

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N°44

NEUQUÉN, 2 de agosto de 2021.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "ROCCO, HÉCTOR MARCELO S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (VTMA. DELL ORO, WALTER FABIÁN)" (MPFNQ. LEG. 147.238/2019), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- Tras el juicio por Jurados Populares que se le siguió al imputado Héctor Marcelo Rocco y luego de producida la audiencia de cesura, el Juez técnico, Dr. Gustavo Ravizzoli, conforme a las disposiciones establecidas en el artículo 202, 2º párrafo, *in fine*, del CPPN, fijó la pena del prenombrado en veintiún (21) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso. (cfr. fs. 1/10).

Vale aclarar aquí que la sentencia de imposición de pena se formuló en relación a cuatro hechos independientes, acumulados en el mismo legajo bajo las reglas del concurso real de delitos, dictándose en todos ellos el pertinente veredicto de culpabilidad. A saber: dos delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego -en calidad de coautor- un encubrimiento doloso -en calidad de autor- y un homicidio agravado por la utilización de arma de fuego -en calidad de autor-; todos en concurso real entre sí. Declarándose además su tercera reincidencia (arts. 40, 41, 41 bis, 45, 55, 79, 166, inc. 2º, segundo párrafo, 277, inc. 1º, apartado "c" y "e", inc. 2º, del Código Penal).

Disconforme con dicho monto punitivo, la señora Defensora Pública Penal, Dra. Laura Giuliani, interpuso Impugnación Ordinaria y el Tribunal de la especialidad, por su sentencia n° 25/2021, rechazó por unanimidad tal apelación y confirmó la sentencia de pena en todos sus términos (fs. 13/26).

Contra este último fallo, esa misma parte dedujo el Control Extraordinario que motiva la intervención de esta Sala Penal (fs. 27/31vta.).

Cabe aclarar aquí que dicha actividad de Defensa fue sustituida en el letrado de confianza Dr. Sebastián Perazzolli, a quien se le otorgó la posibilidad de ampliar fundamentos (cfr. fs. 36/42 y 43).

En ese marco, hizo propios los argumentos del recurso aludido, haciendo especial hincapié en que, de mantenerse aquel *quantum* punitivo, su cliente accedería al medio libre ya en plena vejez, lo que no se compadecería con la finalidad constitucional de la pena, añadiendo que dicha dosimetría penal no tendría equivalencia con otros casos análogos, donde las penas han sido menores, citando a tal efecto el legajo n° 10842 "González", donde recayó una sentencia de 12 años de prisión y legajo n° 27571 "Troncoso", donde se fijó una pena de 18 años de prisión (cfr. fs. 45/6).

II.- La Impugnación Extraordinaria se deduce al amparo de la doctrina de la arbitrariedad, como presupuesto de intervención del Máximo Tribunal Nacional (conf. art. 248 inc. 2° CPPN, punto II.a del escrito recursivo [fs. 27 vta.]). El motivo, sucintamente explicado, alude a lo siguiente.

Se afirma que no existió una revisión integral de la sentencia condenatoria, al verificarse la omisión de considerar argumentos esenciales, que de haberse tenido en cuenta hubieran conducido a una disminución sustancial de la sanción penal.

Conforme a los antecedentes que enuncia, existiría una valoración prohibida de ciertas pautas penológicas, susceptibles de vulnerar la garantía que protege contra el *ne bis in ídem*. Se refiere, específicamente, a la ponderación de las consecuencias que generó la muerte del señor "W.D.O." en su núcleo familiar y la situación de reincidente de su defendido.

Hizo reserva del caso federal.

III.- Sentados los motivos de la impugnación extraordinaria, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia previstos en el artículo 227 del código de forma:

El escrito fue presentado en término por quien tenía legítima intervención, ante la Oficina Judicial correspondiente.

Sin perjuicio de ello, conforme a una invariable jurisprudencia de esta Sala Penal, el examen del recurso, en su aspecto formal, no queda acotado a estos recaudos, que conforme lo analizado previamente deben darse por satisfechos, sino que se extiende a establecer si, *prima facie*, concita un caso en el que debiera intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a la vía de acudimiento elegida (artículo 248, inciso 2), del CPP).

