En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de octubre del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Martín Montenovo y Leonardo Pitcovsky, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R., E. D. p.s.a. de homicidio tentado a Y. T." (Carpeta 3.533 OJ Tw – Legajo 33.033 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa de confianza contra la sentencia Nro. 1.562/12 OJ Tw dictada en fecha 01/06/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 20/09/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado E. D. R. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), con la asistencia técnica del Defensor Público Dr. Lisandro Benítez.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Martín Montenovo, y Leonardo Pitcovsky.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Efectuaré, en primer lugar, una síntesis de los antecedentes del caso sometido a conocimiento y decisión de esta Cámara, así como de los agravios que sustentan la impugnación ordinaria.

Mediante sentencia Nro. 1.562/12 de fecha 01/06/12, el tribunal oral integrado por los jueces penales Dres. Alejandro Gustavo Defranco, Ivana González y Darío Rubén Arguiano, declaró a E. D. R. como autor responsable del delito de homicidio agravado por ensañamiento (arts. 45 y 82, inc. 2do. CP) en perjuicio de Y. T., por el hecho ocurrido el día 13/08/2011, y lo condenó a la pena de prisión perpetua (art.12 y 80 inc. 2 del CP).

2. El Sr. Defensor, en su presentación escrita y ratificada en la audiencia prevista en el art. 385 CPP, centró en seis los agravios que le irrogan a su parte la

sentencia que critica, a saber: a) nulidad de la sentencia por desintegración del Tribunal; b) errónea valoración de la prueba de cargo - nulidad; c) valoración de la Cámara Gesell; d) errónea interpretación de la ley penal y, en forma subsidiaria, e) inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

En relación al primero de los agravios, señaló que la nulidad se originó en la valoración que la Dra. González efectuara de prueba invalidada por la mayoría del Cuerpo, ya que los Dres. Defranco y Arguiano decretaron en sus votos la nulidad de los allanamientos realizados en la etapa investigativa, lo que abarcaría también la evidencia allí obtenida y los testimonios de los participantes O. O., S. T., N. E., A. C., J. S., A. A. y C. C.

Invocando doctrina nacional, destaca que la valoración que efectuara la Magistrado, en contra de las garantías del imputado, provoca la nulidad de su voto y consecuentemente la desintegración del Tribunal, por lo que solicita se decrete la absolución de su asistido de conformidad con los arts. 25 *in fine*, 329 2do. y 3er. párrafo, y 372 inc. 4 del CPP.

El segundo de los agravios -errónea valoración de la prueba para la determinación de la autoría-, encuentra sustento en la omisión de los Jueces de expedirse respecto de uno de los planteos realizados por la defensa. Así, dice que pese a haber alegado que no podía valorarse la declaración efectuada en cámara Gesell por el menor D. A. -tanto por provenir de una situación derivada de la irregularidad, como por entender que los dichos estarían contaminados por la influencia de su abuela, presente en las diligencias nulas-, el Tribunal nada dijo, limitándose a analizar la credibilidad del testimonio del niño. Por ello postuló que se decrete la nulidad del pronunciamiento condenatorio y se declare la absolución de su cliente por inexistencia de suficiente prueba de cargo.

En cuanto al tercer agravio -credibilidad del testimonio en Cámara Gesell-, indica que el Dr. Defranco es el único juez que aplica criterios de validez al testimonio del

menor, ya que los otros dos no indicaron en base a qué reglas objetivas y racionales pueden afirmar que el relato resulta creíble, espontáneo, y no una declaración mecánica o co-construida.

Señala que el Dr. Defranco afirma que el testimonio cumple con algunos de los criterios de credibilidad del método SVA (Statement Validity Assessment) y, habiendo confrontado el contenido de la declaración con los criterios CBCA (Criteria Bassed Content Analisis), concluye en que el menor es veraz ya que encuentra una estructura lógica, producción inestructurada, presencia de detalles sobre tiempo, lugar, personas y objetos (botella de Coca de vidrio, una botella de líquido, "la prendió en la mano", etc). Al respecto, el recurrente señala que el análisis del relato debe ser mucho más amplio y que, realizado éste acabadamente, se puede verificar que el grado de credibilidad no resulta suficiente como para alcanzar la certeza que justifique una condena, agregando que el único criterio observado en el relato es el de "Estructura Lógica", pero es insuficiente.

Ingresando en el análisis del relato en cuestión, a la luz de los criterios de credibilidad que expone en su escrito, señala que no es cierto que al menor se le hayan realizado preguntas abiertas, sin inducción de respuestas, siendo claro ejemplo de ello que en momento alguno admitió que R. hubiese utilizado una botella con líquido para tirárselo a su madre, sino que dicho elemento fue introducido por la psicóloga, como surge del audio respectivo.

Agrega que en ningún momento se interrogó a D. A. sobre detalles periféricos al hecho básico de la acusación, a fin de evaluar su credibilidad.

Destaca que tampoco se lo interrogó sobre conversaciones que haya presenciado, como la pelea de la madre con su pupilo o el pedido de traslado al vecino C. hasta el

hospital, como así tampoco de la llamada al 101 que se acreditara.

Tampoco se verificaron “complicaciones inesperadas” o “detalles inusuales”. En cuanto a los que el juez Defranco menciona como “detalles superfluos” entiende el recurrente que no son tales, ya que los mencionados se refieren a datos indicados por la propia Fiscalía en su acusación. Reitera, en este punto, la inducción producida al introducir la psicóloga en el interrogatorio la palabra “botella”.

Señala que mal puede calificarse de detalle “superfluo” la mención del niño de que el acusado “estaba parado ahí mientras se llenaba el balde de agua”, ya que a partir de dicho dato los Sentenciantes aplican la figura agravada. Sostiene que es evidente que el detalle es utilizado para forzar la interpretación respecto a la credibilidad del relato.

Destaca que se omitió considerar en la evaluación la denominada “Información exacta de detalles malentendidos”, siendo un criterio de relevancia en el análisis, puesto que permite evaluar si el menor fabula al momento de declarar o si es un relato co-construido. La omisión –infiere- se debe a que es evidente que parte del relato del niño fue construido por un tercero, su abuela O. O. o S. T.

En relación la supuesta utilización de una sartén –secuestrada en el segundo allanamiento- con la cual el acusado habría golpeado a la víctima, según el relato del menor, la Defensa recuerda que la abuela del menor participa de los dos allanamientos declarados nulos, por tanto, al estar en contacto con la información allí recabada, pudo contaminar la memoria del menor.

Por otra parte, manifiesta que si el golpe con la sartén produjo un estado de inconciencia, no se explicaría que tanto R. como el vecino C. manifestaran que la víctima sale del domicilio caminando y que, al arribar al hospital, respondiera a preguntas del Dr. S.

Señala el defensor que tampoco se verificó en el caso el criterio de “asociaciones externas relacionadas” y que, en relación a “descripción de estados mentales” yerra el juez

Defranco al decir que el niño manifiesta "que su papá era malo porque le pegaba a su mamá", ya que en todo momento el menor nombra al acusado como "D.". Agrega, en cuanto al criterio "atribuciones al estado mental del agresor", que al no ser interrogado el niño al respecto, mal pudo haberse verificado.

Alude, asimismo, a la ausencia de indicadores tales como "correcciones espontáneas", "admisión de la falta de memoria", "dudar sobre el propio testimonio", o "manifestar autodesaprobación" o "perdonar al autor del delito", criterios, todos ellos, que se vinculan a la credibilidad, pues quien miente o fabula no suele mostrar tales características en su relato.

Afirma que se omitió interrogar al menor sobre los "detalles característicos de la agresión", tales como si escuchó alguna manifestación del agresor o de su madre, si puede describir el olor del líquido arrojado, las manifestaciones de R. después del hecho, si hubo alguna conversación entre el acusado y el vecino C., cuánto tiempo duró el incendio, ni desde dónde observó a R. mientras se llenaba el balde, o cuando apagaba a su madre, etc..

Concluye señalando que de acuerdo a los parámetros de evaluación aplicables a este tipo de *test* de credibilidad, el relato sólo presenta uno de los diecinueve criterios de validez, cual es su aparente "estructura lógica", no habiéndose verificado los restantes. Por ello, afirma, la declaración del niño no resulta creíble y, por tanto, es insuficiente para sostener el pronunciamiento de condena. Cuando menos se puede verificar la existencia de una duda procesal en el único elemento de cargo sobre la autoría, esto es, los dichos del menor D. A., por lo que corresponde –entiende- la absolución de su defendido.

En cuarto lugar, se agravia en relación a la calificación atribuida a su cliente, homicidio agravado por ensañamiento (art. 80 inc. 2 CP), por cuanto considera que

no existe prueba para concluir que su asistido, como sostienen los Magistrados, se valiera de un modo particularmente doloroso, cruel, lento y más mortificante que otros con los que contaba a su alcance, procurando infligir un sufrimiento mayor e innecesario a la víctima en el proceso de muerte. Entiende que los Sentenciantes arriban a tal conclusión valorando la declaración del menor D. A., respecto del plano objetivo del tipo y en el plano subjetivo se basan en lo declarado por la Lic. C., en tanto afirma que su cliente venía "rumiando" la idea de poner fin a la vida de Y. T. del modo utilizado.

Destaca que el Dr. Arguiano afirma que su asistido golpea la cabeza de Y. en forma reiterada a fin de dejarla indefensa, aseverando el letrado que no existe prueba testimonial o documental médica que autoricen tal aserto; lo sostenido sólo puede surgir, pues, de los dichos del menor. Sin embargo, si bien el niño dice que R. golpea a Y. T. en la cabeza, no refiere golpes "reiterados", como indica el magistrado.

Los sentenciantes escogen la calificación a partir del medio empleado, afirmando que el autor podría haber elegido otros elementos a su alcance, pero ello –indica- no es suficiente para tener por configurada la agravante. Nada demuestra, dice, que empleando otro medio –reiterados golpes, o puñaladas, p.ej.- la víctima hubiera sufrido menos. Tampoco puede confundirse el hecho de que la agonía haya sido lenta, con elegir un medio lento para matar –¿cómo podría una persona lega, como el acusado, saber que ese medio podría causar el sufrimiento que ocasionó?-.

Con cita de doctrina, afirma que el padecimiento no ordinario no califica al homicidio, cuando es una consecuencia necesaria del medio utilizado, sin preordenación. Es claro, sostiene, que el fuego, por sí mismo, produce una sufrimiento extraordinario, pero al no haberse demostrado que R. haya elegido este medio para hacer sufrir a la víctima, no corresponde la aplicación del agravante ensañamiento.

Por último, respecto del plano subjetivo de la conducta, sostiene el recurrente que los Jueces no debieron basarse exclusivamente en el informe de la psicóloga L. C., pues si bien la profesional menciona que el acusado tiene una conducta "rumiante" y que ha "construido pensamientos fantasiosos sobre cómo le gustaría que el otro fuera sancionado", nada se ha demostrado al respecto en el caso.

Pide que se califique el hecho como lesiones gravísimas en concurso real con homicidio culposo (art. 91 y 84 CP) o, en su defecto, como homicidio simple (art. 79 CP), requiriendo que la Cámara asuma competencia positiva y aplique una pena ajustada a la responsabilidad del acusado.

Finalmente, en subsidio, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua impuesta por mayoría en el fallo, atento a que la Dra. González hizo lugar a su planteo, postulando una pena de 25 años de prisión.

El letrado transcribe parcialmente los fundamentos de los Dres. Defranco y Anguiano, quienes validan la pena de prisión perpetua por ser pena temporal, a partir de la posibilidad de acceder a la libertad condicional una vez transcurridos los términos que imponen el art. 13 CP. Señala que este último beneficio resulta ser una utopía, por cuanto desatiende la posibilidad de reinserción de su asistido, finalidad última que encuentra tutela en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 1ro. de la ley 24.660, toda vez que E. D. R. actualmente cuenta con 46 años y recién podrá gozar de aquel beneficio a los 81 años. Cita doctrina y jurisprudencia que considera aplicables sobre este particular.

A modo de conclusión sobre este punto, la defensa sostiene que la pena de prisión perpetua es inconstitucional por cuanto vulnera los principios de progresividad y humanidad, resultando ser una pena inhumana, cruel y

degradante en los términos establecidos en el Tratado Internacional sobre la Tortura (art. 1), por lo que peticiona que este Cuerpo asuma competencia positiva e imponga una condena de acuerdo al hecho, las características de su pupilo y los fines de la pena.

Por último, en el tramo final de la audiencia de impugnación, la Sra. O., madre de Y. T., hizo uso de la palabra, y solicitó que se haga justicia por la memoria de su hija.

3. Luego de realizada una reseña de los antecedentes del caso, corresponde ingresar al tratamiento del recurso analizando, en primer lugar, la crítica vinculada a la valoración de prueba ilegal por parte de uno de los Jueces del mérito. La Defensa alude al voto de la jueza Ivana González quien, según el impugnante -haciendo caso omiso de la opinión de la mayoría-, decide valorar la totalidad de la prueba producida en el debate, incluso aquella declarada nula por los otros dos miembros del Tribunal.

