Rawson, 30 de octubre de 2012.

Y VISTOS:

Los presentes caratulados ***"N., N. G. s/ Homicidio Simple en concurso real con incendio intencional ….”*** *(Expediente número 21.211- folio 53, año 2008)*.

Y CONSIDERANDO:

Que el Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve introducción. Procura este trabajo efectuar breves consideraciones acerca del tema, con el propósito de fundar la posición que he sostenido, en minoría, acerca de las razones que conducen a afirmar que cuando concurren la consulta en forma conjunta con el recurso de casación, la cuestión debe resolverse por el Superior Tribunal en pleno, contrariando la opinión en el sentido que debe desdoblarse la capacidad de conocer haciéndolo la sala penal respecto de la médula del caso y los seis miembros en lo que atañe a la pena.

II. La Consulta, ubicación en las normas. La característica particular del instituto es que tiene, en el caso de nuestra provincia, raíz constitucional.

///

En efecto, el art. 179 inc. 2° de la Constitución Provincial, estatuye que "... El Superior Tribunal tiene la siguiente competencia...: 2. Conoce y resuelve en pleno, sin sustanciación, de las causas criminales en que se prive de libertad, por más de diez años en la forma y modo que la ley establece...".

La consulta ha sido mantenida por el Constituyente reformador de 1994 (que a mi parecer hizo más prolijo el texto que la consagra, en relación con el antiguo 171) y ha sobrevivido a los sucesivos cambios en el sistema procesal penal pues virtual con el Código escrito de la Ley Nacional 2372, regía con el anterior régimen establecido por ley 3155 y está prevista en el ordenamiento vigente.

Los dos últimos textos la han regulado específicamente como derivación del mandato constitucional que, bueno sea dicho, se ratificó con posterioridad a la puesta en vigencia del procedimiento mixto.

Soslayando el inquisitivo, que no contenía regla alguna, y con el propósito de hacer más clara la exposición transcribiré las normas a las que refieren los párrafos anteriores.

El art. 391 del Código de formas que se aplica a la presente ordena que: "...Cuando

///

recayere condena que imponga pena privativa de la libertad por más de diez años, la Cámara en lo Criminal que la hubiere fijado elevará los autos al Superior Tribunal de Justicia de conformidad con lo previsto en el art. 179 inc. 2° de la Constitución Provincial, una vez transcurridos los plazos para su impugnación, requiriendo a las partes la constitución de domicilio ante el Superior. Aún cuando mediare impugnación de parte, el Superior Tribunal de Justicia conocerá del proceso sin las limitaciones del art. 404, primer párrafo, sin perjuicio de observar el trámite previsto para el recurso de que se tratare. Si no se hubiera deducido recurso alguno, dictará la providencia de autos y resolverá sin más trámite, en el plazo del art. 427. Rige siempre la prohibición del último párrafo del art. 404 ("reformatio in peius") y, en lo pertinente, las previsiones de los arts. 428, 429, 430, 431 y 433...".

El texto del art. 377 del Código actual estatuye: "...Cuando recayere condena que imponga pena privativa de libertad por más de diez años, el tribunal que la hubiera fijado elevará los autos al Superior Tribunal de Justicia de conformidad con lo previsto en el art. 179.2 de la Constitución Provincial, una vez transcurridos los

///

plazos para su impugnación (art. 176) requiriendo a las partes la constitución de domicilio ante el Superior. Aún cuando mediare impugnación de parte, el Superior Tribunal de Justicia, conocerá del proceso sin las limitaciones previstas en las normas precedentes, sin perjuicio de observar el trámite previsto para el recurso de que se tratare. Si no se hubiera deducido recurso alguno, dictará la providencia de autos y resolverá sin más trámite, en el plazo del art. 386. Rige siempre la prohibición de reformatio in peius y, en los pertinente, las previsiones de los arts. 384 a 387...”

Torna difícil el análisis la ausencia de precedentes a los que acudir o con los que confrontar. Ello es consecuencia de la originalidad del precepto que, o bien no ha sido contemplado en otros textos constitucionales locales o bien ha sido derogado durante los procesos de reforma. De todas maneras si ha existido lo ha sido para los supuestos de pena capital.

