

SENTENCIA N° ciento veintiséis /2014.- En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los **dos días del mes de Diciembre de dos mil catorce**, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación conformada por los **Dres. Fernando Zvilling, Florencia Martini y Federico Sommer**, presididos por el último de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial "**MENDEZ, HECTOR DAVID S/Homicidio**", identificado como **legajo MPFNQ 10637/2014** seguido contra **Héctor David Méndez**, DNI N°17.117.734, hijo de Victoria Moyano y de Heraldo Vásquez, nacionalidad argentina, nacido en la ciudad de Neuquén, Provincia del mismo nombre, el día 13 de enero de mil novecientos sesenta y cinco, casado, de ocupación empleado policial, domiciliado en Mz. C casa 12 del Barrio Cuenca XV de la ciudad de Neuquén.

ANTECEDENTES:

A) Por sentencia N° 49 del registro del Colegio de Jueces de la Ciudad de Neuquén, dictada el día veintiocho del mes de agosto de dos mil catorce, se resolvió declarar a Héctor David Méndez penalmente responsable del hecho acaecido en fecha 22/07/2012 en el que siendo las 2:00hs. 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.

Con fecha quince de septiembre de dos mil catorce la Defensa interpone recurso de impugnación ordinaria (art. 243 del CPP), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP el día catorce de noviembre de dos mil catorce, oportunidad en que el impugnante expuso los fundamentos y las partes acusadoras contestaron los agravios.

En la audiencia mencionada intervino el Defensor de confianza del Sr. Méndez, Dr. Carlos Ronda, el Sr. Fiscal Pablo Vignaroli y los representantes de la querellante, Dres. Ivana Dal Bianco y Mariano Pedrero.

B) El Sr. Defensor expresó que al momento de elaborarse las instrucciones al jurado la defensa hizo protesta porque no se contemplaron las distintas hipótesis que podrían haberse propuesto al jurado, y entre ellas la figura básica de homicidio,

una figura atenuada o una figura que dejara afuera alguna de las agravantes.

En ese momento se cuestionó con firmeza, y se sostuvo durante todo el desarrollo del juicio, el abuso de la función policial. Entiende que las instrucciones constituyen la motivación de la sentencia y al no haberse dado al Jurado las instrucciones precisas, que contemplaran todas las hipótesis o que definieran con cierta precisión las calificantes, en lo referido no solo a la calificación sino a los elementos constitutivos del tipo, el dolo en su elemento objetivo como en el subjetivo. Afirma que el abuso funcional no está dado sólo por la condición de ser policía, porque se caería en un derecho penal de autor. El dolo requiere mucho más que eso, no solo debe revestir la condición de policía ni haber hecho uso del arma reglamentaria, sino que la figura requiere que abuse de la función encontrándose en funciones, quiera y sepa abusar de la función. El cuadro probatorio no respalda el abuso funcional. En ese sentido las instrucciones quedaron redactadas de la siguiente manera: "Se le atribuye a Méndez la comisión del delito de Homicidio, que significa dar muerte a un ser humano

con intención de causársela. La intención existe cuando el hecho se produce por una conducta dirigida voluntariamente al ejecutarlo. En tal sentido deben saber que la existencia de intención es una cuestión de hechos que debe ser determinada exclusivamente por ustedes. Pueden llegar a sus propias conclusiones sobre la existencia o ausencia de intención de causar la muerte. Corresponde al Sr. Fiscal o a la Querrela probar más allá de toda duda razonable la existencia de la intención de causar la muerte". Expresa que hasta aquí las instrucciones están explicando la figura básica de homicidio, cuando avanza la figura calificada del abuso funcional no se le explican los elementos objetivo y subjetivo constitutivos del tipo calificado, entonces quedaron redactadas de la siguiente manera: "Además se le atribuye como circunstancia calificante el hecho de ser policía y haber utilizado su arma reglamentaria para disparar contra la humanidad de Matías Casas ocasionándole la muerte, abusando de dicha función de policía". Manifiesta que se trata de una definición tautológica: "dicen que abusa porque mata abusando de su función de policía", luego pasa a la segunda calificante referida al arma de fuego. La

descripción del agravante de abuso funcional no describe en absoluto, para que el jurado comprenda que se entiende por función y qué se entiende por abuso de esa función; eso es un déficit que hace que el jurado decida de forma incorrecta. No sólo en sí mismo constituye un déficit sino que además no se le da una alternativa para que decida por la figura básica, por ejemplo. Se le da un "combo" con la figura básica y los agravantes que hace decidir al jurado por "todo o nada". Hay algunas construcciones doctrinarias que provienen del derecho anglosajón, que ha ido siendo receptada por la doctrina y en los avances, sobre todo en provincia de Buenos Aires, que señala que al momento de elaborar las instrucciones al jurado debe tener distintas hipótesis para que el jurado pueda decidir por una u otra, sobre todo en casos como estos que tienen una figura básica y agravantes. El jurado por sólo convencerse que "mató" no considera los agravantes, máxime cuando no se le explicó el contenido de las agravantes en la descripción del tipo penal. En el video Nro. 30, hora 2:08 la Sra. Jueza les indica: "pueden haber varias hipótesis, por qué varias hipótesis, porque de acuerdo a las circunstancias de

hecho demostradas o no, le va a corresponder un delito u otro". En el video Nro. 31, al comienzo, la jueza pregunta si tienen las propuestas de instrucciones al jurado, fiscalía y querrela piden un cuarto intermedio. La defensa les planteó que había traído instrucciones con diferentes opciones desde el homicidio culposo al doloso simple pasando por las calificadas. Considera que por inexperiencia nadie sabía que forma darle a las instrucciones, de modo que su postura no se impuso. En relación con la prueba, no sólo debía versar sobre la figura básica sino también sobre las agravantes; en el caso del abuso funcional debía probarse más allá de toda duda razonable que Méndez era funcionario y estaba en ejercicio de la función al momento del hecho, que actuó abusando de esa función y sabía y quería abusar de esa función. No fueron probados ni fueron propuestos al Jurado. No hubo una definición conceptual sobre qué es cargo o función, y qué es abuso. No tuvo esas herramientas para poder decidir si estaba probado o no. Manifiesta que las instrucciones también tienen que cubrir cuáles son los medios probatorios por los que se va a dar por probadas dichos extremos. Refiere la Defensa que el testigo Barrionuevo (videos Nros. 13 y

14) da cuenta que si bien Méndez era policía, había estado bebiendo en exceso durante todo el día del mismo modo Enzo Méndez (videos Nros. 24 y 25). Tanto el fiscal como la querrela fundan el calificante en el uso indebido del arma reglamentaria cuando ese solo hecho no es suficiente para configurar el abuso funcional. Cita en apoyo un fallo reciente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, que establece que el abuso funcional requiere un elemento subjetivo, al momento de dar muerte se debe tener conciencia de que se está excediendo o abusando de sus funciones. El delito se encuentra configurado en función de un elemento subjetivo especial, elemento del ánimo, en la medida en que el miembro debe matar abusando de su función y cargo; no sólo debe revestir el carácter de agente de dicha fuerza sino que tiene que haberse aprovechado de dicho cargo para perpetrar la figura típica (Expte. Nro. 44). Afirma que en el mismo sentido hay abundante doctrina al respecto. El único dato que toma la fiscalía y la querrela es el hecho que usó el arma reglamentaria, no se probó que hubiere estado en funciones, abusando de esa función, aprovechando esa función para producir el resultado.