Cabe, en primer término, decir que no hay ninguna duda acerca de que en un tribunal colegiado la mayoría obliga a la minoría. Esto significa que, una vez establecido el orden de las cuestiones a resolver, la decisión se construye por mayoría de votos respecto de cada una de ellas, quedando el juez disidente obligado a respetar la voluntad mayoritaria y a continuar sufragando, a fin de posibilitar que todos los tópicos sean resueltos con la integración plena del tribunal.

Sin embargo, no advierto que haya sido violada dicha regla en el presente caso. Por el contrario, analizando el voto de la jueza González puede advertirse, sin esfuerzo, que ha limitado su valoración a aquellos datos cuyo ingreso al proceso no puede ser cuestionado.

Cierto es que la Magistrada, al comienzo del sufragio, recrea lo ocurrido en la audiencia de juicio, haciendo una síntesis de los elementos de prueba introducidos en esa oportunidad. Sin embargo, advierte de manera expresa que la valoración “quedará acotada a aquello finalmente tenido por válido”. Así, si bien alude a los testimonios de quienes

intervinieron en los allanamientos anulados, pondera exclusivamente tales dichos en relación a lo percibido por los testigos desde el exterior del domicilio de F. N° ***.

En tal sentido, no encuentro obstáculo legal alguno para tomar en cuenta de manera parcial esos relatos, pues una correcta interpretación de la postura de los jueces de la mayoría –al tratarse de una anulación parcial- exige discriminar aquel conocimiento obtenido a partir del acto ilegal, de aquel otro cuya adquisición y, por ende, valoración, resultan perfectamente válidas.

Es cierto que, por efecto de la nulidad, los jueces del debate han debido suprimir mentalmente la información invalidada, estándole vedado valorar ciertos datos, a pesar de lo visto u oído en la audiencia. Sin embargo, tal dificultad, que sería incapacitante para que decidiera el juez en un sistema de "íntima convicción", no es esencial en el de la "sana crítica" que nos rige (art. 25 CPP), pues en este último los jueces deben dar argumentos racionalmente controlables para fundar su decisión. Son esas razones, y no la particular convicción del magistrado, lo que debe dar sustento al fallo.

Justamente, los argumentos valorativos que ha dado la Magistrada impiden dar curso al planteo nulificante de la Defensa. En efecto, analizando los fundamentos del voto en cuestión puede advertirse que se ha excluido toda referencia a la información obtenida como consecuencia de los registros domiciliarios anulados. Así, además de la prueba documental, la Jueza ha ponderado la declaración del menor A. en cámara Gesell, del testigo B. C., vecino, y de los profesionales médicos Dres. S. T. y O. G. Valora, también, las declaraciones de O. O. y S. T., madre y hermana de Y. T., la víctima. En cuanto a los dichos de N. E., A. C., J. S., A. A. y C. C., la Magistrada ha tomado en cuenta solamente –insisto- aquello que los testigos han percibido desde el exterior de la vivienda del acusado, inmediatamente antes de

producirse los registros domiciliarios anulados. Por último, pondera los informes y testimonios de la Lic. L. C. y del Dr. D. R. J. respecto del psicodiagnóstico e informe médico del art. 206 CPP, respectivamente.

Por todo lo expuesto, la nulidad planteada debe rechazarse, toda vez que la declaración de autoría material y plenamente responsable del acusado se basa, tanto en el voto de la Dra. González como en el de los otros votantes, en elementos probatorios válidamente introducidos al proceso.

4. En el segundo agravio la Defensa denuncia la arbitrariedad del fallo de condena, por haberse valorado –opina- prueba inválida. Afirma que el Tribunal ha ponderado erróneamente, como prueba de cargo, la declaración del niño D. A., único testigo presencial del hecho, siendo que dicho testimonio carece de toda validez.

Postula la nulidad de la declaración prestada en cámara Gesell por el menor, por entender que esa es la necesaria consecuencia de las irregularidades cometidas durante la investigación, particularmente en los inválidos allanamientos realizados en la vivienda del acusado. Agrega que existen serios indicios, en el caso, de que el relato del niño fue co-construido por la Sra. O. O. –abuela del menor-, quien participó de esas diligencias inválidas y, por tanto, influyó en la memoria del niño, a partir de la información que adquiriera en tales procedimientos.

La Defensa pretende –interpreto- que la invalidez de los allanamientos no sólo abarque a esas diligencias y, por ende, a toda información directamente obtenida en ellas sino, también, que se extienda a la declaración del único testigo presencial del hecho, el niño D. A.

El punto de partida para evaluar la presencia de un vicio invalidante es la existencia de un quebrantamiento de las formas, es decir, de la inobservancia de alguno de los elementos estructurales del acto procesal que se cuestiona. Por otra parte, no toda irregularidad de procedimiento acarrea, automáticamente, la nulidad; para poner en juego la posibilidad de anulación de un acto se debe constatar la

afectación a un derecho palpable, es decir, la generación de un perjuicio concreto o la violación de una garantía constitucional.

Ninguna duda cabe acerca de que la nulidad de los allanamientos se extiende a aquellos actos –secuestros, constataciones, reconocimientos, etc.- derivados directamente o indirectamente de tales diligencias. Es claro que tales diligencias no podrán servir como elementos de cargo aunque, valga aclarar, nada obstaría a su valoración en beneficio del afectado.

Sin embargo, ninguna irregularidad formal advierto en el trámite seguido para recibir la declaración testimonial del menor A., tomado en cámara Gesell en la etapa preparatoria del proceso. Al contrario, la recepción del testimonio –según surge de fs. 36 del cuaderno de prueba de la Fiscalía- ha sido rodeada de las formalidades que establece el rito (art. 193 CPP).

Pero, básicamente, la posible co-construcción de la versión brindada por el menor, a partir de la supuesta influencia ejercida por su abuela, no resulta –conceptualmente- una causa de nulidad sino una cuestión vinculada con la fuerza o peso probatorio de la información que surge de ese relato.

Así, siendo que el incumplimiento o irregularidad formal es un presupuesto necesario –aunque no suficiente- para la invalidación del acto, según se infiere claramente de las previsiones de los art. 161, sgtes. y ccdtes. del CPP, ausente todo defecto ritual en el acto cuestionado, la crítica debe interpretarse como un cuestionamiento al valor conviccional que cabe atribuir a los dichos del niño.

5. En el tercer agravio el recurrente cuestiona la relevancia que atribuye la sentencia a los dichos del menor D. A., en tanto –sostiene- no han dado los Magistrados razones suficientes para sustentar la plena credibilidad que confieren a ese testimonio. El impugnante argumenta, en

cambio, que se trata de un relato co-construido y contaminado, a partir de la influencia que habría ejercido la abuela del niño.

No es ocioso recordar aquí que los jueces de la instancia revisora se encuentran en idéntica situación que los jueces del mérito en relación a la evidencia, particularmente cuando se trata –como en el caso- de valorar un anticipo jurisdiccional de prueba. Es claro que se trata de información que llega mediatizada a los jueces revisores de la misma manera que ha llegado a los del mérito.

Retomando, anticipo que, en mi opinión, el examen intrínseco del contenido de la declaración del menor D. A. arroja un saldo favorable a su fiabilidad, toda vez que –como se analizará- no se detectan contradicciones o inconsistencias en el relato, ni se advierte motivación espuria alguna, capaz de motivarlo a declarar falsamente o a distorsionar la versión para perjudicar al acusado.

Sintéticamente, el niño afirma que la noche de los hechos él se encontraba durmiendo, siendo despertado por los gritos de una pelea entre su madre y el acusado. Cuando se levanta observa, desde atrás de la puerta de la pieza, que R. le arroja a su madre una botella de vidrio, de "Coca", impactándole en la espalda, haciéndola caer contra la puerta del baño. Refiere que luego ve a R. golpear en la cabeza a su mamá con una sartén, dejándola aturdida, "noqueada" (para la Real Academia: dejar sin sentido a alguien con un golpe). Ante ello, la entrevistadora le sugiere: "¿Como dormida?", respondiendo el niño afirmativamente. Luego, el menor relata que estando caída su madre al lado de un sillón, el acusado tira un líquido en el suelo y prende fuego a la altura de la mano de la mujer. Con patetismo, agrega que "después estaba meta prender y ella estaba meta gritar", indicando que al ratito el acusado "la apagó", arrojándole un balde con agua, para luego arrastrarla hacia la parte de atrás "para que respirara".

Es a partir de este único relato que ha podido reconstruirse históricamente lo ocurrido. Sin embargo, sabemos, el actual sistema de valoración de la prueba no

establece un valor determinando o *quantum* de cada medio probatorio en particular, sino que el mismo dependerá de los argumentos que permitan sostener el valor conviccional que cabe otorgar a aquello.

En tal sentido, coincido con los Sentenciantes en que la declaración del niño irradia un fuerte poder de convicción, capaz por sí misma de brindar un panorama muy aproximado a la realidad, y que se ha visto corroborado por otras probanzas autónomas que hablan a favor de su credibilidad máxima.

Ingresando a la crítica puntual de la Defensa, advierto que la circunstancia de que el niño hablara con sus familiares sobre el hecho antes de declarar en la causa, como afirma el recurrente, resulta altamente probable a partir de los dichos en el debate de la abuela, O. O., y de una tía, F. S. T. O. dice que habló con D. "como a los dos días" del hecho, narrándole el menor detalles que la testigo reproduce minuciosamente en la audiencia de juicio. Por su parte, T. manifiesta que el día del hecho no le preguntó nada a D., pero que él dijo que había escuchado como gritaba su mamá y que había visto todas las cosas que él (por R.) le había hecho. Afirma que el niño "no dijo nada más porque D. le dijo que esté calladito", agregando "a los días él solo empezó a decir las cosas".

Teniendo en cuenta los insospechados dichos de ambas testigos, así como que la declaración del niño en cámara Gesell se formaliza en la causa seis días después del hecho (conf. fs. 36 del cuaderno de prueba fiscal), la circunstancia de que el menor conversara con sus familiares acerca de la situación vivida puede tenerse por cierta. Sin embargo, ese solo hecho no alcanza para suponer que haya existido la denunciada co-construcción, ni tampoco una contaminación sustancial de los recuerdos del niño (más allá de que, sabemos, no existe un relato "puro", como tampoco una verdad absoluta).

Cierto es, como dice el impugnante, que el Dr. Defranco es el único votante que aplica un riguroso *test* de credibilidad sobre los dichos del niño. Ese análisis consiste en aplicar, por un lado, un protocolo denominado "Evaluación de la Validez de las Declaraciones" (*Statement Validity Assessment* o SVA), que permite verificar si existen dificultades de orden cognitivo en el declarante. Luego los dichos son analizados en base a criterios (*Criteria-Based Content Analysis* o CBCA) para indagar sobre aspectos vinculados a lo motivacional, permitiendo de tal modo detectar declaraciones deliberadamente falsas.

Se ha establecido que la presencia de un importante número de criterios (tales como riqueza de detalles, engranaje contextual, descripción de interacciones, mención de detalles inusuales, etc.) indica una alta probabilidad de que la declaración se base en hechos realmente vividos por el niño.

Tales métodos de análisis –si no los únicos, los más avanzados en el campo de la psicología del testimonio-, no configuran un "detector de mentiras", como se ha dicho reiteradamente, sino una herramienta útil pero en modo alguno excluyente a la hora de valorar la credibilidad de un testimonio. Por ello, la falta de realización de un *test* de credibilidad basado en criterios o indicadores (CBCA, SVA, u otros) no resta eficacia a la valoración efectuada sin ese tipo de auxilio, cuando las conclusiones se fundan en verificaciones contrastables, y han sido construidas de manera correcta desde el punto de vista de la lógica formal.

Así, a pesar de diferir en la modalidad del análisis, resultan concordantes en el caso los Sentenciantes respecto al alto valor conviccional que cabe atribuir al testimonio del niño D. A.

Coincido con el juez Defranco en cuanto advierte acerca de la importancia que reviste determinar, previo a toda otra consideración, si la entrevista ha sido llevada correctamente, a partir de preguntas abiertas y sin intervenciones sugestivas por parte del entrevistador. Salvo pequeños detalles puntuales, que han sido valorados, el

interrogatorio fue llevado, en mi opinión, de manera correcta.

También encuentro adecuado el cotejar el relato con el método CBCA, así como la conclusión de que se trata de un relato lógico, inestructurado, no lineal, y rico en detalles. En cuanto al contenido puntual de la declaración también se ha constatado la presencia de numerosos indicadores de credibilidad, tales como: *la descripción de interacciones* -tanto entre víctima y victimario, como entre el agente del delito y el testigo-, la *reproducción de conversaciones*, la presencia de *detalles superfluos*.

Los Magistrados del mérito han destacado, correctamente entiendo, la solidez y espontaneidad de la versión que brinda el menor y, también, la coincidencia del relato con varios aspectos del que brinda el propio acusado.

