

SENTENCIA N° cuarenta y cuatro /2015.- En la ciudad de Neuquén, a los **veintidós días del mes de julio de 2015**, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por la **Dra. Florencia Martini**, el **Dr. Fernando Zvilling** y el **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, presidida por el segundo de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en instancia de impugnación, en el caso judicial denominado **"CARVAJAL, Daniel Alberto y otros s/homicidio doblemente calificado"**, identificado bajo legajo **MPFNQ 10123/14**.

Intervinieron en la instancia de impugnación el Dr. Gustavo Vitale como defensor oficial y el Dr. Maximiliano Breide Obeid como fiscal.

ANTECEDENTES:

En el juicio por jurados populares desarrollado en esta ciudad durante los días 23 y 24 de febrero Daniel Alberto Carvajal fue encontrado culpable por 10 votos contra 2 por el delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego conforme las previsiones de los Arts. 79 y 41 bis del C.P. Se le endilgó que el 25 de noviembre de 2.013, cerca de las 5 AM en calle Aimogasta de la Toma ubicada sobre calle Ignacio Rivas, mató de un disparo de arma de fuego a Ariel Cotarruz.

Concretamente, por sentencia nro. 26/2015 recaída en el presente legajo, dictada el 3 de marzo de 2015 por la Dra. Carina Alvarez, resolvió: I.- **DECLARAR a DANIEL ALBERTO CARVAJAL** titular del DNI. N° 20.436.458 **CULPABLE** en calidad de autor del hecho por el que viene acusado, el que provisoriamente -y hasta la determinación de la pena- se califica como de HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (Arts. 79 y 41 bis del CP).

Asimismo, mediante sentencia de determinación de pena fecha el 16 de abril de 2015, la mencionada magistrada resolvió: I.- **CONDENANDO a DANIEL ALBERTO CARVAJAL titular del DNI N° 20436458** de demás circunstancias personales referidas en el legajo, como autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del Código Penal), a la pena de QUINCE (15) AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, e Inhabilitación Absoluta por igual término (Art. 12 del C.P.), en base a las consideraciones expuestas. II.- Imponiendo al condenado las costas del proceso (Art. 270 del C.P.P).

Contra dicha sentencia la defensa oficial del imputado Carvajal interpuso recurso de impugnación en

los términos previstos por los arts. 242 y concordantes del CPP.

Es así, que con fecha 23 de junio del corriente se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 245 en la que se debatieron oralmente los fundamentos del recurso interpuesto por el Dr. Vitale.

Practicado el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: **Dr. Alfredo Elosú Larumbe, Dr. Fernando Zvilling** y la **Dra. Florencia Martini**.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge del art. 193 y 246 del Código de rito, se ponen a consideración las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto?

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, dijo:

El recurso fue presentado en término y el impugnante se encuentra legitimado para cuestionar el pronunciamiento recurrido, revistiendo el mismo carácter definitivo, pues pone fin a la causa.

La impugnación resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se

configuran -a juicio del recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que propone.

Por todo ello considero que debe declararse la admisibilidad formal de los recursos de impugnación deducidos (arts. 233, 236, 238 y 239 del CPP).

No obstante ello, en atención a que la fiscalía ha cuestionado la admisibilidad formal de los agravios que no se vinculan directamente con las instrucciones dadas al jurado sobre la base de la taxatividad que, desde su óptica impone el art. 238 del CPP, resulta necesario efectuar algunas consideraciones.

De acuerdo a la óptica de este observador el derecho constitucional del imputado a recurrir la sentencia dictada en su contra ante otro tribunal tiene el mismo alcance cuando la condena emana de un tribunal compuesto por jueces profesionales, que cuando se apoya en el veredicto dictado por un jurado popular. Cuando se habla de recursos, a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados no les interesa el método procesal que cada estado federal ha elegido para juzgar a las personas. El acento no se pone en la clase de tribunal -técnico o popular- que emite la condena. Contrariamente, la cuestión se mira desde la

óptica del imputado y de la tutela plena de su derecho fundamental a una revisión "amplia e integral" de los hechos, del derecho y de la prueba de la sentencia que lo condena.

El bloque constitucional vigente establece que la sentencia que se dicta en el marco de un juicio por jurados es impugnabile de manera amplia. Ello implica una revisión integral y directa de los hechos, del derecho y de la prueba producida en el debate¹.

Cuando los jueces del Tribunal de Impugnación analizan el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en un juicio por jurados, deben controlar que se encuentren presentes los mismos estándares que

¹ Analizando el art. 448 bis, inciso d) el Código Procesal Penal Bonaerense -compatible con el art. 238 del CPP de Neuquén-, Harfuch explica que "Cuando su cliente es condenado, un abogado defensor puede recurrir bajo el argumento de que el veredicto del jurado no superó el estándar probatorio de duda razonable. No recurre porque haya habido errores del juez. es más, las instrucciones podrían haber estado impecablemente impartidas y, sin embargo, a su juicio, el veredicto de culpabilidad no se condice con el *quántum* y el peso de la prueba de los hechos que efectivamente se produjo. La misión ordinaria de la Casación, y de las Cortes de Apelaciones del *common law*, es decidir si el veredicto de culpabilidad se ajusta a ese estándar o no. Dentro del amplísimo margen de agravios que se abren para la defensa bajo el test de la duda razonable, la ley estipula esta situación particular prevista en el art. 448 bis, inc. d) del CPP. Así como el recurso contra las instrucciones permite revisar en casación el proceso de determinación de los hechos que hace el jurado en su veredicto, mediante este inciso la defensa puede traspasar esta etapa adjudicativa, ir más allá y *cuestionar de manera directa en el recurso los hechos probados por el jurado*. El centro del recurso no será ya algún posible error en las instrucciones (de derecho de fondo, constitucional o de prueba), sino el manifiesto alejamiento del jurado de la prueba de cargo para condenar. (HARFUCH, Andrés, "El juicio por jurados...", pag. 343/4).

habilitan la condena en un juicio común. En este sentido el test objetivo de duda razonable adquiere un lugar preponderante.

El hecho de que el jurado no motive su decisión, no exime a los jueces de la impugnación de verificar la existencia de las mismas razones objetivas que permitirían arribar a una sentencia condenatoria en un juicio con jueces profesionales.

Si luego de una valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida consideran que la condena debe ser confirmada, deben motivar su decisión sobre la base de razones objetivas. En cambio, si luego del mismo proceso valorativo, entienden que la condena no puede sostenerse a partir de las evidencias producidas, la sentencia declarativa de culpabilidad debe ser dejada sin efecto.

La garantía constitucional a un doble conforme *-amplio e integral-* en materia penal y a la defensa en juicio de la persona, tutelan el derecho del imputado a que, cuanto menos en el fallo que confirma la sentencia de culpabilidad, se expresen clara y objetivamente las razones que justifican la condena luego

de atravesar el tamiz que impone el método de la sana crítica racional y el test de duda razonable.

Por otro lado, cabe destacar que este ha sido el criterio adoptado en las conclusiones que se votaron sobre el cierre del Congreso Internacional de Juicios por Jurados realizado en la ciudad de Neuquén en el mes de mayo del corriente año.

En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo declarar la admisibilidad formal del recurso interpuesto por la defensa.

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

La *Dra. Florencia Martini*, dijo: Adhiero al voto del Juez preopinante.

SEGUNDA: ¿qué solución corresponde adoptar?.

El *Dr. Alfredo Elosú Larumbe*, dijo:

A) Los cuestionamientos oportunamente plasmados por el Sr. Defensor en el recurso de impugnación interpuesto se estructuraron sobre la base de diversos agravios.

1) Planteo Principal. Invalidez de la sentencia por ausencia de recaudos esenciales.

