

SENTENCIA N° 7/2014. En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los días del mes de junio del año dos mil catorce, el suscripto, Mauricio O. Zabala, integrante del Colegio de Jueces en mi carácter de Juez Técnico del Tribunal de Juicio por Jurados designado para dictar sentencia en autos caratulados: "CASTILLO, Matías Rubén, RODRIGUEZ, José Luis s/ HOMICIDIO" leg. 104/14 del Registro de la Oficina Judicial de la IV Circunscripción Judicial, debatida en audiencia de los días entre el 16 y el 19 de junio del corriente año, en la que intervino por la Acusación el Fiscal de Circunscripción Dr. Fernando Rubio y por la Asistencia Técnica del acusado Matías Rubén Castillo el Dr. Juan Ríos Iñiguez, y por el acusado José Luis Rodríguez el Defensor Jefe Dr. Bernardo Areco; causa seguida contra 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 1990, hijo de y de, de profesión ayudante de albañil, de estado civil soltero, con instrucción secundaria incompleta, 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 1995, hijo de ... y de, desocupado, de estado civil soltero, con instrucción primaria incompleta; 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 que fuera calificado en audiencia de control de acusación como constitutivo 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).

I) Alegato de Apertura y teoría del caso de las partes

Al momento de la apertura del presente caso la Fiscalía conforme lo establece el art.181 del CPP presentó el caso diciendo que a lo largo de la audiencia probaría que los imputados 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.

Continúa relatando que probará también que 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.

Calificó la conducta de Matías Rubén Castillo y José Luís Rodríguez como constitutiva del delito de homicidio doblemente agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y alevosía cometido en perjuicio de Sergio Carrasco.

En su oportunidad, el Dr. Bernardo Areco indicó que los lineamientos de su tarea como defensor del José Luis Rodríguez se centrarían en probar que no existió un acuerdo previo para cometer el hecho porque su defendido no participo en la trifulca que termino con el deceso de Sergio Carrasco.

El Dr. Juan Ríos Iñiguez señalo que sin perjuicio del alegato que va a efectuar en el momento oportuno, no es carga del defendido probar nada, la imputación la debe probar el Fiscal.

II) Producción de prueba:

Durante la audiencia, luego que se informara a los imputados del derecho que les asiste de ejercer su defensa, y que estos declinaran hacer uso de tal derecho, se escucharon los testimonios de Damián Escobar, Javier Cariman, María Del Carmen Cañiqueo, Claudia Mónica Araoz, Alfredo Godoy, Fabio Martín Riffo, Nancy Bravo, Genoveva Beatriz Jara, Martín Rodríguez, Isabel Gutiérrez, Sergio Fernando Navarro, Diego Estomba, Sergio Rivera, Ana María Lirio, Jorge Daniel Romero, Lucas

Contreras, Cristian Lepen, Marcelo José Hernández, Raúl Esteban Pacheco, Juan Alberto Martín Bilbao y Víctor Adolfo Carrasco.

Las partes desistieron de los testimonios de los menores imputados en el fuero Penal Juvenil en función de que no ha sido resuelta su situación procesal y de los de Mariela Alejandra Hormazabal, Fabián Claudio Espinosa, Diego Enríquez, Diego Guillaumet, del Sgto. Ayudante Torres, Rolando Ortiz, Ivan Leandro Díaz y Ceferino Luis Betanzuid.

Aportaron como pruebas materiales una transcripción de las lesiones de Matías Castillo y José Luis Rodríguez que según informan las partes corresponden a la primer revisión médica luego del hecho, y no realizaron convenciones probatorias.

III) Alegato de clausura.

Concluida la producción de la prueba se continuó con la última etapa del juicio, la clausura.

En primer término se dio la palabra a la Fiscalía en cuya representación el Dr. Rubio dice que considera que se probó la hipótesis del caso planteada por ese Ministerio tal y como lo presentara en la apertura del caso, señalando que el mismo se realizó de una manera especialmente violenta y brutal que le sesgó la vida a Sergio Carrasco. Relata que el hecho se inició por una cuestión trivial, Víctor Carrasco llegó a la casa de M. R. (hermana del imputado) lo cual provocó la ira de L. E. quien sale de la casa de Rodríguez, seguido de los imputados Castillo, Rodríguez y M., corriendo y tirándole piedras a Víctor Carrasco. Sergio Carrasco salió a ayudar a su hijo y en defensa de su vivienda y entre los cuatro jóvenes entre 17 y 20 años le empiezan a propinar una paliza al hombre de 60 años; que en la segunda secuencia culminó con la muerte de éste último; todo lo cual lo va relacionado con los testimonios que se escucharon en la audiencia, en particular con el relato del Dr. Estomba, el Licenciado en Criminalística Lepen y el resto de los testigos presenciales.