Por otra parte, ponderan la cantidad de detalles que surgen de este relato sustancial. Es muy gráfico el juez Arguiano cuando, al desechar el planteo defensivo de co-construcción del relato del niño, señala, en conclusión que comparto, que "si esto fuera así, y la abuela y/o la tía hubieran urdido una trama para inculpar a R... el relato carecería de connotaciones y detalles que sólo quien vivenció la dramática escena pudo haber conocido".

A su vez, no se alcanza a comprender en el planteo de la Defensa, por qué razón la madre de la víctima podría haber introducido el dato de la sartén si acaso no le hubiese sido proporcionado por el niño. No se advierte de qué modo podría pretender O., a partir de ese dato puntual, perjudicar al imputado. Esto es así, sencillamente, porque la testigo no pretende implantar una falsedad, sino que la información le fue dada por el niño -no al revés-, tal como él mismo lo indicara en su declaración.

Los Magistrados han contrastado, asimismo, la información surgida del relato del niño con el resto de la prueba, afirmando la concordancia de esos dichos con la

declaración prestada por la abuela, O. O., por la tía, F. S. T., y por los profesionales médicos, Dres. T. y G., en cuanto constatan las lesiones por quemaduras que presentaba, más allá de la documental que lo corrobora y que no ha sido puesta en tela de juicio. También con los dichos del testigo C., vecino del lugar, en tanto el niño indica, de manera totalmente espontánea, que "la camioneta esperaba, después vino la camioneta y la tiró atrás, atrás la llevó, y después la llevó al Hospital".

No cabe profundizar, entiendo, en el análisis de la restante prueba que han valorado los jueces, toda vez que no ha merecido cuestionamiento alguno por parte de la Defensa. Sólo cabe mencionar que ha sido correctamente ponderada para evaluar la coherencia externa de la declaración del menor.

Cabe, por otra parte, agregar que ciertas características del relato del niño, como la circunstancia de reconocer fallas de la memoria (dice –y reitera- no recordar qué día de la semana era), es un indicador que agrega fiabilidad, pues la experiencia indica que el testigo que depone falsamente, en su afán de brindar una versión sin fisuras, por lo general no admite tener lagunas mnésicas.

Es verdad, como señala el recurrente, que la entrevistadora introduce en su interrogatorio la palabra "botella", que el niño no había utilizado, para nombrar el recipiente que supuestamente habría contenido el "líquido" al que había aludido el menor ("¿vos viste cómo era el líquido o cómo era la botella?", dice la Licenciada). Sin embargo, si bien luego de la pregunta el menor hace alusión a ese objeto, al indicar que no sabe "para dónde la tiró a la botella" (respuesta inducida), la sugestión no se concreta en una falsedad, pues responde: "no, a la botella no la alcancé a ver".

Idéntica consideración cabe hacer respecto a su respuesta vinculada al elemento con el que el acusado provoca la deflagración, pues pese a que se le pregunta al niño si R. fuma, respondiendo que sí y que siempre llevaba un encendedor en el bolsillo, ante la consulta concreta respecto a si vio con qué elemento prendió fuego, nuevamente

no se concreta la inducción, ya que responde: “no, no vi con qué la prendió”.

Otro indicador que hace a la fiabilidad del relato es la seguridad que muestra en sus respuestas. Ante una pregunta sobre si vio o escuchó determinada circunstancia, responde “lo ví y lo escuché”. También se destaca su pertinacia al referir ciertos detalles como, por ejemplo, cuando alude de manera espontánea a que R., al ver que el declarante no podía respirar y que estaba tosiendo, le dice que “salte para el otro lado cuando la estaba prendiendo fuego”; tal extremo va a ser luego reiterado, también de modo espontáneo, ante la pregunta de si R. lo había visto en la escena del hecho. Ante ello el niño reitera “cuando yo no podía respirar y estaba, coso, tosiendo, y después agarró y dijo que salte para el otro lado”.

En este punto es posible entrever, a partir de una pregunta específica de la entrevistadora, que ese “otro lado” hacia donde salta el menor sería la zona posterior de la vivienda –pues la sindica como la parte “de atrás”-, donde habría una cocina que daría a un patio. Me he detenido en ese detalle del relato, sobre el que habré de volver, en tanto describe ciertas características del lugar, teniendo en cuenta que a partir de las nulidades dispuestas no se cuenta con un croquis de la vivienda. Retomaré su consideración a la hora de reexaminar la calificación jurídica del hecho.

Cabe, por otra parte, ponderar que a pesar de los sentimientos que hoy pueda albergar, el niño no ha puesto de manifiesto una particular animosidad contra el imputado por circunstancias anteriores al hecho que describe; si bien lo caracteriza como “malo”, porque le pegaba a su mamá, no encuentro ningún elemento en su relato que indique un ánimo de exagerar o atribuir conductas más reprobables que las que tuvo el acusado, o de perjudicarlo falsamente, o de torcer el contenido de sus recuerdos. Esta total ausencia de todo

indicio de mendacidad gravita, indefectiblemente, en favor del relevante peso probatorio que los Sentenciantes han otorgado al testimonio.

Frente a ese cuadro probatorio, se alza la declaración del acusado. R. afirmó que la noche anterior al hecho estuvieron con su pareja –Y. T.- en un boliche, ella se encontró con unos amigos y él se fue al casino, luego volvieron a la casa en un remis, originándose una discusión por celos. Agrega no recordar haberla golpeado, y que sale de la casa para no seguir peleando; que cruza la calle y habiendo recorrido unos ocho o diez metros escucha un grito; vuelve, abre la puerta y encuentra el sillón prendido y a Y. "encendida fuego". Dijo, también, que esa noche bebieron fernet con coca, primero, y luego siguieron con cerveza.

Sin embargo, la persuasión que logra el relato del niño, ausente todo indicio que permita dudar de su fiabilidad, sumado al cúmulo de argumentos analizados por los Sentenciantes que permiten apuntalarlo, resultan suficientes para confirmar la hipótesis incriminatoria y, por ende, tener por cierta la materialidad y autoría del ilícito fijada en la sentencia recurrida. Así voto.

6. Cabe, pues, ingresar al cuarto agravio traído por el impugnante, vinculado al encuadramiento legal del hecho. La Defensa sostiene que no se encuentran configurados en el caso ninguno de los aspectos –objetivo o subjetivo- que exige la calificante de ensañamiento.

Anticipo que, en mi opinión, este aspecto de la crítica recursiva debe prosperar. Seguidamente intentaré explicar las razones por las que considero que el hecho, tal como ha quedado fijado en el fallo de condena, no encuadra en la figura de homicidio agravado por ensañamiento, sino en el tipo básico de homicidio, previsto por el art. 79 del Código Penal.

Considero adecuado, para dar sustento a la anterior afirmación, hacer un breve repaso de la figura del homicidio agravado por ensañamiento (art. 80 inc. 2 CP), para luego, una vez sentada la interpretación que considero correcta,

contrastar los hechos probados en el caso con el referido marco conceptual.

El ensañamiento, explica Núñez, es una circunstancia calificante del homicidio, receptada en nuestro país a partir de la legislación española. Ésta consideraba como circunstancia agravante -en general, no sólo en los homicidios-, "aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución" (Código penal de 1848, art. 10, circunstancia 5ta.), y agravaba la pena del homicidio ejecutado "con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido" (Cód. 1848, art. 333, circunst. 5ta.; Cód. 1870, art. 418, circunst. 5ta.). En nuestro país tanto el Proyecto Tejedor, como el de 1881, y los ulteriores, hasta el presente, prevén específicamente esta circunstancia como agravante propia de la figura de homicidio (NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino,* Parte Especial, tomo III, Ed. Bibliográfica Argentina, Año 1961, p. 39).

Es unánime la opinión doctrinaria, a su vez, en cuanto a que el concepto de ensañamiento exige la concurrencia de elementos *objetivos* y *subjetivos*.

Objetivamente la calificante requiere que la agonía de la víctima implique un padecimiento extraordinario. Carrara habla de "la realidad de una suma de dolores físicos mayor que la necesaria para dar muerte" (CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal,* Parte Especial, Volumen III, Temis, Bogotá, 2005, p. 329).

Es decir, que el tipo objetivo de la agravante exige la causación de un padecimiento no ordinario e innecesario, sea por el dolor que se causa o por su prolongación en el tiempo, no contando los sufrimientos posteriores al hecho, sino los causados en su ejecución. Sin embargo, la mera objetividad del *medio empleado* –en el caso, el fuego- no constituye una pauta excluyente, ya que no puede afirmarse

el medio o procedimiento utilizado –fuego, en el caso- complete la exigencia objetiva de la agravante.

Así lo explica Creus, al señalar que "tales requisitos no se dan cuando el padecimiento extraordinario es una consecuencia necesaria del medio utilizado por el autor, sin preordenación al sufrimiento" (CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal – Parte Especial*, tomo I, 7ma. edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 19). En idéntico sentido, Núñez ha dicho que "el ensañamiento no reside en la objetividad del daño inferido". Agregando en la nota que "no surge del número y gravedad de las heridas producidas (C.S. de la Nación, 21-IX_932, J.A., t. 36, p. 835; id., 14-VIII-936, J.A., t. 55, p. 836)" (*op. cit.*, p. 41).

En consonancia, Terán Lomas alude a "sufrimientos innecesarios, *mayores* que los propios de la muerte o el medio utilizado" (TERÁN LOMAS, Roberto, *Derecho Penal – Parte Especial*, t. III, Astrea, Buenos Aires, 1983, ps. 70-71).

Esto significa que la exterioridad de la conducta debe reflejar un *plus*, "un lujo de males" como se ha dado en llamar, un "hacer sentir la venida de la muerte", o provocar "actos innecesarios para matar", en el sentido de que la lesividad que produce el padecimiento sea objetivamente cruel o inhumana, o que se prolongue en el tiempo, a fin de que la muerte se demore.

Esa noción, a su vez, debe complementarse con la faz interna del obrar. Así, además del dolo de matar, el tipo exige un elemento subjetivo distinto del dolo, que es un especial *ánimo* en el autor, cual es la intención de matar causando ese sufrimiento extraordinario e innecesario a la víctima. Por eso cierta doctrina lo nombra como un homicidio potenciado.

Está fuera de toda duda interpretativa que el ensañamiento exige una doble vertiente en la voluntad del autor: por un lado el propósito deliberado de matar a la víctima y, por otro, el de causarle tormentos físicos innecesarios para provocar la muerte. Al decir de Fontán

Balestra, "el autor ha de haberse propuesto *deliberadamente* aumentar el sufrimiento de la víctima" (FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007).

La clave está en distinguir este especial elemento del ánimo (la expectativa de hacer sufrir extraordinariamente a la víctima), de las motivaciones del agente y su particular grado de reproche, que son cuestiones que no pertenecen al tipo sino a la culpabilidad. He de volver sobre esta trascendente cuestión.

Es sabido que determinar el contenido subjetivo de la conducta –conocer qué tuvo en su cabeza el agente- suele ofrecer serias dificultades probatorias. Sin embargo, está fuera de toda duda que se trata de circunstancias concretas, es decir, de *hechos*, y, como tales, deben ser acreditados en el proceso.

Vale aclarar lo anterior, porque un hecho de las características del investigado, además de la gravedad que conlleva todo homicidio, tuvo consecuencias de gran impacto social. Ello no sólo por la juventud de la víctima, sino por los tremendos padecimientos que tuvo que soportar hasta su muerte, ocurrida casi tres meses después, pese a que las expectativas médicas, prácticamente desde la ocurrencia del hecho, pronosticaban la imposibilidad de sobrevida. El patético cuadro, sumado a que el acusado tiene el antecedente de haber dado muerte a otra pareja anterior, configura un cuadro proclive a la utilización de juicios valorativos (cruel, aberrante, inhumano, etc.), que los jueces debemos evitar, pues resultan extremos sumamente propensos al ejercicio de una discrecionalidad muy difícil de ser controlada.

Reconstruir la faz interna de la conducta del autor se dificulta aún más en el presente caso, pues el tipo agravado no sólo exige la constatación del *dolo* de matar, como vimos, sino un especial *ánimo* en el agente: matar haciendo sufrir

extraordinariamente. Doble, pues, es la exigencia de ponderar minuciosamente los elementos de prueba disponibles, pues hasta los más mínimos datos indiciarios pueden ser útiles en la delicada tarea de determinar, lo más aproximadamente posible, la verdadera voluntad que guió al acusado en el momento del hecho. En este punto no debe olvidarse que las terribles consecuencias que tuvo el episodio podrían ser valoradas dentro del ámbito de culpabilidad del agente, pero no pertenecen al injusto en sí mismo.

Es preciso, pues, razonar con rigurosidad y valorar la prueba con respeto del principio de inocencia, lo cual implica no descartar u omitir la valoración de ningún dato, en particular si favorece al imputado en virtud de la competencia de esta Cámara y, en caso de duda sobre el sentido que cabe atribuir a un indicio, valorarlo bajo el prisma del *favor rei*.

