo le pide que lo lleve desde Parque Industrial de Plottier hasta el "barrio" ya que en el interior del rodado se encontraban dos menores, y que lo amenazaron para que no haga la denuncia (Disco Nro. 2, hora 1.29). Por último, al día siguiente al concurrir a la dependencia policial a formular una denuncia se enteró que con el rodado se había cometido un homicidio (Disco Nro. 2, hora 1.32).

Por último, la existencia de la enemistad previa entre víctima y victimario se encuentra acreditada con el testimonio del policía Omar Carrasco, quien relata el hecho en el cual resultara herida con arma de fuego el aquí acusado, y que el "gordo Seba"

dijo que quien "lo puso" fue Willy Gutiérrez Toda esta información, es ratificada también por el Subcrio. Mario Soto en su calidad de Oficial de servicio de la unidad preventora, y quien al concurrir al lugar recibe de los citados agentes policiales y de los testigos que el autor del hecho era el "gordo Seba" (Disco Nro. 3, minuto 35.50), mientras que las lesiones derivadas de tal agresión fueron informadas por el Médico forense Marton.

Seguidamente, a la luz de la prueba testimonial rendida y que fuera valorada por el suscripto de modo integral y conforme las reglas de la sana crítica racional, habré de propiciar que se rechace la impugnación ordinaria deducida en punto al alegado vicio de veredicto nulo por apartarse manifiestamente de la prueba rendida en juicio, y concluir como correctos los hechos determinados por el jurado y que declaran autor al acusado. Ello así, toda vez que considero que el cuadro probatorio reseñado luego de observar los videos de las jornadas de audiencia, permite arribar a la certeza requerida sobre la autoría del acusado sin que resulte viable de aplicación del beneficio de duda razonable esgrimido por la defensa. En tal sentido, el veredicto superó el estándar probatorio de duda razonable y se condice con la prueba *ut supra* valorada -aun prescindiendo incluso del cuestionado testimonio del Crio. Varela quien además de la confesión del acusado indicó al jurado que en oportunidad de ser perseguido en Bajada del Agrio el acusado corría con dificultad-, por lo que el veredicto de culpabilidad del jurado se sustenta en la prueba

rendida en juicio y en los principios lógicos fundamentales (no contradicción, identidad, tercero excluido y razón suficiente).

De esta manera, considero que a partir de la tarea revisora de este tribunal se cumple con la imposición constitucional de fundar debidamente la sentencia de impugnación, por cuanto no se advierten los vicios invocados por el Dr. Palmieri en su cuestionamiento de veredicto contrario a duda razonable. Asimismo, y recurriendo a sistemas comparados para decidir el presente recurso contra el veredicto de culpabilidad, debo reseñar que las cortes de apelaciones suelen recurrir al test de "jurado razonable" y que consiste en responder si con la información aportada por las partes y jurado razonable actuando conforme a derecho hubiera rendido el mismo veredicto. Y tal labor la he realizado bajo una modalidad de test objetivo-subjetivo que requiere revisar de modo integral toda la evidencia producida en debate, para luego de ello, concluir sobre si el veredicto superó o no el citado estándar de duda razonable. Habida cuenta de ello, resulta razonable y conforme a la prueba rendida el veredicto que declara culpable al recurrente por el hecho cometido el día 30 de noviembre del año 2013 cuando junto a otras dos personas, se constituyó a bordo del vehículo Volkswagen Gol dominio GWY-250 en la manzana H lote 6, calle 8 del barrio Alma Fuerte I de la ciudad de Neuquén, descendió y con una pistola calibre 9 mm efectuó al menos 6 disparos contra Gustavo Gabriel Gutiérrez, los cuales le impactaron en la pelvis, región glútea derecha, dedo

índice derecho, antebrazo derecho y hombro izquierdo, ocasionando su deceso una vez trasladado al Hospital regional Castro Rendón por shock hipovolémico.

Así, entiendo cumplida la tarea de revisión de los hechos probados por el jurado y la existencia de prueba para condenar al acusado, compatible con los lineamientos de los fallos "Herrera Ulloa" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y "Casal" de nuestra Corte Suprema Nacional, así como con los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP.