Expone ampliamente cómo ha quedado acreditada a su criterio la premeditación y la alevosía en el hecho, expone la evidencia que acredita que los cuatros actuaron para consumir el delito y que acordaron previamente ello; por lo cual solicita a los miembros de jurado que consideren a José Luis Rodríguez y Matías Rubén Castillo, culpables de homicidio calificado con la participación premeditada por dos o más personas y con alevosía, en perjuicio de Sergio Carrasco.

A su turno el Dr. Bernardo Areco, solicita que su defendido José Luis Rodríguez se adelante para que vea el jurado que es un joven menudo y que se advierta que el Fiscal miente porque el imputado tiene 51 años, es una persona robusta, su defendido "Ratita" es de contextura pequeña. La víctima tenía 10 heridas y los cuatro partícipes suman más heridas, con lo cual fue una pelea, no una agresión salvaje. Afirma que no hay dudas que la víctima murió por apuñalamiento y ningún testigo acreditó que su cliente haya tenido un arma en sus manos.

Por otra parte, la teoría de que tenían un plan previo para matar a Carrasco padre es ridícula, podían saber que iba a salir Carrasco padre -se pregunta- no tuvieron tiempo de ponerse de acuerdo. A su defendido se le puede imputar un encubrimiento pero está siendo juzgado por un homicidio. Las heridas se produjeron por mano izquierda y su cliente es derecho. La pelea existió y su pupilo salió a defender a su hermana fue una pelea pareja.

Por otra parte la víctima murió de shock hipovolémico y el perito dijo que lo primero que debían hacer en ese caso era sustituir líquidos, no se hizo eso, le pusieron parches; el hospital no respondió como debía al llamado ante hombre apuñalado, mandaron una ambulancia que llegó tarde, porque a esa gente (vecinos Chacra 30) no les importan a las autoridades; el Dr. Estomba dijo que murió desangrado, se le podría haber salvado la vida si le hubieran repuestos los líquidos que perdía. Hubo negligencia de personal del hospital y no están acá respondiendo por ello; está respondiendo Rodriguez.

Su pupilo, peleó, tiró piedras, pero no mató, y no puede arrastrar las acciones de Castillo, por lo cual solicita el Jurado sea declarado no culpable.

A su turno el Dr. Juan Ríos Iñiguez, en representación de Matías Rubén Castillo señala que según la hipótesis de la Fiscalía el homicidio se produjo con una navaja y por la espalda. Luego de realizar un exhaustivo análisis de los testimonios, señalando que todos vieron una pelea, pero todos son dispares respecto de quien tenía el o los cuchillos y quien dio la puñalada. Se pregunta, quién vio quién dio la puñalada? Sólo vieron una navaja en manos de su cliente pero nunca nadie refirió que vieron un cuchillo que es muy distinto y del informe forense surge claro que fue un cuchillo el que dio muerte a Carrasco.

Agrega que el Sr. Carrasco salió a pegar con un fierro, no se encontraba en estado de indefensión, el caño tenía 1,70 mts.; y los testigos vieron la sevillana en mano de Castillo pero no vieron cuando apuñalaron. El cuerpo de la víctima es el que habla, el forense dijo que era de un cuchillo de mediano a grande, y no se condice con las características de la hoja de una navaja. Agrega, que no lo mató una navaja ni un cuchillito, sino que fue un cuchillo grande de 12 a 13 cm. de largo de la hoja, como mínimo.

Coincide con el co-defensor que no existen ninguna de las dos calificantes propuestas por la Fiscalía, nunca pudo haber acuerdo previo, las lesiones no fueron simultáneas, no hay certeza de que Matías haya matado a Carrasco, la navaja no fue utilizada para ello sino que la herida mortal se produjo con un cuchillo. El cuchillo lo tenía el menor. Las agravantes no existen, eso fue una estrategia de la Fiscalía. Su cliente no fue el autor porque así lo dijo el cadáver. El jurado tiene que resolver sobre la autoría del hecho, no hay agravantes. Pide la no culpabilidad de Castillo como autor de homicidio simple.

Subsidiariamente va pedir la figura del art. 95 C.P. que es homicidio o lesiones en riña puesto que no se puede determinar quién fue

el que provoco la puñalada que dio muerte a la víctima, todos los agredieron, todos pusieron manos sobre Sergio Carrasco, pero no es posible determinar cuál de ellos le asestó la puñalada que finalmente le dio muerte; y por ello todos son autores de homicidio en riña. Pide un fallo justo.