Sobre todo porque hay una culpa disminuida, tal como refirió respecto de los testimonios de Barrionuevo y Enzo Méndez. Por último la propia versión del imputado en el video Nro. 26, hora 00:06hs en la que reconoce que estuvo bebiendo todo el día y tenía poco registro de lo que había sucedido en esa ocasión. Asimismo en los alegatos de la defensa, en los videos Nros. 28 y 29 hora 00:16:40 se señala que debería el jurado considerar las diferentes hipótesis, sabiendo ya que no habían quedado bien redactadas en las instrucciones. En el juicio de cesura siguió la defensa cuestionando las calificantes. Manifiesta que ello se ve en la construcción del fallo, la jueza señala específicamente, que "el Dr. Ronda coincide con la fiscalía en que en esta instancia procede discutir la calificación legal y la pena a imponer. Sin embargo disiente que en la explicación del derecho que se efectuara al Jurado, se le explicara el abuso funcional. Al momento de elaborar las instrucciones, la Defensa estuvo en contra de dejar en manos del Jurado, la decisión sobre en qué casos se está frente a un abuso funcional policial. Dicha disidencia no fue salvada y quedó asentada para una eventual etapa

recursiva. Entiende que se podría haber dado al Jurado distintas alternativas atenuantes como hecho doloso simple, culposo, etc. La Jurisprudencia a contrario de lo que dice la Fiscalía no es pacífica -refiere fallos correspondientes-. La norma es restrictiva por cuanto no sólo norma sobre el abuso funcional sino que se debe saber que se está abusando y se debe tener intención de hacerlo y esto no ha sido demostrado. Constituye una cuestión de prueba que no se ha probado de modo suficiente". Esto queda asentado en el mismo fallo porque fue una cuestión que durante todo el desarrollo del juicio fue refutada y no quedó probada de ningún modo. Por otro andarivel corre el segundo agravio de la defensa: el veredicto no cumple con el estándar de decidir más allá de toda duda razonable, porque de acuerdo a la prueba producida, Méndez actuó con sus facultades disminuidas, y la Defensa propició la aplicación del art. 34 inc. 1 del CP, por cuanto actuó en estado de ebriedad. Entonces las cuestiones a decidir por el jurado quedaron en: que 1) Méndez dio muerte a la víctima 2) que tenía intención de darle muerte, 3) que para hacerlo utilizó un arma de fuego, 4) que esa arma era apta para el disparo 5) que al momento

del hecho se hallaba en funciones, 6) que actuó abusando de aquellas funciones aprovechando las facilidades que ésta le daba y 7) que debía saber que actuaba en abuso de esas funciones. En relación con la defensa interpuesta por la Defensa, la exclusión de culpabilidad por el art. 34 inc. 1º CP, tanto la fiscalía como la querrela debían refutarla de modo que quedara acreditado que Méndez comprendía la criminalidad del acto y podía dirigir sus acciones. Considera que las deficiencias en la elaboración de las instrucciones más el hecho de que no fuera probado que Méndez estuviera en funciones, comprendiera la criminalidad del acto y abusara de esas funciones, hace que el fallo no supere la duda razonable y las instrucciones al jurado. El fallo deviene arbitrario porque le falta motivación y el jurado ha decidido en contra de los hechos probados en el desarrollo del juicio. Por todo ello solicita al Tribunal que revoque la sentencia o reenvíe a un nuevo juicio el presente caso.

C) A su turno el Sr. Fiscal considera admisible el recurso en tanto encuadra en el art. 238 inc. 3º del CPP.

Entiende que los agravios son dos: el primero relacionado con las instrucciones al jurado y el segundo, que entiende que el veredicto viola el principio constitucional de la duda. Sostiene que la defensa entiende que las instrucciones no fueron claras, precisas en relación a los elementos del dolo, que hay una fundamentación tautológica, porque dice que no se describe qué es función y qué es abuso de la función. Por otra parte que no se le ha dado al Jurado otras alternativas. Considera la Fiscalía que en todo litigio existen dos hipótesis, la de las acusadoras consiste en que Méndez mató a Casas en su doble condición de policía abusando de su función y utilizando un arma de fuego. Por otra parte, la teoría del caso de la defensa era que Casas no comprendía lo que hacía y era aplicable el art. 34 del Código Penal. Esas eran las dos hipótesis. Por qué tenemos que ponerle otras, se pregunta. Y entonces claramente, cuando se elaboran las instrucciones al jurado se le dice que tiene que decidir sobre una hipótesis que tiene que ver con las que presentaron las partes. Esto se vio plasmado: se le dice al Jurado, para encontrar al acusado culpable por el delito imputado, la fiscalía

y la querrela deben probar mas allá de toda duda razonable los siguientes elementos que tienen que ver con las preguntas (que incluyen todos los elementos del tipo). Afirma que el Jurado es el juez de los hechos, no es el juez del derecho. No se puede pedirle al jurado definiciones técnicas. Analizando las preguntas que se le formularon al Jurado, en la primera y segunda están los elementos del dolo. Luego si era policía; si efectuó el disparo con el arma reglamentaria, si hizo un uso indebido del arma reglamentaria y la última pregunta que despeja toda duda -que quiso introducir el defensor- si sabía y quería Méndez usar indebidamente el arma reglamentaria. Se introducen elementos de la hipótesis de la Defensa cuando se dice 'si sabia y quería' y si efectuó el disparo intencionalmente'. Expresa que si el jurado hubiera entendido que encontraba respuestas positivas pero por el estado de ebriedad no comprendía lo que hacía, hubiese declarado a Méndez no culpable. Se le hicieron estas preguntas porque las partes acusadoras entienden que, más allá de que al momento de cometer el hecho Méndez se encontraba de licencia, no pierde su condición policial. Refiere las circunstancias del hecho: el hijo de Méndez se

había encontrado con Matías Casas, existe un entredicho que no mereció mayores inconvenientes. Siguió con sus amigos y cuando regresó le contó lo que le pasó al padre, que se encontraba munido de su arma reglamentaria. 'Ahí está el abuso funcional' porque un policía por más que este de licencia nunca deja de ser policía, y tenía un arma reglamentaria que el Estado le provee. El policía no es un ciudadano común, porque tiene la obligación de portar un arma de fuego. No puede ir a zanjar un pleito -como el que se había presentado-. No se justifica "un policía, cuando un hijo va y le dice 'me pasó esto' la primer decisión que tome es agarrar la pistola, ir a buscar la personas que tuvo problema con el hijo y, cuando se estaba yendo, pegarle dos tiros", por eso entiende que está el abuso funcional. Un policía no deja nunca de ser policía y tiene la obligación de portar su arma reglamentaria. Un policía abusa de funciones cuando usa su arma para resolver un problema particular, nimio, matando a Matías Casas. Esto está plasmado en las instrucciones. Respecto a que no comprendía lo que hacía sólo aportó dos testigos (el hijo de Méndez y el amigo, Barrionuevo), y la propia declaración de su asistido,

vínculos que el jurado evaluó en virtud de instrucciones generales. También considera que se debe tener en cuenta que es uno de los pocos juicios por jurado que concluye en un veredicto por unanimidad, entonces hubo instrucciones claras y precisas. Respecto a que el veredicto no respeta el principio de la duda porque cometió el hecho con sus facultades disminuidas y las acusadoras no probaron que haya sido así, entiende que la Defensa tiene que arrimar elementos que avalen su teoría del caso, sobre todo cuando la prueba de la parte acusadora fue suficiente para demostrar que lo que dijo Méndez no era cierto. No existió ningún elemento técnico que avale dicha situación. Por ello entiende que el Tribunal de Impugnación debe rechazar los agravios y confirmar la sentencia.

