En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de junio del año 2014, los miembros de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, ministros: Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, se reunieron en Acuerdo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"H., J. s/ Homicidio en grado de tentativa en concurso real con daño calificado s/ impugnación"** (Expediente N° 22.988-Letra "H" -Año 2013).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado de fs. 300: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

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

I. La cuestión traída a esta Sala es la sentencia registrada bajo el número 7 del año 2013, que emitió la Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew, que hace lugar parcialmente a la impugnación ordinaria planteada por la defensa, y modifica la pena impuesta a Julio Huentecoy a siete años de prisión.

II. Contra ese pronunciamiento, a fojas 262/76 y vta., el fiscal general, doctor César Marcelo Zaratiegui, dedujo impugnación extraordinaria.

///

El principal agravio del Ministerio Público Fiscal es la errónea aplicación de la ley sustantiva, por apartarse de la mensuración legal dispuesta por la ley de fondo e imponer una pena por debajo del mínimo legal establecido.

En el punto 1) analiza la sentencia de cámara y los votos que decidieron la reducción de la pena.

Argumenta que el doctor D. F., cuando fundamenta su postura, transitó dos grados de análisis que se excluyen uno al otro.

En cuanto a la ponencia de la doctora Rodríguez, sostiene que la jueza se remite a la decisión de la doctora González, integrante del Tribunal de Mérito que quedó en minoría.

El punto 2) se relaciona con el apartamiento de la doctrina legal.

Aquí dice que la jueza Rodríguez cita dos precedentes en donde su posición quedó en minoría –"R." y "D. M."-.

Así, refiere que su criterio no encuentra acompañamiento en el interior de la cámara que integra.

Agrega que tampoco coincide con el precedente extra-provincial que citó, ya que el Superior Tribunal de Córdoba resolvió definitivamente en sentido contrario al que sostiene la magistrada.

///

Continúa su exposición y sostiene que también se aparta de la jurisprudencia de esta Sala en autos “D. M.”; “C.”, “P.” y “Q.”, oportunidad en la que se decidió por unanimidad la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

El punto 3) describe la imposibilidad de fijar pena por debajo de los mínimos legales.

En este ítem denuncia que los votantes de la mayoría coinciden en una cuestión medular, esto es, la imposición de una pena por debajo del mínimo legal.

Luego de ello cita dos precedentes que avalan la postura que sostiene sobre la imposibilidad de modificar los máximos y mínimos legales establecidos por la ley.

Por último, en el punto 4), denuncia violación del principio acusatorio.

Plantea que la sentencia de cámara también vulneró el principio de contradicción, ya que los jueces, en mayoría, ingresaron cuestiones no propuestas por las partes.

III. Antes de continuar con el análisis del caso, estimo oportuno recordar el criterio sustentado por esta Sala en lo atinente a las condiciones de admisibilidad de los recursos extraordinarios.

///

Como he sostenido en otras oportunidades, tratándose de una impugnación de la Fiscalía contra una sentencia que favorece al imputado, deberá observarse estrictamente si se dan los presupuestos legales para habilitar la instancia.

En este caso, el motivo central del recurso es la ilegalidad de la pena impuesta por la Cámara en lo Penal, denunciándose que se aplicó una sanción por debajo del mínimo legal.

Así, a simple vista, la circunstancia que apunta el recurrente, puede constituir arbitrariedad, y ello permite el análisis del caso.

IV. La Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew, mediante sentencia dictada el día 22 de marzo de 2013, decidió, por mayoría, hace lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa de H., y modificó la pena impuesta, fijándola en siete años de prisión.

El acuerdo lo lideró el doctor De Franco.

En primer término analizó la sentencia de mérito y confirmó la materialidad y autoría del imputado y la calificación legal escogida.

Después, cuando ingresa al tema de la pena, disiente con la decisión de la mayoría.

Refiere que los jueces no tuvieron en cuenta las particularidades del caso, y que aplicar

///

automáticamente el mínimo legal previsto resulta excesivo, desproporcionado y cruel.

Comienza con una crítica a la reforma introducida por la ley 25.601, que incorporó el inc. 8° del artículo 80 del CP.

Describe pasajes del debate parlamentario para ilustrar la finalidad del legislador al decidir la agravante, y agrega que esta finalidad no se compadece con la motivación del imputado en este hecho concreto.

De esta manera, asegura que las particularidades del caso investigado hacen inaplicable la pena establecida por el artículo 44, párrafo tercero, por atentar contra preceptos básicos de la Carta Magna.