Preguntados los imputados si desean realizar alguna manifestación previo al veredicto, José Luís Rodríguez manifiesta que nunca mató a nadie y es inocente; mientras que Matías Castillo se abstiene de realizar manifestaciones.

Se declara clausurado el contradictorio.

IV) Instrucciones Finales - Deliberación - Veredicto.

Seguidamente se retira el Jurado de la sala de audiencias y se convoca a las partes a audiencia a fin de escuchar las propuestas para la redacción de las instrucciones particulares del caso conforme lo dispuesto por el art. 205 del CPP. El Dr. Bernardo Areco propone un "Arbol de Decisión" para que sea utilizado por el Jurado para dar su veredicto, el cual, previa vista a las partes, es tomado en consideración para la redacción de las instrucciones finales, pero rechazado como único instructivo de deliberación. Se adjunta el original a la presente acta. Posteriormente se leyeron y discutieron los lineamientos general y particulares de las instrucciones, siendo resueltas las cuestiones litigiosas. Reanudada la audiencia, se imparten al Jurado las instrucciones de deliberación y veredicto, copia de las cuales se encuentran firmadas por las partes, se adjuntan a la presente y como parte integrante del acta; que se integran con los principios procesales relativos a las garantías esenciales de los imputados, pautas de valoración de las pruebas, y las normas que han de regir la deliberación. Fecho, conforme lo dispone el art. 206 del CPP, se imparten las instrucciones particulares precedentemente descriptas, y el jurado se retira a deliberar.

Informado el Oficial de Custodia que el Jurado ha logrado un veredicto, es convocado a la sala de audiencias, donde el Presidente del

Jurado Guillermo Calleti, da lectura al pronunciamiento del veredicto en los siguientes términos, Respecto de Matías Rubén Castillo el Jurado lo declara: 1) Culpable de homicidio en perjuicio de Sergio Carrasco; por 12/12 votos; 2) Culpable de homicidio agravado por la participación premeditada de dos o más personas por 12/12 votos; y 3) Culpable de homicidio agravado por alevosía en perjuicio de Sergio Carrasco por 12/12 votos. Respecto de José Luis Rodríguez lo declara: 1) Culpable de homicidio en perjuicio de Sergio Carrasco por 11/12 votos; 2) Culpable de homicidio agravado por la participación premeditada de dos o más personas en perjuicio de Sergio Carrasco por 11/12 votos; y 3) Culpable de homicidio agravado por alevosía en perjuicio de Sergio Carrasco; por 12/12 votos.

Concluida la lectura del veredicto, se despide al Jurado previo agradecerle por la labor prestada; se informa a las partes del plazo del art. 178 sgdo. párrafo del CPP y se da por concluida la audiencia.

Audiencia de cesura

AUTOS Y VISTOS: los de la presente audiencia de cesura que se realizó a los 10 días del mes de octubre del año dos mil catorce, a cargo del suscripto, Mauricio O. Zabala, integrante del Colegio de Jueces en mi carácter de Juez Técnico del Tribunal de Juicio por Jurados designado en autos caratulados: "CASTILLO, Matías Rubén, RODRIGUEZ, José Luis s/ HOMICIDIO" leg. 104/14 del Registro de la Oficina Judicial de la IV Circunscripción Judicial, en la que intervino por la Acusación el Fiscal de Circunscripción Dr. Fernando Rubio y por la Asistencia Técnica de Matías Rubén Castillo el Dr. Gonzalo Hernán Crespo, y por la de José Luis Rodríguez Dr. Bernardo Areco; en la cual fuera declarados culpables los nombrados Castillo y Rodríguez.

Y RESULTANDO: que en función de que las partes no ofrecieron pruebas, se pasó directamente a escuchar los alegatos respecto de la merituación de la pena.

La Fiscalía dio inicio a su argumentación señalando que en esta etapa del juicio analiza exclusivamente el quantum de la pena a imponer a los imputados, que deben ser declarados culpables del delito de homicidio doblemente agravado, por haber sido cometido por el concurso premeditado de dos o más personas y con alevosía, en calidad de coautores de conformidad a lo normado en los arts. 80 inc. 2 y 6 del Código Penal, en función de los hechos por los cuales el Jurado los declaro culpables.

Indica que la pena establecida para éstos delitos es la prisión perpetua, que es una pena única, de las llamadas penas absolutas por la cual resulta irrelevante cualquier alegación sobre los atenuantes o agravantes.

