

SENTENCIA N° seis /2015.- En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los **veintisiete días del mes de febrero del año dos mil quince**, se reúne en Acuerdo la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los **Dres. Liliana Deiub, Héctor Dedominichi y Federico Sommer**, presidida por el último de los nombrados, para resolver en instancia de impugnación el caso judicial: "**CASTILLO, MATIAS RUBEN-RODRIGUEZ, JOSE LUIS S/HOMICIDIO**", Leg. OFIJU 104/2014, en el que resultaron condenados (con sentencia no firme) **MATÍAS RUBÉN CASTILLO**, D.N.I., argentino, con domicilio en, ... Viviendas, Manzana ..de San Martín de los Andes, nacido en la ciudad de Neuquén el día 25 de febrero de, hijo de y de, de profesión ayudante de albañil, de estado civil soltero, con instrucción secundaria incompleta, asistido por el Defensor Oficial Dr. Ignacio POMBO y contra **JOSÉ LUÍS RODRÍGUEZ**, D.N.I., domiciliado en, Manzana .., casa .. de San Martín de los Andes, nacido en esa localidad el día 21 de enero de, hijo de y de, desocupado, de estado civil soltero, con instrucción primaria incompleta asistido por el Defensor Jefe Dr. Bernardo Areco; quienes fueron condenados por el hecho cometido el día 31 de julio de 2013, en el barrio 108 Viviendas del sector denominado Chacra 30 de San Martín de

los Andes en perjuicio de Sergio Carrasco conducta que fuera calificada como constitutiva del delito de homicidio doblemente calificado por el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía. (arts. 79, y 80 inc. 2 y 6 del Código Penal).

ANTECEDENTES:

I.- Que por veredicto popular de culpabilidad de fecha 19 de junio y sentencia de determinación de pena N° 7/2014 del 15 de Octubre de 2.014, se impuso a Matías Rubén Castillo, D.N.I. y a José Luís Rodríguez, D.N.I. de demás condiciones arriba indicadas, la pena de prisión perpetua y demás accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal, por el delito de homicidio agravado por su comisión con el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía en carácter de coautores (arts. 79, 80 inc. 2 y 6, y 45 del Código Penal), el día 31 de julio de 2013, en el barrio 108 Viviendas del sector denominado Chacra 30 de San Martín de los Andes en perjuicio de Sergio Carrasco, con costas (arts. 268 y cctes. del C.P.P.).

Las Defensas de ambos imputados dedujeron recursos de impugnación ordinarios contra el referido veredicto condenatorio y la ulterior sentencia de condena.

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del C.P.P., se realizó la audiencia oral y pública

donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones y se formularon por el Tribunal las precisiones a los 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. Manuel González y la Dra. Inés Geréz, mientras que por la defensa técnica de los acusados Matías Rubén Castillo y José Luís Rodríguez, actuaron los Dres. Ignacio Pombo y Amilcar Areco, respectivamente.

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

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** la **Dra. Liliana Deiub**, dijo:

Cabe destacar que ambos escritos fueron presentados en término y por quienes se encuentran

legitimados 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 configuran -a juicio de ambos recurrentes- los motivos de impugnación ordinaria aducidos y la solución que proponen.

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

El **Dr. Federico Sommer**, expresó: Por compartir los argumentos expuestos por la Sra. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Héctor Dedominichi**, manifestó: Participando de los términos y conclusión vertidos en el primer voto, me expido en el mismo sentido.

A la segunda cuestión, la **Dra. Liliana Deiub**, dijo:

I- Recurso presentado por el Dr. Gonzalo Crespo, sostenido en audiencia por el Dr. Ignacio Pombo.

Sobre la base de considerar acreditada la autoría de su pupilo Matías Castillo en el homicidio que se le imputó, su agravio central se dirigió a cuestionar lo que a su entender concluyó en la errónea calificación del hecho juzgado como homicidio doblemente calificado por

haberse cometido con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 2 y 6 del C.P.), cuando técnicamente y conforme la plataforma fáctica por la que fue llevado a juicio se trató de un homicidio simple (art. 79 del C.P.).