III. La Consulta, algunos conceptos acerca de ella. No me parece honesto sustraer de estos párrafos a quien ha realizado un meduloso estudio del instituto. Me refiero a José Alberto Ferreyra, Secretario de este Tribunal, que en un más que

prolijo abordaje anterior a la reforma, dio en la tecla al esbozar, con toda autoridad, un concepto sobre la consulta cuando afirmara que "...tradicionalmente, dadas dos o más escalas funcionalmente jerárquicas, de consuno excitadas a pedido de parte, el legislador predispone a las superiores para que, en ejercicio de amplias potestades revisoras, prescinda del requisito voluntario (instancia) y, en una competencia "sui generis" estatuida en beneficio de la persona, no de la ley, apruebe, elimine o rectifique la expresión jurisdiccional del inferior...".

Creo que esta definición marca el tono de cualquier consideración que pudiera hacerse y que la monografía es de imprescindible examen.

Así, y a mi parecer ahora, el legislador originario tuvo en miras evitar o disminuir, desde un orden político que en lo jurisdiccional poseía un talante vertical, las consecuencias de una resolución injusta que trajera aparejada penas de igual condición inicua y de consecuencias irreparables.

De todas formas la consulta sobrevivió a las mutaciones de orden ideológico que experimentaran los procedimientos y sigue en pie sin discusión, irguiéndose como una efectiva garantía adicional en el proceso criminal, a pesar de que sus

///

orígenes encuentren una fuente decididamente ajena de aquella de la que viene el proceso penal actual y –aún más– el futuro.

Es preciso aclarar, aunque resulte tautológico quizás, que la consulta no es un recurso. Es relevante hacerlo pues aventa un obstáculo, que en inteligente juego dialéctico, ha sido esbozado para sostener lo equivocado de la posición que se sostiene.

Me refiero al hecho que es verdad que la propia constitución atribuye competencia al pleno o a cada una de las salas para conocer "...conforme lo determinen las leyes de los recursos procesales que éstas establecen...", lo que pondría en paridad a ésta y aquellos, pudiendo incluso llegarse a la afirmación que la amplitud del recurso del imputado torna inocua a la consulta.

Esta argumentación, aguda, tropieza con otro concepto que no es menos verdadero y le resta validez. A diferencia de las impugnaciones, la consulta, ajena a los recursos que no lo es, está fuera de las limitaciones que los agravios imponen a la competencia revisora, ya que más allá de la amplitud que autoricen los remedios, no limita al examen sino que éste puede concernir a todos los

///

aspectos de la sentencia, como ya se verá en este análisis.

IV. El meollo de la cuestión. Las razones de la posición que se sostiene. 1. Literalmente interpretado, el art. 179 punto 2° de la Constitución no parece dar lugar a dudas. La atribución lo es al pleno, según mi inteligencia acerca de la norma. Como pleno debe entenderse el número completo de miembros del Superior Tribunal que, otra vez desde una perspectiva literal, la propia Constitución establece en no menos de tres y no más de seis, pudiendo dividirse en salas.

Si al solo fin explicativo construyéramos el precepto constitucional del caso bajo el modo de composición del Tribunal hoy, éste prescribiría que: los seis miembros del Superior Tribunal conocen y resuelven, sin sustanciación, en las causas criminales en las que se prive de libertad por más de diez años.

En clave sistemática, la Ley reglamentaria vigente (el Código de Procedimientos en lo Criminal del Chubut) confirma, a mi entender, esa conclusión, también considerada la letra de su texto que no admite ir más allá de lo estrictamente lingüístico.

El digesto es claro al respecto pues: a. da un sitio especial a la Consulta, art. 391. b.

///

reconoce su autonomía cuando estatuye que resulta indiferente la actividad impugnativa de las partes. c. postula la inexistencia de limitación alguna en cuanto a la amplitud del conocimiento y el alcance de la resolución, salvo la "reformatio in peius", exista o no impugnación de partes d. prescribe que: d.1 si no existe impugnación de parte el Superior Tribunal dicta sentencia sin más trámite (sin sustanciación) d. 2 cuando co-exista impugnación de parte se aplica, en lo que concierne, el procedimiento del recurso.