D) A su turno el Dr. Pedrero, se refiere al primer agravio y entiende que la defensa introdujo planteos y elementos que no acontecieron en el desarrollo del juicio. Sostiene que no se puede obviar que el veredicto popular fue unánime y en ningún momento la Defensa cuestionó la integración o planteó la inconstitucionalidad. Agrega que no parecieron estar confundidos los miembros del Jurado porque ninguno de

ellos dudó. Afirma que la Querrela junto a la Fiscalía sostuvieron que esa madrugada el ex policía salió literalmente a cazarlo, ex profeso, con intención, con voluntad, agarró su arma reglamentaria, lo encontró, lo increpó, le disparó cuatro tiros cuando intentaba huir. Matías Casas logra subirse a la moto y continuar su huida, y cae a las pocas cuadras debido a la pérdida de sangre, pero Méndez no se detiene ahí, se vuelve a encontrar con su hijo y con su amigo y lo continúa buscando. Se baja de la camioneta, se acerca a calle Novella y le pegó patadas en el piso'. Que esta es la hipótesis que plantearon, la calificaron con un homicidio doblemente agravado por uso del arma de fuego y abuso de la función policial y, así lo sostuvieron al momento de plantear las instrucciones. Expresa que la defensa intenta decir que no están redactadas en las instrucciones al jurado otras hipótesis del caso, pero nunca fueron planteadas. 'Pasen todos los videos que hagan falta'. Si se escucha el alegato de presentación del caso y el alegato final, claramente se sostuvo que se dicte un veredicto de no culpabilidad; sí mencionó un estado de ebriedad pero en ningún momento le planteó al jurado la posibilidad de encuadrar los hechos en

otra calificación legal, no planteó la subsunción de los hechos a otro tipo. Cuando uno lee las instrucciones -coherente con esa posición- en ningún momento surge una oposición o una reserva en la forma en que fueron redactadas las instrucciones, que se hizo de común acuerdo en la audiencia privada. El art. 205 del CPP claramente dice que cuando una parte se opone a la redacción de una oración o lo que fuese de las instrucciones debe dejarlo de manifiesto y el Dr. Ronda sólo hizo alusión a una de las preguntas que leyó el Dr. Vignaroli, en todo lo demás estuvo de acuerdo. Por eso le sorprende el planteo que se hace después del momento procesal que debió hacerse. Podría haber planteado otra calificación, que se consideren los atenuantes, distintas circunstancias que no fueron planteadas en el alegato, y consecuentemente no figuran en las instrucciones. El Dr. Ronda plantea que se lo dejó al jurado entre una decisión de 'todo o nada', el calificado o la nada. Quien dejó planteadas las cosas así fue la defensa. Recién al momento del juicio de cesura, introduce todo este planteo que nos está repitiendo. Consideran que no corresponde, significaría dar un golpe a la decisión del jurado, 'como no nos

gusta la decisión del jurado, repensamos cómo debían darse las instrucciones; se podía disentir, discutir, al momento de la redacción de las instrucciones y esto no aconteció. La defensa estuvo de acuerdo en el 99 % de las instrucciones. 'Salvo que el Tribunal se arrogue la facultad de desconocer este veredicto unánime, no hay forma de volver atrás'. Las instrucciones fueron claras; no figuran las hipótesis porque no fueron planteadas. Cuando uno recorre las instrucciones y se encuentra con las preguntas que se le hizo al jurado, claramente están descriptos todos los elementos del tipo del agravante tanto en su faz objetiva como subjetiva. Entendemos que hubo abuso de función policial porque utilizó el arma reglamentaria, 'salió a cazar literalmente a Matías Casas', tenía intención, tenía voluntad. No hay duda que el estado policial es permanente, tal como lo señalaron los testigos Calfuqueo (en el debate) y Silva (en la cesura). El Estado les pone en manos a cada policía el arma reglamentaria y ese arma fue utilizada para fines no permitidos, como lo es matar a una persona.

La Dra. Del Bianco se refiere al segundo agravio, y considera que el veredicto de

culpabilidad se pronuncia en relación a las circunstancias del hecho y con el delito. Sostiene que no hubo planteo de veredicto alternativo, el defensor le pidió al jurado que considere el veredicto de no culpabilidad. La circunstancia del art. 34 inc.1º no fue planteada por el Dr. Ronda. Otra pregunta que debe hacerse es cuándo los jueces técnicos pueden revisar un veredicto de culpabilidad: sólo cuando la prueba rendida en el debate, demuestre inequívocamente el fracaso de la acusación; esto lo tiene que demostrar el Dr. Ronda, analizando la prueba, y no lo hizo. Es la razonabilidad del veredicto lo que se puede revisar a través de la calidad y cantidad de la prueba. La prueba es abrumadora, irrefutable y esto fue lo que el jurado popular evidenció y por eso fallo por unanimidad la culpabilidad de Méndez. El Dr. Ronda no logra demostrar que el veredicto del jurado es arbitrario o irrazonable. No ha logrado demostrar que el veredicto no se sustenta en las pruebas llevadas adelante en el juicio. No es suficiente que al Dr. Ronda no le agrade el veredicto. Fueron explicadas las garantías constitucionales, principio de inocencia y el principio de la duda, y que si tenían dudas debían declarar la no

culpabilidad. La prueba que el Dr. Ronda quiere que sustente el alegado veredicto como irrazonable son los testimonios del hijo (que se sentirá culpable porque su padre está preso porque él le comentó el problema con Matías Casas) y del amigo (que luego de la cacería - como dijo el Dr. Pedrero- lo llevó después y estaba presente cuando lo pateó en el piso). La única solución posible es que se confirme la sentencia, que se respete el veredicto razonable y unánime de doce ciudadanos. Entiende que este caso tiene que ver con una política de represión que el año 2012 y en menos de seis meses se cobró la vida de Matías Casas y de Brian Hernández, la misma semana en que la institución policial se manifestaba -por sus propias internas-, fue trasladado Poblete a Zapala, esa semana el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén dicta el fallo en el caso Brian Hernández mediante un Tribunal Ad-Hoc integrado incluso por el defensor del Tribunal Superior de Justicia, Ricardo Cancela, que no casualmente fue abogado de Sobisch. Todo tiene que ver con políticas que tienden a garantizar la impunidad a la Policía. Por lo que solicita se rechace en su totalidad los agravios del

Dr. Ronda, que se confirme la sentencia y se ratifique el veredicto popular en su totalidad.

E) Dada la última palabra al impugnante, reitera que en los alegatos quedaron esbozados las alternativas, desde la exclusión de la culpabilidad a una figura que no contemplaba el abuso funcional y no quedaron reflejados en las instrucciones.

Preguntado por el Dr. Sommer la Defensa si los planteos no recibidos por la Sra. Jueza quedaron asentados y si realizó algún tipo de objeción o reserva contestó: La reserva quedó formulada y lo hace saber la jueza previo a leer las instrucciones. La objeción se introdujo en la audiencia particular. Surgiría en el video de las instrucciones pero en el mismo fallo quedo asentado.

Preguntado por el Dr. Zvilling si la instrucción sobre inimputabilidad fue planteado y si objetó, contesta que fue planteado no se hizo lugar pero no se objetó.

Preguntada la Fiscalía por la Dra. Martini, si en las preguntas particulares cuando se habla de uso indebido del arma reglamentaria se lo

asimila a abuso funcional, si hubo no hubo una pregunta particular sobre abuso funcional: "exactamente". ¿no hubo una pregunta con una interpretación distinta a la teoría de las acusadoras? contestó que no. Que entendieron que no le corresponde al jurado hacer una deducción técnica respecto de la cuestión por eso se puso la palabra 'indebida'.

Practicado sorteo para establecer el orden de votación resultó que en primer término debe expedirse la **Dra. Florencia Martini**, luego el **Dr. Fernando Javier Zvilling** y, finalmente, el **Dr. Federico Sommer**.

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

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?.

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

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

objetivo, corresponde su tratamiento (arts. 233, 236 y 238 inc. 3° del CPP).