En este aspecto encuentro un déficit de motivación en la sentencia, pues los lacónicos fundamentos dados por los Sentenciantes –prácticamente coincidentes- contrastan con la cantidad de detalles que surgen de la declaración del testigo presencial, el menor D. A., sobre los cuales pivotearon los Magistrados en la determinación de la materialidad delictiva.

Coinciden los Jueces González y Defranco al tener en cuenta que el acusado "roció" el cuerpo de la víctima con el líquido inflamable; que utilizó un modo lento de matar, y que transcurre "un rato" hasta que le arroja el agua; que prolongó el sufrimiento al arrastrar a la mujer hasta la cama; y, teniendo a su disposición otros medios letales menos mortificantes –el cuchillo, p. ej., o el elemento contundente con el que la golpeara-, eligió el más mortificante, lo cual habla de su propósito.

El juez Arguiano, por su parte, entiende que el aspecto objetivo del tipo agravado se completa a partir del medio empleado. Valora la elección -pese a disponer de otros medios-, así como la conducta previa del acusado de incapacitar a la víctima. También emplea el verbo "rociar".

A su vez, en el plano estrictamente subjetivo, de modo unánime los Sentenciantes valoran los rasgos de personalidad descriptos por la Licenciada C., interpretando a partir del dictamen experto, que el acusado obra con ánimo de causar, no sólo la muerte, sino mortificaciones o padecimientos extras, innecesarios y no ordinarios para causarla.

Así, la jueza González concluye, a partir del psicodiagnóstico, que "la elección de ese modo de matar estaba preordenada a causar mayor sufrimiento a su víctima", refiriendo que el acusado "cumplió sus fantasías largamente rumiadas" (ideación u construcción previas), acerca de cómo le gustaría que Y. fuera sancionada.

El juez Defranco, por su parte, habla del proceso de "rumiación" de R., evaluando que su conducta tuvo "una ideación y una construcción previa", y que "cuando explota, no hace más que poner en marcha aquello que ya venía rumiando".

El juez Arguiano coincide con los anteriores, aludiendo también a las conclusiones del psicodiagnóstico, rescatando la noción de que el acusado va construyendo su conducta "rumiando en su interior y que, en determinado momento, a través de actos explosivos, estalla como forma de aliviar esa tensión interior y volver al equilibrio".

He de detenerme en el análisis que hacen los Jueces del informe de la Lic. C., pues considero que la conclusión a la que arriban -en punto a la calificación legal del hecho- se funda en una errónea valoración de las conclusiones del complejo informe, ratificado y ampliado en el debate.

Pero antes de sopesar el valor que, a mi juicio, corresponde otorgar a esa prueba para la decisión del caso, debo hacer un necesario paréntesis. Advierto, no sin preocupación, que en el citado informe se transcriben algunas frases entrecomilladas, indicándose que se trata de manifestaciones vertidas por el acusado en el curso de las

entrevistas realizadas. Si bien los jueces no hacen mención alguna al respecto, creo necesario señalar lo que sigue.

La exclusión probatoria de esa porción del informe es imperativa para los jueces, porque no resulta procedente introducir al proceso dichos del imputado sin las garantías pertinentes (arts. 86, sgtes. y ccdtes. CPP). A menos, claro está, que tal irregularidad se hubiese ocasionado en su defensa, situación que para nada se da en el caso, sino todo lo contrario. Un temperamento semejante por parte del perito no puede admitirse, sin contrariar la garantía contra la autoincriminación, aún cuando se hiciera en el marco de una pericia psiquiátrica tendiente a determinar la culpabilidad del acusado. Pero, menos aún en un psicodiagnóstico pues, sin extenderme en lo que el saber común enseña sobre ese método, es claro que no exige indagar sobre cuestiones vinculadas al hecho, ni consultar al entrevistado "sobre los motivos que lo traen a este proceso de evaluación", como puede leerse al comienzo del dictamen (fs. 47 del legajo de prueba fiscal).

Cabe recordar aquí algunos conceptos de Cafferata Nores respecto de las pericias psiquiátricas, de plena aplicación al caso de autos, en cuanto señala: "... hay que advertir que ella (la pericia) no puede ser un modo de burlar la garantía de no ser obligado a autoincriminarse (ni la de que la declaración sobre el hecho que se atribuye al imputado sea recibida por la autoridad judicial, con ciertas formalidades), razón por la que lo dicho, aun voluntariamente, por el examinado al perito que lo examina, en relación con su participación en el hecho que se atribuye *no puede ser legítimamente trasmitido por éste a la justicia* ni mucho menos valorado por ésta como prueba de cargo". En nota, agrega el autor: "Por idéntica garantía no puede obligarse al imputado a participar en contra de su voluntad en pericias de este tipo (lo mismo vale para las psicológicas), si se va a requerir de él un comportamiento activo (p.ej., responder preguntas, dibujar, etc.)" (CAFFERATA NORES, José - HAIRABEDIAN, Maximiliano, *La prueba*

en el proceso penal, séptima edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 104).

Retomando. Considero, más allá de la ilegítima introducción que hace de los dichos del acusado, el psicodiagnóstico -que se parece más a una pericia sobre la "capacidad de culpabilidad del acusado al momento del hecho"- ha sido erróneamente ponderado por los Jueces.

Creo que ha sido malinterpretada la noción de "rumiación" que brinda la perito. Ha quedado claro que el ilícito se produce dentro del marco de una pelea desencadenada por celos, estando los protagonistas desvelados y habiendo consumido alcohol.

Por otra parte, la psicóloga dice que el acusado "siente que pierde el control de sus pensamientos (rumiación)", agregando que R. "realiza determinado recorrido compuesto por escenas de celos, violencia y represalias que acompañan la construcción de pensamientos en torno a la rumiación... desmerece al otro, proyecta en ellas la responsabilidad de la explosión... elevado índice de reacción violenta, tendiente a actos explosivos por posible emotividad constrictiva y la ineficacia para expresar emociones adecuadamente".

En muy gráfica, en mi opinión, la conclusión final: "Los aspectos emocionales que proyecta tienen un significado simbólico, que en muchos casos nos ayudan a entender la conducta delictiva. Esto se entiende en los casos de homicidio o agresiones violentas en los que el autor mantiene una relación afectiva íntima con la víctima y donde la conducta agresiva *aparece de pronto, de manera impulsiva e inesperada*"(la cursiva no pertenece al original).

La breve reseña anterior contiene datos relevantes que no han sido, en mi opinión, adecuadamente ponderados en la sentencia. En particular, que el psicodiagnóstico dictamina una personalidad celotípica, con un trastorno paranoide impulsivo de personalidad, proclive a descargas violentas

explosivas. A su vez, extraer como conclusión del complejo análisis que R. haya "fantaseado" con castigar a su pareja haciéndola sufrir de un modo extraordinario, asimilando la noción psicoanalítica de "rumiación" -propio de los razonamientos sin fin de las neurosis obsesivas-, al concepto de preordenación que rige en el ámbito penal carece de todo fundamento empírico o científico.

A mi juicio es claro que el tipo subjetivo de la figura en cuestión, conminada con la pena más grave que prevé el ordenamiento sustantivo, requiere por parte del agente un obrar frío o, cuando menos, decidido con serenidad y total dominio de sí, extremos que en modo alguno se encuentran acreditados en el caso. Así, no se ha puesto en tela de juicio que el acusado obró en el contexto de una fuerte discusión con la víctima, lo cual generó una súbita reacción violenta del acusado, propia del estallido emocional. Claro está que la ausencia de circunstancias excusables hace que no se haya evaluado la atenuante emocional, pero eso no significa que la emoción no haya existido. Una reacción colérica explosiva no es compatible con el ánimo que, como plus de la voluntad, exige la agravante.

Sin embargo, la conducta presenta un signo que no aparece como compatible, a mi entender, con la intencionalidad de matar haciendo sufrir innecesariamente, cual es la acción de arrojarle agua momentos después. La inequívoca demostración del propósito adicional que exige la figura sería haber dejado que el efecto ígneo hubiese seguido el curso provocado.

A su vez, el relato del menor brinda otro elemento que denota el estado anímico del acusado al momento del hecho. Así, por propia iniciativa, el niño dice que luego de prender fuego a la mano de su mamá, el acusado "estaba meta prender fuego", aludiendo a un accionar que bien puede interpretarse como exaltado y tumultuoso, temperamento que no se compatibiliza con el obrar frío y preordenado que –insisto- exige el ensañamiento.

Por otra parte, advierto que en ningún momento el niño refiere que el acusado haya *rociado* el cuerpo con el líquido

al que alude, sino que dice –por dos veces- que el líquido fue derramado sobre el piso, al lado del sillón, donde estaba caída la víctima, agregando que le prende fuego "de la mano".

La conducta posterior de apagar el fuego con agua no puede sino considerarse como un intento de reparar el daño provocado. Es una reacción que, por otra parte, se compadece con la noción de un obrar impulsivo, que lleva al acto -de modo explosivo- su idea delirante, celotípica en el caso; al tomar clara noción de lo que hizo, intenta repararlo, en actitud que la psiquiatría forense describe como habitual en los estallidos emocionales.

A su vez, no se ha podido recrear a ciencia cierta cuánto tiempo habría transcurrido entre la deflagración y el momento en que el acusado apaga el fuego con agua. Sólo se cuenta con los dichos del menor A., y su testimonio no permite descartar que esto último hubiese ocurrido en forma casi inmediata. Tampoco cuál es el tiempo necesario para "ir a llenar un balde", si no se demostró que haya tenido que "ir" hacia otro lugar a buscarlo o estaba a la mano; tampoco se probó si el balde estaba vacío o a medio llenar, ni la intensidad del agua para su llenado. Sólo se cuenta con dos lacónicas frases: "después esperé un ratito y después ahí la apagó" y "cuando estaba prendida fuego, después agarró y le tiró agua".

La circunstancia de arrastrar el cuerpo hasta la cama no puede, en mi opinión, ser considerado como un indicio de querer prolongar el sufrimiento. Antes bien, esa maniobra aparece dentro del marco de salvamento que emprende al arrojar agua para apagar el incendio, así como al tratar de trasladar el cuerpo hacia la parte de atrás "para que respirara", como dijo el niño. He dicho más arriba que el niño alude a que R. traslada el cuerpo hacia atrás de la vivienda, supuestamente hacia un patio, aunque no hay precisiones al respecto.

El propio comportamiento del autor antes y después de la agresión (insultos, arrojar una botella de vidrio en su espalda, pegarle con una sartén en la cabeza, así como la acción de apagar el fuego rápidamente, alejan la idea de un designio especial de hacer sufrir, sino que resultan elocuentes de una explosión, un desborde violento, que sólo cesa cuando el estallido logra descargar la tensión (angustia) de la que habla la perito.

A mayor abundamiento cabe recordar que son claros los ejemplos que la doctrina describe como ensañamiento. Desde el clásico de quien con un arma de fuego deliberadamente comienza disparando hacia las extremidades, intensificando luego la agresión hacia zonas vitales del cuerpo, para prolongar de ese modo la agonía, hasta otros en los que, utilizándose el fuego, el autor previo a incendiar, maniata a la víctima, o la encierra –cerrando con una traba exterior la salida de la vivienda-.

Un caso que guarda similitud con el presente, y que tuvo notable difusión, fue el homicidio de Wanda Taddei, esposa del baterista de la banda de rock "Callejeros". En esa causa la calificación legal no puso en juego la agravante de ensañamiento, sino que se encuadró el obrar de Vázquez en la figura del homicidio agravado por el vínculo, habiendo el tribunal finalmente calificado la conducta del acusado como homicidio emocional. Con cita del Profesor Vicente Cabello, el Tribunal recuerda que se califica de violenta a una emoción "cuando el movimiento afectivo provisto de una fuerte carga tensional, altera el equilibrio psicodinámico y por ende la conducta" (CABELLO, Vicente P.: "Psiquiatría forense en el derecho penal", Hammurabi, Buenos Aires, Tomo II-B, p. 32).

Con referencia a los medios empleados, señalaba Soler: "es preciso no dejarse engañar por el modo de ejecución, porque con frecuencia los hechos emocionales se presentan luego como ejecutados con el uso exuberante de medios, cosa que deriva precisamente del carácter turbulento de la descarga y de la frecuencia con que se emplean instrumentos ocasionalmente hallados... de manera que la forma brutal, el

gran número de golpes, no son, en sí mismos, una excluyente de la emoción" (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. III, TEA, Bs. As., 1992, p. 63).

Distinta hubiese sido mi opinión si la conducta del acusado hubiera sido la de dejar arder a la víctima, o sumar otras agresiones después de arrojarle agua –también aquí hay que considerar que tenía otros medios para hacerlo-, o cualquier otro comportamiento claramente indicativo de que su decisión fuera la de hacer sufrir. Por el contrario, la actitud que asume en lo inmediato fue la de hacer cesar las las consecuencias de su obrar.