Igualmente entendió que se ha violado el principio de congruencia y consecuentemente el principio de defensa en juicio al expedirse el jurado sobre hechos distintos a los fijados como plataforma fáctica del juicio (objeto procesal) (arts. 95, 98, 236 y 238 del Código Procesal Penal), toda vez que la fiscalía mutó la plataforma fáctica.

Asimismo se agravó por cuanto el jurado se excedió en sus facultades expidiéndose indebidamente sobre cuestiones de calificación expresamente reservadas al Juez profesional, quien en la segunda etapa del juicio determinará la calificación jurídica según lo establecido en el art. 202 del C.P.P.

Igualmente objetó las instrucciones impartidas al jurado, lo que no fue advertido por el entonces Defensor Particular de Matías Castillo, Dr. Juan Carlos Ríos Iñiguez, quien estaba obligado a cuestionarlas, colocando a su pupilo en una situación de indefensión técnica violatoria de lo dispuesto por el art. 10 del Código Procesal Penal, y de la garantía de defensa en

juicio. El error en las instrucciones vertidas al jurado en razón de la información incompleta de doctrina penal sobre los agravantes Alevosía y el Concurso Premeditado de dos o más personas, condicionaron su decisión, viciando su convicción y consecuentemente el estándar probatorio de duda razonable que debió tener el jurado al momento de emitir el veredicto, imposibilitando comprender en forma correcta el derecho.

Aclara que las instrucciones no fueron impugnadas, lo que no impide su tratamiento en esta oportunidad, ante la indefensión técnica de su asistido, máxime cuando es una obligación del Juez instruir en forma correcta al jurado sin perjuicio de las sugerencias de las partes.

Al responder los agravios de la Defensa de Castillo, el Fiscal Dr. Manuel González sostuvo en relación a la violación al principio de Congruencia, que podría haberse planteado y resuelto en la audiencia del 168. Respecto a la Calificación del hecho y sin perjuicio de debatir si el juez puede o no calificar, sostuvo que la defensa nada hizo en la cesura.

Refiriéndose a las instrucciones, alegó que las preguntas están bien formuladas y que la defensa pudo explicar su postura al jurado en el alegato de clausura.

En representación de la Fiscalía, reformula la Dra. Inés Geréz que la impugnación presentada por la defensa, se encuentran ausentes los tres presupuestos de admisibilidad dispuestos en el Art. 238 del ritual. Sostuvo asimismo que el defensor no cuestionó las instrucciones dadas a los jurados, por lo que entiende que no debe tratarse el recurso incoado por el Defensor de Castillo.

Sin perjuicio de ello y de considerarse admisible el mismo, entiende con relación al principio de congruencia que los agravantes fueron idénticos en el alegato de clausura y cierre, y como tal el alegato no es prueba por lo que no se encuentra afectada la congruencia.

Concluye sosteniendo que de la simple lectura de las instrucciones se advierte que no condicionan al jurado. Y que Castillo no estuvo indefenso.

En la réplica al fiscal, el Dr. Pombo sostuvo que no debe interpretarse estrictamente el Art. 238, toda vez que no puede negarse una máxima revisión de la sentencia condenatoria, por los motivos específicos del juicio por jurados y los generales del art. 236.

II.- Impugnación presentada por el Defensor Dr. Bernardo Areco.

Se agravia en primer término solicitando la nulidad de la sentencia impugnada alegando que no

existió el sorteo del Juez profesional, que ordena la ley para este tipo de procesos, violando así el principio de Juez natural por cuanto se procedió a simular ese acto cuando de antemano, se sabía que había un solo Juez con chance de ser titular y otro con chance de ser suplente.