Sostuvo que la sentencia se dictó fuera del plazo legal. Se pronunció el 17 de abril de 2015 luego de leída la parte dispositiva el 9 de abril. Es decir seis días después. La sentencia tiene fecha 16 de abril, pero el juez presentó la sentencia el 17 de abril conforme constancias de la OFIJU. El art. 212 establece que en los juicios por jurados serán aplicables supletoriamente las normas previstas para el juicio común en cuanto sean compatibles y a falta de normas particulares establecidas especialmente. Que a su vez, el art. 195 en el anteúltimo párrafo dice que la lectura de la sentencia se llevará a cabo en el plazo de cinco días.

En segundo lugar, consideró que la sentencia también carece de validez porque no contiene la transcripción de las instrucciones dadas al jurado. Es decir que en la sentencia que lleva fecha 16 de abril no contiene ninguna instrucción. Se trata de una formalidad establecida en el art. 211 del CPP como recaudo esencial, ya que como los jurados no explican los fundamentos de la condena, por lo menos tienen que transcribirse las instrucciones dadas al jurado. La fiscalía va a tratar de

sostener que se pueden dictar dos sentencias y después integrar ambas. Ello no es así. En los juicios por jurados se dicta una sola sentencia. Hay un punto donde hay incompatibilidad entre el juicio común y el juicio por jurados. La sentencia que dicta el juez es después de la cesura.

Hay otra resolución que lleva fecha 3 de marzo que se notificó al día siguiente de dictada la sentencia. Pero esa resolución, afirmó, no puede integrar la sentencia. En esa resolución se transcribieron las instrucciones y el veredicto, pero como se dijo no integran la sentencia. Además, el principio de continuidad impide que se interrumpa el proceso por casi un mes y medio.

Que en este caso, se debió dictar una única sentencia luego de la etapa de cesura. Harfuch así lo sostiene cuando dice que *"si la sentencia es condenatoria se materializará luego de la cesura...En esa sentencia se transcriben las instrucciones y el veredicto de culpabilidad"*.

Añadió que no se trata de una simple transcripción formal. Afecta la garantía de contar con una decisión fundada. Y, consecuentemente, es una garantía para

poder ejercer el derecho al recurso (art. 238 de la Constitución de Neuquén).

Por lo tanto la sentencia es nula. Pero no pedimos que se haga otro juicio art. 20 y 96 del CPP, sino que se dicte una sentencia absolutoria. Cita jurisprudencia del Tribunal de impugnación (caso "González Saad" del Tribunal de Impugnación y caso "Salas" del TSJN).

2) Planteos Subsidiarios.

a) Se ha condenado con duda.

Se contaminó al jurado dándole información que no se le debía dar. Ningún testigo identificó al autor del hecho.

Hubo unas actas de reconocimiento en rueda de personas que la fiscalía no ofreció como prueba. Por eso la defensa pidió que no se hable sobre esas actas. Pero ello no se cumplió y el jurado se contaminó.

El testigo Soto mencionó al "viejo". En la audiencia lo nombró como Carvajal. Pero no dijo el nombre ni lo describió.

El testigo Martínez lo mencionó como "Chueco". No obstante no se probó que ese haya sido su apodo y, por cierto, ese no es su apodo.

Brian Cotarruz mencionó en el juicio al autor como una persona al que le decían "el chueco". Sin embargo, en el contrainterrogatorio dijo que no lo conocía ni por el nombre ni por el apodo.

Nadie describió al autor por sus características físicas. No se contó con huellas dactilares. No se incorporó ninguna otra circunstancia que probara con certeza la identidad del autor -por ejemplo si en ese lugar vivía otra persona-.

Claro que es muy difícil refutar la sentencia porque no se cuentan con fundamentos. La contaminación al jurado se planteó como cuestión previa. Se lo advertimos a la jueza. Concretamente, se le solicitó que no permitiera a los testigos hablar sobre la rueda ya que el acta no había sido ofrecida como prueba. Pero esa petición fue rechazada. De esa manera, Cotarruz le dijo al jurado que él identificó a Carvajal en una rueda de personas. Los jurados escucharon información que no podía escuchar.

En base a ello, solicitó la nulidad del veredicto y de la sentencia sobre el principio *in dubio pro reo*.

b) Inconstitucionalidad del art. 35 del CPP. Carvajal fue juzgado a través de esta modalidad contra su voluntad.

Consideró que el juicio por jurados es un derecho del imputado. Si ello es así, también puede ejercer su derecho a ser juzgado por jueces comunes. En Neuquén se reglamentó el juicio por jurados como una potestad represiva de los fiscales. El art. 24 de la CN avala esta postura.

Citó diversos autores que han defendido esta tesis. También mencionó la normativa del CPP de la Provincia de Buenos Aires que, según su postura, se adecúa a la Constitución Nacional.

c) Inconstitucionalidad de los Arts. 209 y 211 del CPP. Potestad del jurado de declarar la culpabilidad si expresar razones.

Se le ha dado la capacidad de condenar una persona, pero desconoce la capacidad de explicar por qué. Esa fundamentación debe estar presente aunque sea mínimamente. Se trata de un aspecto bochornoso del juicio por jurados. Ante esta ausencia de fundamentación se produce un déficit recursivo que viola claramente el art. 8.1 de la CADH. La defensa debe imaginar argumentos. Se

viola la racionalidad de los actos de gobierno (art. 1 de la CN). Cita diversa y calificada doctrina de juristas que avalan esta posición. Hay un derecho fundamental a saber por qué se condena.

d) Inconstitucionalidad del art. 207 que permite condenar con ocho voto sobre doce.

Puso de manifiesto que, si bien es la misma proporción que la que deben respetar los jueces profesionales, la cuestión es muy distinta. Ello es así porque en los juicios comunes los magistrados explican las razones de sus decisiones. La unanimidad podría servir como una "válvula" para contrarrestar la ausencia de motivación. Pero, tal como está estructurada la cuestión, se nos presenta un sistema claramente autoritario. Citó la opinión de Harfuch y de otros autores para fundamentar su pretensión.

Consideró que una condena de 8 votos contra 4 es ilegítima ya que se basa en la duda. Y una condena con duda afecta el sistema de garantías y, en especial, la presunción de inocencia que tutelan los arts. 1, 18, 33 y 75 inc. 22 de la CN, 8 y concordantes de la CADH y 14 y concordantes del PIDCyP. En este caso, la condena con diez votos es irrazonable.

e) Calificación jurídica y pena.

En primer lugar, la defensa consideró que en este proceso no se cumplió con el art. 202 que manda a discutir la calificación jurídica en la segunda fase. Que ello se evidencia con mayor claridad en este caso, ya que nunca se discutió la calificación. Guste o no, no hay ninguna duda que se violó la letra del art. 202 del CPP. En los juicios por jurados la cesura tiene dos objetos: discutir la calificación y la pena.

Se dio la calificación jurídica como instrucción en la primera etapa y luego no se volvió a discutir. Esto da lugar a la nulidad por violación al principio contradictorio.

En segundo término, expresó que no se transcribió de manera completa la norma penal -es decir, comprensiva de la sanción- cuando se le explicó el derecho al jurado. El jurado tiene que conocer cuál es la pena que va a tener cada uno de los delitos por los que va a condenar. Los jueces conocen las consecuencias de sus actos. Por lo tanto el jurado también debe hacerlo.

En tercer lugar, planteó que existió duda acerca de si el jurado comprendió el derecho en relación a los elementos del homicidio simple. Planteó la invalidez de

la instrucción que dice que "el homicidio simple es matar a otro intencionalmente". Ello, debido a que en forma contradictoria, se le explicó al jurado que: "Se entiende por intención: 1) Cuando el propósito directo del autor es matar. 2) Cuando el autor está consciente de que la muerte es una consecuencia natural o indirecta de su acto. 3) Cuando el autor está consciente de que su conducta pone en considerable riesgo la vida humana, es decir cuando sabe que la muerte es una consecuencia posible.

Al respecto, expresó que las opciones 1 y 2 son incompatibles con la número 3. Destacó en tal sentido, que el jurado no respondió por cuál de estos supuestos condenó. Es absolutamente distinta cada una de estas opciones. Por ejemplo si hubiera elegido la opción 3, podría sostenerse que se trata de un caso de culpa. Esto tiene una enorme significación jurídica. Además, es importantísimo para discutir la pena: si la muerte fue perseguida como meta o sólo aceptando la posibilidad.