Luego, para justificar el monto seleccionado, argumentó *´…Por ello, y teniendo en cuenta también que al considerarse que no es aplicable en este caso la agravante del art. 80, inc. 8 del Código Penal, por no haberse atentado contra el bien jurídico protegido, la pena a aplicar necesariamente habrá de ser menor a la de un homicidio consumado –principio de proporcionalidad- por lo que, en definitiva, considero adecuada a la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad la pena de siete años de prisión de efectivo cumplimiento….´*

///

En segundo lugar se expide la doctora Rodríguez. Comienza su voto analizando los sufragios del Tribunal.

En un principio, centra la atención en la calificación legal escogida, que fuera el principal motivo de agravio en la impugnación ordinaria.

Confirmó el fallo en este tramo, y aseguro que el hecho descripto configuró una tentativa de homicidio.

No obstante, coincidió con De Franco en modificar la sanción penal y reducirla a siete años.

Coincide con la jueza de primera instancia –que quedó en minoría- en que no resulta razonable ni justa la obligación de apegarse, en este caso concreto, al mínimo legal previsto para el conato de homicidio agravado.

Y agrega que la apuntada coincidencia no solo deriva de considerar –como la doctora González- inconstitucional la pena de prisión perpetua, sino que también surge de entender que la pena de diez años de prisión, en el caso particular de autos, excede el límite que se corresponde con la específica culpabilidad demostrada por el imputado.

///

En tercer lugar vota el doctor Lucchelli. Su análisis se centró en el encuadramiento jurídico dado, y no se expidió respecto a la pena, limitándose a confirmar el monto.

V. Veamos.

Más allá del respeto intelectual que me merecen los jueces que conformaron la mayoría, quienes dieron interesantes fundamentos para franquear la valla del mínimo legal, mi decisión será favorable al Ministerio Público Fiscal.

En efecto, debo enfatizar que el a-quo confirmó la calificación legal escogida en primera instancia, quedando subsumida la acción desplegada en la figura contenida en el artículo 80, inc. 8° del C.P..

Digo esto ya que las circunstancias particulares del hecho, descriptas por los magistrados que conformaron la mayoría de la decisión cuestionada, debieron ser analizadas al momento de examinar la calificación escogida en la anterior instancia. A modo de ejemplo, pudieron haber optado por encuadrar la conducta como homicidio simple, por no acreditarse la motivación del imputado, tal como lo exige el art. 80, inc. 8° del CP.

Sin embargo, una vez aceptada esta circunstancia, los jueces De Franco y Rodríguez

///

votaron por la inaplicabilidad del mínimo legal establecido en el art. 44, párrafo tercero, por considerar, en este caso en particular, la aplicación automática de la pena resulta excesiva, desproporcionada y cruel.

Esta decisión no se planteó en la audiencia, no hubo debate y, según surge de autos, el tema se plasmó recién en la sentencia. Es decir, no medió petición alguna de las partes o declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

En la oportunidad de emitir mi voto en autos "**G., R. y otro s/ robo en grado de tentativa s/ impugnación**" (Expediente N° 22.553 - Letra "G" – Año 2012) sostuve: *´… siguiendo en su letra la doctrina de la Suprema Corte de la Nación, sabido es que la primer fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una interpretación que equivalga a prescindir de ésta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu. Cuando la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser directamente aplicada. El modo de apartarse de este imperativo y prescindir del texto legal sólo es posible si ha mediado debate y declaración de inconstitucionalidad (Corte Sup., 2/4/1996 – Decavial v. Dirección Nacional de Vialidad. J.A. 2000-III-síntesis;*

///

Acosta, Mario v. Estado Mayor General del Ejército J.A. 1998-II-392)…´

Y este es, justamente, el meollo del asunto: los jueces omitieron cumplir con el presupuesto indicado, y directamente se apartaron de la norma, sin dar fundamento legal válido.

Así, más allá de la solvencia de los argumentos expuestos por los magistrados con respecto a la posición que sostienen, debió analizarse, y en todo caso proponerse, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 44, tercer párrafo del C.P. en el caso concreto, que es la única forma de neutralizar la presunción de legitimidad que goza una ley.

Por lo expuesto, propongo acoger el recurso de impugnación extraordinaria interpuesto, revocar parcialmente la sentencia nro. 7/2013 de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew, en cuanto modifica la pena impuesta a Julio H., y aplicar la pena de diez años de prisión –C.P., art. 44-.