Finalmente, en esta labor de garantizar el invocado derecho al recurso que le asiste a toda persona imputada de un delito y que, el Código Procesal Penal vigente en la Provincia del Neuquén atribuye al Tribunal de Impugnación Provincial (conf. arts. 8.2 h del Pacto de San José de Costa Rica y 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), concluyo en que en el veredicto impugnado resulta razonable con la prueba rendida y no se advierte absurdidad, arbitrariedad, ni se ha omitido la valoración de circunstancias particulares que deban ser consideradas por este Tribunal por resultar un veredicto contrario a prueba o que se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.

XI. A continuación corresponde ingresar en el agravio en el que la defensa considera inconstitucional la mayoría requerida en el art. 207 del ritual para habilitar la condena de su asistido, pretendiendo que para arribar a tal veredicto solo debe aceptarse la unanimidad de los miembros del jurado, por resultar a

su entender, garantía de la máxima deliberación posible.

Sobre dicho tópico debe destacarse que el impugnante no ha mencionado en forma específica el gravamen que le ocasiona a su asistido, sin perjuicio de referirse a que se encontraban vulnerados sus derechos de raigambre constitucional, no dio razones puntuales que permitan vislumbrar claramente el perjuicio concreto que conlleva el voto condenatorio de 10 miembros del total de 12 que integraron el jurado.

Del mismo modo, la pretensión de unanimidad entiendo que no conlleva la máxima deliberación del jurado en el sentido que una decisión razonada del jurado no se obtiene a partir de una votación en forma democrática o por consenso sino por elaboración científica de la decisión final de culpabilidad.

Como contrapartida, no puede afirmarse con certeza que un veredicto mayoritario, no haya sido consecuencia de una deliberación seria y profunda de la totalidad de los miembros del jurado, en la que todos expresaron con libertad su opinión y participaron abiertamente del debate.

Vale recordar que en el caso específico, no se trató de una simple mayoría numérica, toda vez que la decisión final contó con el voto de 10 de los 12 integrantes del jurado.

Habida cuenta de ello, y aun cuando el impugnante solo arguyó en forma genérica, que se quebrantaban garantías constitucionales, en realidad, obvió cumplir con la carga de comprobar fehacientemente su existencia

y demostrar que la aplicación de las normas locales comprendidas en juicio por jurados vulneraban disposiciones constitucionales. Por lo demás, se ha sostenido que *"...Si se argumenta una situación de inconstitucionalidad, debe requerirse un mínimo de demostración de la inconstitucionalidad alegada, y su atinencia al caso..."* (SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Recurso extraordinario", tomo 2, 4° edición, Astrea, Bs. As., 2002, pág. 321; con cita de Fallos: 239:468; 278:62; 305:50 y 306:136).

En función de lo expuesto, y no habiéndose demostrado mínimamente los perjuicios que la mayoría establecida en la normativa procesal local acarrearán a su asistido, no permite vislumbrar el vicio de constitucionalidad esgrimido por la defensa, por lo que habré de proponer el rechazo del referido agravio.

XII. En relación con el último de los agravios, relativo a la calificación legal agravada por la que se condenó al imputado, considero que resulta procedente la impugnación por las siguientes razones.

El agravio de la defensa particular, tal como ya se sostuvo en la introducción, consistió en que durante el juicio de cesura el juez rechazó la posibilidad de introducirse en la discusión relativa al agravante de la figura de homicidio por el concurso premeditado de dos o más personas, por lo que solicitó de modo subsidiario que se anule parcialmente la condena dictada, y se considere que la responsabilidad del imputado debe adecuarse a lo dispuesto por los arts. 79 y 41 bis del CP, disponiendo el reenvío del

caso para que otro juez técnico determine la pena que corresponda imponer a su asistido.

Estimo que si bien -como sostiene el a quo -es cierto que al Juez técnico, en el juicio de cesura, le está vedado imponer al hecho una calificación jurídica distinta a la que fuera objeto de las instrucciones sobre la que se expidió el Jurado Popular, deben efectuarse algunas consideraciones. Tal lo he sostenido en el caso judicial "Méndez" (Sentencia Nro. 126/14 del registro del Tribunal de Impugnación Provincial), es imprescindible recordar que el Jurado es el "Juez de los hechos", en tanto que el Juez técnico que dirige el debate es el "Juez del derecho". El problema es que el Juez técnico instruyó al Jurado en forma completamente defectuosa sobre el modo en que se configura el delito calificado (derecho aplicable).