Luego, si la sentencia arriba por consecuencia del recurso de casación y se trata de caso en el que se ha aplicado una pena privativa de libertad, se sustancia el recurso tal lo prevé el Código y se resuelve por el pleno.

No debe olvidarse que en el trámite de la casación, la norma manda a que, en el proceso de decisión, los jueces de la audiencia, una vez finalizada, pasen a deliberar y –con posterioridad al sorteo– dicten sentencia (art. 427 Ley 3155).

Volveré más tarde a considerar el alcance o la extensión del tratamiento cuando cohabitan recurso y consulta; ahora someteré el supuesto a otro sistema analítico para verificar su corrección lógica y evitar el error de juicio, en lo posible.

///

Desde una perspectiva progresiva (y aún cuando deba aceptarse que la reglamentación no pueda alterar la esencia constitucional) se tiene que el codificador del porvenir procesal ha mantenido la norma del código adjetivo vigente sin casi hacer modificaciones. Fluye claramente la intención de dejar al instituto en su actual dimensión tanto en lo formal-funcional cuanto en la extensión.

Mirado desde una óptica "pro homine", una manera de ver las cosas que favorece con intensidad la vigencia de los derechos humanos, es mi opinión que asegura (garantiza) la más eficaz protección para los casos graves el examen del caso por seis antes que por tres jueces, justificando la existencia del instituto, que el reformador constituyente del ´94 mantiene virtual, como lo comentara antes.

La división del Superior Tribunal en salas es, a mi juicio, un mero recurso o mecanismo de distribución de tareas que no puede erguirse para sustraer a los miembros del Cuerpo de la competencia adjudicada constitucionalmente, tanto y más cuanto el pensamiento esbozado al principio resiste el análisis desde diversos puntos de mira.

Estas consideraciones resultan coherentes con la opinión anterior de este Cuerpo que brindara al

///

instituto un lugar privilegiado pues, cuando el conocimiento de un asunto sobrevino a la deducción de un recurso de casación y a la par existían las condiciones de operabilidad de la consulta, se dio prioridad al tramite de la segunda.

El criterio que se sostuvo fue el siguiente: "... Si bien la defensa interpuso recurso de casación (...) éste Tribunal, dada la pena impuesta, imprimió al presente el trámite previsto por el art. 171 de la Constitución Provincial y art. 23 del decreto ley 1386, en razón de que las mencionadas normas acuerdan mayor jurisdicción para resolver el caso en beneficio del procesado..." (ver causa "A., H. G. s/ violación y corrupción" voto del doctor S.).

2. Algunas palabras sobre el alcance o extensión de la consulta. Volveré a la letra constitucional. Los vocablos conoce y resuelve con que el constituyente prodiga la capacidad a este Cuerpo envuelven la idea de examen y decisión; la locución causas criminales extiende el sentido de aquella tarea a todo cuanto envuelva al caso y, me atrevo a señalar, con la sola limitación de lo que resulte de la inmediación de los jueces del juicio oral y público en relación con la prueba.

Creo que, en este sentido, la consulta viene a tener una vinculación simbiótica con la casación

///

en términos de “Casal”, con la diferencia que, vuelvo insistir, carecerá de las limitaciones que impongan los recursos, por que el interés trascenderá al de la parte en la medida en que prevalecerá el del imputado.

La limitación de la “reformatio in peius” es otro vallado que impedirá empeorar la situación del atribuido a pesar de la amplitud del examen; un comentario que es de perogrullo por cuanto está específicamente previsto en la ley reglamentaria, como se ha visto.

Estas consideraciones, estimo, son útiles para aventar cualquier óbice que pudiera hacerse al instituto en relación con lo que se viene tratando, pues queda claro que la pena sólo cumple la función habilitante, pero no es la que condiciona la intensidad del examen.