Como segundo agravio, objetó la selección del jurado que si bien resultó conforme al texto legal, fue impugnada y propicia la inconstitucionalidad del mencionado artículo, atendiendo a que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años y el Código Procesal Provincial impide a las personas de dicha edad integrar el jurado hasta los 21 años.

Que el primer planteo, respecto de los jurados convocados, fue por la edad de los mismos, ya que desde la sanción de la Ley 26.579 de fecha 2-12-2009, y complementaria del Código Civil, la mayoría de edad ocurre a los 18 años de edad. Sostuvo que resulta de suma gravedad, que su asistido a partir de los 18 años de edad, resulte apto para ser juzgado en juicio por jurados y paradójicamente se le impida ser jurado. En este caso se le impidió a su defendido ser juzgado por sus pares, vulnerando el Art. 198 Inc. VI., que establece la integración plural del jurado con personas que pertenezcan al mismo entorno social y cultural del imputado y con integrantes mayores, adultos y jóvenes.

De igual modo objeta que no hubo audiencia de elección de (audiencia de "voirdire") jurados ya que la facultad de recusar sin causa al jurado sólo la puede ejercer un defensor, y habiendo dos deben ponerse de acuerdo para hacerlo.

Seguidamente se agravió por el tenor de las instrucciones a los jurados. Invocó que en su carácter de defensor propuso que se siguiera como instrucciones el denominado "Árbol de Decisión" que fue rechazado sin motivación alguna. En esa dirección solicitó se tengan por acompañadas las instrucciones que oportunamente fueron propuestas por esa defensa y rechazadas infundadamente, por el juez actuante a fin de que este tribunal proceda a analizar la viabilidad de las mismas, para entender que su rechazo infundado, derivó en un nulo veredicto, como lo establece el Art. 238 del ritual.

Finalmente propicia la nulidad de la sentencia, ante la carencia de las instrucciones en el cuerpo de la sentencia, lo que a su entender impide conocer el razonamiento lógico que debió llevar a cabo el jurado para arribar al veredicto.

Por último, entendiendo que el único con capacidad para calificar el hecho es el juez técnico, peticiona la nulidad de la sentencia por violentar las

previsiones del art. 202, en atención a que fue el jurado el que calificó legalmente el hecho.

En su responde la fiscalía refiere que la defensa no enunció el gravamen que le causaba la actuación del Dr. Zabala quien resultó el juez natural del caso.

Del mismo modo al referirse a la objeción sobre la edad de los jurados, el fiscal sostiene que ser parte del mismo es una responsabilidad muy seria y que en base a la integración del jurado, los imputados fueron juzgados por sus pares. Concluye que la selección de jurados no resulta nula.

Se tuvo presente y se observó por el Tribunal la prueba ofrecida por ambos defensores, incorporada como prueba para la impugnación mediante acta 8284/2014 en audiencia realizada por el Juez de Garantías Leandro Nieves.

III.- Para comenzar, corresponde tratar la oposición Fiscal a la admisibilidad del recurso incoado por la defensa de Matías Rubén Castillo, alegando que el mismo no encuadra en los supuestos del art. 238 del C.P.P.

En el punto en litigio, el art. 238 inc. c) del C.P.P., dispone 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 en consonancia

con ello, el art. 205 impone a las partes la obligación de "dejar constancia de sus disidencias u oposiciones", para habilitar la vía recursiva.

Si bien le asiste razón a la Dra. Geréz en su oposición, toda vez que las instrucciones impartidas al jurado no fueron oportunamente cuestionadas por el letrado que asistía a Castillo, no es menos cierto que los defensores oficiales Crespo y Pombo han invocado que se ha visto afectada la garantía de una efectiva defensa por parte del anterior letrado del encartado Dr. Ríos Iñiguez ante esa grave omisión.

No obstante ello, sostiene 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 esa dirección entiendo que la ausencia de cuestionamientos del Dr. Ríos Iñiguez ante las instrucciones formuladas al jurado, que fueron impugnadas por el Defensor de su consorte de causa ilustra claramente sobre la situación de indefensión técnica -según lo mencionara la actual defensa- en la que fue colocado el imputado Castillo.