De allí que la flagrante violación al principio de legalidad, por una interpretación arbitraria del tipo penal calificado que sostuvo la acusación, al no respetar el sentido de la norma, condujo al "Juez de los hechos" (Jurado Popular), a establecer que José Sebastián González cometió el homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas. Si el Jurado hubiera sido debidamente instruido sobre los hechos que constituían la forma calificada del delito, jamás se podría haber arribado a esta solución. Cualquier jurado razonable y debidamente instruido habría concluido en el veredicto del delito menor que debió ser incluido en las instrucciones.

En suma, la conducta reprochada al imputado en el juicio oral no puede ser subsumida en la

agravante del tipo penal de homicidio cometido con el concurso premeditado de dos o más personas, por cuanto el que mata de esta manera lo hace con el fin de lograr disminuir la defensa de la víctima y previo acreditar que otras las otras dos personas contribuyeron a actuar en forma concertada con el autor del homicidio para lograr la muerte de la víctima, por lo que luce de modo palmario que no se ha acreditado siquiera el elemento objetivo del tipo. En dicha y tal como sostuviera al desarrollar esta labor revisora respecto de un fallo condenatorio -pero dictado por un Tribunal de Jueces profesionales- en el caso "*QUILODRAN ANDRES LORENZO-MARIQUEO PEDRO DAMIAN-CASTRO LEONARDO NICOLAS- ALVEAR JUAN PABLO Y ARAVENA SERGIO ESTEBAN S/HOMICIDIO*", identificado bajo Legajo Nro.645/2014, estimo aplicable al presente caso la doctrina legal sentada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia en autos "*L. J. M. S/ HOMICIDIO CALIF. POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS EN GDO. TTVA. AGRAV. POR EL EMPLEO DE ARMAS DE FUEGO Y PART. DE MENORES DE EDAD*" (Nro. Expte: 151 - Año 2006),

A la luz de las instrucciones particulares impartidas en el presente legajo, tanto las partes acusadoras como el juez técnico solo propusieron al jurado determinar si tenían o no por probado, que el imputado llegó a la escena del hecho en un vehículo con otras dos personas, que él disparó a la víctima, y que se retiró del lugar en el mismo vehículo y con las mismas dos personas y sin referencia alguna a la concertación previa. Es obvio que la previa concertación -o acuerdo- del autor con las otras dos

personas es una cuestión de hecho que debe ser acreditada en el juicio de responsabilidad por el jurado, y mal pudo ser acreditada esta circunstancia cuando ni siquiera dicho acuerdo formó parte de la descripción de la acusación sostenida por el fiscal y la querrela particular y mucho menos que la mera presencia de otras dos personas en el lugar del hecho no acredite el acuerdo premeditado requerido por el tipo penal de homicidio calificado (Art. 80 inc. 6 del CP). Resulta ilustrativo indicar que las citadas instrucciones solo incluyeron para determinar el concurso premeditado de dos o más personas, tener en cuenta lo siguiente: *"1. Para cometer el hecho, llegó en un auto (VW gol GWY 250) que robaron antes junto a dos personas más? 2. Llegó al lugar junto a esas dos personas? 3. Luego se dio a la fuga en ese auto junto a las otras dos personas?"*.

Ello configura un error del juez del juicio, quien al impartir las instrucciones, debió haber explicado al Jurado popular los extremos típicos de la figura calificada, como así también los delitos menores incluidos (homicidio simple, agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del CP)).

Ahora, en principio existe un obstáculo formal para revisar la decisión, desde que la Defensa no cuestionó la forma en que fue dada la instrucción sobre el derecho sustantivo aplicable (conf. art. 238 inc. c del ritual), pero como señala Andrés Harfuch (El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires, p. 236), a pesar de no haber sido objetada la instrucción erróneamente impartida, la sentencia puede ser revisada

en la medida en que afecte derechos sustanciales del acusado. En este sentido, no se trata sólo de la errónea aplicación de la agravante como consecuencia de la indebida instrucción al Jurado, sino que además el acusado fue condenado por "hechos" que no forman parte de la plataforma fáctica de la acusación, por lo que adunado a la ausencia de acusación fiscal contra los restantes ocupantes de aquel vehículo -uno de los cuales fue incluso desinclinado mediante el dictado del auto de falta de mérito-, resulta una circunstancia por demás demostrativa de la flagrante violación al principio de "legalidad" y del principio de congruencia.

