En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los diez días del mes de febrero del año de dos mil diez, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Jorge Pfleger y Daniel Rebagliati Russell, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada "C., C. O. s/ Homicidio que resultó víctima - Carpeta N° 556- Leg. 3323" (Expte. N° 21.479 - Folio 102 - Año 2008).
El orden para la emisión de los votos que resulto del sorteo es el siguiente: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. Los antecedentes de caso.

a. La sentencia

La cuestión traída a esta Sala es la que concierne a la sentencia número 49 del año 2008 que, emitida por Cámara en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn, fue recurrida por la Defensa Pública.

Aquel órgano jurisdiccional resolvió, el dos de septiembre de 2008, y cito textual "… 1. rechazar los planteos de inconstitucionalidad del art. 80 inc. 8° del Código Penal (arts. 16, 28 y ccdtes. de la Constitución Nacional); de la Prisión Perpetua prevista en el art. 80 del C. Penal y del instituto de la Reincidencia del Art. 50 del C. Penal …", a la par que condenó a H. G. B. como autor material y penalmente responsable de los delitos de Homicidio "Criminis Causae" en concurso ideal con Homicidio Calificado por la condición del sujeto pasivo, en concurso real con el delito de Robo con arma, (arts. 80 inc. 7°, 8°, 166 inc. 2°, primer párrafo, 45, 54 y 55 del Código Penal) a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (Artículos 12, 29 inc. 3°, 40 y 41 del Código Penal), por los hechos ocurridos en la ciudad de asiento el día 9 de junio de 2007 en la intersección de las calles ** de J. y S. M, en el comercio "L. V." aproximadamente a las 20,15 hs. en perjuicio de M. E. M. y, el mismo día, aproximadamente a las 20,30 hs, en la intersección de las calles Sarmiento y Rosales en perjuicio de C. O. C..

El Tribunal lo declaró reincidente por segunda vez (art. 50 del Código Penal).

b. Los hechos materia del debate.

Según fue reseñado en la sentencia, los sucesos que fueron expuestos en la acusación del Ministerio Fiscal y de la Querella, resultaron los que de continuo se trascriben: "... En fecha 09/06/07, siendo aproximadamente las 20:15 horas, H. G. B., ingresó al local comercial que gira bajo el nombre "L. V." sito en la calle S. M. y ** de J. de esta ciudad (por Puerto Madryn), quien llevaba como vestimenta, una campera de polar marca "Timberland", una gorra negra con vivos rojos y blancos, con la inscripción "River Plate" elementos que se encuentran secuestrados y reconocidos por las víctimas, M. E. M., M. L. M. y P. V. S. (registro de grabación N° 00556RC-07-tomas fotográficas), haciéndose pasar por un cliente y valiéndose de un arma de fuego que llevaba en la cintura, la cual exhibió, intimidó a la propietaria del local y a las dos empleadas que se encontraban en el mismo, llevándose consigo la suma de Pesos Cuatrocientos ($ 400,00), aproximadamente. Que alertado el personal policial por las víctimas de este hecho, salen a la búsqueda del presunto autor, y es así que a las 20,35 horas aproximadamente, en la intersección de las calles S. y R. de esta ciudad, el Cabo C. O. C., con prestación de servicio en el Comando Radioeléctrico de esta ciudad, intercepta a la persona de H. G. B., quien circulaba en una bicicleta color roja (secuestrada en autos) y luego de interceptar al nombrado, le dispara ocho veces, impactando en la humanidad de C. O. C. la totalidad de cuatro disparos, provocando en éste el óbito casi inmediato ..."

c. El recurso, su contenido.

Gladys Mabel Del B., Defensora Jefa de la Defensa Pública de la ciudad de Puerto Madryn, interpuso impugnación ordinaria, acorde las constancias del escrito que está adosado entre las hojas 253 y 270 de autos.

Lo hizo para que esta Corte resolviera el caso según varias alternativas a saber: a. mediante la absolución del imputado. b. por vía de la absolución en relación a la conducta subsumida en el art. 80 inc. 8 del C.P, c. revocando la sentencia en lo que respecta a la aplicación del artículo 12 del C.P. y a la declaración de reincidencia y d. declarando inconstitucional la pena de prisión perpetua aplicada y readecuando la misma a la culpabilidad del sujeto, y hasta donde sea factible, a fin de materializar el fin resocializador constitucionalmente impuesto.

En el desarrollo de la motivación señaló los siguientes puntos críticos de la decisión que atacó, y brindó, en cada caso, sus razones; así:

1) "…Arbitrariedad de la valoración de la prueba de autoría. Afectación al principio de razón suficiente. Vulneración al derecho de defensa (Art. 18 C.N., 45 C.Prov)…"

Bajo este acápite la Defensa Técnica puso en vilo la ponderación que del cuerpo de prueba había realizado la "a-quo", pues a su juicio no podía resultar -de la correcta ponderación- sino una duda "… que reclamaba la aplicación del in dubio pro reo …"

Luego de resaltar que la prueba producida- como lo había sostenido en el debate- no permitía conectar ambos eventos, la recurrente atacó el valor convictivo de diversas evidencias que se vincularon con la testigo M. E. M., víctima del asalto.

Al respecto resaltó la falta de coincidencia entre el testimonio prestado por el Oficial del Policía I. y las manifestaciones vertidas por aquella en cuanto a las características del arma que portaba el asaltante, pues en la audiencia señaló que desconocía de armas y que sólo vio una culata que describió.

De ese modo estimó que la reflexión del Juez sobre ese testimonio era arbitraria "… y violatoria del derecho de defensa…" y expuso los fundamentos de ese modo de pensar.

En la misma línea desmereció la fuerza probatoria de los reconocimientos de prendas efectuados por la misma testigo e indicó al respecto que ella, que no había señalado con certeza al objeto (pues identificó como parecidas a la que vestía el autor del hecho, a dos camperas de las cuatro que se le exhibieron) no brindaba plena fidelidad y, por ende, no permitía superar el estado de duda, la que- remarcó- siempre debía beneficiar al imputado (art. 44, VI C. Prov. Y 28 del C.P.P.)

Fustigó, en otros párrafos, el reconocimiento de objeto (la gorra secuestrada) que se llevó a cabo por la misma M. y le negó a esos resultados eficacia probatoria alguna.

Otro tanto hizo con el reconocimiento en rueda de personas que ejecutó P. S., pues en la sentencia se hizo hincapié, solamente, en que la mujer había encontrado al imputado parecido al que la victimizó, en una proporción del 80 por ciento, pero se soslayó que, con anterioridad, S. había señalado a otra persona, E. R., como el autor del hecho.

Puso de relieve que en la decisión de los Jueces se había omitido toda referencia al reconocimiento negativo- siempre por la S.- de la gorra secuestrada y que se había excluido, además, toda valoración sobre el reconocimiento a su asistido en la audiencia, por la testigo M. L. M..

Luego de todo esto, fustigó a los Camaristas que, según sostuvo, habían fundado sus convicciones en la íntima convicción "… con mengua del principio lógico de razón suficiente…"; en ese tren de exposición mentó los errores de razonamiento que, a su parecer, se habían cometido.

En otro pasaje del escrito de impugnación, la doctora del B. puso el acento en la afirmación que suscribió uno de los Jueces del Tribunal quien había revelado "… como detalle de importancia…" que "… tanto la testigo J. C. O., quien observó el momento en que C. fue ultimado, como M. E. M., propietaria del comercio, vieron que el autor llevaba el arma en la cintura, en la parte delantera derecha…"; sobre ella dijo que era antojadiza por no derivarse de la prueba señalada, que indicó en cada caso.

En otro pasaje de la impugnación, la Defensora pasó revista del valor que se había dado a las percepciones de cada testigo, remarcó lo que consideraba contradictorio y lo que, a su criterio, había omitido valorar la "a-quo".