A esta altura del análisis cobran plena dimensión explicativa las enseñanzas de Zaffaroni, en cuanto explica que "*el criterio distintivo entre los elementos del tipo y de la culpabilidad* se funda en que los primeros siempre responden a un *adónde* y los segundos a un *de dónde*: ánimos y ultrafinalidades son direcciones de la voluntad; móviles y motivaciones son causas de la voluntad" (ZAFFARONI, Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal – Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 518; la cursiva pertenece al original).

Es claro que una cosa es la causa o el origen de la acción –en el caso la explosión homicida-, y otra la dirección deliberada del autor de escoger, con un tiempo mínimo y prudencial de reflexión, un medio apto para matar y, a su vez, capaz de causar padecimientos o mortificaciones extraordinarias a la víctima.

Ese es, en síntesis, el error conceptual que advierto en este aspecto del fallo, pues no se ha distinguido correctamente la *motivación* o causa del estallido emocional, aspecto al que se refiere extensamente la perito psicóloga, con la dirección de la voluntad encaminada a escoger un determinado modo de matar. Aquí habría que agregar una razonable argumentación de la Defensa, en tanto niega que el acusado –por su condición de lego- haya podido conocer

cuánto tiempo de ignición era necesaria para matar. La agravante, por otra parte, exige un ánimo especial, no en un sentido psicoanalítico, sino en el de la dogmática penal: la preordenación, y ella no resulta compatible en marco de un claro estallido emocional.

En síntesis, estando a la reconstrucción de los hechos como los describe el niño, no encuentro argumentos suficientes que me permitan afirmar, más allá de toda duda razonable, que el acusado haya obrado con un especial *ánimo* de provocar un padecimiento no ordinario a la víctima para causarle la muerte, en el sentido que le ha dado -de modo pacífico y coincidente- la doctrina y la jurisprudencia.

A la vez, considero que el caso en análisis es un homicidio emocional, que si bien no cabe encuadrar en la figura atenuada de la emoción violenta (art. 81 inc. 1.a CP) -por no ser excusables las circunstancias de su realización-, no reúne los requisitos típicos de la figura agravada. Corresponde, pues, subsumir jurídicamente el hecho atribuido al acusado E. R. en la figura básica de homicidio (art. 79 C. Penal). Así voto.

7. No obstante lo anterior, habiendo quedado en minoría la posición que considero correcta respecto de la calificación legal, debo abocarme a analizar la crítica recursiva acerca del planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

Adelanto que habré de compartir las razones dadas por la jueza González en su voto, quien se pronuncia negativamente acerca de tal interrogante. En su completo análisis la Magistrada construye la respuesta en base a argumentos cuya solidez y corrección no pueden desconocerse. Estoy convencida de que, más tarde o más temprano, la opinión de la comunidad jurídica será unánime en favor de este criterio.

Un anticipo de lo que pronostico surge del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Gramajo”, muchos de cuyos considerandos podrían ser reproducidos aquí en apoyo a la postura que asumo.

Según entiendo, la pena de prisión perpetua implica una respuesta estatal que contradice radicalmente ciertos postulados básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, si bien el escrutinio de constitucionalidad habla de una norma *vigente,* no resulta *válida* a la luz de un cotejo que muestra tan sustanciales incongruencias.

El filósofo italiano Luigi Ferrajoli sostiene que la pena de prisión perpetua, pese a que surge modernamente como una alternativa a la pena capital, es una sanción que se asemeja más a la pena de muerte que a la privación de la libertad, pues presenta elementos que tienen reminiscencias de las antiguas penas corporales (FERRAJOLI, Luigi, "Ergastolo y derechos fundamentales", traducción realizada por José Hurtado Pozo del artículo "Ergastolo e diritti fondamentali", publicado en *Dei delitti e delle pena*, n. 2, 1992, ps. 79-87).

Muchos autores de la Ilustración consideran esta sanción "más aflictiva y aterrorizante que la pena de muerte" (BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1981, ps. 63-67; BENTHAM, Jeremy, *Theorie des peines*, t. II, en OEuvres, Bruselas, 1840, p. 73; CONSTANT, Benjamin, *Commento sulla scienza della legislazione di G. Filangieri"*, en apéndice del libro de Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, Bruselas, 1841, p. 607).

Más allá de toda disquisición sobre la eficacia real del ideal socializador de las penas de encierro, es claro que la de prisión perpetua en las actuales condiciones, básicamente a partir de la sanción de las leyes 25.928 y 25.892, constituye una pena *eliminatoria,* no en sentido físico, pero sí en cuanto a excluir a la persona del medio social de por vida, es decir, una verdadera muerte civil.

Es sabido que, según nuestro marco constitucional y legal, el sentido mismo de la pena de prisión es la "resocialización" del delincuente, noción que no debe vincularse a la idea de "redención moral". Se trata de un

modelo que propicia la reinserción del individuo en un proceso gradual y progresivo de fortalecimiento e interacción, destinado a mejorar su capacidad de autodeterminación y, al mismo tiempo, promover su aceptación en la sociedad a partir del fomento de distintas formas de solidaridad social.

Bajo este parámetro conceptual, surge de toda evidencia que una sanción dirigida a lograr esos objetivos –readaptación y reforma del condenado- debe tener un plazo cierto de duración y, además, perdería todo sentido si acaso el tiempo de encierro fuera tan prolongado que tornara prácticamente imposible que el penado recuperara su libertad. Surge prístino que en tal caso la pena sería un mero "castigo", expresamente prohibido por el art. 18 de la Carta Magna.

Uno de los argumentos a favor de la constitucionalidad de la prisión perpetua es que no se trata de una pena vitalicia, en tanto el condenado podría acceder a la libertad condicional luego de transcurridos 35 años. La falacia es evidente: en abstracto, porque se considera que no es ilegítima siempre y cuando no sea verdaderamente "perpetua"; pero, además, en el caso concreto el condenado recién podría acceder a la libertad condicional a los 81 años, lo cual implica casi una década más que el promedio de vida de la población masculina de nuestro país. Su consideración como pena cruel e inhumana surgiría casi como necesaria (art. 5.2 y 5.6 de la CADH, y arts. 7, 10.1 y 10.3 del PIDCyP).

Otra objeción que encuentro, también de índole constitucional, es la contradicción fundamental de la pena de prisión perpetua con el principio de jurisdiccionalidad de la respuesta punitiva estatal y la consecuente vulneración de la división de poderes, al sustraer a los jueces de la facultad de mensurar la sanción que corresponde a cada caso en particular. Se vulneran los principios de proporcionalidad, de razonabilidad y de culpabilidad, con toda evidencia. La sanción penal debe ser individualizada, tarea que sólo puede realizar un juez, teniendo en cuenta

las particularidades del hecho y las que se corresponden a la personalidad del autor (arts. 40 y 41 inc. 2 CP). Una pena fija, como la que decide el fallo de condena, impide graduar la culpabilidad del autor en base a las circunstancias del caso concreto. Esta verdad tan simple, ha sido expresada con toda sencillez por los miembros jurados del caso "Bacchetti", citado por la jueza González en su voto.

Por todas las razones invocadas, he de acompañar la opinión plasmada en la primera instancia por la Dra. Ivana González, propiciando que se declare la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua establecida en el art. 80 del Código Penal Argentino, debiendo aplicarse, en los casos previstos, el máximo de la pena que ha regido durante casi cien años en nuestro país, esto es, la que corresponde al art. 79 del Código Penal.

8. Considero necesario, por último -en virtud de los particulares antecedentes del caso ya analizados-, disponer la inaplicabilidad del plazo de treinta y cinco años, previsto en el art. 13 del Código Penal, en su actual redacción, debiendo evaluarse la posibilidad del condenado de gozar de libertad condicional una vez cumplidos veinte años de prisión; obviamente, dentro del marco que regula la ejecución de la pena.

Ello así, pues la modificación introducida por la ley 25.892 a la citada norma, al trastocar groseramente el límite –vigente en el país por casi ochenta años- de cumplimiento mínimo de pena para acceder a ese beneficio, hace que la reforma sea "de dudosa constitucionalidad, pues convierte a la llamada 'prisión perpetua' en una pena cruel" (ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro SOLOKAR Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Bs. As., 2005, p. 709).

Asimismo, es preciso considerar que el Estatuto de Roma, creador de la Corte Penal Internacional, establece que en

los casos de prisión perpetua, transcurridos 25 años el Tribunal examinará la pena y podrá reducirla (art. 110 inc. 3 del Estatuto de Roma). Esto significa que aún para los más graves crímenes contra la humanidad –genocidio, crímenes de guerra, etc.-, el tiempo para que sea posible recuperar la libertad es muy inferior al establecido por el derecho común para el delito que se analiza en los presentes.

Por ello, entiendo necesario anticiparlo en este decisorio, a fin de permitir la proyección del tratamiento penitenciario sobre una base de realización posible, que permita cumplir con los objetivos de las normas que rigen la ejecución de la pena. Así voto.

9. Finalmente, propongo imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), y regular los honorarios profesionales de la defensa pública por la tarea desempeñada en esta etapa en la suma de quince (15) JUS (arts. 5, 6, 6 *bis*, 7, 44 y concs. ley XIII-4, antes decreto-ley 2.200; y art. 59 ley V-90, antes ley 4.920).

El juez Leonardo Marcelo Pitcovsky dijo:

Conforme ha iniciado su voto la Dra. Mónica RODRÍGUEZ, trataré en primer lugar el agravio referido a la nulidad impetrada contra la sentencia, expuesto en el escrito de impugnación y luego ratificado en audiencia.-

Los datos que dan sustento al pedido fueron antes expresados por la Jueza primer opinante en este decisorio, por lo que señalaré directamente las razones del rechazo al planteo, conforme al Acuerdo arribado luego de la deliberación. En ese sentido se advierte – repasado el voto de la Jueza Ivana GONZÁLEZ – que no ocurre, tal como lo propone el Sr. Defensor, que la Magistrada haya valorado prueba que antes había sido suprimida del proceso y por ende vedada de evaluar. En el sufragio, si bien se hace mención y mérito en sentido incriminante de los testimonios de quienes participaron de los allanamientos luego declarados nulos, la particularización que se hace de ellos es en relación a acontecimientos que observaron y ocurrieron previo al ingreso al domicilio, esto es, sobre el escenario externo

apreciado en el sitio. En ningún momento la Jueza hace hincapié en analizar acaso algún elemento secuestrado en el interior de la vivienda o sobre circunstancias apreciadas dentro de ella, aclarando en un párrafo de su voto (pág. 135 de la Carpeta Judicial) que, (en tanto) "*respecta a los testimonios brindados y reproducidos ut-supra, en cuanto a los que han derivado de actuaciones o intervenciones nulas, sólo he considerado aquellos aspectos de los mismos que han servido como verificación de las nulidades decretadas.*"

En acuerdo a las conclusiones arribadas por la primer opinante, no observo violación alguna a las reglas previstas en los artículos 330, 25 y 161 del C.P.P., por lo que debe rechazarse la nulidad propuesta por el Sr. Defensor Oficial.

El segundo agravio comienza con el título de "*Sentencia arbitraria fundada en errónea valoración de la prueba para la determinación de la autoría*", donde se pretende impugnar la Cámara Gessell como acto procesal practicado para recibir el testimonio del menor D. A., más luego (Tercer agravio), el Sr. Defensor cuestiona la credibilidad del joven en su deposición, por lo que entiendo que procede tratar estas dos cuestiones conforme las pautas que se fijan en los artículos 46 de la C. Pcial. y 161 y ss. del C.P.P.. En ese sentido y previo al abordaje de estos planteos, resulta procedente expresar tal como lo he dicho en autos "R., V. I. S/ DENUNCIA S/ IMPUGNACIÓN" Expte. N° 02/2012 CPPM, Carpeta N° 2.188 OFIJUPM que: "*No escapa, cuando de amplio pero no menos preciso criterio de rechazo al planteo se trata, de detenerse en las reglas que se han de tener en cuenta al momento de examinar actos procesales cuya nulidad ha sido postulada, y en razón de ello sus consecuencias procesales, pues en el caso en examen, conforme la petición, no se trata sólo de extirpar pruebas del proceso, sino que es necesario repasar si la pieza cuestionada causa lesión a alguna de las garantías que la Constitución Provincial o el Código Procesal Penal otorga a las personas imputadas en un juicio.*

Esto es, que debe observarse cual ha sido el fundamento de esa postulación, ya que no deben atenderse a cuestiones formales per se sino al derecho que con ello se ve vulnerado."

De una detenida lectura de esta supuesta ofensa al debido proceso, advierto que nada de ello ha ocurrido al tiempo de practicarse la medida procesal que se cuestiona, la que aparece como una mera petición desnuda de sustento normativo procesal constitucional que avale el pedido. Acaso haya sido el primer pedido de nulidad (De la Cámara Gesell) el prolegómeno del tercer agravio, cual es quitarle credibilidad a la declaración del menor, pues a juicio de la Defensa fue producto de conversaciones previas con su abuela Sra. O. – relato co-construido–, empero, ello de ninguna manera puede tachar de nulo un acto que fue realizado bajo las pautas que procesalmente han sido diseñadas para recibir declaraciones a menores o víctimas de hechos que en debate no podrían o no deberían declarar por temor a una nueva victimización. El acto procesal fue llevado a cabo conforme las normas que el sistema procesal penal vigente regula, cuestión a la que se le debe adicionar que el Ministerio de la Defensa convalidó sin inconvenientes su realización como anticipo jurisdiccional de prueba. En mérito a lo expuesto, entiendo que la nulidad debe ser rechazada (Art. 161 y ss. *contrario sensu* del C.P.P.), por lo que pasaré a discurrir respecto del tercer agravio, cual fue que debe restársele crédito al relato del joven D. A. en Cámara Gesell.-

Pues bien, desechada la nulidad que pretendía extirpar del proceso la declaración, repasemos si este testimonio fue correctamente valorado por los jueces sentenciantes, en análisis conjunto con el resto de la prueba que se ha incorporado y evaluado en el debate por las partes y luego por el Tribunal.-

No sólo el Dr. Defranco hace mención con suficiente claridad de porqué da crédito al relato del niño, sino también la Dra. González y el Dr. Arguiano, quienes argumentan en el mismo sentido positivo cuando tratan en la sentencia la primera cuestión relacionada al planteo de

nulidad de la Cámara Gesell y que luego lo trasladan al tiempo de considerar la materialidad y autoría. En ese aspecto el Juez Defranco, tal como lo aprecia la misma Defensa, ha hecho un extenso análisis, conforme los lineamientos del SVA sobre la credibilidad del menor, delineando en sucesivos párrafos los motivos del porqué arribaba a las conclusiones finales de dar crédito a los dichos del joven. En esa evaluación, la que comparto plenamente, ha trazado, tanto de las premisas teóricas de donde parte como de las pruebas arrimadas al proceso, un razonamiento definitivo acertado. Vale en tal sentido rescatar sobre el tópico, lo siguiente: *"En suma, tal como se adelantó en el veredicto, la declaración de niño es creíble desde lo intrínseco. Se expresa con fluidez, con lenguaje acorde a su edad, sin contradicciones, afirmando lo que sabe y reconociendo cuando algo no lo vio o no le consta, brindando detalles menores que solo quien vivencia el hecho recordaría y que mal pueden ser agregados por extraños. Nadie quien no hubiera visto podría imaginar, por ejemplo, que su padre arrojó un líquido sobre su madre y luego la encendió desde la mano, sin agregar al relato que la prendió con un encendedor; la referencia al balde de agua, etc.; extrínsecamente, coincide en lo sustancial con el propio relato del imputado (salvo claro está en lo que hace a la autoría): ubica a su padre y madre en el sitio; trae a colación a los amigos "L." y "P.", igual que R. afirma; dice haber visto como su padre quemaba a su madre y esa fue efectivamente la causa de muerte de Y.; recuerda que la apagó con agua – tal como explica el acusado – trae a colación la llegada de una camioneta y que la tiraron atrás – tal como da cuenta el médico S. T., el propio imputado y el testigo C. Que todo ello, más allá de las meras afirmaciones de la Defensa, permite descartar que el niño sea pasible de ser sugestionado o provocado a completar sus relatos a partir de aportes de terceros."*

He de subrayar, acorde a lo destacado en "Entrevistando a los Niños dentro y fuera de la Corte. Investigaciones actuales e implicancias para la práctica". Saywitz, K., Goodman, G. Y Lyon, Th. Resumen traducido por Sandra Baita del capítulo 18, *"The APSAC Handbook on Clind Maltreatment, Second Edition", Myers et al (editors), Sage Publications, 2002.* "Memoria y Sugestibilidad. – "La capacidad de dar un testimonio preciso depende de la capacidad de recordar y comunicar los recuerdos a los otros. Las investigaciones indican que la cantidad de información que un testigo puede brindar sobre un evento generalmente aumenta con la edad y que los niños pequeños son más sugestibles que los más grandes y que los adultos. Sin embargo, aún los niños pequeños no necesariamente tienen pobres recuerdos ni son necesariamente muy sugestibles. Las capacidades de memoria y la habilidad de resistirse a la sugestibilidad varían típicamente ya sea en la edad adulta como en la infancia, y dependen de factores situacionales y de personalidad. Estas habilidades no son estables ni siquiera en una misma persona, pero pueden cambiar dependiendo de una serie de factura tal como: a) el tipo de evento experimentado b) el tipo de información a recordar c) las condiciones que rodean a la entrevista d) la fuerza de la memoria e) el lenguaje utilizado, y f) las influencias post-evento." –. Anotados estos puntos, observo que, sin perjuicio del tipo de evento experimentado - muy traumático-, la información que brindara en Cámara Gessell el niño fue amplia y clara, detallada en todo aquello que presenciara; más, lo ha dicho el propio Defensor, la Profesional (Psicóloga que condujo la Cámara Gessell) no había utilizado preguntas direccionadas, demostrando, pues así lo percibí del audio, que la memoria del niño no había sufrido quebrantos, la narración fue sencilla y el lenguaje espontáneo. En cuanto a la objeción del relato co-construido, esto es, posibles influencias post evento, bien fueron también dichas por el Dr. Arguiano, las que comparto y reproduzco para ir ya definiendo la cuestión y rechazar el planteo de la Defensa. Dijo el Magistrado respecto a las dudas instaladas sobre la

declaración del menor A.: *"Que en punto a la credibilidad del testimonio del menor que la Defensa ha cuestionado, tal como se ha dicho, su diáfana exposición, coincidente en distintos pero determinantes puntos con los dichos que, en su defensa material esgrimiera R., enervan la pretensa co-construcción del relato pues como es sabido, en las narraciones influenciadas, su expositor relata, textual y mecánicamente la historia creada por otros. Que entonces si esto fuera así, y la abuela y/o la tía hubieran urdido una trama para inculpar a R., por un aparte, el relato carecería de connotaciones y detalles que, sólo quien vivenció la dramática escena pudo haber conocido, verbigracia, la circunstancias de la presencia de "el L." y "el P." que el niño indicara en concordancia temporal y espacial a los dichos de R. En otro orden pero en igual orientación, no es esperable que de un relato influenciado emerjan dudas en punto a ciertas circunstancias del hecho, por ejemplo, la fecha del suceso que D. relata como acontecidos de mañana, pero sin precisar fecha y , por sobre todo, una incidencia de la cual ya se diera cuenta al momento de pronunciar nuestro veredicto, la circunstancia de que tras su afirmación de que él no alcanzó a ver con qué elemento R. comienza la ignición de su madre, al ser interrogado en tal sentido y tras contestar afirmativamente que "D." fuma y "siempre traía en su bolsillo un encendedor" lo cual lo daba una lógica salida y conclusión al eventual elemento utilizado, mantuvo su negativa al afirmar, que él no pudo ver con qué elemento realizó tal faena."*

La cuantía de la credibilidad del relato y su convicción ha colmado las expectativas de los Jueces sentenciantes y así lo han dicho fundadamente en sus respectivos sufragios. Esta integridad la comparto, por lo que viene de suyo que voto por el rechazo de este agravio en cuanto cuestiona el valor convictivo de la declaración del menor A. prestado en Cámara Gessell.

En relación al cuarto agravio –Sentencia arbitraria fundada en errónea interpretación de la Ley Penal-, he de expresar que en innumerables sentencias dictadas por tribunales de nuestro país se ha dicho, entre ellas las citadas por los Jueces del juicio y de la propia acusación, que quien mata con ensañamiento, se está representando una de las maneras más crueles de acometimiento contra la vida del otro. Sumar sufrimientos físicos o psíquicos a la víctima previo a su muerte resulta ser el eje de la calificante, conociendo el autor que mata de un modo determinado, causando esos padecimientos.-

A mi juicio, en el hecho en análisis sin dudas se ha verificado objetivamente ese actuar cruel y también el padecer de la mujer, casi diría como el escalofriante ejemplo de sucesos de matar con saña.-

Véase: El menor A. sobre el hecho que lamentablemente le tocó soportar, dijo que su madre gritaba y lloraba esa noche mientras R. le pegaba con una botella. Que también le pegó con una sartén y después aturdida cayó al suelo, echándole un liquido en el piso, al lado del sillón, donde estaba su madre, prendiéndola fuego varias veces con algo que cree era el encendedor – que lleva siempre para encender sus cigarrillos-, mientras su madre gritaba. R., que estaba parado observando, le dijo a él que se vaya, que salte para el "otro lado", mientras le echaba agua al balde, que luego tiro para apagar el fuego. Que después la tiro para atrás (a T.), la arrastró y la acostó en la cama, pidiéndole – a él – que se acueste al lado de ella. Que de acuerdo al informe prevencional de la Seccional 2da., que obra glosado a fs. 28 del legajo de prueba fiscal, se advierte que R. se habría comunicado a las 06:25 horas, donde se supone que solicitaba auxilio para Y. T. y pasada una hora y veinte minutos a aproximadamente es que ocurrió a la casa de su vecino, Sr C. para que éste la traslade en su camioneta al Hospital, tiempo que estimo atento señalar el citado testigo que aquel pedido se le efectuó a las 07:45 hs., coincidiendo con el arribo al nosocomio, conforme surgir así de la foja 188 vuelta de libro de guardia, correspondiente a fs.142 del

legajo de prueba fiscal. Este breve repaso del acontecer dentro de la casa, debería de eximir de mayor comentario por la gravedad que lo determina, pues surge claro que el imputado era plenamente conciente en todo momento de la realización de ese actuar tomentoso contra T., ensañamiento progresivo me atrevería a puntualizar, desde el mismo momento en que la prende fuego mientras yacía en el piso del lugar y hasta el traslado al Hospital. Huelga decir que la víctima fallece dos meses y veintidós días después, con quemaduras en un 90% de su cuerpo. Todo este actuar innecesario en la ejecución del hecho, guiado por el designio de ocasionar sufrimientos acrecentaron el padecer de la mujer, en forma inhumana y cruel, teniendo absolutamente el inculpado plena voluntad de acometer mediante este atroz proceder.

Sin dudas que la determinación de los elementos subjetivos del delito surgieron de la aplicación de las reglas de la lógica, la psicología y de la experiencia común a los hechos objetivos comprobados. Así bien lo han evaluado los jueces del juicio, teniendo como norte que fueron actos voluntarios tendientes a producir el resultado buscado de acuerdo a una comprensión previa. En ese sentido vale recordar que: *"El homicidio agravado por ensañamiento exige por un aparte el dolo del autor que debe contener la voluntad de aumentar el dolor del ofendido y por la otra el problema del ánimo que lleva a una mayor reprochabilidad; verificándose estas circunstancias dado que el medio elegido produjo un mayor e innecesario sufrimiento de las víctimas* (del voto del Dr. Donna). CNCCorr., Sala I, 9-2-90, "A., J.A.", c. 35.871.-

Teniendo en cuenta el relato del niño A., se aprecia que la conducta de R. –parado frente al cuerpo de la víctima que se incendiaba y a la espera del llenado del balde con agua-, satisfacía el morboso deseo de crueldad. "*El ensañamiento fue definido como un modo cruel de matar. Es el propósito*

deliberado del autor de asesinar, haciendo padecer sufrimientos físicos innecesarios a la víctima. Por lo tanto, mata con ensañamiento el que atormenta, el que lo hace cruelmente y el que acrecienta deliberadamente el padecimiento de la persona ofendida antes de su deceso y con daños innecesarios para la comisión del homicidio. El es posible aún cuando el sujeto pasivo no se encuentra en condiciones de defenderse, complaciéndose el autor con la agonía del otro, alargándola." Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Baigún – Zaffaroni – Tomo 3. Editorial Hammurabi., pág. 159.-

Bien lo apunta la Jueza Ivana GONZÁLEZ: "*de toda la descripción fáctica desarrollada por el acusador y las pruebas producidas que R. ha dado muerte a la víctima eligiendo para ello un modo particularmente doloroso, cruel, lento y mortificante que otros con los que contaba a su alcance, procurando infligir un sufrimiento mayo e innecesario a su víctima en el proceso de muerte.".* Con mención del único testigo ocular, el menor D. A., expresó la Magistrada sobre el particular: "*respecto al accionar desplegado por R. en contra de su madre, quien no sólo refirió la utilización previa de diversos elementos contundentes por parte de R. (que también podría haber utilizado para una muerte rápida y menos mortificante), sino que describió cómo gritaba su madre mientras ardía. Asimismo, también explicó como R. la observó ardiendo mientras se llenaba el fuentón de agua con el que luego de un rato, además, la apagó. Y aún, luego de todo ello, la arrastró hasta una cama, llamó un par de veces al Comando, hasta que finalmente fue a buscar a su vecino C., en la forma ya relatada en párrafos precedentes. Todo ello, sin lugar a dudas, permite tener por acreditada la existencia del elemento subjetivo requerido por el tipo penal en juego,...".*

La excesiva crueldad por el elemento utilizado y en particular por su concreta realización, resulta ser una práctica que resulta intolerable, que crispa e irrita la

civilizada vida en sociedad, por ello la precisa y elevada sanción penal que ha contemplado el legislador. Este concepto ha sido correctamente escogido en el evento por los Magistrados - pues de igual modo lo reflejaran los Jueces Defranco y Arguiano-, por lo que el planteo de la Defensa también deberá ser a mi juicio rechazado.