En cuarto lugar, planteó la inaplicabilidad de la agravante establecida en el art. 41 bis del Código Penal.

En esta dirección, explicó que el art. 41 del Código Sustantivo establece la gravedad del medio

empleado para graduar la pena. Consideró que no se puede volver a agravar la sanción en virtud de la utilización de un determinado medio utilizado para realizar la acción ya que ello implica una doble valoración y una violación a la prohibición del *ne bis in idem*. En apoyo de su tesis, citó fallos del Tribunal de Juicio de Tierra del Fuego en los que se resolvió que la agravante del art. 41 bis del CP ya está abarcada en el tipo del art. 79 del CP y en las pautas del art. 41 del CP.

En quinto lugar, expresó que si prospera el planteo de mutar la calificación hacia la figura de homicidio simple, la pena a imponer debe ser de ocho de prisión o, en su caso, nunca debe exceder los once años de prisión.

En esta dirección, entendió que este tribunal debe modificar los parámetros para fijar la pena en base a las siguientes razones.

Naturaleza de la acción. La sentencia dijo que se trataba de un hecho inmotivado. En cambio, la fiscalía dijo que se trataba de un hecho vinculado con un hecho anterior de robo. Es decir que la sentencia no se adecuó a la petición de la acusación.

Además, la sentencia no determinó si el obrar del autor ha sido intencional o si sólo aceptó la posibilidad.

Subsidiariamente, debe tomarse a favor del imputado la opción más leve y aplicar el mínimo de la pena.

Se tomaron en cuenta perjuicios civiles para fijar la sanción. La extensión del daño no tiene que ver con las consecuencias familiares.

Se agravó la pena por su reiterancia. Considerar los antecedentes es aplicar el derecho penal de autor.

Se mencionó como atenuante el estado de salud del imputado. Sin embargo no se entiende una pena de quince años de prisión.

En virtud de todo lo expuesto, solicitó que se declare la nulidad de la sentencia recaída en este proceso y, consecuentemente, se absuelva al imputado. Subsidiariamente, solicitó que se adecué la sanción sobre la base de las peticiones efectuadas.

B) Cedida la palabra al Sr. Fiscal, el Dr. Breide Obeid cuestionó la admisibilidad formal del recurso. Expresó que el CPP establece taxativamente los

motivos los motivos por los cuales pueden impugnarse este tipo de decisiones. Destacó en tal sentido, que el único motivo que tiene para impugnar la defensa son las instrucciones -art. 238 CPPP- y que la defensa consintió expresamente las instrucciones dadas al jurado -generales y particulares-.

Contestando a los agravios concretos planteados por la defensa, señaló que no advierte cuál es el agravio de la defensa. Los fundamentos de la sentencia fueron expresados el mismo día de la cesura. Ello le permitió al impugnante ejercer su derecho al recurso y por lo tanto no hay perjuicio.

Las instrucciones generales y particulares sí están en la sentencia. Las particulares son cuatro y despejan toda duda respecto de la clase de dolo aplicado.

En la audiencia de cesura sí se discutió el tema del art. 41 bis. Ello surge del acta de dicha audiencia.

Con respecto a la prueba valorada en la cesura, la jueza hizo una valoración del daño psicológico causado al hijo -porque lo mató adelante de él-.

En relación a los antecedentes, expresó que la jueza valoró el antecedente condenatorio. Tuvo tratamiento penitenciario y éste no tuvo efecto.

Respecto del planteo de duda razonable, afirmó que en las instrucciones generales se les explicó claramente qué es la duda razonable y todo el alegato de la defensa tuvo que ver con este aspecto.

Destacó que sostener que un acta de una rueda de reconocimiento es prueba es un error grave de litigación. Es el testigo quien va a explicar en el juicio que sucedió en esa rueda. No puede pretenderse, como lo hace la defensa, que ello contamine al jurado.

Se superó el estándar de duda razonable porque el mismo jurado, correctamente instruido sobre la materia, superó ese estándar sobre la base de la prueba que se produjo y que se escuchó en el debate. Sobre este aspecto, mencionó que Cotarruz conocía al imputado de vista y que Juan Soto declaró que lo había reconocido en rueda de reconocimiento.

Respecto de la inconstitucionalidad el 207 del CPP, indicó que el TSJN ya resolvió negativamente esta cuestión en el precedente "González". Asimismo,

destacó que los criterios de mayoría o unanimidad están discutidos en el mundo.

Seguidamente, expuso que debe rechazarse la inconstitucionalidad de la norma que establece la ausencia de fundamentación del voto de los jurados. Consideró que se trata de un planteo inadmisibile ya que ha sido la CN en 1853 y 1994 quien ha ratificado esta forma de juzgamiento.

Por último, afirmó que debe descartarse el agravio vinculado con el derecho que, según la defensa, posee todo imputado de optar por el juicio por jurados y a no ser oblijo a que lo juzguen mediante esta vía. En tal sentido, puso de realce que ha sido la provincia de Neuquén quien a través de su legislatura y en uso de su competencia soberana ha regulado esta forma procedimental en los arts. 35 y 173 inciso 1 del CPP.

Cedida la última palabra a la defensa, el Dr. Vitale indicó que si realmente la defensa consintió lo que o tenía que consentir, es decir una instrucción, el tribunal debería anular el juicio por haberse tratado de una defensa ineficaz.

Asimismo, expresó que nunca subestimó al jurado porque no entendió que era dudada razonable. Lo que

sostiene es que se condenó con duda razonable que es algo distinto.

Respecto a la rueda de reconocimientos, consideró que el art. 164 dice que la acusación tiene que contener el ofrecimiento de la prueba documental. Por eso, si la fiscalía quería exhibir el reconocimiento en rueda, debió ofrecerlo conforme lo establece el art. 164 CPP. De otra forma, se preguntó ¿cómo se puede determinar que ese reconocimiento era válido?.

Finalmente, destacó que el agravio que la fiscal está en la parte resolutive de la sentencia.

C) Llegado el momento de resolver las cuestiones planteadas, analizaré cada uno de los agravios planteados por el Dr. Vitale conforme el orden en el que han sido desarrollados en la audiencia de impugnación.

1) Planteo Principal. Invalidez de la sentencia por ausencia de recaudos esenciales.

La defensa hizo referencia a una constancia de la OFIJU que daría cuenta que la sentencia ingresó al sistema el 17 de abril. Sin embargo, de las constancias del legajo se desprende que dicha sentencia fue "registrada" o "protocolarizada" en dicha fecha. Ello, valga señalarlo, es algo muy distinto a que se "dicte" el

día señalado. De acuerdo al nuevo sistema procesal, los jueces dictan la sentencia y la remiten electrónicamente a la OFIJU. La fecha de dictado de la sentencia es, consecuentemente, la que surge del registro informático. Ello es así, con independencia de la fecha en que la autoridad administrativa protocoliza internamente dicho documento. La defensa, pese a la facultad que le confiere el art. 243 del CPP, no aportó ninguna prueba sobre esta pretendida falsedad. Entiendo que las razones expuestas son suficientes para rechazar del plano el planteo incoado. Pero más allá de ello, aún en ese hipotético escenario irregular, no puede perderse de vista que el mismo día de la audiencia de cesura se expresaron oralmente los fundamentos del fallo y la pena impuesta. Por lo expuesto, debe rechazarse el planteo toda vez que no se ha materializado perjuicio alguno que fundamente la pretendida sanción -art. 227, última parte, del CPP-.

En lo que respecta a la invalidez de la sentencia debido a que la misma no contiene la transcripción de las instrucciones dadas al jurado, dicho agravio también debe rechazarse. La defensa construye su argumentación sobre la base de una afirmación que entiendo resulta equivocada: que en los juicios por jurados debe

dictarse una única sentencia luego de practicada la cesura. De esta manera, desconoce el carácter de "sentencia" del decisorio que lleva fecha 3 de marzo y concluye que en la sentencia de fecha 16 de abril no están transcriptas las instrucciones.