Así se detuvo en lo que adujeron C. y L., y los testigos M., I. y el Oficial de Policía A., poniendo de resalto distintos puntos referidos a las características de las bicicletas involucradas, y a los recorridos efectuados tanto por la víctima como por el victimario.

En el relato paseó por el sendero de los detalles que, a su entender, dejaban expuesta la existencia de vicios en el razonamiento de los jueces del Juicio para llegar a la conclusión condenatoria.

b) "... Arbitrariedad de la sentencia por ausencia de debida fundamentación sobre cuestión oportunamente deducida y conducente para la solución del caso. Afectación del principio de congruencia. Lesión al derecho de defensa y al debido proceso. Error de subsunción de la conducta atribuida en el Art. 80 inc. 8 C.P.:ausencia del elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. (Art. 18 C.N.; 45 C. Prov.; 322 C.P.P.) ..."

En el curso de este subtítulo, la recurrente afirmó que el artículo 80 inc. 8 del C.P. contiene un elemento especial en su tipo subjetivo, de índole subjetiva y diferente del dolo de matar, abastecido por especiales motivaciones que deben guiar la conducta del autor.

Resaltó que la acción típica no había llegado a configurarse con solo hecho de haberse dado muerte a un miembro de las fuerzas de seguridad, aún con conocimiento de que el sujeto pasivo detentaba esa calidad, porque que se requería, a su parecer, que el motivo-causa determinante de la acción de matar hubiera sido la función, cargo o condición.

En esa inteligencia manifestó, que en el caso, no fue exactamente la función, cargo o condición del Cabo C. lo que determinó la conducta de B., sino la inminencia de verse privado de su libertad.

Partiendo de esa circunstancia sostuvo que las alegaciones en ese sentido formuladas por la parte perseguida fueron ignoradas por los Camaristas, afectando con ello el principio de congruencia, al omitir decidir sobre una de las posiciones limitadora de la pretensión de la contraria, lo que a su juicio descalificaba a la sentencia como un acto jurisdiccional válido.

c) Violación del principio de congruencia: afectación al derecho de defensa. Lesión al principio acusatorio. Afectación al principio de imparcialidad. Inconstitucionalidad del Art. 12 C.P. (Arts. 8.1, 8.2 b y c CADH; 14.1 y 2 PIDCyP; 4 inc. 2 Reglas de Mallorca; 18 C.N.; 44 y 45 C.Prov.; 3, 6 y 332 C.P.P.)…"

En este apartado la recurrente se agravió de la decisión del Tribunal de Juicio, por la aplicación de las accesorias legales previstas en el Art. 12 del Código Penal.

Consideró que con ello se había producido una violación al principio de congruencia que limita las facultades del Tribunal al ámbito de la acusación, y en su caso, a las ampliaciones válidas, llamando la atención sobre el hecho de que el Tribunal omitió advertir a la Defensa sobre la posible aplicación de aquél precepto legal.

Aseguró que se había cometido un quiebre en el sistema acusatorio, en la estructura dialéctica del proceso penal, que abarcaba tanto la imparcialidad del juzgador como el principio de contradicción y el derecho

de defensa en juicio, porque esa parte se había visto privada de alegar la inconstitucionalidad de la pena accesoria prevista en el artículo 12 del C.P.

Manifestó que dicha pena era inconstitucional porque no se adecuaba a la normativa incorporada en la Constitución Nacional en el Art. 75 inc. 22 por la reforma de 1994.

Alegó sobre su carácter verdadero, cual era de una pena accesoria y no de una mera consecuencia accesoria de la pena, porque la privación efectiva de la libertad no necesariamente la implica.

Remarcó que en el caso, al haberse aplicado oficiosamente la pena accesoria del Art. 12, se violó el límite máximo de jurisdicción que tenía la "a-quo", y se afectó el derecho de defensa.

d) "…Errónea aplicación del Art. 50 C.P. Inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia…"

La impugnante se opuso a la aplicación del Instituto de marras señalando su deslegitimación constitucional, teniendo en cuenta la garantía consagrada en el artículo 19 del la Constitución Nacional en virtud del cual lo único que puede ser objeto de prohibición son las "acciones de los hombres".

También hizo alusión a la contradicción de la reincidencia con el principio "non bis in idem" y con el principio de culpabilidad.

Con cita del doctor Eugenio Zaffaroni descalificó la afirmación que explica el mayor poder punitivo por una mayor culpabilidad del acto, fundado en que implicaría un desprecio por el valor admonitorio de la condenación precedente.

Sostuvo, por el contrario, que la conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho es por completo independiente de la condena anterior, pudiendo ser incluso menor, o no existir.

Consideró que "...Nadie puede ser considerado más culpable, en sentido normativo, por tener mayor condicionamiento para su obrar; si alguien tuviera una "voluntad más firme" para delinquir, ello pondría en evidencia una mayor predisposición al delito y, como lógica consecuencia, un menor reproche de culpabilidad..."

Citando la sentencia de este Cuerpo en causa. "C. H. y otro p.s.a. Homicidio calificado" puso de relieve que, considerar a la reincidencia como "un estado que se reconoce y declara en la sentencia" implica ni más ni menos que la creación de un delito autónomo (ser reincidente), accesorio al tipo penal infringido, con incidencia cualitativa y cuantitativa en la pena.

e) "…Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada…"

En este apartado, luego de señalar la carencia de alternativas que presenta el artículo 80 del C.P., en colisión con la norma prevista en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, postuló la aplicación de la pena en el caso concreto.

Remarcó la diferencia entre la función legislativa que dicta normas generales, abstractas y la función del juez a quien le corresponde aplicar aquellas normas a los casos concretos con una adecuación a cada caso, considerando sus matices y datos singulares.

Por último, previo hacer reserva del caso federal solicitó que cumplidos los trámites legales, se dispusiera en la forma en que se relató al principio de este recuento causídico.

II. Algunas cuestiones preliminares

a. La Consulta.

La pena impuesta en estos autos habilita al instituto de la Consulta (art. 179 párrafo 2do. de la Constitución Provincial, art. 377 del C.P.P), tema sobre el que he polemizado con mis distinguidos colegas de este Superior Tribunal de Justicia, pues poseo una opinión diferente de la mayoría al respecto.

Es que sostengo, desde mi inicio como Ministro, que la cuestión ha de sustanciarse ante el pleno y no, como sucede, tratarse por la Sala en lo Penal.

Profusas razones di al poner en consideración de mis pares el tema y a ellas me remito, como me remito también a las causas en que he dejado constancia de esta mi posición.

b. La revisión amplia.

La sentencia será revisada bajo el prisma de la tesis del "máximo rendimiento" o del "máximo esfuerzo de revisión", acorde al tono que el precedente "Casal" y otros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha brindado al recurso del imputado en supuestos de condena, sin perder de vista las limitaciones naturales y jurídicas que apareja la inmediación.

Ese será el sistema para abordar el asunto.

c. Ciertas digresiones necesarias.

Deseo evocar el criterio de examen con el que construiré mi ponencia pues, sometidas a escrutinio cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de justificación de una condena fundada en un juicio de certeza, cobran virtualidad los predicados que vertiera en otros casos, a los que me remito en honor a la brevedad.

Sólo agregaré que la certeza, como hallazgo de la verdad, implica arribar a cierto nivel de verdad, y que ese estado es el que fluye de la relación dialéctica entre los opuestos, siendo verdadero el postulado que prevalece como el más lógico, con fundamento en la prueba legalmente incorporada, claro está.

En palabras sencillas: es cierto aquel predicado que está más allá de toda duda razonable, en las condiciones precedentemente expuestas.