Respecto a la pretensión relacionada a declarar la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en nuestro ordenamiento penal como sanción al delito por el que fuera declarado autor materialmente responsable el imputado R., adelanto que tampoco tendrá desde mi opinión acogida favorable. Tal como lo dejara asentado en autos "C., C. O. S/ HOMICIDIO QUE RESULTÓ VÍCTIMA" (Carpeta N° 0556/07 OFIJUPM Legajo N° 3.323/07 MPF) "*La magnitud de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la cuantificación de la culpabilidad. Eckhard Horn, "Systematischer Comentar zum Strafgesetzbuch", 5ª. Ed, actualizada; y "la individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada", del mismo autor, cita de Patricia Ziffer "Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena", p.49. Si al ponderar el legislador la sanción para la clase de delitos que nos ocupa, ha escogido la pena de prisión perpetua, ese es el mínimo y el máximo del que no me puedo apartar. Adviértase que la casi totalidad de los delitos previstos en la Ley de fondo están reprimidos con penas de prisión que temporalmente prevén mínimos y máximos en los que el juzgador tiene un ámbito de selección, atendiendo a esos efectos los amplios parámetros que prevén los artículos 40 y 41 del C. Penal. Sin embargo, el legislador no ha dejado esa facultad en los delitos como el que ocupa el presente juicio, sino que, por el contrario, por la propia gravedad y en atención a los bienes jurídicos protegidos,*

determinó como razonable y proporcional al injusto cometido se imponga al autor la pena de prisión perpetua."

Que al tiempo de ser controlada esta sentencia por el Superior Tribunal de Justicia, el Ministro Dr. Jorge Pfleger expresó: ***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."

Que por estas razones, y a fin de no resultar repetitivo, no habiendo variado mi posición sobre el particular, es que he de rechazar el postulado de la Defensa de declarar la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y confirmar en un todo la sentencia atacada. Así lo voto.-

En cuanto a la imposición de costas y regulación de honorarios, adhiero a lo propuesto sobre la cuestión por la colega que guía el acuerdo.

El juez Martín Montenovo dijo:

I.- Remito, en honor a la brevedad, a la reseña de los antecedentes del caso efectuada al comienzo de este acto. Luego, seguiré el orden de los agravios propuesto por el impugnante para desarrollar el sufragio.

II.- La Sentencia.

El planteo de la Defensa radica, básicamente, en la presunta invalidez del acto pues la Jueza González habría valorado prueba excluida del plexo a raíz de la nulidad de los registros domiciliarios, y las diligencias que fueron su consecuencia, decretada en la propia Sentencia como primera cuestión debatida por los Magistrados.

No me extenderé demasiado, pues es este uno de los puntos en que hemos coincidido plenamente con los colegas que me preceden, por lo que comparto el análisis por ellos realizado.

Supongamos que la Jueza indicada hubiese merituado elementos de convicción excluidos merced a la regla del art. 46 segundo párrafo de la Carta Magna Provincial, lo cual no ocurrió, igualmente la Sentencia, considero, no sería invalida, pues subsistiría la estructura lógica en la apreciación de la prueba propuesta por sus dos colegas, la cual el esforzado Defensor puede no compartir, pero ello no deriva necesariamente en la invalidez del pronunciamiento.

Pero la Dra. González no valoró prueba descartada. Al ser la primer votante, efectuó una reseña de lo ocurrido en Debate, en el que se presentó la particularidad que el planteo del asistente técnico de R. fue realizado en el alegato final, por lo cual buena parte de la prueba del Juicio fue anulada por el Tribunal, por decisión mayoritaria.

Fue la Jueza referida la que voto en minoría, pero luego, la manera en que abordó el caso resultó similar a la de sus colegas: partió del testimonio del hijo de la víctima, otorgó relevancia a una pericia psicológica, las constancias médicas, y subsumió el hecho en una de las variantes jurídicas posibles, por lo cual ni desde lo formal, ni desde la lógica en la valoración o en la calificación se observa defecto en la Sentencia, sin perjuicio de los agravios que se tratarán seguidamente.

Incluso, los sufragios de los tres Magistrados siguieron la línea de razonamiento del precedente del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires invocado por la Fiscal actuante en el alegato final, por lo que mal puede hablarse de ausencia de mayoría o falta de coincidencia.

En definitiva, el voto cuestionado coincidió con el de sus pares, sobre la base de idénticos parámetros, y contribuyó al concepto de coincidencia que le cabe al acto

jurisdiccional de condena impugnada en cuanto al punto resaltado por la Defensa.

Los arts. 330 y 376 inc. 5to. del orden adjetivo al referir a los defectos de la Sentencia, incluyen tanto la ausencia de motivación como la arbitrariedad, hipótesis que he descartado por las razones expuestas.

Debemos también tener presente que el régimen de invalidación de actos procesales previsto en los arts. 161 a 164 del rito, ha sido considerado por el Legislador como un último recurso.

En el caso, la Sentencia cumple su rol de acto conclusivo del Debate, refleja la deliberación y la coincidencia, y tales extremos no pueden ser descartados por una técnica de redacción, la cual la Magistrada creyó necesaria a efectos de reseñar lo acontecido en el Debate, sin perjuicio de la invalidación posterior.

III.- <u>El testimonio de D. A. Co-construcción y valoración.</u>

El segundo y tercer agravio remiten a la arbitraria valoración que habría efectuado el Tribunal de Juicio de las expresiones del hijo de la víctima, único testigo presencial del hecho, debido a que en el contenido de su versión habría influido su abuela materna, O. O.

Luego, para la Defensa, los Magistrados no merituaron tal deposición conforme sus pautas específicas, relativas a la minoridad, vehiculización a través de un profesional en Psicología, en un reducto especialmente preparado a tal fin (Cámara gesel).

Un primer dato que juega en contra del planteo es de orden temporal. El testimonio del niño fue prestado pocos días después del suceso, por lo cual la sedimentación de la pretendida construcción ajena a sus percepciones no tuvo tiempo material para consolidarse.

Luego, lo ocurrido puede ser calificado como un acontecimiento excepcional para cualquier grupo humano, familiar o de la naturaleza que fuere. El menor observó como su madre se “quemaba viva”, dicho así en el mejor de los

casos para el acusado, siguiendo las líneas de su defensa material.

Ello constituyó un episodio traumático no solo para el niño, sino también para el resto de los familiares de Y. T., con los que D. pasó a convivir de manera inmediata posterior por que su madre quedó internada en un Hospital y R. no es su padre.

Pretender entonces que en el contexto de tal convivencia no existan diálogos, manifestaciones, sufrimiento, contención, consuelo etc., sobre algo tan conmocionante y movilizador va en contra de las enseñanzas de los tres principios que componen la sana crítica racional: la lógica, la experiencia común y la psicología.

Desde ya que existieron diálogos familiares, que incluyeron al niño, sobre lo ocurrido, de hecho la Sra. O. así lo admitió, pero ello de por sí no convierte lo relatado por D. A. en falaz.

Considero, al igual que la Defensa, que es posible aplicar a la declaración del menor aludido las pautas propias de los casos de niños víctima de Abuso sexual. La edad, la entidad del trauma, las dificultades propias de rememorar un evento íntimamente asociado al sufrimiento, y los obstáculos vinculados a una personalidad en formación para la transmisión de lo vivido, lo sugieren.

En tal contexto, existen parámetros que arrojan resultados concluyentes en cuanto a la pertinencia de la evaluación del testimonio en el sentido que lo ha realizado el Tribunal A-Quo.

Primero, en el supuesto de fabulación, la Defensa no ha explicado la posible razón de la misma. El Ministerio Fiscal obtuvo válidamente la declaración del menor, el que contó su versión de lo ocurrido, la cual incrimina al imputado. No hubo contraprueba de carácter psicológico, ni en el acto de recibir la declaración, tampoco luego, ni una argumentación

tendiente a esclarecer el motivo por el cual el niño y/o la Sra. O. construirían un relato ficticio.

Existe la posibilidad que los menores fabulen, pero precisamente para determinar la factibilidad de tal extremo se utilizan las pautas de validación, no siendo las únicas, ni imperativas, las que propuso la Defensa en la Impugnación (criterios CBCA).

Los Jueces de grado argumentaron sobre la coherencia externa, la compatibilidad de las expresiones del niño con otros elementos del plexo, aún con la reducción derivada de la invalidación de los registros domiciliarios, y allí arribaron a la conclusión que desde lo temporal y espacial, efectivamente los funcionarios policiales que concurrieron hasta la puerta de la vivienda donde ocurrió el hecho observaron los efectos de la utilización de material inflamable, en el rostro tanto del imputado como de D., en un sillón colocado en la acera, ello sin perjuicio de la prueba de índole médico.

Luego, también analizaron la coherencia interna, y allí valoraron un relato que contó con las imperfecciones propias de la percepción de un suceso conmocionante, más para un menor familiar directo del damnificado, con apelaciones al desconocimiento (por caso en cuanto a la botella utilizada para rociar a la víctima, elemento introducido por la experta que llevó el interrogatorio, con el que el niño no se comprometió asertívamente); descripciones en algo vagas, como el sitio exacto donde el acusado volcó la sustancia inflamable, sí en el cuerpo de T. o próximo a él, pero siempre cerca de un sillón; referencias a la insistencia en la acción de prender fuego, posiblemente con un encendedor que el encartado siempre llevaba consigo; datos relativos a la pelea anterior, en cuyo contexto R. arrojó una botella de vidrio hacia la madre del deponente, golpeándola posteriormente con un elemento contundente hasta dejarla “noqueada”, término por demás espontáneo que tampoco se condice con una versión linealmente construida y aprendida como una suerte de “lección”; recuerdos de lo ocurrido posteriormente, un intento de “reparación “ mediante agua,

traslado a una cama, pedido de auxilio y concurrencia al Hospital.

Entonces, la hipótesis que se afinca en los dichos de D. A. es una de las posibilidades de explicar lo acontecido la mañana del día 13/8/011 en la casa de la calle F. nro. *** de la ciudad de Trelew. Contra ella, emerge solo la defensa material de R., de acuerdo a la cual T. se habría quemado por su propia acción, la que no cuenta con aval probatorio.

En definitiva, la crítica que estamos analizando consiste en un algo forzado intento en desmerecer la metodología usada para recibir el testimonio, en lo que podemos coincidir solo respecto a la ausencia de un informe de validación por un profesional en Psicología en cuanto al joven, y a ciertas preguntas que se le efectuaron que dieron por cierto aquello que el niño no había dicho, aunque ello bajo ningún punto de vista permite invalidar ni la declaración, ni su valoración, eficacia probatoria que deriva tanto de las correctas formas de su recepción, en la cual tuvo trascendencia el imperativo protector de la minoridad, como su contenido, sistema de anticipo testimonial que actualmente se propone para el Derecho Procesal Penal Español ("Eficacia Probatoria de las declaraciones prestadas por menores víctimas o testigos en fase de instrucción que no comparecen en el Juicio Oral"Mercedes Serrano Masip, Revista de Derecho Procesal penal Ed. Rubinzal Culzoni, 2012 Número Extraord. "Víctimas Especialmente vulnerables").

Aún tomando las pautas propuestas por el letrado de R., y obviamente también las utilizadas por los Jueces, el testigo rinde como núcleo de la prueba de cargo, y confrontado con la ausencia tanto de motivos para su mendacidad, como de anclaje de la propuesta contrafàctica, sale airoso.

IV.- <u>El fuego y el Código Penal.</u>

Debo resaltar, y es posible que surja palmario de la lectura del acto, que tanto este motivo de agravio como los siguientes resultaron ser los que más acapararon nuestra

atención en la deliberación, pues fueron los que generaron mayor controversia.

Para comenzar, considero que matar con fuego o propiciando la acción del fuego como en este caso, no llevan directa e ineludiblemente al autor a los dominios del art. 80 inc. 2 del CP

Es sabido que el art. 79 admite cualquier medio para dar muerte a otro, como que incluye desde la faz subjetiva al dolo directo y al eventual. Por ende, asimila la acción del fuego como manera comisiva. También lo hace el art. 186 inc 5to., que prevé el incendio con resultado muerte.