Ante ello, ninguna duda cabe que debe priorizarse por sobre todas las cosas el pleno ejercicio

del derecho de defensa del imputado que se encuentra expresamente garantizado por nuestra Constitución Nacional, que categóricamente dispone en el artículo 18 que 'Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos'. Que además, está concretamente consagrada por el artículo 75, inciso 22, en función de los artículos 9° y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de lo establecido en nuestro código procesal penal en el art. 10°.

De igual modo nuestro código Ritual en el art. 6° dispone: 'Los jueces cumplirán los actos propiamente jurisdiccionales, velando por el resguardo de los derechos y garantías'.

Ante ello, no puede pasarse por alto que el derecho de defensa en juicio que de por sí es irrenunciable por el imputado, requiere mayor exigencia en el rango de responsabilidad profesional del letrado que ejerce la defensa técnica, quien debe "desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo

desde el doble enfoque de hecho y de Derecho, entre otros' (Eduardo M. Jauchen - Derechos del Imputado - Rubinzal - Culzoni Editores - Santa Fe 2005 - pág.154/155, citado en Legajo 13376/2014 el 23 de Febrero de 2015).

En ese sentido y si bien en otro aspecto, se ha expedido la Corte Suprema de la Nación en el caso 'Rojas Molina' al declarar que: "...se han violado reglas esenciales del procedimiento; puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado..." (Fallos: 189:34, op.cit. pág.161/162).

Por ello a juicio de la suscripta, y debiendo garantizarse al imputado una defensa técnica obligatoria, efectiva y eficaz, considero que debe rechazarse la oposición fiscal y analizar el recurso de la Defensa de Castillo.

IV.- A continuación y respetando el orden elegido por las partes defensoras al esbozar sus agravios en la audiencia iniciaré el tratamiento de la impugnación formulada por el Dr. Pombo, comenzando por cuestiones metodológicas con el agravio referido a la violación a la congruencia, atendiendo a que según su queja, la fiscalía modificó la plataforma fáctica en el alegato final, ya que de atenerse a las circunstancias en que sucedieron los hechos; su asistido debió ser llevado a juicio y en su caso condenado a la pena prevista para el homicidio simple.

En el punto vale destacar, y sin perjuicio de compartirla o no, la descripción de la plataforma fáctica volcada en la sentencia se condice con la descripción del hecho efectuada por la fiscalía en la audiencia de control de acusación, que además resultó similar a la conducta que se describió en el alegato final.

Sobre esta línea argumental no lleva razón la defensa, toda vez que en el caso en que la fiscalía en su alegato final hubiese incorporado elementos fácticos no referidos previamente, de las instrucciones al jurado se desprende que éste fue advertido categóricamente sobre el carácter no probatorio de los alegatos efectuados por las partes.

De igual modo, y advirtiéndole que la defensa invoca para fundar su agravio la aplicación infundada de los agravantes por los que se dictara la condena a su asistido, y considerando que dicha pretensión corresponde que sea abordada en el momento de analizar las instrucciones impartidas a los jurados, no encuentro que se haya vulnerado la congruencia en el proceso.

Por lo anterior, la queja de la defensa en este aspecto carece de sustento y debe ser rechazada.

Continuando con los agravios esbozados por el Dr. Pombo, ingresaré en el referido a las instrucciones propuestas a los jurados que fueron objetadas

ante la incompleta información sobre los agravantes Alevosía y el Concurso Premeditado de dos o más personas.

En ese tópico resulta esencial destacar que la tarea de revisión en este caso de la viabilidad de las instrucciones a los jurados a título de verificar si la calificación decidida se ajusta a los hechos probados por la acusación, resulta 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, y con la obligación de garantizar el 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.