Así, entiendo que

Así lo voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- Breve enunciación de los antecedentes

///

a. Ha recalado en la Sala la impugnación extraordinaria que luce a fojas 262/276 vta., insertada por el Fiscal General- doctor César Marcelo Zaratiegui- en perjuicio de la sentencia registrada bajo el número 7 del año 2013, emitida por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew.

En ella se dictó el siguiente fallo: *"… 1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de J. H., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, contra la sentencia Nro. 2773/12 OJTW y modificar la pena impuesta, fijándola en definitiva en siete años de prisión (arts. 79, 80 inc. 8°, 42 44 del CP)…"*

b. En el primer voto, el Juez Rebagliati Russell ha realizado una reseña de los antecedentes de la causa y del contenido de la impugnación muy suficiente. Ese trabajo, y para evitar reiteraciones triviales, me permite ingresar directamente en el caso.

II. **La solución.**

a. Como bien lo admite el Acusador Público, la sentencia atacada, en su parte volitiva, manda a penar al condenado por un lapso que veda el derecho que aquel tiene de recurrir, ya que la modificación realizada por el tribunal de control deja la pena por encima de la media (límite

///

objetivo) que exige el artículo 378, inciso 3° del Código Procesal Penal.

Esta situación obturaría la consideración del recurso articulado, si las formas procesales se impusiesen con su impiedad objetiva.

Empero, en casos excepcionales, se ha adoptado una decisión aperturista con base en la entidad del tema que se suscita, pues nunca el apego a las maneras puede cohonestar sentencias notoriamente disvaliosas.

Este litigio, en estos aspectos, guarda simetría con lo que he expresado en los autos: "**V., G. O. s/ Homicidio y Lesiones Culposas en Accidente de Tránsito s/ Impugnación**", sentencia registrada bajo el número 41/2011 del 26 de Julio de 2011 y más tarde en "**R., A. A. s/ Dcia. Estafa y Falsificación de Firma**" (Carpeta OFIJU 1288, caso N° 8386 MPF s/ Impugnación" sentencia registrada bajo el n° 51 del 9 de septiembre de 2011; a ellos remito.

b. En "**Hudson County Water Co. v. McCarter, 209 U.S. 349 (1908)" No. 184,** argumentado el 18 y 19 de Marzo de 1908 y decidido el 6 de Abril de aquél año, el Juez Estadounidense Oliver Wendell Holmes señaló, acertadamente, que "… Todos los derechos tienden a declararse absolutos hasta alcanzar su extremo lógico. Sin embargo, todos se

///

encuentran limitados por el universo de otros principios y acciones que dan fundamento a la existencia de otros derechos. Estos principios y acciones llegado un determinado momento, adquieren una fuerza tal que limitan el ejercicio del primer derecho invocado…" (Ver el texto original en "JUSTIA US Supreme Court" página web gratuita, y una razonable traducción en "Jurisprudencia Argentina- Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- . Ed. 2013 III, página 14).

Este pensamiento es concorde la idea aceptada de que los derechos reconocidos en la Constitución Nacional perviven en armonía, no se superponen unos con otros, se delimitan según las circunstancias y jamás se niegan o derogan unos con otros, pues la norma que los declara rige siempre en su totalidad y no parcialmente en un caso.

Es claro el art. 22 de la Constitución Federal en cuanto predica que no existen derechos absolutos sino sujetos a reglamentación razonable (arts. 22 y 28 de la Constitución Nacional).

c. La República Democrática, con su sistema de división de poderes (o de funciones gubernativas), es la fórmula política que salvaguarda la incolumidad afinada de los

///

derechos. Nació y es un límite al poder, pues cada rama del Estado recibe una atribución o competencia que se reparte, precisamente, para evitar su concentración perniciosa.

d. El control constitucional de las leyes u actos de otros poderes estatales, y corto campo, no implica la primacía o gobierno de los Jueces, sino de la Constitución. Se les atribuye para extirpar toda manifestación que en su forma sea contraria a la distribución de funciones o a su ejercicio que aquella establece; o en su esencia consagre estipulaciones groseramente contrarias a la letra o espíritu de la Constitución.

Es consecuencia de los balances y controles que se establecen para que el poder se prodigue regularmente, potestad que debe ejercerse con prudencia para evitar la arrogación ilegítima que es tan perniciosa, como todo exceso concentrador.

e. En lo que atañe al sistema penal el reparto de competencias está perfectamente establecido.