No debe perderse de vista que el art. 391 de C.P.P. utiliza la expresión “...conocerá del proceso...” lo que habla a las claras que el análisis podrá involucrar tanto a los hechos cuanto al derecho, en todos sus aspectos, con los contornos expuestos anteriormente.

Creo que una recta inteligencia de la norma constitucional y de la locución usada en el digesto adjetivo conduce a identificar (a considerar sinónimos) “causa criminal” y “proceso”

///

No creo que pueda desdoblarse el tratamiento de las cuestiones de hecho y derecho (formal o sustancial) y la pena tal se ha esbozado en el pleno, sin riesgo de transgresión o inobservancia de expresas normas legales.

Significaría romper la lógica del discurso –fundado en el sistema legal– si se aceptara la virtualidad del instituto y la forma de realizarlo y se le recortara limitándolo al tratamiento de la cuantía de la sanción impuesta.

No debe olvidarse que dentro del régimen de nulidades, las de orden general refieren al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal (art. 149 inc. 1° de la Ley 3155) de suerte que cualquier ponderación que se formule debe precaverse de incurrir en el precitado defecto, por la grave sanción que apareja.

Por estas razones, que he esbozado lo más brevemente posible, soy del criterio de que en los casos en que una sentencia aplique una pena superior a los diez años y sea recurrida en casación, el tratamiento de la cuestión, más allá del trámite del recurso, debe aplicarse el procedimiento decisorio reservado a la consulta por el pleno, con los alcances que se han delineado en esta memoria.

///

Va de suyo que el mismo criterio, por efecto extensivo, ha de seguirse cuando se trata de múltiples imputados y sólo uno de ellos haya sido sancionado con una pena que motive la aplicación del procedimiento de consulta.

V. Opinión contraria.

Por razones de estricta honestidad intelectual debo consignar al cuerpo que, en tiempos en que el Superior Tribunal constaba de seis miembros, divididos en salas, se suscitó la misma cuestión y fue resuelta conforme el criterio de la mayoría.

En la causa "S., J. G. s/ robo agravado por doble homicidio" del 21/5/73, el doctor Salvador Dana Montaño señaló "...Al entrar al estudio del presente caso, me ha asaltado a duda sobre si la mencionada atribución puede ser ejercida por esta Sala o si, en cambio, debe serlo por el Tribunal en pleno, como resultaría de la interpretación literal del citado art. 171, que se refiere al Tribunal y no a una de sus divisiones. Sin pronunciarse expresamente sobre este punto, esta Sala aplicó la norma contenida en el art. 171, en los autos "M. M. s/ homicidio" (Expte. 6837- M-71), con fecha 21-III de cte. año. Abona ese criterio interpretativo la modificación sufrida por la Ley Orgánica 37, originaria de este Poder,

///

en su art. 26, que dispone que, para su actuación, el Superior Tribunal se dividirá en dos salas, siendo la presente la que conoce en materia criminal y correccional, a la que corresponde por razón de la misma el procedimiento a que la disposición constitucional refiere, y que, en su art. 28 –reformado– agrega que el cuerpo actuará en pleno solamente en los casos de competencia originaria y exclusiva, a que se refiere en su parte final el art. 171 de la constitución provincial (arts. 1° y 3° de la Ley 808.)...”

Debe recordarse al respecto de las sucesivas modificaciones a la Ley 37, en particular en lo que atañe a la creación de esta sala que distan de poseer –a mi juicio– el contenido de las citadas en el voto de marras.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

Que mi posición respecto del planteo puesto a consideración ha sido desarrollada en autos **“C., M. Á. y L., A. A. s/ homicidio simple agravado por el uso de armas de fuego”** (Expediente N° 20.963 – “C” – 2007; Sentencia N° 61 del 08 de octubre del año 2008).

En esa oportunidad, sostuve que acompañaba la postura del Juez Pfleger en la causa “**L.**”, toda vez que de la redacción del artículo 179, inciso segundo de la Constitución Provincial, surge la

///

intervención del Tribunal en pleno para los casos en que la condena supere los diez años.