En esa dirección el hecho descripto por la acusación y en virtud al cual se dictó el veredicto de culpabilidad de ambos imputados fue el siguiente: "que Matías Rubén Castillo y José Luís Rodríguez con el concurso premeditado de un joven y una joven menor de edad agredieron al hijo de la víctima, Víctor Adolfo Carrasco corriéndolo y golpeándolo hasta llegar a su casa, donde su padre, Sergio Carrasco, sale en su defensa, y comienza a pelearse con los cuatros siendo acorralado, momento en que le propinan una verdadera paliza. Luego de esa primera agresión, el Sr. Carrasco consigue entrar a su casa, y como

los agresores siguen apedreándole la vivienda, sale nuevamente y los enfrenta con un caño siendo interceptado por Matías Rubén Castillo, José Luís Rodríguez y los menores, y mientras uno de ellos le traba el caño con sus manos impidiéndole defenderse, Matías Castillo valiéndose de un cuchillo tipo sevillana y le da dos puntazos por la espalda que determinaron la muerte de Sergio Carrasco poco después".

Las instrucciones específicas al jurado para determinar si se configuraban las circunstancias agravantes fueron las siguientes: "para el homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas deben además tener en cuenta: 1-En la muerte de Sergio Carrasco, además del autor de la puñalada (Castillo), tuvieron intervención otras dos o más personas?, 2-La intervención de esas personas disminuyó las posibilidades de defensa de Sergio Carrasco?, 3- Todos los que intervinieron en la agresión a Sergio Carrasco tenían la premeditada intención de darle muerte?.

Para el homicidio agravado por Alevosía:
1- En el hecho que terminó con la muerte de Sergio Carrasco, éste se encontraba en situación de indefensión?,
2- Cuando Matías Rubén Castillo le dio las puñaladas mortales a Sergio Carrasco, lo hizo sin riesgo para él mismo?, Cuando recibió las puñaladas mortales Sergio

Carrasco, lo realizaron sin riesgo para sí mismo?. 3- Matías Rubén Castillo aprovechó la situación de indefensión para darle muerte sin riesgo para sí mismo. José Luis Rodríguez provocó la situación de indefensión para darle muerte sin riesgo para sí mismo?.

Del cotejo de la plataforma fáctica, con las instrucciones a los jurados se advierte sin mayor esfuerzo que se encuentran ausentes en la conducta atribuida los presupuestos mínimos requeridos para configurar los agravantes endilgados a los imputados.

En esa dirección el concurso premeditado de dos o más personas no sólo requiere la intervención de dos o más personas, sino que se encuentre concertado el accionar común de darle muerte a la víctima.

En el punto comparto los embates formulados por la defensa, por cuanto el conflicto se inició en un lugar diferente de donde culminó y con actores distintos. Tan es así, que el inicio de los sucesos tuvo base en el domicilio del imputado Rodríguez sito en barrio Chacra 30, plan 120 viviendas, casa 21 y culminó en el exterior de la vivienda que habitaba la víctima identificada como casa 34.

En ese trayecto no puede aseverarse que desde que comenzó el litigio con la persecución al hijo de la víctima en primer término, los imputados voluntariamente

concertaran o se pusieran de acuerdo para provocar la muerte de una persona totalmente ajena al suceso inicial; en este caso el padre del primer agredido, que interviene en defensa de su hijo y se trenza en pelea con el grupo agresor.

En ese contexto resulta poco probable que los imputados previeran la presencia de la víctima y como consecuencia de ello, acordaran de manera anticipada darle muerte, o que ante el ingreso de la víctima a su domicilio, tuvieran la capacidad de suponer que iba a salir nuevamente y en ese momento planificaran provocar su muerte.

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

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

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 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 descripción del hecho en la apertura del juicio, no se desprende que la acusación hubiese acreditado que la conducta desplegada por los encartados fue con la previa concertación de más dos

² Donna, Edgardo A., ob. Cit.