A diferencia de lo planteado, advierto que el procedimiento llevado a cabo por la jueza profesional que intervino en el juicio se adaptó en un todo a la normativa establecida en los arts. 195 y 212 del CPP. En primer lugar, porque el art. 212 establece la aplicación supletoria de las normas del juicio común en cuanto sean compatibles y porque no hay ninguna manera de sostener válidamente que hacer dos sentencias, una sobre la responsabilidad y otra sobre la pena, es incompatible con los juicios por jurados. No desconozco que en la práctica hay jueces de garantía que optan por hacer una única sentencia y otros -como la jueza que intervino en este caso- que redactan dos instrumentos separadamente. No obstante ello, y más allá de que personalmente entiendo que la metodología procesal utilizada por la Dra. Alvarez es la correcta -arts. 195 y 212 del CPP- , se trata de una cuestión discutible. Ahora bien, más allá de la apuntada discusión que puede generarse sobre este aspecto, no abrigo

ninguna duda en que la adopción de una u otra forma no generan la invalidez pretendida. Lo determinante es que "las" o "la" sentencia contengan todos los recaudos esenciales que establecen los arts. 194, 195, 196 y 21 del CPP. En el caso que nos ocupa, las instrucciones generales y particulares dadas al jurado popular se encuentran debidamente transcriptas en la sentencia de fecha 3 de marzo, razón por la cual considero que se ha dado formal cumplimiento a la exigencia prevista en el art. 21 del Código de Formal. Lo afirmado por la Defensa no es otra cosa que pretender la nulidad por la nulidad misma, sin que exista perjuicio o afectación al ejercicio del derecho de defensa. No se advierte qué perjuicio puede existir cuando los requerimientos del acto procesal se encuentran satisfechos en una o dos sentencias diferentes.

2) Planteos Subsidiarios.

a) Se ha condenado con duda.

Conforme se observó al describir los agravios en el apartado A) de esta sentencia, la defensa considera que se ha condenado con duda. Sin embargo, como presupuesto de dicha conclusión plantea que el jurado ha sido contaminado con información que no debía conocer. Concretamente, sostiene que los testigos no podían

referirse a las ruedas de personas practicadas en la etapa de investigación ya que las actas de dichas ruedas no habían sido ofrecidas como prueba por el fiscal -art. 164 CPP-.

Según el razonamiento del Dr. Vitale, si se excluyen las referencias hechas por los testigos respecto de las ruedas de reconocimiento de personas, y fundamentalmente, si el jurado no hubiera escuchado esas partes de las declaraciones, no hubieran condenado. Ello es así, desde la óptica del defensor, debido a que la restante prueba producida resulta insuficiente para arribar a un veredicto de culpabilidad. En tal sentido, mencionó que nadie indicó con nombre y apellido al imputado; que no se probó que a Carvajal lo apoden "chueco"; nadie lo describió por sus características físicas; y no se levantó ninguna huella dactilar que lo inculpe.

En primer lugar, debo señalar que tal como lo afirmó el Sr. Fiscal no resulta necesario ofrecer como prueba el acta de una rueda de reconocimiento ya que dicha acta no tiene tal entidad. En efecto, conforme lo establece la regla prevista en el art. 182 del CPP, la prueba que hubiese de servir de base a la sentencia deberá

"producirse" en la audiencia de juicio, salvo las excepciones expresamente previstas.

En el supuesto planteado, el testigo se presenta ante el tribunal y a partir del interrogatorio de las partes expone qué fue lo que sucedió y en qué actos de investigación participó. Si participó de una rueda de reconocimiento, le explica al jurado qué fue lo que aconteció en la misma y a qué resultado se arribó. Toda precisión al respecto debe ser requerida por las partes en el interrogatorio y contrainterrogatorio. Y si surgiere alguna contradicción, esa acta puede ser utilizada como declaración previa en los términos del art. 188 del CPP.

Lo planteado por la defensa en relación a que si no se ofrece el acta como prueba no hay forma de controlar la legitimidad de dicho acto no tiene ningún asidero. La defensa participó de dicha rueda, y si hubiera existido algún supuesto de actividad procesal defectuosa lo debería haber planteado oportunamente -en todo caso, previo a que finalice la etapa de control de la acusación-. Venir a sostener ahora que no hay -ni hubo- manera de saber si el reconocimiento en rueda de personas fue válido, máxime cuando no se efectuó oportunamente ningún cuestionamiento

en los términos del art. 168 párrafo cuarto del CPP, es un planteo absolutamente inadmisibile.

Desechado este agravio, cabe preguntarse si la prueba producida durante la audiencia de juicio permite satisfacer el estándar objetivo que plantea el test de la duda razonable. Al respecto, no debe perderse de vista que la única crítica que la defensa hace al respecto se refiere a la duda sobre la identidad de la persona que le disparó a la víctima. Específicamente, sostiene que los testigos que se refirieron a dicha cuestión no brindaron datos concluyentes sobre este aspecto. Veamos.

Conforme surge de la sentencia dictada el 3 de marzo de 2015 -no atacada en lo referente a su comunicabilidad- el testigo BRIAN DAVID COTARRUZ, hermano de Ariel Cotarruz, señaló en juicio que "a su hermano lo mataron el 25 de noviembre del año 2013; que ese día siendo estimativamente las cinco de la tarde, estaban afuera del patio de la casa de su hermano tomando un jugo con algunos vecinos, Juan, "Kelo", Maxi y su sobrinito de cuatro años de edad. Que vieron tres personas caminando por Aimogasta. Que como Araneda tenía problemas con esas personas, se retiró del lugar. Cuando los tres sujetos están llegando, pasan frente al dicente y sus amigos, siguen caminando pero

se vuelven, y uno de ellos le preguntó quién era el dueño de esa casa, contestando su hermano que era él; en eso saltó Darío Pérez y le dijo "vos me acusaste de haber robado", discuten, cuando de repente ve que Carvajal, que estaba ubicado atrás, sacó un arma, los otros dos también y les apuntó a todos; "y sin ninguna motivo le dio un tiro a mi hermano"; que su hermano salió corriendo mientras que el dicente quedó parado, sin saber qué hacer, mientras que ellos seguían apuntando a los otros; que también puso el arma en el pecho de Soto, disparó pero no salió la bala, allí el dicente salió corriendo. Que cuando Araneda los ve cruzar la calle Ignacio Rivas, se fue. Que Carvajal le disparó a su hermano, estando su sobrinito al lado. Que el revólver que tenía Carvajal, tenía tambor"...Que a Carvajal lo conocía de vista del barrio, y que le decían "el chueco"... "no tiene duda alguna que la persona que disparó y mató a su hermano es Carvajal; que fue a una rueda de reconocimiento y señaló a Carvajal.

A preguntas de la Defensa sostuvo que prestó tres veces declaración testimonial, aclarando que cuando fue por primera vez a declarar, conocía a Carvajal de vista pero estaba shockeado por la muerte de su hermano y no dijo el nombre; que "toda la Toma lo conocía por el

nombre" (sic), es así que cuando fue a la rueda de reconocimiento ya sabía el nombre porque "todo el barrio lo vio y le dijeron quién era" (sic). A preguntas del Fiscal sostuvo que con el paso de los días se enteró del nombre de quién diera muerte a su hermano.

El testigo JUAN DOMINGO SOTO señaló en debate que conocía a Ariel Cotarruz porque era su vecino; que cuando lo mataron el dicente estaba presente. Que ese día salió de trabajar a las 13.30 horas, llegó al barrio, paso por la casa de Ariel se quedó unos minutos, se fue a su domicilio; más tarde volvió a la casa de su vecino, compartió un agua debajo de un tamarisco; estaban Brian su hermano, otra persona de apodo Kelo, Maxi, compartiendo una jarra con agua; que en esa oportunidad Maxi contó que tenía problemas con "una gente que lo andaba buscando"; se quedaron charlando, cuando media hora después se aproximaron tres personas, Maxi dice "Uy ahí vienen" (sic), el dicente miró a su izquierda y vio por Ignacio Rivas caminando a tres personas, de la cual conocía a dos. Que el declarante miró porque la persona que estaba a su lado y que aquellos buscaban salió corriendo; que llegan estas tres personas, y Robertito preguntó quién era el dueño de la casa, a lo que Ariel contestó que él, y aquel sujeto le

recrimina "vos dijiste que yo saque algo de la casa de...", discuten sobre eso con Ariel. Darío también le recrimina la misma situación. En ese momento, una persona sacó un revólver gatilló al piso, se acercó a Ariel y le disparó. Que conocía a Robertito, un chico joven, chileno, el otro sujeto también era joven, viven en el barrio; Robertito no tiene más de treinta años y el otro también, quien es incluso más joven. El tercero sujeto "era un viejo"... "Que cuando le disparó a Ariel, el dicente lo quedó mirando asombrado, y este mismo sujeto le disparó al pecho pero afortunadamente la bala no salió. Que el arma era un revólver con tambor de color negro. En ese momento no supo el nombre de quien disparó, a la hora, cuando llegó la policía se hablaba ya del nombre de una persona. Que fue a una rueda de reconocimiento y reconoció al mismo sujeto del disparo. Se enteró que el nombre de la persona que disparó era Carvajal.

Seguidamente el testigo ROGELIO JAVIER MARTINEZ, dijo en la audiencia que conocía a Ariel Cotarruz del barrio, y a quien le pagaron un tiro, así señaló "le pegaron un tiro al lado mío" (sic). Que eran como las 16 horas, el dicente tenía un terreno a cuatro de Ariel, y estaba charlando con su vecino debajo de un árbol (señala

en la imagen exhibida en la sala su ubicación), y con Brian, Maxi, Juan y el hijo de Ariel (de 4 años), cuando Maxi dice "allá vienen aquellos" (sic), y el dicente vio venir a tres personas caminando por la calle Aimogasta; que cuando llegaron los tres muchachos, buscando a Maxi, Ariel que estaba parado comenzó a discutir con Torres. Que el dicente los conocía a los tres del barrio, principalmente a Torres y al más chico, a Carvajal lo conocía muy poco, pero lo había visto en el barrio. Ariel y Torres discutían, reclamándose por un robo, Ariel le decía que en su casa no fuera a prepotearlo porque estaba su hijito, "se puso caliente" (sic), Carvajal sacó un arma, Ariel le pidió por favor que no la sacara, hizo dos pasos, Carvajal le apuntó y le disparó; el dicente estaba al lado de Ariel, que saltó del susto y salieron todos corriendo. Aclaró que Maxi estaba cuando los vieron venir pero no cuando disparó, porque cuando los ves venir salió corriendo. El dicente escuchó gritar a Ariel de dolor, que salieron corriendo cada uno a su casa. Que luego, Torres y Carvajal, pasaron por el portón de la casa del dicente, y como Brian le dijo "hijo de puta le pegaste a mi hermano", allí Carvajal le apuntó con el arma pero no disparó. Que después se enteró por Brian donde vivía Carvajal en el barrio, pero lo

conocía de vista. También señaló que en rueda de reconocimiento identificó a Carvajal. A preguntas de la Defensa sostuvo que conocía a Carvajal por el apodo de "chueco", que el día de los hechos no conocía su nombre, pero sí por su apodo y del barrio.

Esta ha sido la prueba producida en el juicio vinculada con la autoría de la persona que le disparó a la víctima.

Se trata de tres testigos presenciales sobre los cuales la defensa no ha efectuado cuestionamientos vinculados con la veracidad de sus dichos. Es decir, la defensa les cree a los testigos pero considera que no han sido lo suficientemente claros ya que, entre otros aspectos, no lo describieron físicamente y no señalaron su nombre completo -sólo el apellido-.

Realmente, no sólo considero que se ha arribado al estándar que permite condenar cuando no se advierta una duda razonable de la autoría y responsabilidad, sino que, además, advierto que son pocos los casos en los que se cuenta con tanta evidencia de calidad para fundar una condena. Carvajal mató a Cotarruz a plena luz del día delante de tres personas que vinieron al juicio y explicaron con lujo de detalles como se había

desarrollado el suceso. Los tres explicaron que habían participado en una rueda de reconocimiento y que lo había reconocido; que primero le disparó a Ariel Cotarruz y luego le quiso disparar a Soto pero la bala no salió; y que el disparo se produjo estando el hijo de la víctima presente.

Brian Cotarruz lo conocía de vista del barrio, sabía que le decían "chueco", se enteró después de su nombre. Estaba al lado de su hermano y afirmó no tener ninguna duda de que Carvajal lo mató.

Soto brindó una referencia física que distinguía a Carvajal de los otros dos agresores: dijo que a diferencia de estos que eran jóvenes el que disparó era "viejo". En un primer momento no sabía el nombre del imputado pero luego se enteró que se llamaba Carvajal. Como se dijo, lo reconoció en una rueda de personas. Carvajal le apoyó el revolver en el pecho y gatilló. Es decir que lo tuvo "cara a cara".

Martínez dijo que a Carvajal lo conocía muy poco, pero lo había visto en el barrio. También aclaró que lo conocía por su apodo y que luego se enteró cuál era su apellido. También señaló que estaba al lado de Cotarruz cuando le disparó.

En fin, frente a este contundente marco probatorio es muy poco lo que se puede agregar. Entiendo que el jurado ha llegado a una decisión que se apoya en la prueba producida en el juicio y que, en consecuencia, su veredicto debe considerarse razonable.

En atención a ello, propongo el rechazo de los agravios tratados.

b) Inconstitucionalidad del art. 35 del CPP. Carvajal fue juzgado a través de esta modalidad contra su voluntad.

En primer lugar, debe señalarse que si bien, tal como lo póstula la defensa, el art. 24 de la Constitución Nacional está comprendido en la parte de principios derechos y garantías, no todas las disposiciones se refieren a garantías del imputado. Ello, a tal punto que el art. 23 regula el estado de sitio (suspensión de derechos y garantías), y el art. 1 regula la forma de gobierno, por lo que este argumento no sustenta el carácter de "derecho del imputado" que pretende el impugnante respecto del Juicio por Jurados.

Asimismo, como bien lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de acuerdo al principio primario de sujeción de los jueces a la ley,

éstos no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad" ("González, Fernando David s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal Gravemente Ultrajante", Expte 04/09, Protocolo 40/11 del 23/06/2011). La inconstitucionalidad de la norma ritual es una decisión de tal gravedad que impone a quien lo pretende, según indicó la Corte en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (CSJN Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros). Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (CSJN Fallos: 247:121; 314:424 y sus citas y 319:178, entre otros) -cfr. fallo citado-.

Por otro lado, es necesario destacar que el art. 75 inc. 12 de la CN regula las facultades que las provincias le han delegado al Congreso Nacional, derivándose de dicha norma que la facultad de dictar los códigos de procedimiento es una facultad del legislador local.

A través de la sanción de la ley 2784 la Legislatura de Neuquén ha implementado el juicio por jurados y ha establecido, entre las diversas normas de aplicación de esta modalidad de juzgamiento, que la competencia del tribunal que va a intervenir -técnico o popular- la fija el juez sobre la base de la pretensión punitiva que expresa el fiscal. La Constitución Nacional nada dice sobre el particular. Se limita a establecer en el art. 118 que los juicios criminales se deberán realizar a través de jurados luego de que se establezcan en la República dicha institución. Ello implica una obligación futura y progresiva de implementar este tipo de procedimiento criminal pero, de manera alguna, establece pautas determinadas de implementación.

Como se dijo, la forma en que cada estado provincial cumple con la manda constitucional del art. 118 es cuestión que se reserva cada provincia.

En atención a lo expuesto, considero que el art. 35 del CPP no resulta contrario a los arts. 24 y 118 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, debe rechazarse el referido agravio.

c) Inconstitucionalidad del art. 207 que permite condenar con ocho voto sobre doce.

En la audiencia de Impugnación, la defensa planteó la inconstitucionalidad del veredicto de condena cuando este no conformado por unanimidad. Indicó que a diferencia de lo que ocurre en casi toso los estados del *common law* en Neuquén se puede condenar a una persona sin que exista la "certeza" de la unanimidad de 12 votos.

Que tal como lo resolviera este Tribunal de Impugnación en el caso "Morales" - Legajo MPFNQ 10544/2014, resuelto el 16/04/2015, e integrado por los Dres. Zvilling, Cabral y por la Dra. Martini-, debo señalar que la inconstitucionalidad de la norma ritual no fue debidamente fundada por el impugnante. Se trata de una cuestión fundamental ya que una declaración de tal gravedad impone a quien lo pretende, según indicó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades, demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo

un gravamen, y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (CSJN Fallos: 310:211 y sus citas; 327:1899 y 328:1415, entre otros). Las leyes debidamente sancionadas y promulgadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Norma Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (CSJN Fallos: 247:121; 314:424 y sus citas y 319:178, entre otros).

Debe advertirse que mientras se pretende la inconstitucionalidad de una norma procesal, basándose en el art. 18 de la Constitución Nacional y en otras normas concordantes a esta, la Defensa soslaya que los arts. 24 y 118 de la Carta Fundamental expresamente contemplan la instauración del Juicio por Jurados, sin referencia alguna a las mayorías necesarias para un veredicto de culpabilidad. La facultad de dictar los códigos de procedimiento es una facultad del legislador local conforme lo establece el art. 75 inc. 12 de la Carta Fundamental.

A su vez, resulta de aplicación la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto sostiene que la declaración de

inconstitucionalidad de un precepto legal -como lo es el artículo 207 del código procesal penal- es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerado como la *última ratio* del ordenamiento jurídico.

Es claro que no es el caso, desde la Defensa limitó sus argumentos a señalar que en este caso la mayoría de 10 votos conduce a la duda, y no a la certeza que exige una condena. Sin embargo, se trata de una afirmación no desarrollada desde el plano argumental, ya que se pretende una declaración de inconstitucionalidad abstraída del recurso sometido a consideración de este Tribunal.

d) Inconstitucionalidad de los Arts. 209 y 211 del CPP. Potestad del jurado de declarar la culpabilidad sin expresar razones.

La defensa sostiene que se le ha dado al jurado la capacidad de condenar una persona, pero desconoce la capacidad de explicar por qué. Entiende que esta ausencia de fundamentación produce un déficit recursivo que viola claramente el art. 8.1 de la CADH y que se opone al art. 1 de la CN que consagra la racionalidad de los actos de gobierno.

Entiendo que debe rechazarse este planteo. Al igual que lo señalado en los dos casos anteriores, no puede perderse de vista que la declaración de inconstitucionalidad es una decisión de último recurso en el que se debe presentar una oposición clara y manifiesta entre el texto de la constitución y la norma que se reputa contraria a ella. A lo dicho precedentemente sobre estos aspectos particulares me remito.

Pero por otro lado, no puede perderse de vista que la Constitución Nacional establece expresamente la necesidad de implementar los juicios por jurados, como así también que este tipo de procedimiento se caracteriza porque en el veredicto no se expresan las razones de la decisión. Así ha sido el juicio por jurados desde siempre, y así como lo pensó el constituyente cuando, inspirado en los modelos preexistentes, incluyó esta exigencia en el art. 118 de la Carta Fundamental.

Asimismo, no es acertado señalar que al imputado se lo condena sin expresión de razones. En una primera etapa, las razones de la condena deben buscarse en la descripción de la acusación que el jurado entiende probada sobre la base de las pruebas producidas en el juicio.

Ya en una segunda fase de control, el derecho al recurso adquiere un rol decisivo. Por ello es absolutamente necesario otorgar a la impugnación el carácter amplio que venimos postulando. El condenado tiene derecho a un recurso en el que pueda discutir absolutamente todo. Y en el marco de este derecho integral a recurrir se enlaza el derecho a que el tribunal que revisa la condena exprese las razones de la decisión que va a adoptar.

e) Planteos vinculados con la calificación jurídica y la pena.

1) No se cumplió con el art. 202 que manda a discutir la calificación jurídica en la segunda fase.

Sobre el punto, distintas Salas de este Tribunal de Impugnación y el Tribunal Superior de Justicia se han expedido. La calificación jurídica no se discute en la cesura, sino que como claramente lo establece nuestro ordenamiento procesal, el marco de los hechos se fija mediante las instrucciones sobre el derecho que el Juez técnico brinda al Jurado. Como sostuviéramos en "MENDEZ, HECTOR DAVID S/Homicidio", identificado como legajo MPFNQ 10637/2014, es imprescindible recordar que el Jurado es el

"Juez de los hechos", en tanto que el Juez técnico que dirige el debate es el "Juez del derecho".

El Tribunal Superior de Justicia, sobre el punto, señaló que lo que tiene que hacer el Jurado es determinar con la prueba producida en el juicio, si las proposiciones fácticas que las partes dieron se prueban y contribuyen a su teoría del caso.

De lo contrario, de no cuadrar con el supuesto previsto por la parte acusadora, dictarán un veredicto de no culpabilidad. Esas proposiciones fácticas son cuestiones que, en conjunto, determinan que el hecho juzgado se califique de tal o cual manera.

Por ello es imprescindible dejar sentado que el Jurado, si bien no determina en forma concreta la calificación legal del caso, debe decidir sobre conductas tipificadas en la ley, ya que tanto el Código Procesal Penal de la Provincia, como la Constitución Nacional le otorgan la función de pronunciar su veredicto sobre todas las cuestiones introducidas en las 'instrucciones' que le entrega el Juez profesional para la deliberación, el debate y la decisión. Y en esas instrucciones deben estar contenidos todos los elementos que, tanto objetiva como subjetivamente, integran la figura penal en trato. Es

decir, la subsunción de los hechos (a través de proposiciones fácticas) en el derecho (calificación legal).

Cabe agregar que para que las instrucciones estén correctamente brindadas deberán contener todos los elementos que configuren el delito de que se trate, para que luego, en la audiencia de cesura, se concrete la calificación legal y la pena aplicable al caso.

La actuación del Jurado en esta etapa se determina conforme al art. 205 del C.P.P.N., que dispone que se impartirán las instrucciones, se le explicará los puntos controvertidos del caso, las cuestiones esenciales a decidir y la disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma sencilla y clara.

Se entiende entonces, que el Jurado debe ser instruido por el Juez profesional interviniente, de modo tal que sus miembros comprendan claramente las opciones que marca la ley penal respecto de lo que van a decidir y, traduciéndoselas a un lenguaje claro y sencillo deberá hacerle saber que ellos podrán determinar, por ejemplo, que no se ha producido el hecho material o que, por el contrario, efectivamente se lo ha cometido. Y luego, si cabe la posibilidad de aplicación al caso de diversas

figuras agravantes o atenuantes, darle las armas para que fije la acción probada que, eventualmente, con posterioridad vuelque en el veredicto.

2) No se transcribió de manera completa la norma penal -es decir, comprensiva de la sanción- cuando se le explicó el derecho al jurado. El jurado tiene que conocer cuál es la pena que va a tener cada uno de los delitos por los que va a condenar.

Respecto de este agravio, debe señalarse en primer lugar, debe señalarse que no existe norma alguna en el código ritual que prevea la incorporación en las instrucciones de la pena correspondiente al tipo penal.

En segundo término, resulta contradictorio este planteo desde que en el anterior agravio la misma defensa postuló que fuera el Juez Técnico, en la cesura, quien determinara la calificación jurídica y la pena.

De cualquier modo, el argumento es meramente formal. La defensa escuetamente señaló que era necesario indicar al Jurado la pena aplicable, sobre la base de las "consecuencias" de su veredicto.

Esto es sumamente discutible. Basta señalar a respecto que si se pretende que el Jurado emita

un veredicto -de culpabilidad o inocencia- sobre la base de la "evidencia" o "prueba" producida en el debate, la información sobre la pena aplicable podría influir emocionalmente sobre los ciudadanos, lo que vendría a debilitar el estándar probatorio.

Además no puede perderse de vista que, de considerarse correcta la postura del impugnante, esa parte habría incurrido en un déficit de litigación. Ello es así, toda vez que esta cuestión ni siquiera fue propuesta como una "instrucción" al Juez técnico para que fuera oportunamente brindada al Jurado.

3) Existió duda acerca de si el jurado comprendió el derecho en relación a los elementos del homicidio simple. Invalidez de la instrucción que dice que "el homicidio simple es matar a otro intencionalmente".

La defensa planteó que las instrucciones mediante las que se le explicó al jurado "qué es matar con intención" resultan inválidas porque no es lo mismo realizar la acción de matar como meta principal que como resultado posible. Señaló, además, que el perjuicio se materializó en el caso porque el jurado no se expidió al respecto.

Considero que este agravio debe rechazarse de plano toda vez que las instrucciones ahora cuestionadas fueron brindadas por el Juez técnico sin que la Defensa las objetara, o propusiera algunas diferentes. Si la defensa consideraba que el dolo o el tipo de dolo podía discutirse sobre la base de la evidencia producida en el juicio, y si, consecuentemente, pretendía alguna manifestación específica por parte del jurado popular sobre este aspecto, debió decirlo en el momento oportuno.

Tal como se señaló en el precedente "Morales" -precedentemente citado-, debemos recordar que el Art. 205 del código procesal penal prevé la celebración de una audiencia previa a la deliberación, con los abogados de las partes, para que presenten sus propuestas en la elaboración de las instrucciones. Y las partes deben dejar constancia de sus disidencias u oposiciones, para el eventual recurso contra el fallo. Incluso, los abogados podrán anticipar sus propuestas de instrucciones, presentándolas por escrito, entregando copia al juez y los abogados de las demás partes. Es claro el contenido de la norma, que no sólo contempla la necesidad de objetar las instrucciones, a su criterio indebidamente impartidas, sino que además faculta a la defensa a proponer las propias. Y

esto guarda estricta vinculación con la "teoría del caso" de la parte, la que obviamente es anterior al Juicio. De allí que pretender que en la instancia de Impugnación el Tribunal aborde el análisis sobre la corrección o incorrección de las instrucciones -generales y particulares- que la parte no objetó (ni propuso), es algo completamente inadmisibile.

El nuevo sistema acusatorio requiere una tarea completamente diferente de las partes respecto del anterior sistema procesal. Era a la defensa a quien le correspondía objetar esa instrucción. No sé por qué no lo hizo. Pudo deberse a una cuestión de estrategia procesal o simplemente porque, como parece desprenderse de la evidencia que se produjo en el debate, no había ninguna razón para pensar que el actor actuó con otro dolo que no sea el directo. En definitiva y tal como se dijo, venir en este momento a cuestionar algo que se omitió hacer en la correspondiente etapa procesal es a todas luces inadmisibile.

Pero más descabellado es aún pedir que se declare la nulidad del juicio apoyado en una petición de "auto defensa ineficaz", tal como lo hizo el Dr. Vitale al hacer uso del derecho a la última palabra. Tal como se dejó

entrever en el párrafo precedente, de la prueba producida en el debate se desprende que no era necesario instruir al jurado sobre este aspecto porque nunca se discutió el tipo de dolo aplicable.

4) Inaplicabilidad de la agravante establecida en el art. 41 bis del Código Penal.

Este agravio no merece mayores consideraciones desde que la Defensa no objetó la instrucción impartida al Jurado sobre el empleo del arma de fuego. Esto guarda relación con el desarrollo efectuado precedentemente sobre los "hechos" y el "derecho" aplicable y el contenido de las "instrucciones". Si la Defensa consideraba que no era aplicable la circunstancia agravante, debió litigar sobre las instrucciones impartidas al Jurado Popular vinculadas al empleo de un "arma de fuego" en el homicidio.

5) Modificación de los parámetros para fijar la pena. Calificación legal y pautas previstas en el art. 41 del C.P.

Descartada la inaplicabilidad del agravante genérico (art. 41 bis del Código Penal), la escala penal se mantiene entre los diez años y ocho meses

de mínimo, y treinta y tres años con cuatro meses de máximo.

Respecto de la naturaleza de la acción, concretamente si la sentencia se apartó de la petición de la fiscalía en el sentido de vincular el hecho a un robo anterior cuando la magistrada valora que se trató de "un hecho inmotivado", no le asiste razón a la Defensa por las siguientes razones: la fiscalía sostuvo en la audiencia de cesura que "debían operar como agravantes las características del hecho, en cuanto fue una "muerte sin sentido" (...) comenzó una discusión sin sentido por un presunto robo sufrido por la víctima, y sin que mediara provocación ni justificación, Carvajal sacó un arma y a sangre fría mató a Ariel Cotarruz, sin importarle que a su lado estaba su hijo de tan sólo cuatro años de edad".

De la lectura del párrafo transcrito emerge con claridad la pretensión de la fiscalía de estimar como agravante la naturaleza de la acción en tanto provocó "una muerte sin sentido" a partir de "una discusión sin sentido" por un presunto robo sufrido por la víctima. Lejos de vincular el hecho al robo anterior, la Fiscalía resalta la desproporción en la reacción de Carvajal (con mayor razón si se tiene en cuenta que la discusión por el

presunto robo no la inicia Carvajal sino Pérez, tal como se describe en la sentencia de responsabilidad). Y en este aspecto la magistrada recepta la tesis de la fiscalía valorando como agravante esta circunstancia: "Comparto lo expuesto por el Dr. Vignaroli en cuanto a que ninguna muerte violeta tiene sentido, pero en el caso particular, no existía motivo alguno para que Carvajal asesinara a sangre fría a Cotarruz como lo hizo, disparando contra su humanidad frente a su hijo y amigos, importando un matiz diferencial de ejecución delictiva idóneo para poner de relieve un accionar más grave y que merece mayor reproche".

Respecto a la extensión del daño causado, la defensa cuestiona que las consecuencias colaterales hacia el grupo familiar conectada en forma objetiva con la realización del tipo puedan valorarse, entendiéndose que la extensión del daño se vincula estrictamente al bien jurídico. No obstante, lo que valora la magistrada es justamente el impacto del hecho sobre el hijo pequeño de la víctima, al hallarse presente cuando Carvajal le da muerte. Lógicamente se trata de una circunstancia asumida por el agresor que integra el hecho y debe ser mensurable como agravante.

Finalmente la Defensa se agravia por la estimación como agravante de la reiterancia de su asistido entendiendo que afecta el non bis in ídem como así el principio fijado por el art. 19 de la Constitución Nacional. En este aspecto, y más allá de la exégesis dada por el Defensor, lo cierto es que la interpretación mayoritaria sostiene que se trata de una circunstancia agravante en tanto manifiesta la resistencia del penado al tratamiento penitenciario y se encuentra expresamente previsto por el art. 41 de Código Penal, comprendida la reiterancia como antecedentes condenatorios aún cuando no sirvan para declarar la reincidencia en los términos del art. 50 del Código Penal.

Por las circunstancias expuestas es que deviene inatinerente la pretendida aplicación del mínimo de la escala penal, en tanto los agravantes valorados por la magistrada no han podido conmoverse por los argumentos del impugnante, resultando adecuado a derecho el quantum fijado en la sentencia en atención a las pautas oportunamente evaluadas en la sentencia.

Los Dres. **Florencia Martini** y **Fernando Zvilling**, dijeron: Por compartir los argumentos esgrimidos

por el juez que emitió el primer voto, adherimos a sus conclusiones.

Sin perjuicio de ello, vamos a efectuar algunas breves consideraciones sobre los Reconocimientos en Rueda de Personas, que, según la defensa, no fueron debidamente introducidos como prueba. Esta confusión debe aclararse, ya que es esencial al sistema de formación de la prueba en el nuevo ordenamiento procesal.