También dije que cuando el constituyente implementó este instituto, previó la posibilidad de una composición distinta del Superior Tribunal, y el hipotético caso que se encontrara dividido en dos Salas –art. 163–, motivo por el cual cuando menciona la competencia del "pleno" en las causas criminales en que se prive de la libertad por más de diez años, se refiere a la totalidad de sus miembros, sin distinción de Salas, aún cuando la sentencia llegue a conocimiento de esta instancia por recurso de la defensa.

En síntesis, cuando la sentencia condenatoria imponga una pena privativa de la libertad superior a diez años, deberán intervenir los seis miembros que hoy componen el Superior Tribunal de Justicia.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

A poco de integrada la Sala Penal de este máximo tribunal provincial, me expedí sobre el tema al dictar sentencia en la causa caratulada **"L., E. F. –L., E. R. –C. J. D. –L., D. A. s/ Homicidio Calificado por alevosía-Esquel"** (Expte. N° 20.373 – Folio 199 – "L" – 2006; Sentencia N° 29 del 24 de agosto de 2006).

La Constitución de la Provincia del Chubut, en su artículo 179, inc. 2°, determina que el

///

Superior Tribunal de Justicia “Conoce y resuelve en pleno, sin sustanciación, de las causas criminales en que se prive de la libertad por más de diez años…”. Ese modo fue instituido por los artículos 24, inc. 1° y 391 de la Ley 3155, que fijan la competencia de este Cuerpo en punto a la revisión denominada “consulta”. A su vez, sistema procesal vigente reprodujo el mecanismo de revisión, por medio de su artículo 377.

En las normas citadas se puede leer que aun cuando mediare impugnación de parte, el Superior Tribunal de Justicia conocerá del proceso sin limitaciones, es decir, no sólo la revisión de los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio. Esta avocación es por una revisión que obliga al Superior Tribunal de Justicia a un examen exhaustivo de la sentencia, con un conocimiento pleno de la causa, cuya limitación sólo estaría dada por lo que surgiera directa y exclusivamente de la inmediación, de lo que no hubiera constancia adecuada.

Al momento de reformarse la Constitución Provincial no existían ni la doctrina "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa” (Fallo 328:3399) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ni la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia.

///

O sea, que la Carta Magna del Chubut exigía el estricto cumplimiento del doble tránsito procesal aun antes del precedente de la Corte citado, que sigue el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" del 2 de julio de 2004.

De modo que desde 1994 la Constitución de la Provincia del Chubut impone a los jueces del Superior Tribunal de Justicia que revisen todo lo que puedan conocer, esto es (como sostuvo la Corte), que su esfuerzo de revisión –en los supuestos de penas de encierro que superen los diez años– agote su capacidad revisora en el caso concreto.

La garantía del derecho del debido proceso, que tradicionalmente se aseguraba con “acusación, defensa, prueba y sentencia”, ahora se ha extendido a “acusación, defensa, prueba, sentencia y recurso”. Esos son los patrones sentados en el país por el precedente “Casal...” y ya lo eran en la Provincia del Chubut por el artículo 179, inc. 2°.

Esa misma garantía se satisface con el conocimiento integral del pronunciamiento condenatorio.

///

La creación de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia (como se sabe, posterior a la reforma constitucional en el Chubut) y sentada la doctrina legal de la Corte Federal con respecto a la revisión cabal, exige una nueva interpretación, tal como se ha hecho en el caso “L.”.

El artículo 179, inc. 2° debe aplicarse in bonan partem y la especialidad de la Sala Penal desplaza la plenitud de la integración, manteniendo el deber de revisión integral de la sentencia de mérito.

En definitiva, donde la Constitución de la Provincia del Chubut, en su artículo 179, inc. 2°, dice “en pleno” debe interpretarse que es obligatorio el aseguramiento del doble conforme, bastando para ello el examen exhaustivo de la Sala especializada.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

Corresponde aclarar, que son tres las variantes en la forma de tratar esta figura procesal, obviamente con el condicionante de una sentencia de más de diez años: a) En primer lugar cuando las partes, imputado, Ministerio Público Fiscal o querellante, no presentan ningún recurso; b) cuando va acompañado de un recurso del Ministerio Público Fiscal o querellante; y

///

finalmente c) cuando es el propio imputado quien acude mediante recurso de Casación.