El **Dr. Fernando Javier Zvilling**, expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Federico Sommer**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

La **Dra. Florencia Martini** dijo:

La Defensa se agravia por los siguientes motivos: 1) habersele omitido en las instrucciones las distintas hipótesis como alternativas a la teoría del caso sostenida por la Fiscalía y la Querrela, 2) no haberse dado en las instrucciones las explicaciones del derecho en lo que hace al abuso funcional (función policial y abuso de dicha función), pilar sobre el cual se asentó la teoría del caso de la Defensa y 3) por considerar que el Jurado no superó el estándar de la duda razonable en lo que respecta a otro planteo de la defensa durante el juicio, cual fue la

aplicación del art. 34 inc. 1º del Código Penal como consecuencia del consumo de alcohol previo al suceso.

Habré de ingresar al análisis conjunto de las dos primeras cuestiones en tanto considero que se refieren a las instrucciones dadas al Jurado y se encaminan a la misma solución: si el jurado -a partir de las instrucciones recibidas- tuvo la posibilidad de dar su veredicto de culpabilidad por la figura del homicidio simple (sin el calificante del inciso 9º del art. 80 del CP.). Para ello habré de hacer una aclaración previa: resultan objetivamente impugnables aquellas instrucciones rechazadas por el juez técnico y "objetadas" en la audiencia privada de instrucciones prevista por el art. 205 del CPP.

Si bien la Defensa en la ampliación de fundamentos comienza afirmando que hizo protesta por ambas cuestiones, luego se rectifica al sostener que sólo quedó objetada la instrucción referida a la pregunta numero cinco (abuso funcional) tal como lo afirmaron las acusadoras durante la audiencia y como consta en la sentencia.

Con lo cual en principio, debería tratarse sólo el rechazo de la propuesta de instrucción

referente al abuso funcional descartando ingresar al análisis de las diferentes alternativas que si bien fueron rechazadas (y no objetado su rechazo) no constan en la sentencia ni en otro registro escrito o fílmico.

Sin embargo, entiendo que existiendo una norma en el código procesal penal que faculta a los jueces profesionales a dar al hecho una calificación jurídica distinta de la acusación siempre que sea en beneficio del imputado (art. 196 del CPP), no puede vedarse al Jurado Popular la explicación de los delitos menores previstos para el caso concreto (aún cuando la defensa no lo proponga como instrucción) sin el riesgo de colocar a los imputados juzgados por el Jurado Popular en una situación más gravosa que los juzgados por jueces técnicos.

En el presente, si correspondiese hacer lugar al agravio de la defensa sobre la instrucción del abuso funcional policial (descartando en consecuencia la aplicación de la figura calificada), este Tribunal no podría omitir la figura base del homicidio, aunque no hubiese sido planteada en las preguntas dadas al Jurado en las instrucciones. Lo contrario implicaría ir en contra de la prueba

irrefutable producida ante el Jurado Popular sobre la circunstancia fáctica que Héctor David Méndez dolosamente dio muerte a Matías Casas. Es por ello que considero deben tratarse ambas cuestiones.

En este sentido se pronuncia Andrés Harfuch (El juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, págs. 89-91): "Los jurados, que son tan jueces como el juez profesional, pueden aplicar calificaciones menores a los hechos imputados por la acusación en beneficio del acusado (...) solo que deberá ser informado obligatoriamente por el juez sobre la ley potencialmente aplicable, que es lo que se llaman los delitos menores incluidos. Esto, y no otra cosas es el *iura novit curia* ("el tribunal conoce el derecho") ... ese jurado popular, que es un juez accidental, también goza de las mismas atribuciones del *iura novit curia* del juez profesional y puede declarar culpable al acusado de un delito menor incluido en el delito principal imputado por la acusación (...) el tema es que el jurado quizás no es consciente de ese poder, dado su carácter lego y accidental (...) según toda la doctrina legal de las cortes supremas del *common law*, hay

quiebra de garantías constitucionales cuando se priva al jurado de tales alternativas (...) también puede vérselo como una norma de equilibrio político, que libera al sistema judicial de las tensiones a las que se ve sometidas por las posturas extremas de los abogados (v.gr., o prisión perpetua o absolución)".

Del mismo modo se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Puerto Rico: "Cuando, por cualquier motivo, se priva al jurado de propuestas alternativas para una correcta determinación de los hechos según las pruebas y su sentido de justicia, ello constituye una usurpación de sus funciones constitucionales en favor del Estado (juez permanente)" ("Pueblo vs. Bonilla Ortiz", 89 JTS 30 Puerto Rico).

"Podría parecer que, en un escenario totalmente adversarial, si no hay pedido de parte expreso, el juez de oficio no podría instruir al jurado sobre los delitos menores incluidos. Craso error. La vigencia del *iura notiv curia* y la jurisprudencia de todo el *common law* es uniforme al señalar que los jueces no solo tienen amplias facultades para hacerlo, sino que están obligados por ley a instruir como corresponde al jurado (...) el juez debe velar por la

preservación del derecho constitucional al juicio por jurados y porque sea el jurado el que determine correctamente los hechos del caso con la máxima información posible para que luego no sea revocado el caso tras el recurso" (Harfuch, ob. cit. pág. 93/94).

"El jurado actúa como el juzgador de los hechos. Ello significa que es el jurado el que determina no solo si el imputado es culpable o inocente, sino también el delito o grado del mismo por el cual este debe responder. Para que un jurado pueda desempeñar y llevar a cabo tan delicada función, los miembros del mismo deben ser instruidos adecuadamente sobre el derecho aplicable por el magistrado que preside el proceso" (Pueblo vs. Bonilla Ortiz, 89 JTS 30, Puerto Rico).

Dicho esto, habré de ingresar al análisis de estos dos primeros agravios y a la respuesta que los acusadores dieron en la audiencia.

La fiscalía sostiene que el Jurado Popular tiene que decidir sobre las hipótesis que presentaron las partes y que la defensa en ningún momento planteó hipótesis alternativas. Lo cierto es que las alternativas que debieron explicarse al jurado

en las instrucciones hacen a la facultad del jurado de conocer el derecho aplicable y a la posibilidad de optar por un delito menor contenido en la acusación como lo es el homicidio simple, con absoluta independencia de la hipótesis de la defensa, tal como lo expliqué precedentemente.

Por otra parte, la hipótesis de la defensa sostenida al presentar su teoría del caso y en el alegato final responde a la estrategia que asume en el juicio y no puede verse condicionada al conocimiento necesario del Jurado Popular de las distintas opciones o alternativas de derecho aplicables al caso.

En relación a la explicación del abuso funcional que fue rechazada como instrucción y debidamente "objetado" por la Defensa, la Fiscalía afirma que no se puede pedir al jurado definiciones técnicas y que por ello se consideró que el uso "indebido" del arma reglamentaria constituía el abuso funcional (tal como lo explica al contestar la pregunta que le formulara al finalizar las alegaciones). No obstante lo cual, la norma prevista por el inc. 9° del art. 80° no contiene como elemento típico "el uso indebido del arma reglamentaria", y tal como emerge de

las instrucciones, el Jurado pudo haber entendido que ése era el elemento nuclear a considerar para tener por probado el calificante, por la manera (poco clara) en que se explica en las instrucciones particulares y el modo en que se formulan las preguntas (asimilando el abuso funcional al uso indebido del arma reglamentaria).

En relación a este extremo las instrucciones dicen: *"Además se atribuye a Méndez como circunstancia calificante de dicha muerte, el hecho de ser policía al momento del hecho y haber utilizado su arma de fuego reglamentaria para disparar contra la humanidad de Matías Casas ocasionándole la muerte, abusando de dicha función de policía"*.