En consecuencia va a solicitar de conformidad previsiones de los arts.80 inc. 2 y 6, y 45 del Código Penal por las cuales fueran declarados culpables Matías Rubén Castillo y José Luís Rodríguez, se imponga la pena de prisión perpetua, con mas accesorias legales.

A su turno, el Dr. Gonzalo Hernán Crespo, Defensor de Matías Rubén Castillo aclara preliminarmente que fue defensor de Castillo y Rodriguez a lo largo de la investigación preliminar y del primero en la audiencia del art. 168 y no intervino más hasta esta audiencia en la que asume la Defensa por renuncia del Defensor Particular. Asimismo aclara que desde el punto de vista de la defensa es un escándalo jurídico que ambos sean condenados por un homicidio agravado que no existió; si la condena es confirmada va a quedar en los anales de la legislación como la injusticia más grande cometida.

Señala que éste es el momento de reparar ese error para hacer este sistema más justo, en tanto se cometieron errores en la audiencia de control de acusación al permitir que avance el proceso con la agravantes del homicidio, y se cometieron errores en la audiencia de juicio que deben ser reparados, en tanto el Juez incluyo instrucciones que no se encontraban en el alegato Fiscal y Castillo estuvo en estado de indefensión

técnica puesto que el entonces defensor debió impedir que se dieran esas instrucciones.

Sentado ello, señala como planteo preliminar que el art. 202 del Código Procesal Penal es claro cuando dice que el jurado debe determinar si la persona es culpable o inocente y que en una segunda etapa, con la exclusiva intervención de un juez profesional se determinará la calificación jurídica y las consecuencias de dicho veredicto; el que debe ser interpretado de manera sistemática con el art. 207 del mismo cuerpo legal cuando señala que el veredicto debe decir si está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación, y si es culpable o no es culpable el acusado. En el caso concreto señala que las instrucciones que se dieron sobrepasan lo que tenía el jurado para resolver y son violatorias del debido proceso.

El sistema por jurado neuquino es distinto al de EEUU, dice, el jurado previsto por nuestro legislador prevee que la calificación jurídica que corresponde otorgar al caso debe ser resuelta por el Juez profesional en esta audiencia. Una consideración distinta llevaría a la invalidez, y sería un escándalo que finalmente la Corte Suprema de Justicia nulifique todos los juicios realizados en nuestra provincia.

Agrega que se hace opinar al jurado sobre cuestiones que no le son propias y se les da una información sesgada que le impide resolver cuestiones técnicas muy complejas. El jurado no está en condiciones de resolver cuestiones técnicas por eso el legislador Neuquino optó por este sistema mixto. La dogmática argentina es muy compleja.

Hace referencia a las instrucciones de la agravante relativa a la alevosía, dando lectura a las instrucciones que se encuentran adjuntas a la presente, y dice que lo que tiene que haber determinado es la situación de indefensión. La instrucción es parcial, sesgada e incompleta.

En cuanto a la agravante del concurso premeditado de dos o más personas afirma que la Fiscalía en el alegado final nunca mencionó la palabra premeditación, entonces introducir el agravante en el veredicto es

incorrecto y la introducción de la instrucción por el juez técnico violenta la garantía de la imparcialidad del juez.

El hecho quedó fijado en el art. 168 y en los alegatos del Fiscal y en las instrucciones se introducen cuestiones fácticas que no estaban en el objeto procesal; lo cual viola la congruencia y la defensa en juicio.

En base a la interpretación que sustenta, se debe dar al sistema de juicios por jurado introducido en nuestro CPP, es que considera que éste es el momento en que el juez técnico debe fijar los agravantes.

En función de ello, alega que la alevosía, no existe, la persona no estuvo en situación de indefensión, la persona salió a defenderse dos veces, la primera a golpes de puño, fue golpeado ingresó y volvió a salir con un caño de gas en la mano, ejerce el derecho de defensa y en el momento en que esta revoleando el caño en ejercicio del derecho de defensa recibe las puñaladas que le dan muerte. Es un homicidio simple. Es alarmante y escandaloso que se señale esto como alevosía, descabellado, afirma.

Por otra parte, la premeditación de dos o más personas tampoco puede ser aplicable, en la descripción fáctica del hecho hay tres momentos, cuando el hijo de la víctima va a la casa de Rodríguez que a partir de ello se produce una discusión, se produce una agresión en la que le tiran piedras, esto era por un motivo relacionado con una joven. El segundo momento es cuando Carrasco sale a defender a su hijo y se trenza en lucha con los imputados, donde es golpeado y vuelve a ingresar a su casa; y el tercer momento cuando sale con un caño a defenderse, y es entonces cuando recibe las puñaladas le causan la muerte; entonces se pregunta cuando premeditaron el homicidio. Ellos no sabían que el padre de la víctima iba a salir a defenderlo, no podían planear su muerte. Se trenzaron en lucha y allí se produce el homicidio; reconocemos el homicidio, pero no hay más que ello.