No merecen mayores comentarios los casos descriptos en los apartados a) y b) donde el imputado, destinatario único de la garantía prevista en la Consulta, no articula defensa ni expresa agravios, en cuyo caso procede de oficio y es llamado a entender el Tribunal con la totalidad de sus miembros. Este es el caso que nos ocupa en lo que hace al procedimiento.

Mas no estaría completo el razonamiento, ni fijaríamos una Jurisprudencia clara en la cuestión novedosa, sin que "obiter dicta" fijáramos posición respecto al punto c). Coincido, también con la postura del Ministro preopinantes Dr. Panizzi, en el sentido que el trámite de la Casación condiciona la Consulta y de debe ser la Sala Penal la que resuelva "in totum" ambas vías de revisión. El fundamento de esta cuestión nace como consecuencia de una sana y armónica interpretación de la Constitución en el marco de las diferencias que se plantean como consecuencia de los desiguales procedimientos en las dos instancias de revisión.

Mientras la Casación requiere de la necesaria substanciación con audiencia previa, como amplia garantía para el imputado, la Consulta debe

///

resolverse conforme al mandato expreso “sin substanciación”,lo que invalidaría la participación de la otra Sala en el trámite recursivo.

En este sentido, el procedimiento del recurso de casación, en su interpretación actual, ajustado a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Casal” y de la Corte interamericana en “Herrera Ulloa”, en el sentido de la revisión total de hechos y derecho, de oficio superando los agravios como consecuencia de la consulta, garantiza sobradamente los derechos del imputado de todos los parámetros constitucionales nacionales y de los tratados internacionales con dicho rango.

Por lo tanto, es mi posición que cuando se presente recurso por el imputado debe resolver la Sala Penal, con sustanciación previa y superando los agravios, cuando sea necesario.

El Juez **Fernando S. L. Royer** dijo:

Adopto como propia la posición asumida por el doctor Pasutti, en concordancia con la opinión emitida por el Ministro Panizzi en relación al instituto regulado por el artículo 179, inciso 2° de la Constitución Provincial.

///

Sin embargo, expondré mis propios argumentos para sostener esa posición, aunque similares a los esgrimidos por mis colegas de Sala.

Llamado este Tribunal a resolver un recurso de casación deducido por la defensa del acusado, contra la sentencia condenatoria que le hubiera impuesto una pena superior a los diez años, la amplitud del examen que la "consulta" requiere –en un todo de acuerdo con la doctrina "Casal" (328:3399) de la C.S.J.N– hace necesaria la intervención exclusiva de la Sala Penal en razón de su especialidad en la materia.

Esa sería la manera adecuada de asegurarle al acusado una revisión amplia del pronunciamiento que ataca, con salvaguarda de todas las garantías que la Carta Magna Nacional, la Constitución Provincial y el ordenamiento adjetivo local que le otorgan.

La intervención del Tribunal en pleno, entonces, sólo sería posible para aquellos casos en que las causas arribaran a esta instancia por un recurso del acusador público o privado, o en el supuesto de que sean elevados por las Cámaras para que este máximo tribunal provincial conozca de ella en los términos del artículo 179, inciso 2° de la constitución provincial, exclusivamente.

///

Por todo lo expuesto, entiendo que deducido una impugnación por el imputado contra el pronunciamiento que lo condene a una pena privativa de la libertad, por un plazo mayor a diez años, debe examinar el fallo y resolver las cuestiones allí planteadas la Sala Penal, con sustanciación previa y superando los agravios de ser necesario.

Que, en consecuencia, el Superior Tribunal de Justicia, por mayoría:

---------- **R E S U E L V E:** ----------

1°) Disponer la intervención de la Sala Penal en los presentes autos.

2°) Regístrese y notifíquese.

Fdo. Jorge Pfleger-Daniel A. Rebagliati Russell-José Luis Pasutti-Fernando S. L. Royer-Alejandro Javier Panizzi- Ante mi: José A .Ferreyra Secretario

///