La instrucción contiene diversas proposiciones que enlazan el 'ser policía' con el 'uso del arma reglamentaria' (para dar muerte) como abuso de dicha función, sin explicar la función policial regulada por la ley 715 de Personal Policial y por la ley orgánica policial (2081) ni aún las implicancias del uso de licencia -que exime las obligaciones del servicio- conforme lo previsto por el art. 95 de la ley 715 ya citada.

No existen instrucciones precisas sobre las obligaciones que subsistirían *excepcionalmente* en uso de licencia: "Defender contra las vías de hecho, la vida, la libertad y la propiedad" (ley 715, art. 30 inciso a) y "Adoptar en cualquier momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su comisión" (ley 715 art. 30 inciso b). Como así "Actuar con imparcialidad" (art. 18, inciso b de la ley 2081).

Al retacear información al Jurado, este se vio privado de elementos indispensables para decidir el caso adecuadamente. La información que proponía la defensa y le fue rechazada, no sólo aportaba elementos medulares para la resolución del caso sino que constituía la explicación necesaria de la teoría del caso de la Defensa (en el sentido de excluir el calificante) sobre la cual ésta había producido prueba que la justificaba.

Luego, cuando analizamos las preguntas que se le formularon al Jurado, se confirma la información parcializada que se le entregó al Jurado en las instrucciones, puesto que ni siquiera se

pregunta si Méndez se hallaba en ejercicio de la función policial. Y se asimila el "abuso funcional" al *uso indebido (a sabiendas y queriendo) del arma reglamentaria*, cuando esta última circunstancia -como lo anticipé- no constituye un elemento del tipo calificado, sino una circunstancia fáctica del caso que puede o no subsumirse en el tipo (de acuerdo a que se haya demostrado previamente que el policía se hallaba en "funciones" conforme a los parámetros establecidos por las normas que regulan el servicio policial).

La norma es restrictiva en tanto exige, como elemento subjetivo del tipo, que el sujeto activo cometa el homicidio "abusando de su función o cargo", lo cual importa el *aprovechamiento de las atribuciones que legalmente posee para el ejercicio de las tareas que su empleo o puesto jerárquico le imponen para el resguardo de las personas y de sus bienes*. ("Homicidio agravado por la condición especial del autor", Gisela A. Icardi y Gabriel M. Vitale, http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpcart_80_inc.9_homicidio_agravado_por_la_condicion_del_autor.pdf).

No se trata de aprovechar la mera tenencia del arma reglamentaria sino que el autor debe aprovechar las atribuciones legales que la función le brinda, lo que exige lógicamente, que se encuentre en ejercicio de la función. De no existir tal aprovechamiento por parte del funcionario, *de haber ejecutado el homicidio sin utilizar las facilidades que tales atribuciones legales le brindan, ello excluye la circunstancia agravada y lo ubica en el tipo básico.*

El autor debe encontrarse inmerso en el ámbito de su competencia funcional al momento de producir la muerte del sujeto pasivo, abusando de dicha competencia funcional. Es decir, haciendo un uso indebido, excesivo o injusto de las atribuciones que le son propias en razón de la función.

Las preguntas, tal como lo reseñara el Sr. Fiscal, fueron las siguientes:

¿Murió Matías casas a causa de un disparo de arma de fuego?

¿Ese disparo lo efectuó Héctor David Méndez con la intención o propósito de matarlo?

¿Era Héctor David Méndez policía?

¿Efectuó el disparo Héctor David Méndez con el arma reglamentaria que le asignara la Policía de la Provincia del Neuquén?

¿En el lugar y en el momento del hecho, hizo Héctor David Méndez un uso indebido del arma reglamentaria provista por la policía de Neuquén?

¿Sabía y quería Héctor David Méndez usar indebidamente el arma reglamentaria?

En el video Nro. 31 la Sra. Jueza le manifiesta al Jurado: "Si bien el jurado da un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, depende de las instrucciones que se les dé. Son referidas a las cuestiones de hecho, fácticas, datos históricos, cosas objetivas. Cuando hablamos de la aplicación de la ley, es porque esas preguntas que han sido habladas y ofrecidas por las partes, vislumbran datos objetivos que forman parte de *un delito*, son las cosas de hecho que tienen que dar por probadas para inferir que *el delito* está. La imputación en concreto en contra de Héctor David Méndez es sobre *el delito de homicidio calificado por haber cometido el hecho en su función de policía, agravado por el uso de arma de fuego (...)* este es el tipo penal de la acusación y ustedes deben

responder a esas preguntas y esas preguntas están todas referidas a ese tipo penal. Las preguntas son fácticas, son de hechos, no se les va a pedir ninguna valoración jurídica (...) qué valor se le da a la prueba que escucharon y si a través de esa prueba pueden decir que las preguntas que les voy a hacer están probadas o no".

La jueza les explica a los miembros del Jurado "que las preguntas están todas referidas a ese tipo penal", con lo cual, respondiendo a dichas preguntas afirmativamente tienen por probado la tesis de las acusadoras (el homicidio calificado, art. 80 inc. 9º del Código Penal, agravado por uso de arma de fuego, art. 41 bis del mismo cuerpo legal).

Es aquí donde más nítidamente se observa el error al que son inducidos los miembros del Jurado, por falta de información jurídica tanto en las instrucciones particulares como en las preguntas que se le formulan.

"La ley es muy clara en este punto: el pedido de la defensa sobre una instrucción determinada es procedente, siempre que hayan sido objeto del debate. Esto significa que hayan sido parte -aunque sea en mínima forma- del juicio, de la

estrategia de la defensa y de la producción de la prueba correspondiente (...) el principio general es de interpretación restrictiva. Ante la duda, el juez debe instruir lo que le piden. Por más que al juez le parezca ridícula la petición del abogado defensor, si este presentó mínimamente prueba jamás podrá denegar la instrucción. Tal apreciación le corresponde únicamente al jurado" (Harfuch, ob. cit. pág. 236).

En el mismo sentido, Ernesto Chiesa Aponte ("Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos" Forum San José de Puerto Rico, 1995, volumen 2 pág. 235) sostiene: "el problema aquí es determinar qué significa que 'la prueba justifica las instrucciones'. A mi juicio, esto sólo puede significar que haya evidencia admitida que, de ser creída por el jurado, será suficiente como cuestión de derecho penal sustantivo, para que el acusado prevalezca. El juez no debe hacer aquí juicio de credibilidad alguno para no impartir la instrucción, pues estaría usurpando funciones del jurado (...)el juez sí puede denegar la instrucción al estimar que la evidencia, aun siendo creída por el jurado, es insuficiente en derecho para establecer la defensa en cuestión (...) pero si hay

evidencia conflictiva, aunque el juez no le dé crédito a la prueba de la defensa -la cual de ser creída por el jurado, sería suficiente para establecer la defensa- hay que impartir la instrucción".

En el caso, la defensa no sólo alegó sobre la función policial (o ausencia de dicha función en el hecho concreto por el uso de licencia y las características 'privadas' de la actuación de Méndez), sino que presentó prueba al respecto, con lo cual el rechazo de las instrucciones correspondientes cercenaron la decisión final del Jurado Popular, la que, de haber sido admitida, hubiese sido suficiente para establecer dicha defensa.

En las instrucciones dadas por la Sra. Jueza (video Nro. 32) la Defensa advierte que las preguntas confunden la calificante del art. 80 inc. 9 con el agravante genérico del art. 41 bis del CP. La querrela señala que las instrucciones ya están redactadas, la Jueza nada dice al respecto.

Adviértase que este no es un dato menor, no sólo porque las instrucciones se presentan equívocas en relación al calificante (uso indebido del arma reglamentaria) y al agravante (utilización del

arma reglamentaria), sino porque son determinantes de diversas alternativas que necesariamente debieron darse al Jurado (homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego y homicidio simple) para que estuviese en condiciones 'imparciales' de decidir el caso. Es decir que, entre otras explicaciones se omitió "que una misma situación fáctica -la de usar un arma de fuego- no puede ser valorada doblemente" (como calificante y agravante simultáneamente), y asimismo, "que el agravante genérico del uso de arma de fuego es aplicable cuando aumenta el peligro para el bien jurídico, en este caso la vida" (sobre esta última circunstancia alega la Defensa en el juicio de responsabilidad, si bien considera que debía ser tratado en la segunda etapa, por tratarse de un "agravante" de la pena).

Otro problema que se nos presenta es que desconocemos las razones por las cuales la Sra. Jueza rechazó la propuesta de alternativas como así la explicación del abuso funcional que proponía la defensa en las instrucciones escritas que trajo al juicio, del mismo modo que desconocemos las propuestas de instrucciones acercadas por cada una de las partes.

La Sra. Jueza, una vez finalizados los alegatos se dirige al Jurado y les dice: "Ustedes tienen que decidir sobre hechos y autoría, nada más que eso. *La calificación legal, la interpretación jurídica del tema, la eventualidad de la pena que se imponga en caso de ser culpable, todo ese tipo de cosas se hace en otra etapa.* Aquí es determinar la existencia de los hechos y la autoría o no. *Pero puede llegar a haber varias hipótesis (...) porque de acuerdo a las circunstancias de hecho que deban ser demostradas o no le va a corresponder un delito distinto o no. Todo esto lo estoy diciendo hipotéticamente porque yo no sé cuáles son las instrucciones que les van a dar. Esto les adelanto que puede llegar a ocurrir. La cosa puede ser más específica más sencilla o puede ser más compleja"* (video Nro. 30, 02:08:40), segundos más tarde en el mismo video (aunque según acta 5708/2014 del 22/05/14 consta *cuarto intermedio* desde las 11:52hs a las 14:45hs *a fin de coordinar las instrucciones*), la jueza informa al Jurado: "*Estas instrucciones se han debatido con las partes, ha habido incidencias que han quedado asentadas, las instrucciones son únicas no tienen alternativas"*.

Sin embargo no consta registro fílmico ni acta que dé cuenta de la audiencia privada de elaboración de instrucciones, ni se encuentran agregadas al legajo las propuestas de instrucciones presentadas por las partes. Sólo en la sentencia se encuentra asentada la instrucción de la defensa que fue rechazada y objetado el rechazo, previo traslado a las partes.

Ahora bien, respecto de las instrucciones la Fiscalía sostiene que no se puede pedir al jurado definiciones técnicas; asimismo en relación a las preguntas que se le efectuaron al Jurado considera que: "en la primera y segunda están los elementos del dolo. Luego si era policía; si efectuó el disparo con el arma reglamentaria, si hizo un uso indebido del arma reglamentaria y la última pregunta que despeja toda duda -que quiso introducir el defensor- si sabía y quería Méndez usar indebidamente el arma reglamentaria. Se introducen elementos de la hipótesis de la Defensa cuando se dice 'si sabía y quería' y 'si efectuó el disparo intencionalmente'".

Asiste razón al Fiscal en cuanto a que no puede pedirse al Jurado definiciones técnicas,

pero ellas deben hallarse explicadas en las instrucciones, circunstancia que no acaeció en relación a la función policial y al abuso de dicha función. En segundo lugar, de ninguna de las preguntas que detalla el fiscal emerge la función policial, por lo que el fiscal estaría dando por sentado que el solo hecho de ser policía implica la función, lo que no es correcto, porque un policía puede eximirse de las obligaciones de servicio por hallarse en uso de licencia cuando no acaecen circunstancias excepcionales que le impongan actuar (en interés público), como en el caso de Méndez.

Asiste razón a la defensa en tanto no se puede imputar un "estado" sin el riesgo de caer en un derecho penal de autor. Se imputan acciones. Llevado a la norma en examen ello implica que el mero hecho de ser policía no alcanza para tipificar la figura, sino que el sujeto activo debe "ejercer" la función policial y en ese ejercicio abusar de ella para que la conducta tipifique la figura calificada. Será necesario -en primer término- comprobar que el autor estaba en ejercicio de sus funciones.

En tal sentido se pronunció la Cámara Penal de Catamarca, el 02/08/2005 (LLNOA, 2005/2010):

"Se ha dicho que resulta improcedente aplicar la agravante prevista en el art. 80, inc. 9º del Cód. Penal, al homicidio cometido por un policía cuando se encontraba fuera de servicio, pues, tal circunstancia, pone en evidencia que no ha existido abuso del cargo exigido para la configuración de la mencionada agravante".

Se parte de la idea de que las fuerzas de seguridad son el Estado mismo en acción cuando actúan en función del monopolio de la fuerza pública, por lo que, al ser agraviado dicho monopolio, se ve toda la sociedad afectada (Icardi-Vitale, ob.cit.).

En el caso -como acreditó durante el debate la defensa- Méndez se hallaba de licencia, no obstante, aún eximido de las obligaciones del servicio, los policías conservan el deber de actuar frente a situaciones que requieran su necesaria intervención. Esta circunstancia tampoco fue probada en el caso de Méndez.

La necesidad de intervenir emerge de los fines propios de la institución policial cual es: "el mantenimiento del orden público y la paz social"

tal como lo establece el art. 1º de la ley 2081. El art. 30 inciso a) de la ley 715 (personal policial) por su parte establece la obligación de defender contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, la libertad y la propiedad (se entiende que el titular de esos bienes no es el propio agente policial). Finalmente el inciso b) de la norma citada establece la obligación de adoptar, en cualquier momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su comisión.

Ninguna de estas situaciones son las que acaecieron al momento del hecho. Se trató de un accionar motivado en intereses personales ajenos a la función policial.

Existe otra norma que viene a reforzar esta interpretación que es la obligación emergente del art. 18 inc. b) de la ley orgánica policial (2081) que impone a sus miembros actuar con *imparcialidad*. Esto significa que le está vedado actuar en las situaciones que comprometen su interés personal (al igual que sucede con los magistrados y cualquier funcionario público).

El mismo Fiscal afirma que un policía no puede ir a zanjar un pleito por un entredicho menor y utilizar su arma para resolver un problema particular. En estos términos, está claro que Héctor David Méndez no actuó como policía sino que reaccionó como padre -pretendiéndose "víctima" de las amenazas que habría recibido su hijo- como sujeto particular que, lejos de actuar de acuerdo a los mandatos de la función policial, reaccionó a sus pulsiones más privadas.

Del alegato final de la fiscalía emergen mayores datos en relación a esta actuación que en nada tienen que ver con la función policial: "se encuentra claro que fue Méndez quien sale a buscarlo en venganza de su advertencia previa (...) nunca recurrió a la policía, ni denunció el hecho, por el contrario salió a buscar venganza (...) le dice a Barrionuevo que lo siga, lo encuentra y le pega una patada en la cabeza (...) no solo no hizo lo que tenía que hacer como padre, ni lo que cualquier padre en su lugar haría, sino que sólo actuó por venganza". Cabe preguntarse, ¿qué acto puede ser más privado que la venganza? Tan privado que

incluso transgredió los deberes como padre al decir de la Fiscalía.

'No recurrió a la policía'... ¿para qué iba a recurrir a la policía si, según el fiscal, el mismo estaba actuando como policía?

'No denunció el hecho'... ¿no denuncian hechos las víctimas? Como policía debiera haber pedido refuerzos, labrado un acta con constancia del procedimiento, etc.

En relación al dolo, yerra el fiscal cuando afirma que se introducen elementos de la hipótesis de la defensa en la última pregunta "si sabía y quería", porque la defensa se refiere al abuso funcional mientras que la pregunta se refiere al *uso indebido del arma reglamentaria*, que de antemano es la piedra angular sobre la que disienten las partes (para las acusadoras el uso indebido del arma reglamentaria constituye el abuso funcional mientras que esta circunstancia es objetada por la Defensa).

Siguiendo con el análisis de los dos primeros agravios referidos a las instrucciones, la Querrela directamente niega que los planteos hayan ocurrido, considera que es un planteo extemporáneo, y

afirma que en el 99% por ciento de las instrucciones estuvieron las partes de acuerdo. Sostiene que ninguno de los miembros del jurado dudó por lo que no parecieron confundidos. Ante esta última afirmación, me pregunto si es posible dudar de lo que se desconoce.

El Dr. Pedrero afirma que no surgen de las instrucciones objeción alguna. Es lógico que ello ocurra porque las incidencias en relación a las instrucciones y las objeciones relativas a las propuestas denegadas se plantean en la audiencia privada y debieron quedar plasmadas en el acta respectiva (que se omitió confeccionar) pero, de ninguna manera tales incidencias pueden informarse al Jurado al entregar las instrucciones definitivas. De igual modo nos invita a observar los videos cuando conocía la ausencia del registro fílmico de la audiencia privada de instrucciones.

Respecto de instrucciones sobre delitos menores a la hipótesis de la acusación, al igual que el Fiscal, la querrela confunde las hipótesis alternativas como explicación del derecho al Jurado en las instrucciones con la teoría del caso de la defensa

sostenida a lo largo del debate y en el alegato final. Me remito a las explicaciones ya dadas en tal sentido.

Concretamente sobre la instrucción rechazada y omitida, la Querrela no contesta el agravio, reafirmando la tesis de la acusación consistente en el abuso funcional mediante el uso indebido del arma reglamentaria como única interpretación jurídica posible. Y en relación al accionar concreto de Méndez al momento del hecho, la querrela afirma que salió "a cazar literalmente a Matías Casas".

Esta es otra circunstancia que pone en evidencia que Héctor David Méndez, a más de no hallarse en funciones por el uso de licencia, no actuó por necesidad de la función policial y en cambio, lo hizo a título personal, dominado por un interés privado que en nada roza la función policial. A punto tal que la querrela originariamente -acusación escrita- postuló la forma *alevosa*, que no sostuvo en la audiencia de control de acusación.

Finalmente voy a analizar el tercer agravio de la Defensa consistente en que el veredicto no superó el estándar de la duda razonable en relación

a la exclusión de culpabilidad (art. 34 inc. 1º del CP) por el excesivo consumo previo de alcohol por parte del acusado, en tanto no fue debidamente refutada dicha circunstancia por las partes acusadoras.

Del análisis de los fundamentos expuestos por el Dr. Ronda como así de confrontar la prueba aportada por la Defensa respecto de este extremo, adelanto que no va a tener acogida, en tanto asiste razón a las partes acusadoras en que ese extremo no fue introducido por la Defensa con prueba cualitativa y cuantitativamente suficiente como para llegar a una decisión distinta a la arribada por el Jurado Popular. No había prueba que justificara una instrucción por lo que tal instrucción no se introdujo, pero en este punto es correcto el razonamiento del Fiscal cuando afirma que si el jurado hubiese entendido que se hallaba probado que Méndez no pudo comprender la criminalidad de su acto por el consumo excesivo de alcohol hubiese votado el veredicto de no culpabilidad, en tanto esta circunstancias fue alegada por la Defensa en los alegatos finales. Tenía esa posibilidad y no lo hizo.

No estamos en presencia de un veredicto contrario a prueba. Esto significa que el veredicto de condena bajo el extremo en examen, no se aparta manifiestamente de la prueba producida en el debate.

En primer lugar la defensa no produjo prueba científica sobre la presencia de alcohol en sangre y sobre el estado de inculpabilidad (pericial psiquiátrica) y en segundo lugar, el valor probatorio de los dos testimonios producidos en torno a esta defensa se encuentra resentido por el vínculo que los unía con el acusado (el hijo y el amigo) y las circunstancias de producción del suceso: es el propio hijo el que arriba al domicilio de Barrionuevo y anoticia el entredicho con Casas, y es Barrionuevo con quien el acusado se hallaba cenando y bebiendo, y quien lo acompaña en su camioneta hasta el lugar donde se hallaba tirado Casas, momento en que Méndez desciende y patea a Casas.

Finalmente, respecto de la cita del fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén el caso "Salas" (expte. Nro. 44/14) que efectúa el Dr. Ronda en apoyo a su tesis al momento de ampliar

los fundamentos presentados por escrito refiriéndose al "especial elemento subjetivo" del abuso funcional, y dado que la Dra. Dal Bianco también se refirió al mismo fallo -como parte de una política de impunidad para las fuerzas policiales-, habré de aclarar (como autora del primer voto del fallo primigenio, en mi carácter de vocal de la entonces Cámara Criminal N° II) que las circunstancias fácticas de aquel caso difieren diametralmente con las circunstancias fácticas que dieron lugar al fallo que hoy se revisa.

En Salas quedó fuera de toda duda que el homicidio se consumó en ejercicio de la función (en el marco de un procedimiento policial), a tal punto que no fue objeto de discusión de las partes en el debate. Lo que se discutía era la existencia (o no) de una legítima defensa de un tercero (en el marco de un procedimiento policial). Se debatía si el ejercicio funcional había sido 'justificado' o abusivo, mientras que, en el caso que nos ocupa, el extremo en cuestionamiento por la defensa durante todo el debate ha sido el ejercicio de la función policial al momento del hecho, a tal punto que a la presente impugnación se arriba justamente por el rechazo de la jueza a la

instrucción concerniente a la función policial y al abuso de tal función.

Por lo expuesto, considero que debe revocarse la condena en lo que respecta al calificante (art. 80 inc. 9º de Código Penal), por constatarse el agravio referido a las instrucciones. Ello por haberse omitido explicaciones del derecho atinentes a la teoría del caso de la Defensa que resultaban medulares para la resolución del caso, con el consecuente cercenamiento de la paridad de armas y el debido proceso legal debiendo reenviarse a nuevo juicio de cesura a sus efectos. Mi voto.-

El **Dr. Fernando Javier Zvilling**,
manifestó:

Si bien comparto los fundamentos y conclusiones a las que arribara la Sra. Jueza del primer voto, voy a efectuar algunas breves consideraciones vinculadas con los argumentos esgrimidos por la querrela y sobre la admisibilidad de los agravios, en la medida en que las instrucciones al jurado no hayan sido debidamente cuestionadas.

Respecto de los argumentos empleados por la querrela en la audiencia de impugnación, existen

dos claros errores. El primero, al afirmar algo que no se corresponde con lo sucedido con las "instrucciones" al Jurado, a punto tal que se contradice con lo sostenido por la Fiscalía. Las instrucciones, contrariamente a lo afirmado por la querella, fueron debidamente objetadas, y de ello da cuenta la sentencia de cesura. El segundo, que los argumentos adolecen de serios defectos jurídicos. Afirmar que el Tribunal, en caso de revocar aún en forma parcial la decisión, se arrogaría la facultad de desconocer el veredicto unánime, es lo mismo que decir que contra las condenas del Jurado no existen posibilidades de revisión, pese a que los mecanismos de control de sus decisiones se encuentran expresamente previstas en el ordenamiento procesal, además de, por cierto, tratarse de un imperativo constitucional (doble conforme).