Una exigencia formal semejante se justifica en la necesidad de impedir que, bajo la aparente cobertura de dicha fórmula, se planteen pretensiones ajenas a aquellas propias de la impugnación extraordinaria, que es excepcional, por la gravedad de la función que -por esa vía- pudiera cumplir luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cualquiera de los supuestos establecidos en la Ley 48.

También debe recordarse, en tanto los agravios se sostienen bajo una alegada "arbitrariedad de sentencia", que dicha hipótesis resulta en extremo restrictiva y debe demostrarse por el interesado para no convertirlo en llave de una tercera instancia ordinaria, aserto que se complementa con una copiosa jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional en dicho tópico (C.S.J.N., Fallos 289:113; 295:420 y 618; 302:1564; 304:375 y 267; 306:94, 262 y 391; 307:1037 y 1368; 308:641 y 2263).

Tal criterio debe destacarse, una vez más, en tanto los agravios planteados son una reiteración de los expuestos ante el Tribunal de Impugnación y no refutan los motivos esgrimidos en su sentencia. Además, sus críticas no se ajustan a las constancias del legajo, las censuras remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenos al control de la Corte Suprema, y por consiguiente fuera de la vía extraordinaria sobre la que se asienta este remedio local, lo que conlleva a la improcedencia formal del recurso. Veámoslo en detalle:

La apelante denunció arbitrariedad "al omitir considerar los argumentos vertidos por esa defensa", tanto en el juicio de cesura como en su faena impugnativa (cfr. fs. 27 vta.). A continuación, objetó las respuestas que reconoce haber recibido en dicho tópico, aunque les asignó un carácter dogmático (ver punto IV, en que se produce el desarrollo de sus agravios, fs. 28 vta./31).

Esa contradicción interna, en cuanto denuncia la total ausencia de argumentos en las instancias anteriores, pero que luego admite que sí fueron dados y los refuta, dificulta la sistemática de la respuesta; no obstante lo cual y más allá del defecto aludido, atento a que todas las pretensiones son identificables e independientes se respetará el orden en que fueron plasmadas en su escrito.

1.- DE LA ARBITRARIEDAD POR INCONGRUENCIA OMISIVA.

Este agravio, lleva a recordar que el vicio de las resoluciones judiciales denominado comúnmente como *incongruencia omisiva* aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atender y dar respuesta a aquellas pretensiones esenciales, introducidas temporáneamente al proceso por las partes, frustrando con ello la tutela judicial efectiva, erigida como garantía de raigambre constitucional (art. 58 de la Constitución Provincial; art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Este déficit en la motivación resulta

encuadrable en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias conforme a una pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional (cfr. CSJN, Fallos 261:297; 274:436; 275:68; 297:332; 303:874; 319:1416 y 692; 323:1774, entre muchos otros).

Sin embargo, no toda omisión en el pronunciamiento justifica su ataque por vía de la sentencia arbitraria.

"...la Corte indica que la falencia de la resolución judicial debe referirse a 'cuestiones sustanciales para la adecuada solución del litigio' (o 'cuestiones conducentes' a tal fin), u 'omisiones decisivas', o cuestiones que pueden influir sobre la integral decisión del estado litigioso', o que pueden gravitar en el resultado del debate, o que pueden ser relevantes para tal fin, o que pueden dejar de ponderarse para resolver la litis..." (cfr. Sagües, Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional", ed. Astrea, 4º edición, Bs. As., 2002, t. 2, pág. 222 (con cita a Fallos de la CSJN, 267:443; 269:413; 300:1114; 318:2678; 319:434, entre muchos otros).

Frente a tan restrictivo cauce, era carga de la parte apelante expresar mínimamente cuáles fueron en concreto cada uno de los argumentos omitidos y porqué tendrían un carácter dirimente para la solución del pleito.

Sin embargo, las dos quejas que aglutina inicialmente bajo ese presunto vicio fueron en realidad respondidas, tal como esa misma parte lo reconoce al exponer los hechos (fs. 30 y ss).