Ahora bien, este último al pertenecer a la categoría de los delitos calificados por el resultado, de difícil coexistencia con el principio constitucional de culpabilidad, exige, como lo ha sostenido autorizada Doctrina sin perjuicio del debate suscitado al respecto, la aceptación por el agente de dicho resultado como posible, en otras palabras, dolo eventual (Palacios, Juan Carlos Código Penal comentado Baigún-Zaffaroni, Ed. Hammurabi Tomo 8 pags. 70/72),

Pero, sí lo que el sujeto activo pretendía era matar, es decir verificándose la existencia de dolo directo, y a su vez lo hizo por un medio idóneo para generar un peligro común, esto último con dolo eventual, su acción se traslada al art. 80 inc. 5to. del CP. (ob. cit. pag. 56).

Dichos conceptos avalan el aserto de que la utilización de la acción del fuego como medio para dar muerte no deriva en una única interpretación, debiendo analizarse el contexto, y en especial, las características del designio criminal.

Sigo a quienes sostienen que las hipótesis del art, 80 del catálogo represivo solo admiten dolo directo. Tal afirmación posee una gran variedad de fundamentos desde la dogmática, pero el más importante, a mi criterio, reside en que resultan las acciones, de todas las previstas como delito, que denotan mayor contenido de culpabilidad, en tanto desprecio por la vida humana, el bien jurídico de mayor importancia.

Por ello, en lo que tiene gran relevancia para el tratamiento de otro de los temas que ha sido materia de

agravio, el Legislador privó al Sentenciante de la posibilidad de graduar la sanción mediante una escala, estableciendo una pena fija, la reclusión o prisión perpetua. Sin embargo, ello debe compadecerse con mayores exigencias típicas, pues estamos hablando de las conductas más graves, y una de ellas, es requerir, desde lo subjetivo, solo la presencia de dolo directo.

El ensañamiento, en lo que parece no haber mucha discusión, es matar provocando un sufrimiento extraordinario e innecesario (Donna Edgardo, Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, pag. 96). Todos lo que mueren sufren, pero aquí lo determinante es dar muerte haciendo sufrir excesivamente, y ambos extremos deben formar parte del conocimiento y la voluntad esencial del agente.

El fuego, por sí mismo, es especialmente apto para tal fin, sobre todo por las secuelas que provoca, que culminan, en los supuestos de quemaduras de gran relevancia, como las sufridas por Y. T., en un deceso tan inexorable como doloroso, más si la agonía se prolonga en el tiempo
No es casual que la jurisprudencia lo haya asociado históricamente al ensañamiento (Donna, Ob. cit. pag. 98).

Pero la elección de la acción del fuego, por sí sola, no revela el designio que prevé la norma, si es que se podía utilizar en la ocasión un medio menos doloroso para matar, y en esto me permito no compartir los `términos del precedente del Tribunal de Casación bonaerense que los Jueces de grado han tenido especialmente en cuenta al Sentenciar.

Por razones defensivas, emocionales, aún rituales (aquel que mata "purificando" con fuego, convencido de ello, por tanto no para hacer sufrir, en una suerte de error de prohibición), es posible la elección de tal medio sin que la decisión signifique la intención de causar un sufrimiento mayor a la víctima.

Ya en el caso concreto, quién arroja una botella de vidrio hacia otro, lo golpea luego hasta hacerle perder la

conciencia, en tal panorama, lo rocía con una sustancia inflamable y lo prende fuego, especialmente en este último segmento, es difícil sostener que no pretendió causar un sufrimiento adicional.

Incluso, el aprovechamiento de la indefensión de la victima podría haber tenido un significado jurídico concreto, pero ello no formó parte de la Acusación.

Tal inconsciencia explica la ausencia de una acción defensiva por T., la que cuando pudo reaccionar, ya había sufrido los efectos del fuego, y su posibilidad de pronunciar algunas pocas palabras en el Hospital, que según la Defensa indicarían no tanta gravedad en las lesiones, encuentran explicación tanto en el tiempo transcurrido desde el daño en su cuerpo como en las particularidades reseñadas del medio empleado, no obstante que conforme a sus familiares, no mucho más expresaría hasta su efectivo deceso.

Allí, en el momento en que la víctima yacía inmóvil, sin conciencia, se revela el plus que exige la norma aplicada, pues deben cesar los posibles efectos de una reacción impetuosa del agresor, si así lo hubiera sido. Sin embargo, este dio curso a una nueva agresión, brutal, inmisericorde, en presencia del menor, lo cual también pudo tener un significado jurídico concreto, pero poco se ha hablado de ello.

No desconozco que la pareja T. –R. participaba del fenómeno de la violencia doméstica, tal lo reconocido por O., S. T., D., Tampoco que esa noche habían bebido y discutido, ni que el imputado presenta signos de celotipia conforme la Licenciada C., tema del que, lamentablemente, poco más se supo.

No obstante, lo determinante de la tipificación escogida por los Jueces de grado es el momento indicado supra, donde "lo impulsivo" debía quedar de lado.

Sin embargo, allí R. desplegó otra acción, la que aquí se le reprocha, la que le llevo un tiempo, observó en el lapso arder a su pareja y, a continuación, le arrojó un balde con agua. Posteriormente la llevó hasta la cama, pidió auxilio por vía telefónica, lo obtuvo de un vecino, con él

llevo a su mujer al Hospital y regresó a su vivienda a dormir, siendo despertado por la comisión policial acompañada por la Sra. O.

La declaración del menor da la idea de un transcurso temporal no demasiado veloz. Sí de sus expresiones se desprende que el imputado, así sea por un instante, observó la acción del fuego en el cuerpo de su mujer. Y ello resulta revelador de la tendencia interna trascendente que justifica la agravante.

Su acción posterior, de salvamente, presenta aristas tan particulares como el tiempo insumido, la forma del primer auxilio, la "frialdad" con la que se comportó R., acomodando sillones, volviendo a su vivienda a dormir, que, si bien en otras condiciones podría ser utilizada en su favor, en este caso, posee un saldo neutro para el análisis (conf. Ramón Ragués y Vallés (El Dolo y su prueba en el proceso penal Ed. J M Bosch Editores pags 455 y ssgts),

Entonces, han acertado los Magistrados en la tipificación, aunque para ello se hayan valido de un psico diagnóstico que tiene con el derecho a la no auto incriminación, una relación dificultosa, ya que de las expresiones de la experta pareciera surgir que en las entrevistas el acusado admitió lo que en ejercicio de su derecho de defensa material, negó.

El examen debió haber sido evaluado hasta el punto en que la Psicóloga trazó la estructura de personalidad, pero no con mayor relevancia. El especial ánimo que la figura penal prevé no surgía tanto de dicha "pericia" psicológica, sino de los propios hechos.

Pero en definitiva ello no conmueve el resultado de la impugnación en tanto los fundamentos de este Tribunal pueden diferir de los del A-quo, lo que no provoca consecuencias en la medida que las decisiones posean idéntico sentido.

También corresponde, por ende, rechazar este agravio

V.- La constitucionalidad de las penas temporales fijas y la inaplicabilidad del actual art. 13 del CP.

La constitucionalidad de las penas fijas no deja de ser un tema álgido. Adelanto que mi opinión coincide con la del segundo votante de este acto, sin perjuicio que resultan sumamente atendibles los argumentos, y en general, el criterio jurídico de la Dra. Rodríguez.

Sintéticamente, los términos del debate pueden cotejarse en el Código penal comentado, dirigido por Baigún y Zaffaroni, en su Tomo 3 pags. 154/159, por lo cual a ello remito como introducción a lo que aquí pretendo significar.

Como primera medida, incomoda, desde ya, que no sea posible graduar la sanción adecuándola a la particular situación del, en definitiva, condenado, pues los principios constitucionales de culpabilidad y proporcionalidad de las penas parecen así exigirlo.

Pero, como expresé al tratar otro de los agravios, el Legislador bien puede otorgar esa consecuencia a determinadas acciones penalmente en extremo relevantes, haciendo hincapié en la magnitud del injusto.

Usualmente utilizamos para graduar la sanción en las penas divisibles un sistema que conjuga lo objetivo, los datos que emergen de la acción desplegada, y lo subjetivo, las condiciones propias del acusado. Lo primero se relaciona directa y mayormente con uno de los fines de la pena, el retributivo, y lo segundo, con otro, el preventivo especial.

Ahora bien, en excepcionales casos de gravedad, el Legislador emite el mensaje de que lo objetivo prevalece sobre lo subjetivo, asignando a ellos una única, e inmodificable, consecuencia. Ocurre con las penas temporales y también con las inhabilitaciones absolutas y especiales, claro esta, con un nivel muy inferior de gravedad de injusto que en los supuestos de pena temporal fija, y que no privan del goce de la libertad ambulatoria.

Ciertamente el problema no esta allí respecto de la lectura constitucional de los tipos penales. Considero que se produce cuando el Legislador, corrido por urgencias, por lo general mediáticas, generaliza lo excepcional,

universalizando las sanciones no graduables, entrando así en un terreno de confrontación con los principios constitucionales aludidos. Reitero que la vida es lo prioritario a tutelar. Quién la subordina a fines raciales, religiosos, a un precio, al éxito en ese delito u otro, aumentando sobremanera el sufrimiento de la víctima, aprovechando su indefensión, actuando arteramente, generando un peligro común, desoye el primer mandato de la existencia humana en sociedad.

Pero resultan conductas excepcionales, de un nivel de reproche elevado, y por ello, con una clase de sanción también excepcional. Ahora, si lo extraordinario se convierte en regla, y a toda acción penalmente relevante se le adjudica la imposibilidad de una respuesta punitiva adecuada a la situación particular del condenado, el sistema sí entra en crisis.

Tanto como cuando la perpetuidad de la prisión o reclusión se hace realmente interminable, haciendo tabla rasa con la finalidad de resocialización prevista expresamente en el art. 18 de la CN.

La Defensa aquí ha acertado en vincular la edad de R. con la sanción impuesta y la posibilidad de obtener al beneficio de la Libertad condicional.

Con los 47 años que posee actualmente, accedería al egreso bajo pautas recién a los 82 años, pudiendo sí, decisión que quedaría a criterio del Juez competente, pasar a detención domiciliaria a los 70 años (art. 10 d) CP). Luego, a los quince años de condena podría aspirar a obtener salidas transitorias (art. 17 1 d) ley 24660).

Ni la prisión con salidas temporales, ni la vida entre cuatro paredes de una casa significan el regreso al medio libre.

Proponer que una persona podrá, bajo reglas, volver a ejercitar el instinto gregario que, entre otros, caracteriza al ser humano, a los 82 años, cuando la expectativa de vida

en nuestro país no supera los 80, equivale a condenarlo a morir en prisión, y tal condena, en nuestro sistema legal, no es posible.

La irracionalidad de la reforma al art. 13 del CP (Ley 25892), se manifiesta en casos como el presente. So pretexto de que el aumento de las penas podría detener el incremento en los índices delictivos, lo cual no ha ocurrido, se han alterado escalas, proporciones, en fin, la hermenéutica toda del sistema punitivo.

Tomo la iniciativa de la Dra. Rodríguez, que comparto, y si bien no ha sido solicitada la inconstitucionalidad del mentado art. 13 CP,, considero que en sus términos actuales deviene inaplicable en este caso, pues claramente tornaría imposible el mandato resocializador de la pena, que puede mitigarse, pero no desaparecer.

En tal inteligencia, corresponde aplicar el texto anterior, declarando expresamente que R. estará en condiciones temporales de acceder a la libertad anticipada a los 20 años de cumplimiento de la condena, sin perjuicio del resto de los requisitos que exige la ley.

Y procede determinarlo desde ahora, pues el condenado tiene derecho a saber desde el comienzo cuando podrá acceder a los beneficios carcelarios. Solo de esa manera será posible, si es que existe chance de ello, que el tratamiento penitenciario sea exitoso.

También he de adherir al criterio seguido por mis colegas que me preceden en el orden de sufragio, en orden a la forma en que deben imponerse las costas, y el monto de las regulaciones de honorarios correspondientes a la presente etapa procesal. Así voto.

De conformidad con los votos precedentes, con la disidencia parcial de la Dra. Mónica Rodríguez, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) No hacer lugar a las nulidades deducidas por la Defensa en relación a la sentencia nro. 1.562/12 OJ Tw dictada en fecha 01/06/12.

2) Rechazar la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa técnica del acusado E. D. R. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), en contra del referido decisorio.

3) No hacer lugar al pedido de declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

4) Confirmar la sentencia dictada por el Tribunal de juicio en fecha 01 de junio de 2012, registrada con el N° 1.562/12, obrante a fs. 117/153 vta., de la carpeta 3533 de la Oficina Judicial de Trelew;

5) Imponer las costas al acusado (art. 241 CPP), regulando los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de quince (15) JUS por la labor desarrollada en la presente etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII N° 4 –antes decreto ley 2.200 y art. 59, Ley 4920; (Leyes 2.200 y 4920).-

6) Protocolícese y notifíquese.-

Leonardo Pitcovsky **Mónica Rodríguez**

El juez Martín Montenovo remitió su voto a esta sede vía correo electrónico firmado digitalmente. Registrada con el Nro.12/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.