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

personas, con quienes acordaron ocasionar la muerte de la víctima. Se limitaron a mencionar que ambos imputados con el concurso premeditado de dos jóvenes menores de edad agredieron con golpes de puño y persiguieron a Víctor Adolfo Carrasco (el hijo de la víctima) hasta su domicilio donde arrojaron piedras hasta que salió el padre a quien agreden hasta que ingresa en el domicilio, para volver a salir del mismo munido de un caño retomando la lucha con los imputados hasta que es agredido fatalmente por Castillo.

A tal punto es la indefinición de la conducta endilgada, que la única mención a una conducta concertada refiere dogmáticamente "al concurso premeditado" expuesta al inicio de la descripción fáctica referida a la agresión hacia el joven Carrasco.

No puede desconocerse que "la previa concertación -o acuerdo- del autor con las otras dos personas" es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada en el juicio de responsabilidad por el jurado, y en este caso mal pudo ser acreditada esta circunstancia cuando se omite toda referencia al acuerdo en la descripción del hecho, máxime cuando este presupuesto no puede ser presumido.

En esa dirección las instrucciones proporcionadas a los jurados no permiten suplir las

omisiones apuntadas, ya que de las mismas surge que la intervención de dos o más personas en la muerte de otra, disminuyendo la capacidad de defensa de la víctima, lleve sin más a configurar la mentada agravante. Nunca se mencionó en la imputación o en las instrucciones cuál fue el accionar individual de cada uno de los intervinientes en el consenso de voluntades para el fin común, que tampoco se explicitó, de causar la muerte de la víctima.

Similar situación se presenta al analizar la alevosía, para lo que objetivamente es indispensable que la víctima se encuentre en situación de indefensión que le impida oponer resistencia que implique riesgo para el agente.

La indefensión de la víctima por sí sola no configura el agravante, requiere además el elemento subjetivo, que se configura ante el actuar del autor que debe ser sobre-seguro, lo que implica obrar sin riesgo ante la reacción de la víctima o de terceros. En tal caso el agente debe aprovechar la situación de indefensión de su víctima.

Se ha sostenido que "...objetivamente la alevosía exige una víctima que no está en condiciones de defenderse, o una agresión no advertida por la víctima capaz y en condiciones de hacerlo. Pero subjetivamente que es donde reside su esencia, la alevosía exige una acción

preordenada para matar sin peligro para la persona del autor, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero..." (Ricardo Núñez, Tratado de derecho Penal, Tomo III, Vol 1, pág 37).

En este marco es determinante que la víctima había previamente sufrido agresiones físicas de parte de los imputados y los menores que los acompañaban. Logra sortear la situación y se refugia en su casa, de la que sale con un elemento contundente que lo aleja de toda indefensión, y del accionar sobre seguro de los imputados, quienes advierten la presencia del caño, por lo que su accionar no resulta sin peligro para sí.

Obviamente que de la descripción fáctica de los hechos no se advierte detalle alguno que posibilite configurar el homicidio alevoso, ya que una víctima en plena actividad de defensa no se compadece con la indefensión que requiere esta agravante.

Las instrucciones a los jurados, si bien mencionan términos compatibles con los elementos del tipo conducen al jurado al error de considerar que la situación de indefensión sólo se produce por el número de agresores.

En ese sentido, deviene abstracto considerar el agravio de la parte referido a la inobservancia alegada en relación a las facultades del Juez

Profesional de determinar la calificación aplicable al caso.

V.-Recurso presentado por el Dr. Bernardo Areco a favor de su asistido José Luis Rodríguez.

Si bien lo resuelto con respecto al defendido del Dr. Pombo abarca al imputado Rodríguez, debe darse tratamiento a los agravios formulados por el Dr. Areco que propician la nulidad de la sentencia, ante las consecuencias que acarrearía acceder a dicha petición.

El primer motivo por el cual el letrado defensor de José Luis Rodríguez aduce la nulidad de la sentencia es ante la violación a la garantía del Juez natural, que se configuró a su entender por un sorteo que se transformó en una parodia, ya que de antemano se sabía de la intervención del Dr. Zabala como Juez Profesional.