Corresponde al Congreso Federal la sanción de las normas que definen conductas cuya comisión apareja la perspectiva de sanción y el cuanto de esa sanción (art. 75 inc. 12 C.N.), al Poder Ejecutivo la promulgación de esas leyes y la facultad de indultar o de conmutar las penas

///

(art. 99 inc. 3° y 5°) y al Poder Judicial la solución de conflictos que se susciten de la aplicación de la Constitución y de las Leyes (art. 116 C.N.).

Sólo cuando el Legislador se sustraiga de las normas, principios y valores de la Constitución cobrará dimensión y sentido el control constitucional.

f. Aunque pareciera de P. el esquema repica en el ámbito de las Provincias.

La delegación al Congreso de la facultad de dictar la ley de fondo, deja al Legislador Estatal limitado al ámbito de lo instrumental, a la manera de realización del poder punitivo; al Poder Judicial la capacidad de resolver los litigios con base en la Ley, y al Poder Ejecutivo la competencia para indultar o conmutar penas.

g. Delineado sucintamente en orden de reparto horizontal y vertical de los poderes de gobierno del Estado, ha de repetirse aquello de que el Poder Judicial, dotado de capacidad contra-mayoritaria por el ejercicio del control constitucional, ha de utilizar esa herramienta como último recurso, pues en su esencia radica su propio límite por aquello de que "gobiernan las leyes y no los hombres", según lo proclamó el

///

mentor de la supremacía constitucional, el Juez Marshall, en su tantas veces evocado "Marbury vs. Madison".

h. Cobra sentido la cita que inauguró este trabajo en cuanto modela el significado de la labor de los Jueces, que es verificar que los derechos subsistan en armonía, bajo el imperio de la norma sancionada acorde las formas procedimentales de la democracia.

Pero verificar la vigencia de los derechos está lejos de hacer prevalecer la opinión o los valores personales de los Jueces.

De aceptarse así, el derecho perdería su cualidad de predecir en la medida en que estaría sujeto a la determinación caprichosa (en sentido blando, aclaro) de la Magistratura.

Digo que el derecho es predicción pues, según entiendo, la Ley contiene mensajes augurales que se proyectan en el cuerpo social a la que va dirigida y en eso reposa la estructura de una sociedad constituida en Estado, organización que tiene como fin la cooperación social y el establecimiento de la paz.

En ese sentido, y a manera de ejemplo, la norma que pune el homicidio, art. 79 del Código Penal, contiene una información clara: "no

///

matarás, pues si lo haces merecerás una pena de ocho a veinticinco años".

Esto es consecuencia de que el valor vida (derecho reconocido en la Constitución) merece, como ha merecido, la especial protección del legislador cuando diseña la política criminal del Estado.

Y es un mensaje dirigido a quienes tienen capacidad de forjar su propia conciencia moral y auto-determinarse.

El ejemplo puede resultar algo vulgar, pero cierto es que resulta para mí válido cuando se plantea la situación consistente en una distorsión del mensaje por quien está encargado de aplicar la Ley.

i. Porque es distorsiva la perforación del mínimo legal de la sanción acuñada en un tipo penal que no es inconstitucional (o al menos no se declara así) sobre la base de que la ley vulnera el principio de culpabilidad por consagrar una inaceptable desproporción o la gravedad del injusto no se relaciona, por ser menor, con la sanción aplicable al caso concreto que por consiguiente es exagerada.

j. Verificar la constitucionalidad (o inconstitucionalidad) de una norma penal concreta frente al caso concreto importa, a mi juicio y en

///

la línea antes enunciada, trabajar sobre diversos aspectos que le son atinentes.

La primera cuestión a considerar es aquella que involucra la legalidad formal.

La ley penal ha de manar del órgano competente para su dictado y hallarse debidamente promulgada. El modo procedimental está en el propio texto constitucional que guiará en el análisis: la Ley escrita y cierta ha de nacer conforme el proceso de formación regulado por los artículos 77 a 84 de la C.N.

Revisado este aspecto, ha de prestarse atención a si, sustancialmente, esa expresión estatal posee las exigencias de las normas punitivas, a saber: a. carácter general, b. descripción clara y específica de conductas punibles, sin que se defiera revelar su contenido a la voluntad de otros órganos, c. que en principio no posea efectos retroactivos, d. que resulte razonable a los propósitos de su sanción, e. que sea idónea, necesaria y proporcional f. que se corresponda con el sistema de valores consagrado por la propia Constitución.