En causa "POSSO, Walter Raúl - MORALES; Rodrigo Leonel y VAZQUEZ, Ricardo César s/Robo Calificado", Expte. n° 76/2012, señalamos que los arts. 247 y 248 del Código Procesal Penal establecen rigurosas reglas para la práctica del Reconocimiento en Rueda de Personas. Concretamente, el art. 247 impone que la persona que haya de practicarlo será interrogada para que describa a la persona de que se trata, en tanto que el art. 248 determina que en caso de una identificación positiva, quien la hiciera deberá designar clara y precisamente, manifestando las diferencias y semejanzas que observara entre el estado actual -al momento del reconocimiento- y el que presentaba al momento del hecho. Es decir, el acto procesal se desdobra, con el fin de un mayor control sobre la fuente de información. En la primera parte, en lo que se refiere a la

exigencia de descripción previa de la persona originariamente percibida, la finalidad es procurar la "autenticidad" del reconocimiento, permitiendo al juez cerciorarse de que el señalamiento no es fruto de "sugestión" alguna (D'Albora, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, p. 340). Desde el plano estrictamente epistemológico, la descripción previa impone una regla o estándar, que, como bien señala Núñez, es un "medio de controlar la veracidad del reconociente" (Núñez, Ricardo. Código Procesal Penal de Córdoba, p. 243).

En el mismo sentido lo explica José I. Cafferata Nores (Reconocimiento en Rueda de Personas, Ed. Mediterránea. p. 59) en cuanto la descripción previa también procura asegurar que el recuerdo esté intacto. "La descripción tiende a verificar la forma en que la imagen se conserva..., la descripción servirá para valorar el resultado del reconocimiento, cotejando las concordancias entre la persona reconocida y la descrita" (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sent. del 8/11/74, pub. en Boletín Judicial de Córdoba, t. XIX, p. 23). Estos datos deben ser también necesariamente tomados en cuenta porque hacen a la existencia, calidad o inexistencia del primer término de la comparación, o sea a la primera imagen,

presupuesto psicológico de la existencia del reconocimiento como tal".

En conclusión, por una parte la descripción tiende a verificar las condiciones en que se captó la imagen, y la forma en que se conserva; por otra, servirá para valorar el resultado del reconocimiento, cotejando las concordancias entre la persona reconocida y la descripta.

Entonces, es claro que el legislador pretendió reducir en el mayor grado posible el número de errores en perjuicio de imputado (falsos positivos) por sobre los falsos negativos. Es una regla o estándar que no puede desatenderse al momento de la valoración. El debido cumplimiento del acto, los recuerdos previos y las diferencias y semejanzas son datos que deben ser cuidadosamente analizados para garantizar un reconocimiento adecuado a la normativa legal. En el actual sistema procesal (Ley 2784), el art. 140 contempla similares recaudos para la práctica de los Reconocimientos de Personas. Sin embargo, y esto es lo que pasó por alto la Defensa, el código procesal veda la incorporación por lectura de las constancias escritas, según lo dispone expresamente el art. 182. Así "La prueba que hubiese de

servir de base a la sentencia deberá producirse en la audiencia de juicio, salvo excepciones expresamente previstas. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción cuando sea posible. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor". Desde esta óptica, es claro que el Reconocimiento en Rueda de Personas no es un "Anticipo Jurisdiccional de Prueba" (art. 155 C.P.P.). En el nuevo sistema procesal, el Juez de Juicio ni siquiera conoce las constancias escritas, en este caso, las Actas de Reconocimiento en Rueda de Personas que la defensa pretende que sean valoradas como "prueba autónoma". Son las partes quienes deben interrogar al testigo sobre los Reconocimientos en Rueda de Personas practicados, en función de su "teoría del caso". La Fiscalía hizo lo propio con los testigos. La Defensa en el contrainterrogatorio debió introducir preguntas tendientes a determinar las condiciones del acto y las referencias de los testigos sobre las características físicas de las personas a reconocer. Por ejemplo, que el testigo no hubiera aportado datos de la persona que luego identificara, o bien que los

referidos no guardaban relación con ella, como un modo de desacreditar la credibilidad del testimonio por posibles problemas perceptivos.

Si existían diferencias, -que obviamente no le constaban al Tribunal de Juicio, ya que no cuenta con un Legajo escrito, reitero-, debió conainterrogar al testigo sobre los puntos que hoy hipotéticamente cuestiona -ya que la defensa en Impugnación ni siquiera puntualizó- y de ser necesario, con el fin de demostrar "inconsistencias" o "contradicciones", señalarlas para que las explique. Por ello, mal puede la Defensa Oficial atribuir como un déficit de fundamentación por errónea valoración de la prueba, que la sentencia no haya hecho referencia a constancias escritas - vedadas procesalmente- que no formaron parte del Debate al no haber sido debidamente introducidas en el contra-examen, y por ende, sobre circunstancias probatoriamente inexistentes y respecto de hechos desconocidos para el Juzgador. Así las cosas, es claro que quedan firmes los reconocimientos positivos de los testigos.

Respecto de la cantidad de votos necesario para el veredicto de culpabilidad, sólo agregamos que si la Defensa mantenía esta postura (unanimidad), debió

incluirla como instrucción al Jurado (o propuesta de instrucción) para que el Juez Técnico tomara una decisión al respecto. De lo contrario se pretende que el Tribunal de Impugnación se expida sobre una cuestión ajena a su competencia en forma directa. Aún de tratarse de una cuestión de índole constitucional, el momento en el que aparece -en criterio de la defensa- el agravio, fue durante el Juicio, por lo allí debió introducirlo. Es más, aún cuando no hubiera sido planteada desde el plano constitucional, la Defensa bien podría haber propuesto como instrucción al Jurado que aunque se alcanzara la mayoría requerida para la condena -8 votos-, era importante que continuaran deliberando para intentar lograr un veredicto unánime.

Finalmente, pretender que existe un déficit en los veredictos sin motivación a los fines recursivos no es sino una equivocada concepción sobre el abordaje de la Impugnación de los veredictos contrarios a prueba. Por supuesto que la litigación en la etapa recursiva sobre cuestiones de índole lógica en la estructura de las sentencias escritas no está presente, pero no por ello desaparece la posibilidad de demostrar la existencia de dichos vicios en el proceso deliberativo del

Jurado. Para ello, la Defensa debería haber valorado en forma "integral" la totalidad de la prueba producida en Juicio y el alegato de la acusación, para acreditar que el veredicto no satisface el estándar de la "duda razonable". En este sentido, es claro que el enjuiciamiento por Jurados va al corazón del sistema probatorio, permitiendo un examen integral de la prueba, en la medida en que la Defensa aborde en forma adecuada el agravio.

TERCERA: Costas.

El *Dr. Alfredo Elosú Larumbe*, dijo: Sin costas, toda vez la imposición de las mismas podrían lesionar su derecho al recurso.

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

La *Dra. Florencia Martini*, dijo: Adhiero al voto de los Jueces preopinantes.

De lo que surge del presente acuerdo, por unanimidad se:

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE desde el plano formal el recurso interpuesto por el Sr. Defensor, Dr.

Gustavo Vitale, en representación del imputado (arts. 233, 236, 238 y 239 del CPP).

II.- NO HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** las sentencias de fecha 3 de marzo y 16 de abril de 2015 mediante las cuales se **CONDENÓ** a **DANIEL ALBERTO CARVAJAL titular del DNI N° 20436458**, como autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio agravado por el uso de arma de fuego (Arts. 79 y 41 bis del Código Penal), a la pena de **QUINCE (15) AÑOS DE PRISION DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO**, e Inhabilitación Absoluta por igual término (Art. 12 del C.P.), en base a las consideraciones expuestas.

III.- SIN COSTAS en esta instancia (art. 268, párrafo segundo, segunda parte, del CPP).

IV.- Regístrese. Notifíquese.

Dra. Florencia Martini

Juez

Dr. Fernando Zvilling

Juez

Dr. Alfredo Elosu Larumbe

Juez

Reg. Sentencia N° 44 T° III Fs. 544/573 Año 2015.-