En este aspecto lleva razón la Fiscalía al no entender vulnerada la garantía a ser Juzgado por el Juez Natural ante a intervención de un Juez del colegio de Jueces de la provincia, que fue designado de acuerdo a las reglas que marca la normativa constitucional provincial en la materia.

Cabe destacar que tal como surge de la audiencia video filmada de selección de Juez Profesional, el defensor puso en evidencia su disconformidad, la que a mi entender carece de sustento, toda vez que en la

audiencia se fueron sorteando la totalidad de los Jueces de Garantías de ambos colegios, resultando excluidos automáticamente aquellos que habían tenido alguna intervención en el proceso, o quienes ya tenían audiencias fijadas con antelación. De esta manera se dio cumplimiento a las previsiones del Art. 197, I y II párrafo del C.P.P.

Concluyendo, las circunstancias esbozadas por la defensa no invalidan la competencia del Dr. Zabala, máxime cuando la intervención del Juez profesional se limita exclusivamente a la dirección del juicio, ya que el Jurado al poseer la exclusiva función de juzgar resulta el juez natural.

En consonancia con ello se ha sostenido: "Estamos acostumbrados a que cuando pensamos en el juez natural, pensamos en la predeterminación del juez como forma de evitar la manipulación política, que se acrecienta cuando el juez es designado ex post...El juicio por los pares, el juez natural, es también el juez con capacidad de comprender el caso de un modo distinto, con mayor capacidad de comprender el significado cultural del acto..." (Andrés Harfuch, El Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires, citando a Alberto Binder p. 34).

Las consideraciones que anteceden habilitan el rechazo del agravio formulado.

Continuando con los agravios de la defensa, se tratará la petición de inconstitucionalidad de la normativa que impide a las personas de 18 años de edad ser parte del jurado.

Si bien la defensa ha hecho conocer los agravios que ocasiona la exclusión en el caso particular del jurado a la intervención de personas de 18 años, entendiendo que por la edad de los imputados el hecho de integrar el jurado algún miembro de 18 años podía comprender la problemática y conflictos de la edad por la que atraviesan los imputados; no es menos cierto que los jurados sorteados en el presente caso, cuya filmación tuve a la vista y el detalle de las edades y domicilios, me permite sostener que la integración plural que impone el inciso 6 del art. 198 del C.P.P. se encontró garantizada ya que las edades de los jueces populares oscilaron entre los 23 hasta los 51 años.

En ese tópico no encuentro que la normativa atacada de inconstitucional resulte tal, atendiendo a lo consignado anteriormente y a las facultades del legislador local de regular en el ámbito provincial la composición de los jurados con pautas generales de integración.

En este sentido, 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, 4º 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 de 21 años establecida en la normativa local acarrea 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.

Seguidamente abordaré la objeción de la defensa dirigida a cuestionar la limitada facultad de ejercer la recusación sin causa en solo una oportunidad, y que tratándose de varios defensores se mantiene en una; debo mencionar que no puede objetarse la constitucionalidad de la norma regulada por el at. 198 inc. 4 del Rito, toda vez que el legislador provincial fue soberano al elegir un sistema de recusación sin causa restringiéndolo a una sola oportunidad por parte.

En esa dirección no puede hacerse un cotejo simple con lo regulado en Canadá, sin reparar en la diferente realidad de ese país comparado con la región patagónica con pequeños poblados notoriamente alejados de los grandes centros urbanos; con muchas dificultades en las

comunicaciones e imposibilidades ciertas en conformar jurados por las distancias excesivas, carencias de medios económicos, y de comunicaciones en determinados parajes a los que muchas veces solo se accede a caballo; hacen que un sistema amplio de recusaciones sin causa haga imposible integrar un Tribunal de Jurados.

Cabe aclarar que como contrapartida a los límites impuestos para la recusación sin causa de los posibles jurados, el Legislador provincial dejó a consideración de los litigantes los motivos para recusar con causa, admitiendo la reposición como vía recursiva (inc. 3).