Hasta aquí todo aparece relativamente sencillo y el control aceptable porque los estándares de validación (reglas epistemológicas) son muy claros. Pero hay planos

///

de análisis significativamente más complejos, y son aquellos que sitúan a los Jueces al límite de su capacidad.

Y la sentencia que se revisa ha recorrido ese límite sin restringirse los Magistrados que la emitieron.

k. Porque una delgada línea separa el ámbito pleno que da sentido a la actividad del Poder Judicial de la subrogación ilegítima de las potestades del Legislador, y es un camino que se debe recorrer con extrema cautela.

Y por extrema cautela no implico a la cobardía intelectual, sino al miramiento, a la consideración prudente de la función política que se cumple, cuando se sustrae la Ley del caso.

Acostumbrados a echar mano de recursos retóricos vacíos de contenido se encuentra en lo dicho el por qué afirmamos la condición de "última ratio" que posee el control de constitucionalidad.

l. Una intermisión necesaria para procurar claridad en el discurso.

Obviamente es sencillo y sensato tachar – y va un absurdo- una norma penal emanada del Poder Ejecutivo. Va del brazo- a mi parecer- la ley penal en blanco cuando otros que el Congreso Nacional le dan contenido.

///

De igual modo – y aun cuando se reivindicara su legitimidad de origen- es correcto el ejercicio contra-mayoría cuando la norma discriminase por razones de sexo, raza, religión o creencias políticas; situación inaceptable constitucionalmente.

O cuando la expansión del poder punitivo no guardase correlato con su causa; o en otros términos, cuando la protección de un bien determinado conlleve una amenaza desmesurada.

Pero no es idéntica la situación cuando el Legislador emite una norma, la que da mayor pena al homicida de policías a sabiendas de su condición y en ejercicio, basado en una política tendente a proteger especialmente a ese colectivo, fijando una escala idéntica a otras situaciones también sobre valoradas en un momento histórico determinado (por ejemplo el homicidio del cónyuge, de la prole, o de mujeres particularmente vinculadas con el autor).

m. Y lo disímil radica en la necesidad de horadar sobre el mérito y la conveniencia del mensaje: "No matarás a un policía en ejercicio cuando sepas que lo es pues merecerás una sanción muy grave", para juzgar su adecuación constitucional, tema que- para mí- ingresa en una geografía ajena al Poder Judicial.

///

Porque si la vida es un valor altamente protegido, el legislador ha decidido dotar de mayor resguardo a la vida de un policía en ejercicio, tal como a la vida de quien sucumbe a la tortura, ambos bienes con un significado social más disvalioso.

Y puede uno acordar o no con ello. Lo que no puede hacer es desconocer la calidad constitucional del precepto, pues en manos del Legislador y no de los Jueces está el diseño de la política criminal del Estado, verificable en supuestos excepcionales.

n. Cuando el Congreso fija las sanciones completando el tipo penal, establece los estándares dentro de los cuales han de medirse los dos aspectos que se discuten en la sentencia: la gravedad del injusto y- por añadidura- de la culpabilidad.

Mínimos y máximos son los parámetros que se considerarán, entonces, al momento de determinación de cuanto punitivo, cuando el acto sea reprochable al autor, sólo- reitero- en esos límites.

De otra manera- y soy insistente- el Juez se convierte en autor de la política criminal del Estado en un momento de su tarea, contrariando la

///

estructura de la República, tal como se ha predicado antes.

o. La particularidad del caso es que, por un lado, no se ha declarado la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 8° del C.P, ni tampoco de la pena con que la Ley lo castiga o el precepto número del 44 del catálogo.

Es más, se recorrieron todas las categorías dogmáticas para verificar el ajuste de la conducta con la norma seleccionada, arribando al juicio de autoría culpable. Consideraron, claro está, las circunstancias que pudieron haber excluido o atenuado la responsabilidad y fijaron una pena menor al mínimo de la escala sustrayéndose de ella, dando razones que, en todos los casos, tocaron la cuestión constitucional.

A mi juicio la postura no es la correcta, y aunque creo que lo ya explicado serviría para terminar esta labor, haré –quizás de manera insistente- otra aproximación tal vez más específica.

p. Si se observa el problema desde la afectación del principio de culpabilidad en relación con el homicidio calificado del art. 80 inciso 8° C.P, me pronuncio en sintonía con la opinión de Carmen Argibay en el caso "**M. 1395.**

///

XLII. Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad” sustanciado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y decidido el 5 de Febrero de 2013.