En función de todo ello corresponde nulificar parcialmente la sentencia dictada en el juicio de cesura en la que se declaró a José Sebastián González autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas, modificando la calificación jurídica, y condenándolo en definitiva por los hechos que tuvo probados el jurado, adecuando la calificación jurídica a la de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, disponiendo el reenvío para la sustanciación de un nuevo juicio de cesura al sólo efecto de que, previo debate entre las partes, se determine cuál es la pena que corresponde imponer por el hecho que fuera tenido por acreditado por el jurado popular en el juicio de autoría y responsabilidad que se sustanciara en el presente caso.

El Dr. Andrés Repetto expresó: No puedo compartir íntegramente el voto que antecede (punto XII) en razón de que en él encuentro ciertas contradicciones. Por un lado se postula que el juez de los hechos es el jurado popular y el juez del derecho el juez técnico, pero simultáneamente se afirma que al último de estos "*...le está vedado imponer al hecho una calificación jurídica distinta a la que fuera objeto de las instrucciones sobre la que se expidió el Jurado Popular...*", atribuyendo de esa manera al juez de los hechos (jurado popular) la facultad extra legal de calificar jurídicamente la conducta que corresponde reprochar a partir de los hechos probados. Ese sistema no es el que ha elegido nuestro legislador local, y por ende no es legítimo otorgarle al jurado facultades que la ley no le ha otorgado expresamente.

El agravio de la defensa, tal como ya se sostuvo, consistió en que durante el juicio de cesura el juez profesional rechazó la posibilidad de introducirse en la discusión relativa a la admisibilidad o no de la agravante de la figura de homicidio por el concurso premeditado de dos o más personas, a pesar de que ésta consideró que la decisión del jurado popular no dio por acreditado que se encuentren reunidos los elementos de la figura legal de homicidio agravado. Por ello, y previa cita de precedentes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, solicitó de modo subsidiario, que se anule parcialmente la condena dictada, y se considere que la responsabilidad del imputado debe adecuarse a lo dispuesto por los arts. 79 y 41 bis del

CP, disponiendo el reenvío del caso para que otro juez técnico determine la pena que corresponda imponer a su asistido.

Sobre este punto el a-quo en la sentencia de cesura Nro. 50/2014 sostuvo textualmente que *"...como adelantara verbalmente en oportunidad de dar el veredicto, considero que le está vedado al Juez técnico en esta etapa imponer al hecho una calificación jurídica distinta a la que fuera objeto de las instrucciones sobre la que se expidió el Jurado Popular. Así, de la interpretación armónica de los arts. 178 segunda parte, 179 y 202 del CPP, surge claro que, el modelo de juicio que adoptó el novel código de procedimiento en materia penal que rige en nuestra Provincia divide el juicio en dos partes: tratándose en la primera lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado, y en la segunda, lo relativo a la individualización de la pena..."*.

A poco de leer estas consideraciones se advierte que el juez ha cometido un error de interpretación al pretender valorar en forma conjunta dos tipos de normas procesales previstas para supuestos diferentes. Por un lado el **artículo 178** del CPP, incluido en el Título I denominado **"JUICIO CON JUECES PROFESIONALES"** (Libro IV del código procesal) dispone que el juicio con *jueces profesionales* se debe realizar en dos fases: en la primera se tratará todo lo relativo a la existencia del hecho, **su calificación jurídica y**

la responsabilidad penal del acusado, y en la segunda lo relativo a la individualización de la pena.

Luego, el artículo 202 CPP, incluido en el Título II denominado "*JUICIO POR JURADOS POPULARES*" (también del Libro IV del código procesal) determina que en los casos de *Tribunales de Jurados*, el juicio también se realizará en dos (2) etapas. En la primera se tratará lo relativo a la existencia del hecho y la responsabilidad penal del acusado, correspondiendo al jurado determinar si se han probado los hechos materia de acusación y si la persona juzgada es culpable o inocente. Cuando haya veredicto de culpabilidad se pasará a la segunda etapa, en la que, **con la exclusiva intervención de un juez profesional, se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto.**

Queda así perfectamente en claro que si bien el código procesal prevé la realización de todos los juicios penales en dos fases, distingue aquellos realizados exclusivamente por *jueces profesionales* de los que son integrados por *jurados populares*.

Para los juicios con *jueces profesionales* el CPP dispone que en la primera fase se debe determinar la responsabilidad penal del imputado y la calificación jurídica aplicable al caso, y en la segunda la pena a imponer. En cambio, para los juicios integrados por *jurados populares* en la primera fase el veredicto deberá versar exclusivamente sobre la existencia del hecho y la culpabilidad o inocencia de la persona juzgada, mientras que en la segunda fase (integrada

sólo por un juez profesional) se establecerá cuál es la calificación jurídica aplicable al caso y la pena que corresponda. Es decir que en todos los juicios es el juez profesional el que deberá determinar cuál es la calificación jurídica aplicable al caso, sin excepción. Resulta obvio afirmar que en los juicios con jurados populares la calificación jurídica determinada por el juez profesional deberá adecuarse (mediante un proceso de subsunción) a la que corresponda en función de los hechos que tuvo por probados el jurado, estándole vedado al juez modificar éstos al momento de adecuar el hecho al tipo legal aplicable.

Por si alguna duda existiera respecto del contenido del veredicto emitido por el jurado popular, el artículo 207 del CPP la despeja, al establecer que *el veredicto deberá versar, respecto de cada hecho y cada acusado, sobre las cuestiones siguientes: 1. ¿Está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación? 2. ¿Es culpable o no es culpable el acusado?...* La letra de la ley expresamente excluye del veredicto cualquier referencia o determinación de una calificación jurídica atribuible al acusado por la conducta reprochada.

No existe ninguna duda de que es el jurado el que deberá determinar si se ha probado o no el hecho atribuido; hecho que obviamente debe coincidir con alguno de los tipos penales incluidos en el código penal, ya que de lo contrario el imputado no se encontraría acusado de haber realizado una conducta descrita como delito por la ley penal. Ahora bien, una cosa es que el jurado tenga por acreditado que el imputado realizó la conducta humana que se le reprocha

en la acusación, y otra muy distinta es que sea el jurado el que deba realizar el análisis jurídico tendiente a determinar a qué tipo penal en particular corresponde subsumir esa conducta humana que se dio por acreditada.

Conforme el **artículo 202** CPP, es el juez técnico quien debe, en forma exclusiva, realizar el análisis de subsunción de la conducta atribuida en un tipo penal determinado. Es decir, es el juez profesional quien debe establecer a qué tipo penal corresponde la conducta reprochada en la acusación, y que el jurado dio por acreditada. Y para que ello suceda el juez debe escuchar a las partes durante el juicio de cesura, pudiendo éstas incluso producir pruebas para acreditar cuál es el tipo penal que corresponde aplicar a la conducta acreditada por el jurado.

En el caso de autos el juez no hizo ningún análisis jurídico de la calificación legal que correspondería aplicar al caso. Al contrario, rechazó la *propuesta de la Defensa de variar la calificación legal que fuera objeto de veredicto*, y en función de ello, declaró a *José Sebastián González como autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por su comisión con armas y por el concurso premeditado de dos o más personas*, afirmando en definitiva que no le corresponde a él determinar cuál es la calificación que corresponde aplicar al caso porque ya lo hizo el jurado al tener por acreditado que el imputado cometió el homicidio que le fuera

reprochado con el concurso premeditado de dos o más personas.

Esta sola circunstancias justifica nulificar la segunda fase del juicio, en razón de haberse violado las normas procesales (arts. 202 y 207 CPP), al haber delegado en el jurado la función de determinar la calificación jurídica que corresponde aplicar al caso, en función del análisis técnico que debe realizarse entre la conducta tenida por probada por el jurado y la norma jurídica que en función de dicha conducta corresponde aplicar.

Sin perjuicio de ello, y más allá de la evidente falencia en la que se ha incurrido al omitirse realizar en el juicio de cesura el análisis jurídico ya señalado, debemos de todos modos determinar si la calificación legal aplicada es la que correspondería a los hechos probados, a efectos de, eventualmente, no declarar la nulidad (de la cesura) por la nulidad misma.

A poco de leer la sentencia se advierte que la conducta reprochada al imputado en el juicio fue la siguiente: "El día 30 de noviembre del año 2013 José Sebastián González junto a otras dos personas, se constituyó a bordo del vehículo Volkswagen Gol dominio GWY-250 en la manzana H lote 6, calle 8 del barrio Alma Fuerte I de esta ciudad del cual descendió y con una pistola calibre 9 mm efectuó al menos 6 disparos contra Gustavo Gabriel Gutiérrez, los cuales le impactaron en la pelvis, región glútea derecha, dedo índice derecho, antebrazo derecho y hombro izquierdo, ocasionando su deceso una vez trasladado al Hospital regional Castro

Rendón por shock hipovolémico, que sirve de base para la etapa del juicio oral; el Fiscal presentó su caso manifestando que probaría el hecho descrito en la acusación e informó la prueba que pretendía producir en la audiencia. El representante legal de la Querrela adhirió a la teoría del caso presentada por el Ministerio Público Fiscal y a la prueba ofrecida para acreditarla. Esta fue la acusación, o la teoría del caso de los acusadores”.