En definitiva, no existe silencio sobre su pretensión ni sobre los argumentos nucleares del planteo. Por ende, el agravio, del modo en que lo sugirió *ab initio*, resulta improcedente.

2.- AFECTACIÓN DEL NE BIS IN IDEM DURANTE LA GRADUACIÓN DE LA PENA.

En ello, sin dudas, reposa todo el desarrollo sustancial del recurso, donde vuelve a repetir la presunta incorrección de valorar las consecuencias que produjo en sus familiares directos el homicidio del Sr. "W.D.O." y la calidad de reincidente del imputado, que aquí se declaró por tercera vez.

Como punto de partida, cabe repetir que Héctor Marcelo Rocco fue juzgado por cuatro hechos diferentes acumulados materialmente entre sí, cuyas pautas de cuantificación de la pena fueron individualmente consideradas y cuya penalidad permitía una graduación entre los diez (10) años y ocho (8) meses de prisión y los cincuenta (50) años de prisión (cfr. fs. 4/ vta.). Y en el caso de autos, tal como se señaló *ut supra*, la intensidad de la pena aplicada a Rocco se estableció en veintiún (21) años de prisión.

Esta aclaración tiene su razón de ser en tanto, como regla general, "*...el ejercicio de la facultad de los magistrados para graduar las sanciones penales dentro de los límites que ofrecen las leyes respectivas se vincula con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de la causa y ajenas, por ende, al ámbito de la apelación federal extraordinaria...*" (CSJN, Fallos

237:423; 304:1626; 306:1669; 315:807 y 1699, entre muchos otros).

Dicho principio general, claro está, cede ante situaciones de arbitrariedad (CSJN, Fallos: 315:1658 y 320:1463), ya que con ella se tiende a resguardar el derecho de defensa en juicio, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente.

Si bien la apelante se aferra a esta última hipótesis de excepción, no ha quedado debidamente expuesto que la intensidad de la pena aplicada al imputado Rocco, frente a las circunstancias propias del caso, genere un caso tan extremo como el de la arbitrariedad de sentencia.

En efecto: dentro del amplio espectro punitivo que podría generar el hecho abonado, el Juez interviniente, conforme las atribuciones del art. 202, 1° párrafo, *in fine*, del CPPN y luego de la pertinente cesura, le impuso una pena cuya intensidad puede ubicarse en una zona intermedia, cuyo guarismo final quedó incluso más cercano al mínimo legal.

En este sentido, el magistrado sentenciador sopesó múltiples factores para alejarse de la graduación mínima a la que aspiraba la Defensa, arribando en esa tarea ponderativa casi al punto medio del arco dosimétrico conforme al cual se estableció la condena. Dentro de los parámetros más destacados, podemos indicar los siguientes:

a) Respecto del robo agravado por el uso de armas cometido en fecha 01/07/2019 en el sector de playa

del balneario Mari Menuco (zona "El Piedral"), tuvo en cuenta, por ejemplo, que a la señora "I. M. A." la persiguió, la zamarreó y la golpeó. Y que a su acompañante, "J. C.", le efectuó un disparo cerca de sus pies, cuando ya ambas víctimas le habían entregado, sin resistencia alguna, todas sus pertenencias; aprovechándose además de hallarse en una zona alejada donde éstas no podían pedir auxilio (cfr. fs. 5 vta. y ss); b) en lo que respecta al robo agravado por el uso de armas cometido en fecha 1/11/2019 en perjuicio de "M. G." (en zona de chacras de Centenario), idéntica modalidad comisiva, al punto de efectuarle un disparo cerca de su persona, golpearlo y apoyarle el arma en la zona de su ano a modo de humillación, lo que excedía también la agravante genérica del artículo 41 bis del Código Sustantivo y constituían, ambos robos armados, el ejercicio de un inusitado nivel de violencia (cfr. fs. 6 y ss). También ponderó, de manera conglobada, que fue Rocco quien realizó materialmente los actos más violentos (no su cómplice), y que no tenía penurias o necesidades económicas advertibles que lo pudieran haber llevado a delinquir, en tanto tenía una despensa con la que podía ganarse su sustento; c) en torno al tercer hecho -el homicidio ocurrido en fecha 03/11/2019 del cual resultó víctima "W.D.O."-, valoró la ferocidad y la sorpresa del ataque; la utilización de un arma de fuego para concretar la agresión (art. 41 bis CP); su grado de intervención, en tanto fue él (no su cómplice) quien materialmente realizó el disparo fatal; el motivo que lo llevó a cometer dicho acto, que resultó ser una discusión nimia,

verbal y sin mayor consecuencia, desplegando luego una acción claramente incomprensible por su grado de violencia, tan absurda como irracional (cfr. fs. 6 vta./7).