Allí, y a pesar de que se trata de un voto ajeno a la opinión de la mayoría que rechazó el caso por aplicación del art. 280 del C.P.C.C.N, se señaló con acierto (considerando 5°) que – lo que sigue es textual- “…Conforme la jurisprudencia de esta Corte Suprema, el principio de culpabilidad exige que para sancionar a una persona por un hecho determinado, éste tiene que poder serle imputado tanto objetiva como subjetivamente (Fallos: 271:297; 316:1190; 321:2558, entre otros), extremo que ha sido explicado como la posibilidad real que tienen las personas de ajustar su conducta a los mandatos de la ley (Fallos: 312:149, entre otros). Esta exigencia forma parte del principio esencial propio de un Estado de Derecho según el cual solo puede constituir objeto de reproche penal un comportamiento individual orientado a quebrantar una norma de tal carácter (Fallos: 329:3680, considerando 12 del voto de la mayoría, 11 del voto del juez Petracchi y 5° del voto de la jueza Argibay). Ahora bien, dicho principio no puede llevarse al extremo de una inviable

///

simplificación que despoje a la conducta de una serie de circunstancias que están estrechamente ligadas a ella y pueden eventualmente fundar un mayor grado de injusto o de culpabilidad, según el caso. Ejemplo de esto último son algunos tipos calificados que agravan el homicidio por cierta disposición del ánimo al momento de cometer el hecho o por determinada condición personal que el autor detenta, tales como matar por placer, codicia u odio racial o religioso (artículo 80, inciso 4° del Código Penal) o ser ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima (inciso la de la mentada norma). La condición de parentesco, a su vez, es relevada típicamente como agravante en delitos contra la integridad sexual y la libertad, entre otros, en los que se incluye además a quien fuere hermano/a de la persona afectada (así, por ejemplo, artículos 125, 125 bis y 142, inciso 2° del Código Penal). Si el planteo del recurrente se aplicase hasta sus últimas consecuencias, las conductas adecuadas a los tipos legales antes mencionados deberían reprocharse todas bajo la figura del homicidio simple (artículo 79 del Código Penal), pues no sería válido dotar de significado jurídico-penal a circunstancias que no constituyan estrictamente el comportamiento en sí. Sin embargo, está fuera

///

de discusión que tales extremos han sido razonablemente previstos por el legislador como aspectos del hecho criminal que tornan más grave la conducta de matar a otro…".

He formulado esta trascripción para no solapar bajo una paráfrasis intelectualmente fraudulenta la opinión que representa cabalmente la idea que profeso al respecto, y que reivindico como argumento de autoridad.

q. Si el enfoque pone en juego la validez constitucional de la pena de prisión perpetua, si el punto central estuviera allí y se proyectase sobre el rango punitivo estipulado en el art. 44 del C.P, ya se ha llegado en la Sala a una solución al respecto.

En efecto, he expuesto mi parecer en el caso ***"C. H. E. y otro p.s.a. Homicidio Calificado – Puerto Madryn*** *(Expte. 20.950-Folio 5 T II-C-2007)* y a esa opción remito.

Sintéticamente señalo que la prohibición consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional referida a las penas crueles, inhumanas o degradantes no colisiona con aquella prevista para el delito que nos ocupa- ya consumado- 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 N° 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 cuando la pena que se está purgando lo permita.

En nuestro sistema, como ya he señalado, la pena de prisión perpetua no puede ser considerada cruel, inhumana o degradante.

En primer término apunto a que no es vitalicia, no dura de por vida; en segundo término no obturan la libertad anticipada, la libertad condicional, sólo convienen el tiempo a partir del cual se ha de computar el término, sin que difiera 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 en lo pertinente con relación al caso de autos, que esa norma prevé específicamente que para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de la semi -libertad, 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).

r. Si se observa el fenómeno desde la relación gravedad del injusto- pena en el caso concreto, aún desde una perspectiva de control "fuerte" y aceptándose el chequeo constitucional aún las salvedades apuntadas, señalo que acorde a las particulares circunstancias del caso no percibo desmesura que autorice fulminar el mínimo y "crear" una sanción diferente.

Como ha quedado en claro, se trató aquí de un atentado contra la vida de un agente de la policía provincial, que no se consumó por cuestiones ajenas a

///

la voluntad del agente, distinguiéndose una clara determinación de segarla de manera catastrófica.