Habiendo fundado las razones por las cuales no resulta admitido el agravio de la defensa, se impone el rechazo de su petición.

Finalmente corresponde ingresar en el agravio por el cual la defensa solicita la nulidad del veredicto ante el rechazo según sostiene la defensa - sin motivación alguna- de las instrucciones en el formato "Árbol de Decisión".

En el punto y tal como surge de la sentencia, la decisión del Juez Profesional no acarreó un rechazo infundado como invoca la defensa, ya que las instrucciones aportadas -"Árbol de Decisión"- fueron tomadas en consideración para la redacción de las

instrucciones finales, pero rechazado como único instructivo de deliberación, lo que habilita el rechazo de la nulidad pretendida ante la ausencia de gravamen, al igual que la ausencia de las instrucciones en el cuerpo de la sentencia ya que las mismas se encuentran formuladas en acta por separado, suscripta por las partes y con constancia expresa en la sentencia que forman parte integrante de la misma.

VI.- Como consecuencia de lo expuesto, propicio hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa Oficial de Matías Castillo, y declarar la nulidad parcial de la sentencia en la que se declaró a los imputados co-autores penalmente responsables del delito de homicidio doblemente calificado por el concurso premeditado de dos o más personas y por alevosía, modificando la calificación jurídica, y condenándolos en definitiva por los hechos que tuvo por probados el jurado. En tal sentido y por efecto extensivo de tal solución también a favor de José Luis Rodríguez (art. 230 C.P.P.), se dispone adecuar la calificación jurídica a la figura de homicidio simple (art. 79 del C.P.), 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. Federico Sommer**, expresó: Por compartir los argumentos entregados por la Sra. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Héctor Dedominichi**, 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?.

La **Dra. Liliana Deiub**, dijo:

Que hallo motivo para eximir de costas procesales en esta etapa recursiva a los impugnantes (art. 268 segunda parte, segundo párrafo del C.P.P.), con fundamento en la admisión parcial de sus agravios y 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 a los recurrentes en la presente instancia (arts. 268 y 270 a "*contrario sensu*" del CPP). Mi voto.

El **Dr. Federico Sommer**, dijo: Por compartir los argumentos entregados por el Sr. Juez preopinante, adhiero a sus conclusiones.

El **Dr. Héctor Dedominichi**, manifestó: participando de los términos y conclusión vertidos en relación a las costas, me expido en el mismo sentido.

Por todo ello, por unanimidad el **TRIBUNAL de IMPUGNACIÓN**,

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO Estrictamente FORMAL las impugnaciones ordinarias deducidas por los Defensores de confianza de **MATIAS RUBEN CASTILLO** y **JOSE LUIS RODRIGUEZ** (arts. 233, 236 y 239 del CPP).-

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA DE MATIAS RUBEN CASTILLO y en consecuencia firme que sea y por efecto extensivo de tal solución también a favor de **JOSE LUIS RODRIGUEZ** (art. 230 C.P.P.), revocar y anular 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 a las calificantes previstas por el inc. 2 y 6° del art. 80 del Código Penal. Consecuentemente **CONDENAR** a **MATIAS RUBEN CASTILLO** y **JOSE LUIS RODRIGUEZ**, de demás circunstancias personales consignadas en el exordio, como co-autores penalmente

responsables del delito de **HOMICIDIO SIMPLE** (arts. 79 y 45 del CP.).-

III.- REENVIAR EL PRESENTE LEGAJO A JUICIO DE CESURA para debatir el monto de la pena a imponer a los imputados conforme la escala penal establecida para el delito de homicidio Simple (arts. 79 del C.P.), conforme el trámite previsto por el art. 202 del C.P.P. (arts. 246 y 247 CPP).-

IV.- EXIMIR DE COSTAS a los impugnantes (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.-

Dra. Liliana Deiub
Juez

Dr. Héctor Dedominichi
Juez

Dr. Federico Sommer
Juez