En cuanto a la "extensión del daño causado por el delito", como otra de las pautas de dosimetría penal previstas en la Ley, el Dr. Ravizzolli tuvo en cuenta, sobre el robo calificado ocurrido en fecha 01/07/2019, las consecuencias psicológicas generadas sobre la Sra. "I.M.A.", quien a causa del trauma producido por dicho delito tuvo que iniciar un tratamiento psicológico que continúa a la fecha, y que tal padecimiento resultó notorio durante el debate (cfr. fs. 8 vta.). En lo que respecta al homicidio, a) la consecuencias derivadas de la muerte de "W.D.O." en sus cinco hijos menores (de 15, 12, 9 y 5 años de edad, más una bebé de pocos meses de vida), aclarando que a causa del trauma una de las hijas sufrió una parálisis facial, por lo que debió iniciar tratamiento, y b) el cuadro de depresión sufrido por la madre de "W.D.O.", quien no soportó la pérdida de su hijo y posteriormente falleció (cfr. fs. 21vta./22).

Finalmente, ya dentro de las condiciones generales del imputado, evaluó las dos declaraciones de reincidencia anteriores, en años 2006 y 2017, como así también haber desarrollado conductas con cierto grado de logística para evitar ser capturado, el haber cometido uno de los robos agravados hallándose prófugo y la evasión cuando se encontraba cumpliendo una medida cautelar en una comisaría, lo que determinaba su notorio

desapego a la ley y su mayor peligrosidad (cfr. fs. 8 vta./9).

Valoró, finalmente, como única pauta atenuadora de la pena, su precario nivel de instrucción y analfabetismo (fs. 9).

La impugnación ordinaria oportunamente deducida por la Defensa, como ya se dijo, objetó dos factores penológicos puntuales: las valoraciones del *a-quo* respecto de la extensión del daño por el homicidio y la reincidencia. Y tales aspectos merecieron las respectivas consideraciones por el Tribunal de Alzada (cfr. fs. 19 vta. y ss). Pudiendo indicarse aquí que, en el marco de esa homologación, se estimó importante la declaración testimonial de la señora "A.M.V.", sobrina de la víctima, quien aportó datos que permitieron comprobar la extensión del daño causado por el homicidio calificado por el empleo del arma de fuego. A partir de su relato, fue posible concluir que el imputado conocía a la familia del occiso y sabía el grave daño que les causaría al perpetrar el delito.

Por lo demás, con citas doctrinarias en abono de su postura, el Tribunal de Impugnación fundó las razones por las cuales la reincidencia podía sopesarse como factor agravante de la pena, sin implicar una doble valoración prohibida en la Ley (cfr. fs. 22 vta. y ss).

En definitiva, contrario a lo aseverado, existió un control integral de la sentencia a la luz de las críticas que dicha Defensa formuló, garantizándose de este modo el derecho establecido en el art. 8.2.h. CIDH, conf. art. 75 inc. 22 CN.

En esta apelación extraordinaria se vuelve a plantear aquellos aspectos que ya merecieron completa respuesta en las instancias anteriores, por lo que al haber seguido la Defensa una línea argumental ceñida a la sustentación de una tesis jurídica sin apego al rebatimiento los fundamentos que nutren el fallo apelado, la inadmisibilidad de su recurso se impone.