Ahora bien, el fundamento que justifica la agravante del tipo penal de *homicidio cometido con el concurso premeditado de dos o más personas* radica en que el que mata de esta manera lo hace con el fin de lograr disminuir la defensa de la víctima¹. De allí que para que proceda la agravante deberá acreditarse, más allá de toda duda razonable, que otras dos personas contribuyeron a actuar en forma concertada con el autor del homicidio para lograr la muerte de la víctima, disminuyendo con su participación la defensa que pudiera oponer ésta.

Conforme sostiene Donna, el elemento objetivo del tipo requiere la participación de por lo menos tres personas, el que mata y dos que participan en forma concertada con el autor, pudiendo estas personas actuar en calidad de coautores como de cómplices, en tanto el acuerdo tenga por finalidad debilitar la defensa de la víctima. Es así que el elemento subjetivo exige que las personas se reúnan a los efectos de matar, lo que implica que exista una predeterminación con el fin de

¹ Donna, Edgardo A., Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 43.

realizar el homicidio y con ello aprovechar la disminución de la defensa de la víctima².

Para Fontan Balestra, la disposición contiene un elemento subjetivo: con el *concurso premeditado* de dos o más personas. No se trata, pues, de la mera concurrencia de voluntades que satisface la participación; aquí se requiere que los partícipes se hayan puesto de acuerdo previamente para matar. Tal es el significado de la expresión *concurso premeditado* de dos o más personas.

Desde el punto de vista objetivo, no es necesario que las dos o más personas *intervengan en la ejecución del hecho* como autores, bastando con que tengan esa calidad o la de partícipes³.

De la trascripción de la conducta atribuida al imputado durante el juicio no surge, de ninguna manera, que las partes acusadoras hubieran atribuido a González el hecho de haber desplegado esa conducta con la previa concertación de otras dos personas, con quienes acordó cometer el homicidio. Se limitaron a mencionar que el imputado llegó a la escena del hecho en un vehículo con otras dos personas, que él disparó a la víctima, y que se retiró del lugar en el mismo vehículo y con las mismas dos personas. Ni siquiera se describió qué conducta -concertada con González- desplegaron las otras dos personas.

Es obvio que la previa concertación -o acuerdo- del autor con las otras dos personas es una cuestión de hecho que debe ser acreditada en el juicio

² Donna, Edgardo A., ob. Cit.

³ Montan Palestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, IV Parte Especial, Ed. Abeledo Perrot, p. 124.

de responsabilidad por el jurado, y mal pudo ser acreditada esta circunstancia cuando ni siquiera dicho acuerdo formó parte de la descripción de la acusación sostenida por el fiscal y la querrela. Corresponde resaltar que la mera presencia de otras dos personas en el lugar del hecho no acredita por sí solo el acuerdo premeditado requerido por el tipo penal de homicidio calificado (Art. 80 inc. 6 del CP), y éste tampoco puede ser presumido. Es una circunstancia fáctica que debe ser acreditada por la acusación ante el jurado, y para que ello ocurra debe, en primer lugar, formar parte de la acusación, lo que aquí no ocurrió.

En conclusión, ni el fiscal ni la querrela incluyeron en sus acusaciones la circunstancia de hecho relativa a que el imputado habría realizado su conducta delictiva *con el concurso premeditado de otras dos personas*, elemento que justifica la calificación jurídica de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas.

Por otra parte, en las instrucciones que les fueron entregadas al jurado (en lo que respecta a la acreditación de la calificación de homicidio agravado), el juez incluyó una serie de preguntas con el fin de que el jurado determinara si tenía o no por acreditado *el concurso premeditado de dos o más personas*. Al respecto les indicó que... *deben además tener en cuenta lo siguiente: 1. Para cometer el hecho, llegó en un auto (VW gol GWY 250) que robaron antes junto a dos personas más? 2. Llegó al lugar junto a esas dos personas? 3. Luego se dio a la fuga en ese auto junto a las otras dos personas?.*

Surge en forma evidente que en función de estas instrucciones nunca se podría considerar como probados los elementos constitutivos del tipo penal previsto en el artículo 80 inciso 6, ya que de ellas surge una suposición de que la mera presencia de otras personas presupondría el concurso premeditado, cuando en realidad, como ya se dijo, debió haber sido acreditado ello por los acusadores, por tratarse de una cuestión de hecho. No se mencionó siquiera cuál habría sido el aporte o grado de participación que habrían tenido las otras personas, ni que hubiera existido un acuerdo previo entre los tres sujetos para causar la muerte de la víctima.

Los acusadores se limitaron a acreditar que el imputado llegó al lugar en un vehículo en el que iban dos personas más, considerando que esa sola circunstancia de por sí misma permitía tener por acreditado el tipo penal de homicidio agravado por la participación de dos o más personas. Es claro que la mera presencia de varias personas no acredita tal extremo, por lo que el haber incluido en las instrucciones al jurado las indicaciones ya señaladas provocó en éste un error de concepto jurídico al creer que la mera presencia de otras personas es suficiente para tener por acreditado el tipo penal requerido. Dicho error no hubiera tenido ninguna significación jurídica si el Juez, en la audiencia de cesura, hubiera efectuado el análisis jurídico de subsunción de los hechos probados en la calificación jurídica que correspondía aplicar al caso, la cual no es otra que la

de homicidio simple, agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del CP).

En función de todo ello corresponde nulificar la sentencia dictada en el juicio de cesura en la que se declaró a José Sebastián Gómez autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas, modificando la calificación jurídica, y condenándolo en definitiva por los hechos que tuvo probados el jurado, adecuando la calificación jurídica a la de *homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego*, disponiendo el reenvío para la sustanciación de un nuevo juicio de cesura al sólo efecto de que, previo debate entre las partes, se determine cuál es la pena que corresponde imponer por el hecho que fuera tenido por acreditado por el jurado popular en el juicio de autoría y responsabilidad que se sustanciara en el presente caso.

La Dra. Liliana Deiub manifestó: Participando de los términos y conclusión vertidos en el voto inaugural, me expido en el mismo sentido.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas procesales?.

El Dr. Federico Sommer dijo: Que hallo motivo para eximir de costas procesales en esta etapa recursiva al perdedor (art. 268 segunda parte, segundo párrafo del C.P.P.), con fundamento en que el ejercicio del derecho constitucional a una revisión amplia e integral de la sentencia de condena no debe 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 de costas al recurrente en la presente instancia (arts. 268 y 270 a "*contrario sensu*" del CPP). Mi voto.

El Dr. Andrés Repetto expresó: Por compartir los argumentos entregados por el Sr. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

La Dra. Liliana Deiub manifestó: Participando de los términos y conclusión vertidos en el voto inaugural, me expido en el mismo sentido.

Por todo ello, por unanimidad el TRIBUNAL de IMPUGNACIÓN,

RESUELVE:

I.- **DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO Estrictamente FORMAL** la impugnación ordinaria deducida por el Sr. Defensor de confianza a favor de JOSÉ SEBASTIÁN GONZÁLEZ (arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

II.- **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a la impugnación ordinaria deducida por el impugnante, y en consecuencia y firme que sea, revocar parcialmente la sentencia dictada por el Dr. Mauricio Zabala en su calidad de Juez de Garantías del Colegio de Jueces de Neuquén, en lo que respecta al calificante previsto por el inc. 6° del art. 80 del Código Penal. Consecuentemente condenar a JOSÉ SEBASTIÁN GONZÁLEZ, de demás circunstancias personales consignadas en el exordio, como autor penalmente responsable del delito de **HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO** (arts. 79 y 41 bis del CP.).-

III.- **REENVIAR EL PRESENTE LEGAJO A JUICIO DE CESURA** para debatir el monto de la pena a imponer al imputado conforme la escala penal establecida para el

delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.), conforme el trámite previsto por el art. 202 del CPP (arts. 246 y 247 CPP).-

IV.- EXIMIR DE COSTAS al impugnante (art. 268 primera parte y 270 a "*contrario sensu*" del CPP).-

V.- Remítase el original de la presente a la Oficina Judicial para su registración y posterior notificación a las partes y demás efectos.-

Reg. Sentencia n° 128/Año 2014.-