En base a ello solicita se califique el hecho que voto el jurado técnico como constitutivo del delito de homicidio; y en función de las

pautas mensurativas de la pena establecida por los arts. 40 y 41 del Código Penal, en particular la edad, la ausencia de antecedentes condenatorios y que su defendido al momento del hecho había consumido alcohol y drogas, solicita se le imponga la pena de 8 años de prisión de ejecución efectiva.

Para el caso que dicho planteo no sea favorablemente acogido, señala que es absolutamente irracional aplicar una prisión perpetua. Un juez no puede dejar de valorar los hechos al aplicar una pena, debe aplicar una pena justa, el Juez técnico debe aplicar la pena racionalmente al caso concreto, y ello no se puede realizar si eludir a los principios de razonabilidad, racionalidad y culpabilidad. En este caso el Sr. Rodríguez no apuñaló y el Sr. Castillo sí. La juventud de los imputados, la marginalidad en la que se criaron y en la que vivieron modifican el nivel de culpabilidad. Por ello considera que es irracional aplicar pena perpetua. Afirma que autores como Zaffaroni consideran que los mínimos y máximos son meramente indicativos, y se pueden poner penas por debajo del mínimo cuando estas son irracionales.

Señala que en el fallo Estrada el Dr. Zaffaroni dice que es irracional una pena perpetua porque entiende que cuando la nación Argentina incorpora el Estatuto de Roma que introduce el delito de genocidio que modifica los límites de la prisión perpetua, se refiere a tipos penales absolutamente distintos a los que el ordenamiento local tiene en consideración para otorgar dicha sanción. No puede ser que la pena de genocidio prevista para hechos que afectan a la humanidad toda sea la que se aplica unos jóvenes dieron muerte a otro luego de una pelea. Agrega que aún el Estatuto de Roma, en su art. 110 señala casos en que la pena establecida puede ser reducida a la pena de 25 años, menor a la que pueden recibir sus defendidos. Ello es irracional. Por ello el Dr. Raúl Zaffaroni sostiene que la prisión perpetua del sistema argentino no puede ser mayor de 25 años.

Señala que es base a lo señalado es claro que no es necesario declarar la inconstitucionalidad de la pena, se debe apelar a la racionalidad en la interpretación, para adecuar la pena por debajo de los límites establecidos para que su aplicación en el caso concreto resulte racional con el hecho.

Por último; y para el caso en que se considere que solo puede aplicarse una pena menor declarando la inconstitucionalidad del art. 80, solicita se declare la inconstitucionalidad de esa norma. Como precedente cita el fallo de la ciudad del Tribunal en lo Criminal N° 1 de la ciudad de Necochea, Pcia. de Bs. As. -13/5/2009, causa 48500039- que establece claramente cinco razones por los cuales se debe declarar la inconstitucionalidad de la prisión perpetua. Así, violenta el principio de culpabilidad porque no puede hacerse una valoración de la pena a imponer en relación al hecho, viola el principio de división de poderes porque no es el legislador el que individualiza la pena, viola el mandato resocializador del art. 18 de la CN, la cárcel es para reinsertar en la sociedad a quien delinque, viola el principio de legalidad porque no se fija el tiempo de la sanción, y por último, se estarían violando los tratados que prohíben la aplicación de penas inhumanas.

Por ello considera que se debe declarar inconstitucional la pena, y de debe volver a la base del art. 79 e imponer la pena de 8 años de prisión, por las razones arriba señaladas.

Agrega que los planteos, si bien los realiza respecto de su defendido, se deben hacer extensivos a José Luís Rodríguez en lo general.

A su turno, el Dr. Bernardo Areco, en defensa de José Luis Rodríguez señala que, atento a que sus planteos en lo básico coincide con lo señalado con el Dr. Crespo, a fin de ser breve, se remite a lo señalado por aquel.

Luego de ratificar que el art. 202 y 203 del CPP son claros en que es el Juez el que debe decidir sobre la calificación jurídica aplicable al caso. Este sistema se está nutriendo de experiencia que no tiene, por ello

se debe aceptar toda la experiencia de los sistemas que tiene más de 150 años de experiencia.