III. El tratamiento de los temas del recurso.

Concluida la tarea que me propuse a modo de proemio, ingresaré en el examen de la sentencia adelantando mi disenso con los planteos de la recurrente, en toda su línea.

Por razones estrictamente metódicas, lo advierto, consideraré separadamente cada uno de los tópicos que la esforzada defensa ha enarbolado para intentar darles respuesta.

III. a "…Arbitrariedad de la valoración de la prueba de autoría. Afectación al principio de razón suficiente. Vulneración al derecho de defensa (Art. 18 C.N., 45 C.Prov.)…"

Me parece atinado, al abordar este punto, separar a los fines del análisis los dos hechos que han sido puestos en cabeza del que viene condenado.

Esta ha sido la manera en que los sentenciantes expusieron en la apelada, sin perjuicio del enlace que, en relación con el análisis de ciertos elementos de prueba, poseen ambos sucesos, asunto que consideraré en esa dimensión.

Así:

III. a.1. El robo con armas

Está descartada toda discusión acerca del hecho en su objetiva materialidad.

Los Jueces, echando mano de los testimonios de las hermanas M.- M. E. y M. L.- y de P. S., de los dichos del Oficial M. I. y de los documentos que labraron los encargados de la primera investigación, han desarrollado una acertada argumentación en ese sentido.

Bien acogida estuvo la hipótesis del Fiscal al respecto y nada obsta a justificar la decisión.

En lo que atañe a la autoría, estimo conforme las reglas del recto pensar la manera en que los Magistrados hilaron su discurso, partiendo del reconocimiento en rueda de personas que realizó M. E. M., dueña del comercio saqueado.

A pesar de la profusión de palabras para descalificar ese acto, la defensa no logró demostrar su defecto sustancial, esto es: que la testigo tuviera una percepción fallida, que dudara más allá de lo razonable, que ejecutara el reconocimiento bajo la influencia de alguna circunstancia exógena o que verbalizara de modo inconsecuente en ese acto.

Puede leerse en la sentencia que en el transcurso de esa producción la mujer reconoció a B. y dio las razones que apoyaron su convicción. Ella remarcó, por ejemplo, la diferencia que veía en el rostro del imputado (sobre el que predicó que tenía el pelo más corto y algo de barba en su rostro) y afirmó que, a tenor de su fisonomía, podía asegurar que se trataba del mismo que la había asaltado.

No me parece una contradicción relevante que el Magistrado del primer voto hubiera decidido autorizar el reconocimiento impropio y luego se sustrajera de valorarlo.

Si bien el tema puede dar lugar a alguna discusión de orden teórico, ha sido una situación inocua a los intereses del atribuido y, en todo caso, favorable, de suerte que no cabe penetrar en ese meandro.

Sí es oportuno resaltar que el Sufragante puso de relieve la importancia de aquel testimonio ya que, en relación con este hecho, explicó que la dama tuvo oportunidad de ver al asaltante desde una distancia aproximada de 60 centímetros y brindó detalles, como se ha dicho, respecto de la vestimenta que gastaba como así también de la gorra y del arma que utilizó para amedrentarla.

No resulta increíble, a mi parecer, que los miembros de la "a-quo" rescataran al respecto los dichos del Oficial M. I., quien expresó que la dueña del lugar, a la par de señalarle que el ladrón le había mostrado un arma, le indicó que era similar a la propia.

Las referencias que los testigos realizan inmediatamente después del suceso, tomando en cuenta el natural estado de conmoción que generalmente los embarga, son datos útiles que pueden ser parte del universo probatorio; desmerecerlos mediante recursos semánticos, aunque hábiles y ponderables, sin dar fundamentos esenciales se me ocurre un camino errado.

No hay motivo que sustraiga del valor asignado al reconocimiento que esta testigo hizo de la campera secuestrada y del gorro con visera, que, como se verá más adelante, se asocian con el atribuido, por lo que no presenta dificultades homologar el pensamiento de los que sentenciaron.

El acta de la hoja 139 y las fotografías anexas, todo cuanto está en el legajo que corre acordado, adunan esta definición.

Pero también se apoyó el juicio de la "a quo" en la testigo P. S., y ello es atinado.

De ésta se predicó que había observado al asaltante a una distancia aproximada de dos o tres metros y que había realizado una descripción del mismo, otorgando datos de su estatura y semblanza. También se puso el acento en que la mujer reconoció al imputado puesto en rueda de personas y el buzo que había usado en aquella oportunidad.

En lo que a las cosas concierne, la audiencia que está en la misma hoja citada arriba vuelve ser de alto valor probatorio. Tampoco hallo pábulo para menguar el reconocimiento en rueda ejecutado por el órgano de que se trata aquí.

No puede hesitarse en afirmarse -entonces- que estas evidencias son altamente significativas como vehículo de certeza en relación con el hecho que están destinadas a probar.

Pero estas formas de acreditación no están solas pues, como bien puede leerse en los sufragios que componen la inspeccionada, se tomaron en cuenta, a la hora de la definición, el reconocimiento de objeto ejecutado por M. L. M., quien indicó a la prenda secuestrada como aquella que usaba el asaltante.

Ya volveré sobre ello al tratar el asunto atinente al homicidio del policía C..

Han resultado vanos, para mí, los propósitos de la defensa de erosionar la adjudicación de valor dada por los Jueces al respecto.

El Juez Pitcovsky, y bien vale destacarlo, dio respuesta adecuada -inmediación mediante- a lo que se ha denunciado como disparidad en punto al reconocimiento del buzo por M. E. M..

No ha sido caprichosa la observación del Magistrado quien se detuvo, especialmente, en enunciar las características de la prenda y describir su hechura para explicar la correspondencia.

En relación con el uso del arma, veremos cómo el vínculo entre ambos hechos (cometidos por un mismo autor) explica el uso de aquella para cometer el desapoderamiento ilegítimo.

Sin con ello traicionar el método volveré sobre las percepciones que a éste atañen.

III. a.2 El hecho del homicidio.

Comienzo el asunto confirmando la declaración acerca de que el 9 de Junio de 2007, a hora aproximada a las 20.30 del huso, C. O. C. halló la muerte por consecuencia de varios disparos de armas de fuego prodigados por un tercero, que le causaron un shock hipovolémico letal.

Tampoco puede ponerse en vilo que esto sucedió en la intersección de las calles Sarmiento y Rosales de la ciudad de Puerto Madryn, cuando la víctima, un policía en activo, andaba por ese lugar y se topó con el matador con quien entabló un diálogo.

El protocolo de autopsia referido en la sentencia y los documentos que fueron conducidos al debate avientan cualquier duda que pudiera suscitarse al respecto. Así permiten concluir las piezas agrupadas en el legajo que obra anexado.

Se ha puesto en vilo, y por ende se tratará en los párrafos que vienen, el tema atinente a la autoría.

Veamos.

III. a.3 El enlace entre ambos hechos.

Los Jueces del juicio establecieron que el autor del asalto a la fiambrería "L. V." y quién mató al policía C. fue la misma persona: el imputado.

Para llegar a esa conclusión se valieron de una diversidad de prueba cuyo examen abordaré de continuo.

Puede leerse, a guisa de ejemplo lo que en la inspeccionada está escrito.

Así, se expuso: "... Lo cierto es que a partir de los testimonios de quienes fueron víctimas en el local comercial, lo narrado por J. O. al observar el momento justo en que se daba muerte al Cabo C., lo manifestado por A. D. S., S. C. y L. E. L., los secuestros de los objetos antes señalados y lo dicho por quienes se encontraron avocados desde un principio a la investigación de estos hechos, es que se logra hilvanar y proyectar el camino recorrido por el autor, quien inicia su huida en la esquina de las calles S. M. y ** de J., continúa por calle Sarmiento y luego del homicidio perpetrado en la intersección de esta calle con R., prolonga su fuga por ** de J. hasta la calle B., sitio donde gira en dirección norte, rumbo al lugar donde se alojaba, esto es en calle D. G. y S. L. de esta ciudad, distante a tres cuadras del lugar donde fuera visto por última vez en su huida, el Barrio 287 Viviendas, según lo dijeran C. y S. ..." (del primer voto)

Luego de esta remembranza, reinicio el trabajo y digo que un aporte de envergadura fue el de la testigo J. C. O..

Como acaba de leerse, el voto liderante, por tO. aquél con el que fueron a coincidir los demás, señaló la continuidad del "… derrotero…" poniendo el acento en esa testigo, O., de quien dijo que había observado el accionar de quien dio muerte al policía en el preciso momento en que realizó el ataque; que describió que el sujeto llevaba una campera negra y una gorra que vio cuando "… se le cayera al irse corriendo el autor…", prenda que, "… de seguido observó tirada en la vereda, color negra, de River Plate…".

El Magistrado sostuvo que era un dato importante pues, y transcribo: "… es la que llevaba el autor del robo en el mercado L. V., según indicara M. E. M.…".

Efectivamente así, retorno, se extrae de aquello que ya analicé: la audiencia de reconocimiento de cosas que está en la hoja que lleva el número 139 del legajo adjunto, tiempo en que, por ejemplo, M. E. M. señaló la gorra número 3 como aquella más parecida a la que usaba quien había atracado su negocio (ver al respecto las fotografías anexas) y que es igual a la que está en la estampa fotográfica de fs. 14 ídem (foto 20) que fue secuestrada cuando se pesquisaba el lugar circundante al homicidio (ver acta de secuestro de la hoja 50/51 del legajo, o 3/ 4 bajo el sello policial).

De todo esto se deduce que si O. y M. vieron a una persona portar la misma prenda, es que el autor del asalto y el matador fueron la misma persona.

Si M. señaló a B., como se ha visto, pues B. ejecutó ambos sucesos.

Si M. y S. apuntaron al mismo buzo que se secuestró en inmediaciones del crimen, del que el autor se desprendió en la huída, entonces hay causa más que razonable para el enlace adjudicativo.

Resulta casi banal, pues, una discusión sobre la calidad de la asociación formulada por el Magistrado, cuando no se ha dado un argumento plausible que sustraiga la conclusión arribada, tanto y más cuando, como acaba de ocurrir, se ha realizado una operación o test lógico para demostrar la validez del juicio vertido.

Pero los sentenciantes no se detuvieron allí.

En efecto, también entramaron esas pruebas con los aportes de los testigos S. A. C. y L. E. L. quienes, conforme quedó consignado, circulaban con su automóvil por calle Sarmiento a la altura de calle C., cuando, alertados por una baliza policial encendida, pudieron ver una moto y una persona parada al lado con una bicicleta; que luego escucharon unos disparos de arma de fuego y el hombre observó por el

espejo retrovisor que la moto estaba tirada en el piso y que una persona se alejaba de ese lugar corriendo, lanzándose a su persecución.

En la sentencia, se prestó atención a que ambos manifestaron del intento de dar aviso a la policía por celular mientras perseguían al sospechoso y que en un momento en que este pasó por detrás de su vehículo a una escasa distancia de 2,50 metros, aproximadamente, el matrimonio pudo observarlo, reconociéndolo con posterioridad en rueda de personas.

Este fue el aserto de los Jueces en cada uno de sus votos. Aserto que no atino a contradecir, porque sometido a validación sale airoso.

Sobre las expresiones de ambos testigos he escuchado el registro de audio pertinente del que se deriva mi coincidencia con los Magistrados respecto de lo vertido en el debate y las conclusiones que se extrajeron.

En relación con el testigo S. A. C., tengo para mí que su valor ha sido correctamente asignado en la sentencia.

No hay ninguna argucia o tergiversación que descalifique lo asentado en la que se inspecciona, ya que el órgano de prueba refirió con claridad lo acontecido esa noche, lo que puso en evidencia, a lo que se añade el reconocimiento en rueda que remata en el establecimiento indudable de la relación entre B. y el crimen.

El hombre fue detallista cuando verbalizó los recuerdos y remarcó los hitos de sus percepciones en relación con el asunto.

La vestimenta con que lo vio primero conversar con el policía (oscura, recuérdese del buzo abandonado) y luego más adelante, con un sweater rayado (es lógico por lo que puse entre comillas), se proyecta negativamente sobre el acusado pues conduce al intelecto a reconstruir con claridad que quien estaba con C. cuando el testigo vio y el que marchaba a paso ligero (trote ligero o marcha ligera y luego tranquilo) después que se escucharon los disparos eran la misma persona, a la que el hablante enseguida vinculó con el hecho dramático.

La descripción en el mapa, que ubica el contexto, refuerza la credibilidad, pues sitúa a la persona en un espacio que aparece inescindible.

Anoto, para mejor comprensión de este texto, que he seguido el relato del testigo con el croquis que está en la hoja 63 del legajo adjunto, y no se me ocurre plantear una hipótesis contraria de mayor calidad que aquella de los Jueces.

El recorrido descripto verbalmente, la noción de los hombres del drama, la persecución del personaje ligado al crimen, las diferentes ropas, y los hitos de ese derrotero, no admiten las objeciones que pudo plantear la defensa.

Súmase el reconocimiento en rueda del imputado que, para mí, cierra el circuito atributivo, sin dejar de pensar en el hallazgo del buzo arrojado a la vera del camino recorrido por el seguido.

La evocación de L., la mujer, me sugirió firme, clara y precisa en tanto afirmó la correspondencia entre la persona que estaba con el policía y el autor de los disparos que habían escuchado, en el contexto temporal en que aconteció.

Tomo nota de su afirmación, conteste con la de su esposo, de que este sujeto portaba ropa oscura (el autor se desprendió de una vestimenta de ese color) y que en el trayecto no vieron a otro, salvo a éste andando por allí. También destaco la manera en que respondió a las preguntas de la defensa y, en especial, la manera en que dijo que vio más claramente al sujeto, cuando el coche se detuvo en una encrucijada.

Refuerza mi parecer, y ya van varias veces que repito, el acto de reconocimiento en rueda de personas, momento en que la dama distinguió a B. en la fila, acto que, como se explicó en la sentencia, no se ve desmerecido por la realización de reconocimientos en rueda, fotográficos o de descripciones anteriores a la vista del sujeto.

Esto lo esclareció suficientemente la testigo en el debate, a la luz de los registros de audio y fue bien ponderado por los miembros de la "a quo".

Demás está decir que los testigos, pareja -vuelvo a insistir- fueron plenamente contestes, coincidentes y que nada obnubila la respuesta dada en el análisis.

Las versiones, como se vio, se ajustan en forma lógica con el hallazgo y secuestro llevados a cabo con posterioridad por personal policial avocado a la investigación. Me estoy refiriendo a la gorra de River con vivos rojos y blancos, que fue encontrada en la mitad de cuadra de la calle R., entre ** de J. y Sarmiento, y una campera tipo buzo hallada en un baldío sobre ** de J., entre las calles C. y B..

Señalo, para finalizar, que, a mi juicio el mérito de un testigo no se mengua por pequeñas disonancias.

Identifico el vocablo con diferencias sutiles en relación con alguna parte de la morfología de la persona que se identifica o con sus ropas. Ninguna descripción es perfecta. En todo caso, lo relevante, lo sustancial, es la indicación precisa de esa persona en la rueda de reconocimiento cuando es puesta con otros similares, las razones que conducen a la aserción y el grado de coincidencia de ese acto con las nociones a priori.

Prosigo.

Otro hecho indicativo de relevancia, enarbolado en la sentencia, es el corto lapso y la distancia en que tuvieron lugar los dos acontecimientos.

Esto liga, sumado a lo que ya se vio, los episodios y adhiere consistencia a la justeza del discurso condenatorio.

El modo de portar el arma que ambas, M. y O., dijeron que hacia el atacante es un eslabón interesante.

Las dos señalaron que la llevaba en la cintura, del lado derecho y eso aparece -siempre en el análisis del universo probatorio- como un dato a tener en cuenta.

Coadyuva a la conformación del plexo probatorio la ubicación del domicilio donde se encontraba alojado el encausado, al tiempo en el que ocurrieron los hechos en cuestión.

Esto se vincula con el periplo que trajeron los testigos L. y C., ya visto, y con los elementos que resultaron de la pesquisa, de los que buena cuenta dieron en el juicio los oficiales que intervinieron en ella.

Puede rescatarse, de la sentencia, el tratamiento de varias cuestiones que insistentemente, han sido censuradas por la defensa.

La cuestión de la bicicleta por ejemplo.

En lo que atañe, las operaciones intelectuales formuladas por el Juez Pitcovsky, y apoyada por los demás, me parecen lo suficientemente atinadas y no pueden ponerse en vilo, sin que razones de peso sean levantadas, como no ha acontecido aquí.

La descripción del arma es otro asunto. Si las vainas servidas son de la naturaleza de aquellas que de corriente utilizan las armas de la policía, y las características de los culatines de aquellas son similares a la que describió una testigo, pues la lógica que prevalece es que en ambos episodios se utilizó igual elemento de violencia.

Como ya he referido en otras oportunidades, las pruebas circunstanciales, como podrían llamarse los indicios que revelan las secuencias de tiempo y lugar, ayudan a construir un entramado a partir del cual se corroboran los datos que emergen de la prueba directa.

La prueba ha de analizarse en su conjunto; jamás fragmentadamente. Allí donde una carece de sentido, cobra nitidez en la medida en que se relaciona. Ese es el camino que necesariamente recorre el Juez que, en la generalidad de los casos, se encuentra con retazos que traídos por la prueba, permiten acoger una de las hipótesis en juego.

Porque, y perdón por esto que ya prefigura sonsonete, voy a decir una vez más que en el proceso dialogan o confrontan dialécticamente dos hipótesis que el Juez arbitra con base en la evidencia. La que triunfa es la prevaleciente, la más potente, aquella que resiste a las oposiciones con mejor consistencia.

En rigor de cosas, para mí, esa es la definición de certeza, entendida como el nivel de verdad más alto posible al que puede alcanzar la reflexión sobre un objeto de análisis.

Ese proceso mental es el que denota la sentencia, lo que autoriza a validar los conceptos que contiene.

Esa noción de sentido común en la decodificación de una evidencia palmaria es la única que puede reivindicarse.

Los jueces no poseen una percepción diferente que los distinga. En todo caso, quizás, puedan resultar agudos a la hora de captar sutilezas con algún significado para la reconstrucción histórica.

La técnica, los métodos, sólo son instrumentos o guías para conocer pero nada más que eso.

En suma, propondré a mis distinguidos colegas de Sala que esta porción de los agravios sea desestimada y la autoría de B. en relación con los hechos sea confirmada.

b) "... Arbitrariedad de la sentencia por ausencia de debida fundamentación sobre cuestión oportunamente deducida y conducente para la solución del caso. Afectación del principio de congruencia. Lesión al derecho de defensa y al debido proceso. Error de subsunción de la conducta atribuida en el Art. 80 inc. 8 C.P.: ausencia del elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. (Art. 18 C.N.; 45 C. Prov.; 322 C.P.P.) ..."

En este tema tampoco le asiste razón a la Defensa Técnica.

No fatigaré a los lectores con demasiadas alusiones a lo que significa una sentencia arbitraria, adjetivo que, desde ya, no le cabe a la que se analiza.

Sólo evocaré algo que he expresado antaño y que, ogaño, bien vale reproducir.

La doctrina de la arbitrariedad, acorde inveterado criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya sostienen que "... son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de extrema gravedad...". Luego de pasar revista acerca del rol de la Corte Suprema Federal al respecto, definen: "... Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la

solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación..." y, desde sus perspectivas, consideran que "... la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a formación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la normación vigente..." (ver "Derecho Constitucional Argentino - Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavie - T I, Ed. Rubinzal Culzoni, página 697).

Desde mi óptica, considero que arbitraria es la sentencia que no da razones o cuyas razones trasiegan de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología o se apartan palmariamente de la ley y que un adjetivo tal implica reconocer (o denunciar para el caso de la que viene en casación) que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto de una licencia o capricho de los jueces, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos.

Esto no sucede aquí, como lo adelanté.

Creo que el inciso 8° del art. 80 del C.P, introducido por la ley 25.601, tuvo su fuente de inspiración en la situación de violencia que atraviesa el país, momento en el que son habituales los homicidios perpetrados contra las personas enunciadas en la norma de marras.

Por ello, este inciso tiene en cuenta la especial condición de la víctima y se justifica en la intención del legislador de otorgarle un mayor resguardo contra los propósitos homicidas de terceros, en el desarrollo y actuación de sus facultades funcionales o por su cargo o condición.

No se puede aceptar, porque es contrario al sentido que imponen los elementos de cargo arrimados en el juicio, que el imputado disparó al policía solo para procurar su huida.

Aun, dando por cierto que en el principio de su intención estuvo la de procurar su alejamiento indemne del lugar, la actitud que asumió luego que C., herido por la balacera, cayo al piso, no deja dudas. Su intención fue de ultimarlo con el conocimiento certero de que se trataba de un miembro de las fuerzas policiales.

Para la demostración de su conducta viene en auxilio el testimonio de J. O. quien afirmó que el atacante, luego de tener la breve discusión y descerrajarle los primeros tiros al policía, al ver el cuerpo herido en el suelo, le tomó el pulso en el cuello y le disparó el tiro final.

Esa actitud refleja a las claras la voluntad dirigida a matar al policía C., aún después que éste se encontraba imposibilitado de impedirle la huida.

Si al dolo de matar la figura agrega un plus de subjetividad: matar a un policía sabiendo que lo es, la conducta desplegada por B. encuadra perfectamente en aquella.

C. fue muerto en ejercicio funcional, en tanto era policía, condición sabida por el ejecutante y no hay discusión posible que nos oriente a otros niveles de pensar.

El agravio debe ser desestimado sobre este punto.

Dejo para el final el asunto de la constitucionalidad de esa norma, resuelta correctamente en la sentencia.

La inconstitucionalidad es, como por todos sabido, la última ratio del orden jurídico.

Y lo es porque constituye el momento en que resulta palmario el poder contramayoritario atribuido al Poder Judicial.

En efecto, declarar inconstitucional una norma es contradecir la decisión del Congreso Nacional facultado, en este caso, a dictar el Código Penal con todo lo que ello implica.

El criterio de razonabilidad importa, para mí, la verificación de la relación de causa y grado que existe entre la norma sancionada y las circunstancias que la motivaron.

En eso acertaron los Jueces pues, como se explicó al principio, las circunstancias de crecimiento de la delincuencia que encontró como destinatario a los miembros de las fuerzas del orden exigía la mayor cuota de sanción que fue dispuesta, "qué" y "cuánto" librado al prudente criterio del legislador que, por otra parte, tiene a su cargo, en el ámbito que le es propio, el diseño de la política criminal del Estado en ese sentido, resguardando lo que hace a su propia existencia: el ejercicio monopólico de la fuerza legal.

c) Violación del principio de congruencia: afectación al derecho de defensa. Lesión al principio acusatorio. Afectación al principio de imparcialidad. Inconstitucionalidad del Art. 12 C.P. (Arts. 8.1, 8.2 b y c CADH; 14.1 y 2 PIDCyP; 4 inc. 2 Reglas de Mallorca; 18 C.N.; 44 y 45 C.Prov.; 3, 6 y 332 C.P.P.)…."

Deberá rechazarse también la objeción manifestada por la Recurrente a la aplicación del artículo 12 del Código Penal en la sentencia.

No tengo dudas, pese a los argumentos que esgrime una parte minoritaria de la jurisprudencia, que la inhabilitación absoluta prevista en el artículo de mención es accesoria y no complementaria de la pena de reclusión o prisión, que opera de modo automático para los casos en que la condena impuesta supere los tres años de pena privativa de la libertad. Se trata de una consecuencia de la condena que carece de carácter punitivo y tiene connotaciones eminentemente tutelares, de allí mi rechazo.

En cuanto a la inconstitucionalidad del referido, también postularé su desestimación, por no contener dicha norma, como ya dije más arriba, un plus que agregue innecesariamente un efecto mortificante.

d) "... Errónea aplicación del Art. 50 C.P. Inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia…"

La doctrina legal sentada por este Superior Tribunal de Justicia en la materia objeto del agravio (vide expediente: "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (Expediente N° 20387-B-2006) es argumento suficiente para repeler la posición argumentada. En el caso de marras he dicho que la declaración de reincidencia opera con abstracción de si fue o no ponderada por el Ministerio Fiscal al tiempo de la proposición de una pena, pues se trata de un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocerlo. Basta que conste en el expediente y se haya incorporado al juicio (con conocimiento de la defensa) el dato que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo el condenado haber cumplido total o parcialmente.

El principio que proscribe el doble juzgamiento por un mismo hecho se extiende a la determinación de la pena no pudiendo realizarse una doble valoración de iguales circunstancias. Pero no impide que se pueda tomar como dato la anterior condena, entendida ésta como lo que es: un elemento objetivo y formal que genera, como ya lo dije, un estado que se reconoce y declara en la sentencia

El instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.

Cuando esta declaración no resulta irrazonable, teniendo en consideración las particulares circunstancias de la causa, la norma adquiere plena vigencia y, se me ocurre que este es ese supuesto.

En este aspecto también la resolución que se analiza debe ser confirmada.

e) "… Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada…"

La escala penal prevista para los delitos endilgados que establece la pena de prisión perpetua, habilita su aplicación por parte del Tribunal competente en una investigación como la que nos ocupa. La aplicación de aquella deviene legítima por resultar a todas luces legal.

La prohibición consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional referida a las penas crueles, no colisiona con la pena prevista para los delitos del caso toda vez que constituye la proporción en que el Estado puede hacer penar al condenado según la gravedad del delito cometido.

Tampoco se puede aceptar la mentada imposibilidad de gozar en el futuro de los beneficios comprendidos en el período de prueba establecidos en la ejecución penitenciaria, Ley 24.660, como parámetro para determinar la ilegitimidad de este instituto.

La interpretación sana que se impone por simple lógica, es que los beneficios aludidos operan cuando se dan los presupuestos que los habilitan, y en el caso del mentado beneficio carcelario lo será cuando la pena que se esta purgando lo permita.

Cuando el legislador impone las penas, lo hace en ejercicio de las capacidades que le otorga el art. 75 inc. 12 de la C.N.

Este es un primer principio que nos ubica frente a la cautela de manejar, prudentemente, la declaración de inconstitucionalidad de una ley pues, el ejercicio contramayoritario del control que el sistema autoriza, ha de ser ponderado con suma precaución.

En causa "P." de esta Sala he dicho que una de las condiciones para la declaración de inconstitucionalidad de una ley -según mi juicio- es que se haya denunciado en el caso concreto el particular perjuicio que irroga la aplicación de la cuestionada y la ausencia de posibilidad de zanjar la controversia a partir de la aplicación de la propia ley o de otra.

Traigo a colación las llamadas reglas de "Brandeis" elaboradas por aquel Juez de la Corte de los Estados Unidos de América (Louis D. Brandeis) quien señaló que: 1. la Corte Suprema no puede declarar la inconstitucionalidad en un proceso voluntario sino contencioso. 2. No se puede anticipar una declaración de inconstitucionalidad a la necesidad de decidirla 3. No se puede formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales ha de aplicarse 4. Si el caso puede ser resuelto de dos formas diferentes: la primera, involucrando una cuestión constitucional, y la segunda, involucrando una cuestión meramente legal, debe optarse por la segunda solución 5. No se puede apreciar la constitucionalidad de una ley a instancia de una parte que no ha podido probar que la aplicación de esta le ocasionaba perjuicio. 6. La Corte no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley a instancia de una parte que se ha beneficiado con ésta. 7. Una Ley siempre debe ser interpretada de manera tal que se evite, en lo posible, su declaración de inconstitucionalidad.

Y en este punto, la demandante no ha demostrado la concreta afectación padecida, ni tampoco la revisión del caso autoriza a fundar una decisión de tanta entidad.

En nuestro sistema, la pena de prisión perpetua, no obstante su rigurosidad, no puede ser considerada inhumana o degradante.

En primer término no es vitalicia, no dura de por vida; en segundo término no obtura la libertad anticipada, la libertad condicional. Sólo condicionan el tiempo a partir del cuál se ha de computar el término; no difiere el régimen carcelario que se aplica de aquél que concierne al resto de las penas.

Por fin, no trasiega los fines de la ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad N° 24.660.

Al respecto he señalado algunos aspectos de esta norma en autos "Q.", a los que me remito, y que en lo pertinente, con relación al caso de autos, prevé específicamente que, para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semilibertad, el tiempo mínimo de ejecución de las penas perpetuas sin la accesoria del art. 52 del Código Penal es de 15 años (art. 17, I, b).

Se ve así, claramente, que lo expuesto, que es sólo una diferenciación dentro del mismo marco, priva de eficacia al argumento basado en que la perpetuidad de la pena contradice la finalidad de reforma y readaptación del condenado invocado por la defensa.

En todo caso la cuestión en examen se relaciona directamente con el principio de "racionalidad de la pena", que exige que ésta guarde cierta proporcionalidad con el delito cometido. Y en las concretas circunstancias de esta causa, la pena propuesta guarda correlación con los injustos que se dieron por probados y las agravantes valoradas, por lo que no se constata ninguna violación de la normativa constitucional.

IV. Conclusión

En suma, los jueces de la "a quo" han procedido de modo correcto, la sentencia carece de vicios en su construcción que repugnen a los mandatos del adjetivo; la lógica del discurso es adecuada como adecuada es la apreciación de la prueba conforme las reglas de la sana crítica racional.

Opino, y así lo propongo, que se declare improcedente el recurso interpuesto y se confirme la sentencia en todos sus términos, con costas.

Así me expido y voto.

El Juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I. Los antecedentes del caso y la reseña de los agravios esgrimidos por el impugnante han sido minuciosamente establecidos en el primer sufragio por el Profesor Pfleger, lo cual, me excusa de una repetición ociosa.

II. En cuanto a la solución del caso, habré de coincidir por completo con la propuesta por el juez nombrado.

III. Emularé el orden fijado en el voto que precede y comenzaré con el tema de la materialidad y autoría de los dos delitos enrostrados; es decir, en primer término, el robo con armas y, luego, el homicidio.

IV. Según el atinado criterio del "a-quo", con los testimonios brindados por las víctimas -M. E. M., M. L. M. y P. S.- y con el del Oficial I., quedó probado que el robo cometido con arma de fuego, aproximadamente a las 20,15 horas en la fiambrería "L. V.", fue perpetrado por H. G. B..

La primera de las citadas y dueña del establecimiento comercial, estuvo frente al imputado a una distancia de 50 ó 60 centímetros, cuando él le exhibía la culata de un arma negra y le exigía la entrega del dinero.

Su hermana, M. L. M., y su cuñada, P. S., presentes en el lugar, fueron contestes en confirmar el suceso relatado por aquélla.

Por su parte, el Oficial I., preventor que llegó inmediatamente al comercio, tomó los primeros datos del evento a partir de las manifestaciones de la denunciante. Asimismo, recibió referencias en cuanto a las características físicas del ladrón, vestimenta que usaba, tipo de arma que portaba y dirección que había tomado cuando se marchó.

Para arribar a la certeza sobre este acontecimiento, fue significativo el reconocimiento del condenado, en rueda de personas, efectuado durante el trámite. La propietaria de la fiambrería indicó al imputado con una seguridad del noventa por ciento, como la persona que la había asaltado. En tanto que P. S., que lo había visto a unos 2 ó 3 metros de distancia, también lo reconoció.

La vestimenta utilizada por B. al momento de cometer el apoderamiento -abrigo de polar negro y gorra del mismo color, con tintes rojos y blancos- también fue identificada por las víctimas en rueda de objetos.

Así las cosas, estimo que el Tribunal analizó escrupulosamente los testimonios y evidencias que coadyuvaron a dejar establecida la certeza acerca de la autoría de H. G. B. en el robo con arma; en tanto que, los argumentos ensayados por la Defensa no han conseguido conmover la valoración efectuada por el "a-quo".

V. Con respecto al homicidio, no está en discusión la muerte violenta del Cabo de Policía C. O. C., ocurrida el día 9 de junio de 2007, aproximadamente a las 20,30 horas, en la intersección de las calles Sarmiento y Rosales de la ciudad de Puerto Madryn.

Este suceso fue confirmado con el certificado de defunción y la autopsia practicada por los médicos forenses H. G. y L. N., quienes informaron que el deceso se produjo por shock hipovolémico.

Lo que sí se refuta en la impugnación defensiva es lo concerniente a la autoría del condenado.

En este aspecto, también coincidiré con los nutridos fundamentos que ha expuesto en su primer sufragio, el ínclito doctor Pfleger. Es que los sentenciadores del tribunal de mérito, en cada uno de los votos, efectuaron -con sumo cuidado y atención- un estudio de las cualidades y circunstancias del conjunto de pruebas y expresaron con detalle los fundamentos que motivaron la condena.

El relato proporcionado por la joven J. C. O. fue decisivo para dilucidar el hecho, puesto que vio a B. sacar el arma de la parte delantera derecha de la cintura y dar muerte a C. de varios disparos. Indicó también la testigo que el imputado vestía una campera negra y una gorra visera con el distintivo del club River Plate, del mismo color, que se le cayó cuando huyó corriendo.

Otro testimonio importante fue el de S. A. C. que circulaba en su vehículo por calle Sarmiento a la altura de la calle Colón, junto a su señora, L. E. L.. El hombre relató que, advertido por una baliza de la policía encendida, observó que había una moto y una persona al lado, de pie, en bicicleta; que escucharon varios disparos con arma de fuego y, al mirar por el espejo retrovisor, el muchacho vio que la moto estaba tirada en el piso y una persona salía corriendo por calle R.. Ante esta situación, mientras su pareja intentaba llamar por celular a la policía, él giró por aquella calle en la misma dirección que tomara quien huía del lugar, y que luego vio una persona que iba con paso ligero, mirando para todos lados, con un sweater rayado.

Surge de los testimonios brindados por la pareja que el encartado vestía de oscuro y tenía algo en la cabeza cuando estaba al lado de la moto, pero después llevaba puesto un sweater con rayas oscuras y claras.

La señora L. fue clara cuando dijo que quien estaba en las calles S. y R. en bicicleta, vestido de negro, conversando con el policía, era la misma persona que luego escapaba con sweater rayado.

A su turno, el joven A. S. expresó haber escuchado aproximadamente siete detonaciones y haber visto pasar una hombre corriendo, que se quitó un pulóver negro y lo arrojó por detrás de un camión que estaba estacionado en un baldío, continuando la carrera con un pulóver con rayas blancas y azules. Esta reseña, justamente, vino a fortalecer lo percibido por los testigos C. y L. en cuanto a la indumentaria que lucía el imputado al transitar por calle ** de J.. Así se explicó con gran exactitud y esmero en el primer voto.

VI. La proximidad en el tiempo en que ocurrieron los dos hechos es decisiva a fin de establecer que el autor ambos fue el imputado B..

En efecto:

Quedó demostrado en los dos casos que el arma fue portada por el encartado en el mismo lugar: esto es, en la cintura, en la parte de adelante. Corroboran esta circunstancia los dichos de M. E. M. y J. C. O..

Las descripciones de las características físicas y vestimenta usada por el condenado, brindadas por los testigos del homicidio, se condicen con las manifestadas por M. E. M., propietaria de la fiambrería asaltada, quien estuvo a una distancia de apenas 50 ó 60 centímetros de B.. También P. S. quien, en el local comercial permaneció a unos 2 ó 3 metros del asaltante, distinguió el buzo que vestía y que luego fue arrojado en la vía pública por el matador C..

En la rueda de reconocimiento de personas, tanto M. E. M. como S. A. C. y L. E. L., reconocieron al imputado con un noventa por ciento de certidumbre. P. S. igualmente lo indicó como parecido en un ochenta por ciento.

En definitiva, la operación intelectual desplegada por los jueces para sindicar a B. como autor de los dos hechos, no merece ninguna objeción de mi parte. Pienso que existen sobrados indicios de autoría, correctamente enlazados y vinculados, que resultan suficientes para confutar los pretextos de la recurrente.

VII. También concordaré con el tribunal de mérito y el primer votante en juzgar que la conducta desplegada por B. se adecua a la prevista en el art. 80, inc. 8º del Código Penal.

Tengo por cierto, a partir de la prueba rendida en el debate, que B. disparó contra el integrante de la prevención con el claro propósito de darle muerte en razón de su condición de policía.

Esta tesis se encuentra avalada, en primer término, por el testimonio de J. O., quien afirmó que el atacante, luego de mantener la breve discusión y descerrajar los primeros disparos sobre la humanidad del policía C., al ver su cuerpo herido, derribado en el suelo, le tomó el pulso y le disparó por última vez (acaso para rematarlo).

No hay dudas de que B. tenía cabal conocimiento que C. se encontraba en plena actividad policial, trasladándose en una de las motos que usa la Policía para la vigilancia pública, con las balizas encendidas y vistiendo el uniforme que hacía ostensible su condición. Corroboran estas circunstancias las manifestaciones de S. C., a quien le llamó la atención las luces de las balizas; los dichos de L. E. L., quien vio al agente en la motocicleta, dialogando con una persona vestida de negro, y el secuestro en el hospital del uniforme policial que usaba la víctima.

B., entonces, no sólo tuvo el propósito de asegurar la impunidad del delito de robo perpetrado, sino que, además, exteriorizó su designio de acabar con la vida del policía en ejercicio de sus funciones; toda vez que, aun a sabiendas de que C. se hallaba imposibilitado de detener su huida, por los disparos que había recibido, se aseguró que el mismo estuviera muerto antes de continuar su escape.

Por las razones expuestas, desestimaré este agravio.

VIII. En punto a la oposición de la recurrente a la aplicación del artículo 12 del Código Penal en la sentencia, habré de expedirme por la negativa, en concordancia con el voto anterior.

Tengo para mí que la inhabilitación absoluta prevista en el artículo citado, es una pena accesoria a la de reclusión o prisión impuesta por más de tres años y, por lo tanto, inherente a la pena principal, a la que va necesariamente unida.

Por ello es que no puede aplicarse sola y en forma autónoma, sino que acompaña la imposición de una pena principal, de cuya existencia depende, debiendo ser fijada al dictarse una sentencia.

La pena accesoria no produce un efecto estigmatizador o mortificante y, por lo tanto, no se opone al predicado constitucional.

No se opone al texto de nuestra Constitución Nacional ni a los Tratados Internacionales que han quedado incorporados a ella, la norma que establece la inhabilitación inherente a la condena, mientras ésta dure. Es verdad que la declaración de inhábil o incapaz del reo implica una prohibición material de ejercer por sí determinados actos jurídicos civiles, pero las limitaciones propias de la prisión traen consigo dificultades para llevar adelante dichos actos. De modos que el planteo de su inconstitucionalidad tampoco tendrá acogida.

IX. La Defensora del imputado alegó la errónea aplicación del artículo 50 del Código Penal y promovió la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, por infracción al artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

Este tema ya ha sido tratado y resuelto por esta Sala Penal en autos "B...." (citado en el voto precedente), en los que se rechazó idéntico planteo. Me remito a dicho fallo para dotar de fundamentos a esta decisión.

X. Con respecto al cuestionamiento de la parte recurrente a la pena de prisión perpetua, adhiero a todo lo dicho por el primer votante. Lo que he escrito en la sentencia Nº 49/08 de fecha 30 de julio de 2008 (vide "C. H. E. y otro…") confiere fundamentos a esa adhesión.

Por lo tanto, el planteo contra la pena de prisión perpetua, será rechazado.

XI. En definitiva, coincido con la desestimación del recurso interpuesto por la defensa pública del acusado, propiciada en el primer sufragio, razón por la cual opino que la sentencia atacada debe ser confirmada en todos sus términos.

Así voto.

El Juez Daniel A. Rebagliati Russell dijo:

I) El Ministro Pfleger expuso con propiedad y precisión los antecedentes del caso y los argumentos que informan la impugnación de fojas 253/70 vta.

II) Siguiendo el orden fijado en el primer voto, comenzaré con el motivo que denuncia arbitrariedad en la determinación de la autoría.

En el presente caso se investigan dos hechos:

- el robo con armas cometido el día 9 de junio de 2007 a las 20.15 horas aproximadamente en el local comercial denominado "L. V.", y - el homicidio al Cabo C. O. C., cometido el mismo día a las 20.35 horas aproximadamente.

Ambos sucesos le han sido adjudicados a H. G. B., quien fue señalado por los damnificados del primer hecho y testigos presenciales del segundo, como autor de los mismos.

Para ello el Tribunal analizó el profuso material probatorio aportado por el Ministerio Público Fiscal, que en forma prolija y contundente logró confirmar la hipótesis desplegada en el juicio.

En el primer hecho, han sido fundamentales los aportes de las víctimas, quienes se encontraban en el local comercial cuando el imputado ingresó con fines delictivos.

Gracias a estos testimonios se pudo reconstruir lo sucedido, y lograron describir físicamente al sujeto y la vestimenta que tenía en aquél momento.

Estos datos han sido calificados como esenciales para la determinación de la autoría, y son parte del copioso plexo probatorio, que junto con los diferentes actos procesales llevados a cabo, confirman la certeza requerida en esta etapa.

Así, M. E. M., en la oportunidad de declarar ante la prevención, sostuvo que de volver a ver al sujeto lo reconocería. Y justamente, este acto de reconocimiento ha sido fundamental para la investigación, ya que puesto el imputado C. en una fila de personas de similares características, la testigo lo individualizó, indicando además las diferencias encontradas en ese momento con la del hecho.

También lo indicó P. S., quien pudo observarlo desde una mayor distancia, pero sin embargo dicha circunstancia no impidió que lograra identificarlo.

El reconocimiento de objetos también ha sido de vital importancia, y más allá de las críticas esbozadas por la defensa, este acto viene a confluir con el restante material probatorio que señala a B. como autor del delito.

Todo lo dicho vale para el segundo hecho adjudicado, sólo que aquí el Tribunal valora como prueba fundamental el testimonio de J. C. O..

Los jueces han analizado correctamente lo que dijo la testigo, que no sólo describió el accionar del imputado, sino que dio detalles de cómo estaba vestido y agregó que al irse a la fuga se le había caído una gorra negra.

Este último elemento, secuestrado por la prevención, fue el que luego ha sido reconocido por la testigo M. como aquél que el encausado tenía en el momento del desapoderamiento.

Así fue como se confirmó la hipótesis inicial y se llegó a la conclusión de que el autor del robo era el mismo que había dado muerte al agente C..

Esta idea se fortaleció aún más con el reconocimiento que se hizo del buzo secuestrado cerca de la escena del crimen.

Se convocó también a la audiencia de debate a los testigos S. A. C. y L. E. L.. Esta pareja observó el momento previo, cuando víctima y victimario se encontraban conversando en la calle, mencionando la bicicleta y el vehículo policial. Relataron que luego de ello escuchan disparos y logran visualizar desde el espejo retrovisor como una persona salía corriendo, y deciden perseguir al sujeto a la vez que intentan dar aviso a la policía.

Tanto el hombre como la mujer reconocieron al imputado, y el a-quo se encargó de explicar porqué C. indica primero que observó al imputado con un buzo oscuro y luego con uno rallado.

El tribunal contó con todos estos elementos para confirmar la autoría de B., y seguir analizando este punto sería absurdo, ya que esta tarea ha sido profusamente desarrollada por el doctor Pfleger, como así también, claro está, por el tribunal de mérito.

Sólo diré que los hechos investigados han sido debidamente acreditados, y que la elaboración mental efectuada para culminar en la decisión condenatoria ha sido razonada, dando fundamentos lógicos y coherentes, utilizándose de manera armónica todos los elementos probatorios aportados.

De esta manera, los planteos formulados en la impugnación han sido rebatidos cómodamente a partir de las evidencias de cargo que confluyen unívocamente hacia una recreación como la realizada por la sentencia.

III) En cuanto a la calificación del hecho, habré de coincidir con la escogida por el a-quo.

El propósito de B., como bien lo indican mis colegas de Sala, se refleja cuando una vez caída la víctima el imputado se asegura del resultado, efectuando el disparo final.

Han quedado debidamente configurados los elementos requeridos por el tipo seleccionado: - conocimiento del imputado de la condición que ostentaba C.; - que se encontraba en actividad policial y - que su accionar obedeció a esta circunstancia y no a la posibilidad de verse privado de su libertad.

IV) La pretendida violación al principio de congruencia sostenida en la impugnación por la aplicación de las accesorias legales, también deberá rechazarse. Vuelvo a coincidir con los Ministros preopinantes, siendo las mismas una consecuencia necesaria de la pena impuesta.

La propia letra del ordenamiento de fondo así las describe, cuando dispone: ´La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el Tribunal, de acuerdo con la índole del delito…´.

De la lectura de esta norma se desprende que su aplicación no está condicionada a la petición Fiscal, sino que opera de pleno derecho cuando la pena impuesta sea superior a los tres años.

V) El tema de la inconstitucionalidad de la aplicación del instituto de la reincidencia, ya ha sido tratado por esta Sala, y en consecuencia habré de remitirme a la jurisprudencia sentada en los autos "B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real" (expediente N°20387-B-2006), en los que se rechazó tal planteo.

VI) Idéntica es la situación del planteo de la pena de prisión perpetua, que también ha sido resuelto en el fallo citado por mis colegas.

VII) Conforme a las argumentaciones expuestas, corresponde, en mi opinión, rechazar la impugnación incoada y confirmar la sentencia, con costas.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Rechazar la impugnación interpuesta por la Defensora Penal, con costas.

2º) Confirmar la sentencia número 49/08 del año dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de la ciudad de Puerto Madryn.

3º) Protocolícese y notifíquese.

Firman dos Ministros por ausencia del Juez Alejandro Panizzi

Fdo: Pfleger, R. Russell.=