Para aclarar la confusión de la querella, en el sentido que el Tribunal de Impugnación se "arrogaría" funciones propias del Jurado, 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*". En el caso concreto, las "*instrucciones*" del Juez técnico al Jurado, según lo

expuesto por las partes en la audiencia, habrían sido previamente sugeridas por los acusadores. El problema es que el Juez del derecho, a pesar de haber advertido que las instrucciones propuestas por los acusadores sobre la forma calificada del delito eran erróneas, no impartió las que se correspondían con una correcta interpretación del tipo penal. De hecho, las "instrucciones" sobre el *derecho sustantivo aplicable* impartidas al Jurado no encuentran sustento doctrinario ni jurisprudencial. De allí que la flagrante violación al principio de legalidad, por una interpretación arbitraria del tipo penal calificado al no respetar siquiera el sentido literal de la norma, condujo al "*Juez de los hechos*" (Jurado Popular), a establecer que Héctor Méndez cometió el homicidio con abuso de la función policial.

Y aquí corresponde hacer una aclaración respecto del precedente "Salas" traído por la querrela, desde que en ese caso -en el que el suscripto formara parte del Tribunal de Juicio-, desde el plano objetivo se trataba de un funcionario en un claro ejercicio de la función, desde que el hecho se

cometió en un operativo policial. Por ende, no guarda similitud alguna con el presente.

Debe observarse que se explicó al Jurado que debían probar más allá de toda duda razonable que el derecho sustantivo aplicable (forma calificada) se correspondía con haber "*utilizado el arma reglamentaria*" que "*el estado provincial le proveyó por su función de policía*" (tal la declaración de responsabilidad que obra a fs. 1 de la sentencia de cesura). Sin embargo, "esos" hechos que fueran tenidos por probados por el Jurado Popular constituyen la forma del homicidio, pero no del homicidio con abuso de la función. Es decir, el Jurado fue llevado erróneamente -como consecuencia de instrucciones notoriamente equivocadas- a tener por acreditados "hechos" que no eran jurídicamente relevantes para la figura legal (tipo penal) del homicidio calificado que le fuera explicado.

Entonces, debe queda claro que el error no es del Jurado Popular, ni se revisa su decisión sobre los "hechos" que tuvieran por acreditados en forma unánime, sino que se revoca el veredicto sólo en relación con las instrucciones erróneamente impartidas al Jurado Popular por parte del

Juez técnico, al no encuadrar "esos" hechos en la forma calificada del delito. Y en el mismo error incurren tanto el Ministerio Público Fiscal como la querrela en la audiencia de impugnación, al pretender que la conducta por la que fuera condenado Méndez es constitutiva del homicidio calificado por abuso de la función policial.

La fiscalía, luego de afirmar que no pueden exigírseles definiciones técnicas al Jurado, sostiene que en las instrucciones se le preguntó "si se usó el arma reglamentaria", "si hubo un uso indebido de tal arma", y "si sabía y quería usar indebidamente el arma reglamentaria". Agregó que "un policía, por más que esté en uso de licencia, no deja de ser policía". Pero, aquí el error. Las definiciones técnicas no deben exigirse al Jurado, sino que le deben ser brindadas por parte del Juez técnico, para que fijen adecuadamente los hechos típicos. Las instrucciones de las que dio cuenta el Ministerio Público Fiscal en la audiencia, son manifiestamente inadecuadas para explicar la forma calificada del ilícito.

En concreto, 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 incluido en las instrucciones.

Ahora, respecto de los agravios de la Defensa vinculados con la "inimputabilidad", si bien fueron tratados por la Sra. Juez que me precede en el orden de votación, y a cuya respuesta adhiero, lo cierto es que ni siquiera hubiera sido necesario su análisis. Pero, a pesar de la falta de objeciones de la defensa, como se explicará a continuación, ni la fiscalía ni la querrela opusieron reparos a su tratamiento.

El código procesal penal establece en su art. 238 inc. c), como motivo especial de interposición de la impugnación, que "se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión", y a su vez, el art. 205 impone a las partes la obligación de "dejar constancia de sus disidencias u oposiciones", para habilitar la vía recursiva. La instrucción analizada previamente fue cuestionada, pero no así la

vinculada con la eximente de responsabilidad, por lo que desde el plano formal, no hubiera correspondido el tratamiento de los agravios.

Señalo esto para establecer el modo y alcance de las impugnaciones contra los veredictos de condena, dada la corta vigencia del nuevo sistema procesal. La razón de ser de la norma se vincula con la división de competencias entre el Juez técnico y el Jurado popular, tal lo explicado precedentemente. No puede pasar desapercibido que, en el hipotético caso que la inimputabilidad por ingesta alcohólica hubiera existido, el hecho de no haberse impartido la instrucción al Jurado Popular para determinar su existencia implicaría que el Tribunal de Impugnación conociera directamente sobre los hechos, sin que hayan sido previamente merituados por el Jurado. Ello significaría sustituir la actividad del Jurado por parte del Tribunal revisor. La "inimputabilidad" es una cuestión jurídica que aparece cuando en el plano fáctico existen determinadas circunstancias que deben ser valoradas por el Jurado.

En el presente caso, de estar al claro análisis efectuado por la Dra. Martini, se trató

de una defensa postulada por la asistencia técnica de Méndez y no considerada por la Jueza técnica, aparentemente, por el hecho de ser manifiestamente improcedente. Ello se deduce de la inexistencia de una objeción de la Defensa a la instrucción propuesta, lo que hubiera habilitado formalmente la impugnación. En este sentido, el Juez del derecho cumple una importante función, cual es la de evitar que se presenten al Jurado teorías que no cuentan con un mínimo sustento probatorio, y que sólo tienden a confundirlo. Es decir, la defensa ensayada, para que pueda ser introducida como "instrucción", debe ser al menos mínimamente verosímil, con la precaución de no invadir la competencia del Jurado popular.

El **Dr. Federico Sommer**, expresó:

Por compartir los argumentos vertidos en los votos que me preceden, adhiero a sus conclusiones. En tal sentido, debe recalificarse el hecho materia de condena como constitutivo del delito de Homicidio Simple agravado por el empleo de arma de fuego, previsto y reprimido en los artículos 79 y 41 bis del Código Penal. En tal sentido y firme que sea el presente decisorio, debe procederse al reenvío para

debatir juicio mediante, exclusivamente el monto de la pena a imponer al imputado (arts. 178 y 179 del C.P.P.), mediante la remisión del presente legajo a la Oficina Judicial de la Primera Circunscripción Judicial para la fijación de la audiencia ante el Tribunal de Juicio que designe y conforme el trámite previsto por el art. 178 2do. parr. del C.P.P. (arts. 246 y 247 CPP). Mi voto.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

La **Dra. Florencia Martini** dijo:

En atención a la resolución del recurso, no corresponde la imposición de costas (art. 268 del CPP).

El **Dr. Fernando Javier Zvilling**, manifestó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Federico Sommer** expresó: Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

Conteste con las posturas enarboladas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

I.- DECLARAR LA ADMISIBILIDAD FORMAL de la impugnación deducida por el recurrente (arts. 233, 238 y 239 del CPP).-

II.- HACER LUGAR a la impugnación ordinaria deducida por el impugnante, por constatarse el agravio referido a la instrucción (pregunta numero 5) revocando en consecuencia la sentencia N° 49/14, datada el 28/08/14, dictada por el Colegio de Jueces de Neuquén, en lo que respecta al calificante previsto por el inc. 9° del art. 80 del Código Penal. Consecuentemente condenar a Héctor David Méndez, 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 tramite previsto por el art. 178 2do. parr. del C.P.P. (arts. 246 y 247 CPP).-

IV.- SIN COSTAS (art. 268 del CPP) por el trámite derivado de la impugnación de la sentencia.-

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

Dr. Fernando Zvilling

Juez

Dra. Florencia Martini

Juez

Dr. Federico Sommer

Juez

Reg. Sentencia N° 126 T° VII Fs. 1294/1323 Año 2014.-