Agrega que aplicar la prisión perpetua resultante de la incorporación del Tratado de Roma a la legislación argentina implica aplicar a este caso en San Martín de los Andes los mismos agravantes que se aplican al genocidio. Así solicita racionalidad en la individualización de la pena; y es por ello que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la pena. Jamás un juez técnico habría dado esta condena.

Agrega que no se pueden pretender que un Jurado en dos horas aprenda lo que lleva años aprehender. Si se advierte este error, no corresponde enmendar el error con más error. Como puede ser que un jurado en dos horas resuelva cuestiones tan complejas. En este caso presento un esquema sencillo para aplicar a este jurado y se rechazó en la audiencia de instrucciones. Las instrucciones que otorgó son las que considera aplicables al caso en función de que fueron tomadas del sistema canadiense, único sistema que juzga juicio por jurado en un sistema que posee un cuerpo legislativo como nuestro Código Penal. Es en el único lugar en el que rige y de allí tomo las instrucciones que entregue, enfatiza.

Si nosotros no estamos lo suficientemente preparados para este sistema, agrega, no puede hacer pesar esa falta de preparación sobre su defendido, por lo cual solicita se aplique la pena del homicidio simple.

Conferida vista a la Fiscalía, señala que en los planteos de las defensas subyace una velada intervención al sistema de juicio por jurados que se ha implementado tratando de hacer decir al CPP lo que no dice.

En prieta síntesis la Fiscalía señala que las tachas que señalan las defensas corresponden a la etapa de impugnación, si lo que se cuestiona es la forma en que fueron dadas las instrucciones, esta audiencia tiene como exclusiva finalidad imponer la pena que corresponde a los hechos que el jurado ha tenido por probado, y el hecho no es otro que los previstos por el 80 inc. 2 y 6 del CP; agrega que el fallo Estrada el voto de Dr. Zaffaroni no es doctrina legal de la CSJN en tanto vota en minoría.

Agrega que la CSJN en Maldonado -fallo 1172, 1022, f XXXIX punto 13 del 7/12/2005- señala que por regla general, la prisión perpetua es absoluta y por lo tanto no requiere ningún esfuerzo argumental para su imposición cuando así lo dispone el tipo penal.

Por ello propone que sean rechazadas las cuestiones preliminares planteadas por no ser estas la etapa procesal en la que deben producirse las impugnaciones de las instrucciones dadas al jurados, se rechace la inconstitucionalidad del art. 80 del CP y de la prisión perpetua, reiterando su pedido inicial.

En uso de la última palabra que le corresponde a la defensa, el Dr. Areco recuerda que las instrucciones fueron materia de reserva de impugnación.

Por su parte el Dr. Crespo reitera que como miembros de este sistema tenemos que reparar tamaña injusticia que se está haciendo con estos jovenes, y es el Juez quien tiene la obligación de reparar la injusticia, y las herramientas les han sido dada para repararla.

Finalmente ambos hacen reserva de impugnación y de caso federal.

Y CONSIDERANDO:

Que en relación al primero de los planteos, considero que le está vedado al Juez técnico en ésta etapa imponer al hecho una calificación jurídica distinta a la que fuera objeto de las instrucciones sobre la que se expidió el Jurado Popular. Así, de las interpretación armónica de los arts. 178 segunda parte, 179 y 202 del CPP, surge claro que, el modelo de juicio que adoptó el novel código de procedimientos en materia penal que rige en nuestra Provincia divide el juicio en dos partes: tratándose en la primera lo relativo a la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado, y en la segunda, lo relativo a la individualización de la pena.

Cuando al inicio del juicio se informa al Jurado que ellos son los jueces del hecho y el Juez técnico es el Juez del derecho, ya en ese

momento les es indicado que luego de recibir toda la prueba se les explicara el derecho aplicable al caso.

Ese derecho le es efectivamente explicado al Jurado en la segunda parte de las instrucciones particulares cuando se le informa la descripción del hecho típico objeto de la acusación al imputado, y en la tercer parte de dichas instrucciones, cuando se señalan los elementos de la figura penal que deben responderse afirmativamente para tener por constituido el tipo penal que se adecua al hecho, en caso que lo tengan por acreditado. Esto es, el jurado debe tener por probada o no una acusación Fiscal que consiste en acreditar, en base a la evidencia, un hecho de la vida que tiene consecuencias jurídicas, que no son otras que los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal por el cual la Fiscalía pretende se condene al imputado.

De ello se deriva que el Jurado se expide en relación al hecho, pero no a cualquier hecho, sino a un hecho con significancia jurídica, en el cual debe analizar si han encontrado acreditados mas allá de toda duda razonable todos y cada uno de los elementos típicos de la figura propuesta por la acusación, y por la defensa en caso esta lo proponga, como ocurrió el hecho de autos, que se corresponde al derecho explicado por el Juez en la audiencia, y que los imputados son los autores.

El art. 202 del CPP -como afirma la defesa- señala que, en la segunda etapa del juicio, con exclusiva intervención del Juez profesional se determinará la calificación jurídica y las consecuencias del veredicto. Ahora bien, a poco que se analice, se concluye que la calificación jurídica a que se refiere la norma no puede ser otra que la que derivada de los presupuestos de la acusación y la defensa, que luego se reflejan en las instrucciones particulares redactadas en audiencia contradictoria, a partir de los aportes que realizan las partes. En esas instrucciones se indica el tipo penal y los elementos que tiene que tener por acreditados el jurado para que ese tipo penal objeto de acusación, se pueda considerar probado.

Así, el Juez profesional dice la calificación jurídica, pero es claro que esta no puede ser otra que la que fue materia de discusión el juicio y objeto de las instrucciones al Jurado. Carece de competencia para variar el veredicto del Jurado.

Del propio alegato de la Defensa se evidencia que si se permitiera que el juez profesional calificar el hecho motivo de votación por parte del jurado, recrearíamos el juicio, puesto que calificar el hecho no es otro cosa que considerar que se han probado los extremos del hecho, con lo cual violentaríamos la soberanía que sobre los hechos el legislador dio al jurado popular. Los hechos con relevancia jurídica que el jurado tiene probados son inescindibles de la calificación jurídica.

En definitiva, considero que la interpretación propuesta por las defensas implica sin más, quitar al jurado popular por vía pretoriana, una potestad que el legislador, por mandato constitucional devolvió al pueblo.

Por ello, habré de rechazar la propuesta de la Defensa de analizar en esta audiencia la calificación jurídica, en tanto los veredictos del jurados son los que indican los hechos jurídicamente relevantes en base a los cuales el juez debe declarar la calificación de los hechos.

En lo relativo a que las instrucciones exceden el alegato del Ministerio Público Fiscal, por una parte, y fueron defectuosamente redactadas e informadas por otra, atento que ello es motivo de valoración en caso de impugnación, no corresponde que el suscripto analice o se expida sobre el extremo. Consecuente con ello, tampoco habré de resolver sobre las afectaciones que señala la defensa, le producen la forma en que fueron redactadas y entregadas al jurado las instrucciones particulares.

Resuelta de esa forma la cuestión preliminar planteada, corresponde declarar a Matías Rubén Castillo y a José Luís Rodríguez culpables 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, de conformidad al veredicto dado por el jurado popular.

Ahora si, corresponde analizar si como propone la defensa es posible establecer la pena por debajo del mínimo -en el caso por debajo de la pena única- o subsidiariamente, declarar la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua; o como señala el Ministerio Público Fiscal, corresponde disponer la prisión perpetua porque esta fuera de las potestades de juez en los casos de pena única, analizar agravantes y atenuantes a la misma.

En cuanto a la posibilidad del juez de imponer penas por debajo del mínimo legal, aún cuando alguna doctrina de la talla del Dr. Zaffaroni o de Maximiliano Rusconi sostienen que ello resulta posible en algunos supuestos excepcionales en que la pena resulta desproporcionada e irracional en relación a la conducta ilícita que se pretende punir, entre los cuales se encuentran los casos de prisión perpetua, considero que imponer penas por fuera de las establecidas implica una injerencia del poder judicial sobre el ámbito del poder legislativo, que es inaceptable en un estado republicano de derecho.

En ese sentido se expidió la Procuración General de la Nación cuando consideró "... que el juicio referido a la proporcionalidad de la pena, que se trasunta en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar del mismo, ni imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla, desde que instituye iguales sanciones a todos los que incurran en la infracción que se incrimina como una suerte de salvaguarda de la garantía de igualdad (Fallos: 322:2346; 329:5567). En efecto, V.E. tiene dicho que no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio del mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias facultades (Fallos: 300:700; 321 :92; 327:3597)..." (B., Sebastián Alejandro y otras/ P.SS.AA. homicidio calificado por el vínculo -causa n° 57/10-B 327, L.XLVII, 22/3/2012)

De lo expuesto surge con meridiana claridad que no puede imponerse una pena por debajo del límite establecido en la norma sin afectar la división de poderes que establece como pauta esencial de nuestra organización nuestra Constitución Nacional. Justamente, en la base de nuestra estructura jurídica de republica social democrática de derecho se encuentra la división de poderes, y siendo el poder legislativo el único que puede crear tipos y asignarles penas, no puede ningún juez de la república imponer penas por fuera de las establecidas, a excepción que decretara su inconstitucionalidad. Pero, además, la aplicación de una pena por debajo de esos límites, también violentaría la igualdad de las partes ante la ley; por lo cual habré de rechazar también la imposición de una pena por debajo del límite establecido en el tipo penal.

En lo relativo a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la normas, es también Zaffaroni quien sostiene que la pena de prisión perpetua no "es inconstitucional como pena fija, siempre que en el caso concreto no viole la regla de irracionalidad mínima, pues guarda cierta relación de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad. Sólo lo sería en los supuestos en que esta última condición resulte violada en concreto." (E. R. Zaffaroni - A. Alagia A. Slokar, D. Penal, P.G. seg. ed., Ed. Ediar, pag. 943) postura que toma y extiende en fundamentaciones el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea en los autos "Etcheverry, .. s/ homicidio ..." (Expte. TC N° 4850-0039 del 13/5/2013)

Sin perjuicio de lo señalado por el Dr. Crespo en la audiencia, considero que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es, como enseña reiteradamente nuestra CSJN, un remedio extraordinario que debe ser utilizado en casos verdaderamente excepcionales. Así tiene dicho que "la declaración de inconstitucionalidad es - según conocida doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en

situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 247:121 y sus citas) (Del voto de los Dres. Fayt y Belluscio, CSJN M 102 XXXII "Mill de Pereyra, Rita y otros c/ Pcia de Corrientes" 27/9/01. LL 2001-F-886/906"

En tanto nuestro armado constitucional otorga al igual que su modelo americano a todos los jueces la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, ello como contrapartida genera la obligación de la magistratura de utilizar con extrema cautela esa facultad puesto que es una de las funciones más delicadas de la jurisdicción; la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe considerarse como "última ratio", las normas correctamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de su validez, y solo excepcionalmente se debe declarar su invalidez.

Por ello, si la interpretación de la ley es clara, no es lícito que el juez olvide que su función de aplicar del derecho vigente, atribuyéndose potestades legislativas de que no tiene; y como señala el precedente arriba referenciado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reiteradamente ha ratificado la constitucionalidad de la prisión perpetua, en tanto permite los fines de reinserción social de la pena por aplicación del régimen de progresividad de la ley de ejecución penal; razón por la cual habré de rechazar también la inconstitucionalidad de la pena.

Finalmente, en cuanto al objeto de esta parte del proceso, habré de coincidir con el Ministerio Público Fiscal, cuando con cita del precedente Maldonado de la CSJN que "cuando se trata de homicidios agravados cometidos por mayores, la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: la prisión perpetua" (Maldonado, Daniel Enrique

y otros/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado Causa N° 1174)

Así, la calificación legal que fuera objeto de veredicto, declarando a Castillo y a Rodríguez como autores penalmente responsable del delito de homicidio calificado por su comisión con el concurso premeditado de dos o más personas, y con alevosía, la pena a imponer es la de prisión perpetua conforme lo peticiona por la acusadora, y consecuentemente, no resulta posible realizar las consideraciones del art. 40 y 41 de CP, en tanto no hay merituación posible de la pena.

POR TODO LO EXPUESTO y de conformidad con lo preceptuado en los Arts. 178 sgo. párrafo, 179, 202, 206, 207, 211 y ccss. del C.P.P. y arts.

80 inc. 2 y 6, 45 y 12 del Código Penal;

RESUELVO:

I. CONDENAR a **Matías Rubén Castillo**, D.N.I. ... y a **José Luís Rodríguez**, D.N.I. ..., de demás condiciones personales arriba indicadas a 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 conforme la declaración de culpabilidad dictada oportunamente. Con costas (arts. 268 y cctes. del C.P.P.).

II. DISPONER DESTRUCCIÓN de los objetos secuestrados en el marco de la investigación conforme las previsiones de los artículos 23 del Código Penal y 196 del C.P.P..

III. REGÍSTRESE Queda notificada por su pública proclamación, art. 196 del C.P.P. Oportunamente remítase a la Oficina Judicial para que se practique cómputo de pena (arts. 24 del Código Penal y 259 del C.P.P.) y planilla de costas, dándose debida intervención al Juez de Ejecución.

Cumplida, con sus constancias y previa conformidad del Ministerio Público Fiscal, ARCHÍVESE.

Mauricio Oscar Zabala

Juez