Francamente sorprende la determinación inicial, continuada y sostenida, de llevar a cabo su propósito, aun cuando personal de la Comisaría intentó primero disuadirle y luego impedir que consumara su designio.

También se conjuga el sitio escogido, que revela la determinación de matar sin reparar en el contexto.

La atenuante, que no ingresó en las categorías legales que excluyen o moderan excepcionalmente el poder punitivo, puede funcionar para ubicar la pena en su mínima expresión legal; pero de ningún modo legitiman la solución dada por la Cámara Penal.

En fin, creo que las circunstancias del caso no justifican la abrogación de las escalas penales preestablecidas por el Legislador Federal y muestran a la decisión como francamente contraria al orden jurídico vigente, revelando la prevalencia de las convicciones personales de los Jueces (sus ideas y creencias) por sobre el razonable imperio de la norma.

s. Evoco, pertinazmente, la cita contenida en los momentos iniciales del trabajo, punto **b.**

///

En el mundo de los derechos no es adecuado exaltar paroxísticamente algunos (llevarlos a su extremo lógico) en desmedro de otros.

La protección de los derechos individuales está también asegurada en la forma de organización política que sitúa a cada órgano de gobierno en su ámbito propio, por eso la cautela de la que se habló en otros tramos de este sufragio.

t. Deseo destacar que pese a que los señores Jueces de la Cámara Penal son- a mi juicio- versados, eruditos e intelectualmente honestos, no han dado lo que la Corte Suprema llama una "demostración concluyente" del apartamiento constitucional, que pudiese excluir las reflexiones que he vertido.

Resalto el efecto motivador que al pensamiento libre brindan los criterios expuestos y se de la buena fe que los inspiran.

Empero mi punto de vista es otro y es aquél que causa la proposición que sigue.

III. Epílogo

Todo lo expresado conduce a patrocinar- como lo ha hecho el doctor Rebagliati Russell- que se declare procedente la impugnación extraordinaria y que se revoque parcialmente la sentencia nro. 7/2013 de la Cámara en lo Penal de la ciudad de

///

Trelew, en cuanto modifica la pena impuesta a J. H..

Estimo aplicable la tesis que por razones de estricta economía ha sentado la Sala en otros precedentes fijando derechamente la pena.

Ello es así ya que existe un límite infranqueable a la punición dado por el mínimo de la escala aplicado por el Tribunal de Juicio, diez años, resultando dispendioso habilitar un nuevo debate para la aplicación de la pena, resuelta como están las posibilidades de discusión; que no veo otras.

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El ministro Rebagliati Russell, que lleva la voz en el Acuerdo, ha desarrollado acabadamente los antecedentes del caso y los puntos de agravio contenidos en la impugnación extraordinaria del fiscal general César Zaratiegui (hojas 262/276 y vuelta), contra la sentencia de la Cámara en lo Penal número 7 del año 2013. No los reiteraré para no agobiar al lector.

II. La impugnación extraordinaria del titular de la vindicta pública será admitida formalmente. Es cierto que existe un límite objetivo –previsto en el artículo 378, inciso 3° del ceremonial- que

///

cerraría la vía extraordinaria, ya que el fiscal pretendió una pena de diez años de prisión y la condena determinada por el tribunal revisor fue de siete años de encierro.

Sin embargo, las circunstancias denunciadas por el recurrente, permiten entrever que la solución del a quo en los presentes se enmarca dentro de los supuestos de sentencia arbitraria.

Esta concesión no implica abandonar el criterio sustentado por esta Sala en punto a afirmar que cuando el recurso es impulsado por el acusador, sea público o privado, contra un decisorio que desvincula o mejora la situación del atribuido, se debe ser muy cauto y actuar con suma estrictez.

III. Efectuada esta aclaración, ingresaré al tratamiento del recurso, con el anticipo, de que mi decisión será favorable al Ministerio Público Fiscal.

La cuestión que se ha puesto en vilo en el trámite, es la ilegalidad de la sanción determinada por la alzada -siete años de privación de la libertad-, inferior al mínimo de la escala prevista para la tentativa de homicidio agravado por ser perpetrado contra un efectivo policial, por razón de su cargo (artículos 44, tercer párrafo y 80, inciso 8° del Código Penal).

///

Juzgo que es atinada la aseveración del impugnante al tildar de ilegal la pena aplicada, pues los miembros de la Cámara en lo Penal, por mayoría, luego de confirmar los aspectos del fallo de mérito que hicieron a la materialidad, autoría responsable de Julio Huentecoy y calificación legal escogida, decidieron soslayar el mínimo legal fijado para el conato de homicidio agravado. Adujeron reparos constitucionales, que les impedían aplicar directamente el tercer párrafo del artículo 44 del Código Penal.

De esta manera, sorprende la resolución pues los magistrados si bien confirmaron las circunstancias principales del evento y su encuadre jurídico, de oficio y sin que mediara declaración de inconstitucionalidad alguna, prescindieron de la norma aplicable, fijando una sanción no prevista en el ordenamiento sustantivo.

La interpretación de las leyes no debe generar reparos constitucionales que sustraigan a los jueces de su aplicación. Ellos deben ejercer el control de constitucionalidad de las normas, que implica comprobar la correspondencia de éstas con el texto de la Constitución. Si una ley cumple con el cometido sistémico republicano de

adecuarse a la Carta Magna es obligatoria; de lo contrario, es inconstitucional. Lo que está vedado a los intérpretes-juzgadores es alterar la norma y cambiar la esencia con la que fue dotada por el órgano al que el reglamento del Estado le confirió la potestad de hacer leyes.

Copio una aserción del doctor Pfleger plasmada en el voto anterior (cuya elocuencia me impide mejorarla): "La atenuante, que no ingresó en las categorías legales que excluyen o moderan excepcionalmente el poder punitivo, puede funcionar para ubicar la pena en su mínima expresión legal; pero de ningún modo legitiman la solución dada por la Cámara Penal".

Esto es así porque las escalas punitivas determinadas por la ley carecen de dobleces y ardides y permiten, en cada caso, adecuar proporcionadamente graduación de las condenas dentro de un máximo y un mínimo del cual los jueces no pueden apartarse. Les está vedado hacerlo porque la aplicación de las leyes es obligatoria (certeza que, por ostensiblemente sabida, es necedad reproducirla), con la única excepción de que la norma sea contraria a la Constitución, establecida como firme y cierta y como principio innegable de una república.

///

De modo que los jueces no debieron apartarse de una disposición legal que no había sido objetada por las partes ni tampoco declarada inconstitucional. Es que la primera fuente de interpretación de una ley, es la propia letra de su texto y no puede prescindirse de ella cuando, como en el caso, su aplicación no deja lugar a interpretación alguna.

Es decir, si el mínimo legal previsto en el articulado, a criterio de los juzgadores, no se correspondía con la ideología constitucional, debía ser fulminado, ya que, de otro modo, rige la norma tal como dispone su texto.

Por lo demás, pongo de resalto que si los reparos para soslayarla concernieran a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, esta Sala tiene dicho desde el precedente "*CABRERA*" –citado por el ministro Pfleger- que en el régimen punitivo argentino esta sanción, no obstante su rigurosidad, no puede ser considerada inhumana ni degradante.

En conclusión, la decisión de descartar la aplicación de una norma legal vigente, torna arbitrario el pronunciamiento. Corresponde, en consecuencia, admitir la impugnación extraordinaria motorizada por el acusador público.

Propiciaré, entonces, la revocación parcial del fallo inspeccionado, en lo que hace a la reducción del monto punitivo.

No creo que la revocación del monto de pena aplicado por la Cámara derive en la ratificación de

///

la sanción impuesta por el tribunal del juicio. Estimo que debe disponerse el reenvío a fin de no cercenar el doble tránsito procesal, ya que esta Sala tiene vedada la posibilidad de ejercer competencia positiva en perjuicio del atribuido (conforme "*PROVINCIA DEL CHUBUT c/* A., *G. C. s/ Impugnación*", expediente N° 21587 del año 2009, sentencia N° 20/2013).

IV. En resumen, corresponde admitir el recurso del Fiscal General de Trelew, revocar parcialmente el pronunciamiento del Tribunal Revisor en lo que respecta al monto de pena impuesto y, disponer el reenvío de las actuaciones para que la Cámara en lo Penal, con distinta integración, proceda a revisar la sentencia de mérito.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar procedente la impugnación interpuesta a fs. 262/76 y vta.

2°) Revocar parcialmente la sentencia registrada bajo el nro. 7/2013, en cuanto modifica la pena impuesta.

3°) Imponer a **J. H.** la pena de diez años de prisión (arts. 42, 44, 79 y 80, inc.. 8° del C.P.).

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-Daniel A. Rebagliati Russell- Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///

///