Debe indicarse a esta altura que el razonamiento del Tribunal de Impugnación, lejos de concitar un caso de arbitrariedad coincide con prestigiosa doctrina en los dos temas que nos ocupan:

En torno a la extensión del daño como pauta de mensura, "*(...) Desde el primer punto de vista, el de la faz objetiva, podría pensarse que el delito daña el bien jurídico protegido por la figura respectiva y que con eso quedaría ya delimitado lo que debe medirse para llegar a una pena adecuada. Sin embargo, el delito también produce consecuencias mediatas, que no están directamente vinculadas con la ofensa que el hecho produjo al bien jurídico y su falta de consideración provocaría una verdadera injusticia [...] Todas estas repercusiones en el nivel de vida del afectado, o en el de las personas directamente allegadas a él, son las que podrían tener influencia en la mensura de la pena, y no sólo las que se limitan a la mella que el ilícito hace de modo específico en el bien jurídico protegido por la figura penal de que se trate...*" (cfr. Fleming, Abel y Lopes Viñals, Pablo "Las Penas", Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2009, pág. 374).

En lo que respecta a la valoración de la reincidencia como pauta penológica negativa, se coincide con dicho Tribunal revisor, en cuanto a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descartado la tesis que pregona la Defensa en su escrito (vulneración de la garantía que protege contra el "doble juzgamiento"), bajo estos términos: *"...el principio non bis in idem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (...). Ello es así, aun cuando se pudiere considerar que la pérdida de la libertad condicional comportase una mayor pena, pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería, exclusivamente, la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta"* (Fallos: 311:1451).

La proporcionalidad advertida en este caso entre el grado de injusto y la intensidad de la sanción, lejos de generar un vicio como el que aduce, implica una correcta observancia de la norma, máxime teniendo en cuenta que aún frente a un sinnúmero de factores agravantes que no fueron debidamente rebatidos en esta instancia, e incluso sin haber considerado en su contra uno de los delitos por el que fue condenado, capaz de elevar todavía más el *quantum punitivo* (nos referimos al delito de encubrimiento, no contemplado expresamente

dentro de las pautas de dosimetría penal [cfr. fs. 5 y ss]); la pena aplicada se mantuvo siempre en un segmento medio, incluso más cercana al mínimo legal, lo que implica que aquella correlación se flexibilizó al límite de lo permisible con fines evidentemente resocializadores.

En esa comprensión, la defensa no pudo demostrar que la sentencia sea arbitraria conforme a los estándares ya mencionados.

Menos todavía a través de las comparaciones que enuncia el actual Defensor (fs. 46), ya que los casos tomados a modo de confronte sólo tienen, como factor común, la existencia de un hecho único con igual calificación -el "Homicidio Simple, agravado por el uso de Arma de Fuego"- pero se diferencian, como ya se dijo, en que aquí se sumaron -además de ese delito- otros tres ilícitos independientes entre sí, dos de ellos sumamente graves en términos de punición, llevados a cabo por el imputado Rocco con un altísimo e innecesario nivel de violencia. Desde este plano, la comparación efectuada es infructífera para sostener su tesis.

En definitiva, más allá de su legítima discrepancia, no puede afirmarse que la imposición de pena verificada en este legajo haya significado una individualización arbitraria. Por lo tanto, la impugnación extraordinaria deviene inadmisibile (arts. 227, primer párrafo, y 248, inc. 2), ambos a contrario sensu, del CPPN).

V.- En cuanto a las costas devengadas del presente recurso, al no existir razones para su

eximición, el afrente de las mismas debe recaer sobre la parte perdidosa (art. 268, segundo párrafo, del CPPN).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE la impugnación extraordinaria deducida a fs. 27/31 vta. por la señora Defensora Penal de la Primera Circunscripción Judicial de Neuquén, Dra. Laura Giuliani, oportunamente a cargo de la asistencia del imputado **HÉCTOR MARCELO ROCCO** (art. 248 inciso 2º, a contrario sensu, en función del 227 y ctes. del CPPN).

II.- IMPONER LAS COSTAS PROCESALES a la parte perdidosa (artículo 268, segundo párrafo, del CPPN).

III.- Notifíquese de lo resuelto al actual defensor y al Ministerio Público Fiscal. Tómesese razón y devuélvase a la Dirección de Asistencia a Impugnación de manera virtual, a efectos de evitar el movimiento de papeles y de personas, conforme a consabidas normas de prevención sanitaria.

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

MARÍA SOLEDAD GENNARI
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario