

ACUERDO N° 13/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta (30) días del mes de abril del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **EVALDO D. MOYA y LELIA GRACIELA MARTÍNEZ**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. **ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados **"CASTILLO, MATÍAS RUBÉN - RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS S/ HOMICIDIO. I MPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA"**, Expte. Nro. 33 año 2015 del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- El Tribunal de Impugnación, integrado con los Dres. Liliana Deiub, Federico Sommer y Héctor O. Dedominichi, resolvió revocar y anular parcialmente la sentencia dictada por el señor Juez de Garantías, en lo que respecta a la aplicación de las circunstancias agravantes previstas por los incisos 2° y 6° del artículo 80 del Código Penal. A consecuencia de lo anterior, condenó a Matías Rubén Castillo y José Luis Rodríguez como co-autores penalmente responsables del delito de Homicidio Simple y ordenó el reenvío del legajo a un nuevo juicio de cesura para que se establezcan las respectivas penas de los imputados.

II.- Disconformes por la modificación de la calificación legal derivada de ese pronunciamiento, el Ministerio Público Fiscal articuló la impugnación extraordinaria que aquí cabe decidir.

Concretamente, el señor Fiscal Jefe, Dr. Fernando Rubio, expresa como argumento central de su recurso que el Tribunal de Impugnación asumió su intervención en flagrante violación al artículo 238 del Código Procesal Penal por falta de requisitos esenciales de la impugnación llevada por una de las defensas y; **"subsidiariamente"** (así subrayado y destacado en el recurso) *"por haberse pronunciado más allá de lo habilitado por el Código de Forma en abierta violación al debido proceso, al haber violentado los principios del sistema acusatorio provincial plasmados en el art. 7 de la norma, particularmente los principios de contradicción e inmediatez"*. De igual modo, sostiene que la decisión resulta arbitraria por poseer fundamentación aparente y no obedecer a una solución derivada del razonamiento lógico, y por ende ser violatoria del debido proceso.

Por no ofrecerse otras pruebas que los soportes fílmicos que acompañan el legajo, el mismo fue remitido sin más trámite a la Secretaría Penal de este Tribunal Superior.

En fecha 9 de abril pasado se concretó la audiencia de ampliación de fundamentos (art. 245 y 249 del C.P.P.N.) a la cual asistieron las partes intervinientes -por la Fiscalía, la señora Fiscal Jefe, Dra. María Dolores Finochietti y por la Defensa, el señor

Defensor General, Dr. Ricardo H. Cancela- formulándose las respectivas alegaciones y refutaciones.

Habiendo quedado así las actuaciones en condiciones de ser resueltas y llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo Darío Moya y Dra. Lelia Graciela Martínez.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes **CUESTIONES:**

1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar?y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el **Dr. EVALDO DARÍO MOYA,** dijo: el recurso se encuentra presentado en término y por quien tiene legitimación para actuar. No obstante, entiendo que no están dados los requisitos de procedencia establecidos en el Código Adjetivo. Me explico:

Como se recuerda, el documento recursivo fundó la viabilidad de su pretensión bajo los dos primeros incisos del artículo 248 del Código ProcesalPenal.

El primer supuesto se vincula con lo que antiguamente se denominaba "Recurso de Inconstitucionalidad", el cual era viable frente al agravio proveniente de la forma de interpretar la Constitución, dando preferencia a una ley, ordenanza, decreto o reglamento en perjuicio de un derecho que aquélla estableció y que se ha desconocido.

Y es evidente que esa hipótesis siquiera se ha sugerido por la parte recurrente, ya sea por escrito o en la respectiva alegación oral.

Es que aquí, huelga decirlo, no se ha efectuado una crítica a la constitucionalidad de una ley (entendida ésta en sentido amplio), de un decreto, reglamento u ordenanza que fuera aplicada por los magistrados de la instancia anterior, sino que todo su peso crítico se ajustó a los argumentos del fallo; circunstancia debidamente destacada por el señor Defensor General al momento en que le tocó refutar este recurso (cfr. acta de audiencia y su respectivo soporte de audio, minutos 18:21 a 18:42). Al ser ello de esta forma, la primera vertiente de procedencia reclamada por el acusador público es manifiestamente inadmisibile. El segundo motivo que también menciona la Fiscalía (248, inc. 2° CPPN), tiene por objeto traer a conocimiento y decisión de esta Sala aspectos vinculados con cuestiones federales que luego podrían articularse ante el Máximo Tribunal Nacional por vía del Recurso Extraordinario Federal. Con ello, no sólo se asegura el planteo tempestivo de los agravios de pretensa naturaleza federal, sino también la indelegable intervención del tribunal superior de la causa, exigencias que no solo derivan de la propia ley, sino también de copiosa jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional (cfr. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo "El Recurso Extraordinario", 2° Ed., Nerva, Bs. As., págs. 219, 223 y ss).

Por su fin y naturaleza, se sabe que el recurso extraordinario referenciado en la norma bajo análisis es excepcional y de aplicación restrictiva, por la gravedad de la función que, por esa vía pudiera cumplir luego la Corte en cualesquiera de los tres supuestos establecidos en la Ley 48. Y por otra parte, es bueno recordar que el objeto del recurso extraordinario federal es el mantenimiento de la supremacía constitucional y no la sumisión a la Corte de cualquier causa en que pueda existir agravio o injusticia, ya que no se propone rectificar toda injusticia que pueda existir del fallo apelado, sino mantener la supremacía nacional.

Si bien el escrito ha propuesto un caso de arbitrariedad de sentencia, esa hipótesis resulta en extremo restrictiva y debe demostrarse fehacientemente por quien la alega para no convertirlo en llave de una tercera instancia ordinaria (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, entre muchos otros).

Sentada así la directriz general vinculada a este tópico, corresponde el estudio del agravio propuesto:

En primer lugar, sostiene el Ministerio

Fiscal que si la antigua defensa del imputado Castillo no presentó ningún cuestionamiento frente a las instrucciones dadas al jurado popular, no cabía que el Tribunal de Impugnación ingresara a tratar dicho contenido al amparo de un supuesto estado de indefensión del encartado.

Agrega en este plano que el artículo 238 del C.P.P.N. plantea motivos recursivos específicos en torno a los cuales los jueces no pueden apartarse y que, al proceder el tribunal a-quo de ese modo, violó el principio acusatorio, asumiendo los magistrados el rol de la defensa en pos de la "regularidad" del proceso.

Ahora bien: el fundamento dado por el apelante en este punto me lleva a las siguientes reflexiones:

a) En primer lugar, es claro que la ausencia

de una defensa eficaz debe analizarse siempre atendiendo a la totalidad de las circunstancias del proceso. Ello así pues según la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional "(...) no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de ese tipo significaría 'restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas' pues 'el acto u omisión del defensor que [...] es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro' (Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984). Además, un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho o desacuerdos entre el defensor y su pupilo no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde las decisiones de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal..." (C.S.J.N., Fallos 324:3632, disidencia de los Dres. Enrique S. Petracchi, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert, considerando 7°, coincidente a su vez con la doctrina de Fallos).

- b) Es por ello que con base en esas amplias facultades que tiene el letrado defensor en cumplimiento de su labor, "no es su obligación fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan mínimamente viables" (C.S.J.N., Fallos 310:2078 y 320:874, entre otros).
- c) Ese restrictivo criterio con el que debe evaluarse el modo de ejercer tan elevado ministerio no debe, sin embargo, llevar a pasar por alto que "(...) En materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa; la tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor, asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio [...] (C.S.J.N., Fallos 5:459; 192:152; 237:158; 255:91; 311:2502)..." (C.S.J.N., Fallos 304:1886).
- d) Dentro de tan delicado equilibrio, si se repara en que el agravio de la Fiscalía se dirige a censurar, principalmente, que el Tribunal de Impugnación

ingresó al estudio y posterior desestimación de las circunstancias agravantes del homicidio previstas en los incisos 2° y 6° del artículo 80 del C.P. a pesar de la falta de un cuestionamiento tempestivo por parte de la defensa, va de suyo que la propia crítica del recurrente sirve para poner en evidencia la importancia y significación que representaba un planteo oportuno en este aspecto.

e) Obsérvese que de no ser por la interpretación dada por el a-quo a la inactividad del letrado particular, esa omisión se habría proyectado perjudicialmente para el imputado en dos aspectos trascendentales: 1) la subsunción legal de su conducta en una de las figuras más gravosas que el Código Penal establece, con obvio correlato en la sanción más aflictiva que tiene nuestro derecho positivo, como lo es la pena de reclusión perpetua; y 2) la imposibilidad de recurrir, llegado el caso, dicha calificación legal por no haberse objetado las instrucciones de neto corte condicionante impartidas al jurado (art. 238, inc. "c", a contrario sensu, del C.P.P.N.).

f) No cabe duda entonces, más allá de la prudencia con que debe evaluarse la estrategia de cualquier defensa, que no estamos frente a una mera negligencia del letrado (incapaz de afectar la garantía en estudio, según doctrina del Címero Tribunal Nacional en Fallos 247:161; 296:65; 306:195, entre otros), sino ante una omisión de particular significación, capaz de derivar en aquel estado de indefensión, pues implica no sólo consentir que su cliente se vea sometido a una figura penal doblemente agravada y con una única pena posible (lo que detrae considerablemente cualquier margen de discusión ante el juez profesional acerca de la calificación legal y la pena aplicable, conf. Art. 202, 2° párrafo, in fine, del C.P.P.N.), sino también la posibilidad de acudir a una vía recursiva idónea para reexaminar esa calificación legal y cumplir con un básico derecho de su defendido (art. 8.2.h. C.A.D.H.).

g) Al ser ello de esta forma, la conclusión a la que arribaron los magistrados del Tribunal de Impugnación para ingresar al tratamiento de las circunstancias calificantes del homicidio no puede tacharse de "arbitraria". Por el contrario, ha sido respetuosa de la revisión integral del fallo condenatorio (C.S.J.N., Fallos: 328:3399), lo que solamente se satisface con la posibilidad de revisión amplia a través de un recurso eficaz. Y dicho argumento no se ve conmovido por las expresiones volcadas en el recurso por parte del Dr. Rubio, respecto a que los jueces resolvieron ignorando la *teoría del caso* del abogado

particular, ya que el recurrente no explica (en abono de su aserto) de qué manera esa actividad defensiva -que restaba obvias posibilidades recursivas- podía encontrar razón en algún tipo de estrategia capaz de importar cierta ventaja, aunque fuere mínima, respecto de su cliente.

Es obvio que la legitimación irrestricta al imputado a su derecho al recurso contra el fallo penal no puede ser completa ni satisfactoria si el Estado no estuviera obligado a otorgarle una defensa técnica eficaz que lo asista.

Así lo ha puesto de resalto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 327:5095, "*Nuñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación extraordinario*", donde se han volcado elocuentes fundamentos que refutan abiertamente la tesis de la Fiscalía, en cuanto a la imposibilidad de suplir la negligencia de la defensa por una supuesta violación a la igualdad de las partes y del contradictorio. Me permito transcribir algunas de ellas:

"(...) este Tribunal tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos: 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502) [...] El deber de garantizar a toda persona sometida a proceso penal un auténtico patrocinio como el exigido por el art. 18 de la C.N., no es función exclusiva de esta Corte sino que debió ser resguardada por los tribunales de las instancias anteriores..." (cfr. considerandos 7° y 16, el subrayado es propio). Dicho criterio, a su vez, fue seguido por la Corte en fallos posteriores (Fallos 329:1209 y 1794; 330:1016 y 5092 y 332:1095, entre otros).

Por los argumentos dados, entiendo que el modo de proceder del a-quo no ha sobrepasado los márgenes razonables de la potestad jurisdiccional y el planteo en este punto también deviene inadmisibile.

Sentado ello, corresponde el análisis de la fundamentación del fallo rebatida por el apelante, en torno a la desestimación de las circunstancias agravantes del homicidio.

Para proceder del modo en que lo hizo, el

Tribunal de Impugnación se ocupó de transcribir en primer término las instrucciones específicas que se les dio al jurado popular y que 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 personas? 2) La intervención de esas dos 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 con 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?".

A partir de allí, concluyó que el denominado "concurso premeditado" hacía a una circunstancia fáctica que debió ser probada en el juicio de responsabilidad por parte del jurado y que tal presupuesto no puede ser presumido en el marco de esas instrucciones. Agregó también que la intervención de dos o más personas en la muerte de otra, disminuyendo las posibilidades de defensa, no lleva sin más a configurar esa agravante y que tampoco surge en qué consistía el supuesto consenso de voluntades o el accionar individual.

De igual forma, estimó que tampoco se encontraba debidamente configurada la Alevosía por la sola situación de indefensión de la víctima, en tanto aquella figura legal requiere un componente subjetivo y que el sujeto actúe sobre seguro, lo que implica un obrar sin riesgo que no se daba en el caso, al salir la víctima del domicilio en el cual se resguardaba, munido de un objeto contundente (un caño) para hacerles frente. En palabras del Tribunal de Impugnación *"(...) de la descripción 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..."*.

Tales aseveraciones, si bien son censuradas por la Fiscalía en la impugnación extraordinaria, lo fueron al amparo de soslayar dichos fundamentos al expresar, por ejemplo, que los jueces no revisaron debidamente las grabaciones del debate (fs. 44 vta.); que cuatro personas se le abalanzaron a la víctima y que una la acuchilló por la espalda, lo que evidencia un concurso

premeditado; que existió un convenio entre ellos o que es absurdo que los autores no hayan actuado sobre seguro porque el fallecido salió de la casa con un caño, etc. (cfr. audio de la audiencia y acta que la documenta, en especial fs. 54 y vta.).

En lo que respecta a la agravante que remite a la premeditación de los sujetos intervinientes (art. 80 inc. 6° C.P.), se sabe que la doctrina ha clasificado los elementos que la caracterizan del modo siguiente: "1. *Persistencia en la resolución -ideación, deliberación, resolución y manifestación de la misma, es decir, exteriorización-*; 2. *Transcurso de cierto tiempo -se relaciona directamente con la persistencia aludida-* 3. *Ánimo frío y sereno -antes de la ejecución, ya que durante la misma obviamente si la persona es normal debe alterarse su espíritu-* 3. *Maquinación o planificación -coordinación de ideas y elección de medios-*. 5. *Predisposición de los medios seleccionados...*" (cfr. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni [directores] Marco A. Terragni [coordinador] "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Bs. As., 2007, pág. 445).

La ausencia de ciertos elementos sustanciales para la configuración de la agravación del homicidio en los términos del artículo 80, inc. 6° del Código Penal; en particular, la falta de una descripción concreta en la maquinación, en la planificación de esa idea y en la elección de los medios para llevarla a cabo fue puesta de manifiesto expresamente por el Tribunal de Impugnación durante su análisis, lo que tiene, conforme a lo consignado en el párrafo anterior, un basamento jurisprudencial y doctrinal suficiente. Lo mismo ocurre con la Alevosía (art. 80, inc. 2°, ídem).

En efecto: este Cuerpo, aunque con otra integración, se ha encargado de fijar criterio sobre este punto, afirmando que: "*...Objetivamente, la alevosía necesita una víctima indefensa, por no estar en condiciones de defenderse, ya sea por no poder advertir la agresión o por no estar en condiciones de hacerlo, pero que pueda ser capaz en otras circunstancias de defenderse o de ser defendida por un tercero. El autor puede llevar a la víctima a esa situación o aprovecharse de ella. Pero la esencia del delito se encuentra en la parte subjetiva del actuar, ya que **exige del autor una acción preordenada para matar sin peligro para su persona y esa falta de riesgo debe ser decisiva para su acción.** El dolo es necesario. (...). **'No hay alevosía si la víctima estaba de espaldas y el ataque fue sorpresivo, pero la ventaja que esa situación brinda no fue ni***

buscada ni tenida en cuenta como una condición para obrar, sino que fue un hecho accidental no incluido en el proceso subjetivo del autor, ni determinante de su quehacer (ST. Chubut, 14/10/68, JA, res. 1969-684, n° 12, citado por Rubianes, Código Penal, T° 4, pág. 122)...” (Acuerdo n° 21/1995, el destacado me pertenece).

Consecuentemente, si tal como lo recepta el fallo en análisis, la víctima salió del lugar donde se refugiaba con un elemento contundente para hacerle frente a los imputados, la circunstancia de que la puñalada lo fuera aprovechando el momento en que uno de los menores logró trabarle el caño que portaba en sus manos no lo coloca en la indefensión requerida por la norma, en tanto ello resultó de una circunstancia fugaz y accidental, propia de la dinámica en que se produjo el enfrentamiento.

Al ser ello de esta forma las valoraciones y ponderaciones realizadas por el Tribunal de Impugnación, además de obedecer a cuestiones de hecho y prueba ajenas a la instancia federal (y por ende ajenas al andarivel recursivo que invocan, previsto en el artículo 248, inc. 2° del C.P.P.N.), no colocan el decisorio en un supuesto de arbitrariedad de sentencia capaz de concitar la competencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional, ya que éste ampara exclusivamente aquellos casos en los que el fallo impugnado padece de una gravedad extrema que la descalifican como pronunciamiento judicial válido (C.S.J.N., Fallos 294:376 y 425; 295:931; 296:82; 308:641; 310:1707; 314:1404 y 324:1721, entre muchos otros), lo que a la luz de lo expuesto evidentemente no ha acontecido.

En virtud de estas consideraciones el recurso articulado por esta vía de reclamación es igualmente inadmisibile. Tal es mi voto.

La **Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ**, dijo:
coincido con el tratamiento y solución dado por el señor Vocal preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la **segunda y tercera cuestión**, el **Dr.**

EVALDO DARÍO MOYA, dijo: Atento al modo en que se resolviera la cuestión precedente, el tratamiento de las presentes deviene abstracto. Tal es mi voto.

La **Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ**, dijo:

comparto lo manifestado por el señor Vocal del primer voto, a esta segunda y tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: Con costas en la instancia (art. 268 del C.P.P.N.).

La **Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ**, dijo:

adhiero a la solución dada por el Vocal preopinante a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE**

RESUELVE:

I.- DECLARAR INADMISIBLE LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA deducida por el señor Fiscal Jefe, Dr. Fernando Rubio, en contra de la sentencia n° 6/15 dictada por el Tribunal de Impugnación, por no darse los requisitos inherentes a su procedencia formal, de acuerdo a las consideraciones efectuadas (art. 248, incisos 1° y 2°, a contrario sensu, del C.P.P.N.).

II.- Con costas en la instancia (art. 268, ídem).

III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

EVALDO D. MOYA
Vocal

LELIA GRÁCIELA MARTÍNEZ
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA

Secretario