En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de Agosto del año 2016, los miembros 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 la causa caratulada **"P., M. A. en autos… "B., D. A. s/HOMICIDIO CALIFICADO"** (Expediente 100.109-carpeta 6188-Leg. Fiscal 56114-Año 2015).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 570: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.Prólogo.

a. Dos vías de acceso tiene la Sala para penetrar en el conocimiento de este caso que versa acerca de la condena aplicada a M. A. P..

Por un lado resulta de aplicación el instituto de la Consulta en función de la sanción aplicada (arts. 179 de la Constitución Provincial y 377 del Código Procesal Penal); por el otro, la habilita el recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Público Fiscal a través de los

///

doctores Carlos Adrián Cabral y Martín Cárcamo.

b. La sentencia de primer grado fue emitida por un Tribunal de Jueces Penales el 23 de Abril de 2015, y registrada bajo el número 1344/2015 (ver las hojas 243/287).

En su dispositivo se falló. "… **I) CONDENANDO** a M. A. P.… …*omissis*… …a la pena de Prisión Perpetua, accesorias legales y costas del proceso, (artículos 12 y 29 inciso tercero del Código Penal), por encontrarlo co-autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal en concurso Real con Homicidio Agravado por ser cometido para procurar la impunidad para sí o para otro (arts. 119 párrafo tercero, 80 inciso séptimo, 55 y 45 del Código Penal), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el día 14 de setiembre de 2013, en el que resultare víctima J. I. C., manteniendo su declaración de REINCIDENTE en los términos del art. 50 del C.P. **II) DECLARANDO** la INCONSTITUCIONALIDAD de la ley Nº 25.892, en lo referente al plazo a cumplir en la prisión perpetua para acceder a la libertad condicional

///

previsto por el art. 13 C.P. **III) DECLARANDO** la INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 14, segunda parte C.P. en cuanto priva a los condenados de los delitos del art. 80 inc. 7° del instituto de libertad condicional. **IV) DECLARANDO** la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 56 bis de la Ley N° 24.660, en cuanto priva a los condenados de los delitos del art. 80 inc. 7° del acceso a los institutos previstos para el Período de Prueba del Régimen de la Progresividad…".

Mediante la resolución 1358 del mismo día ese Tribunal, rectificó el punto "…primero de la sentencia definitiva…(omissis)…, y mandó "…agregar a éste el punto resolutivo primero bis, los que quedarán definitivamente conformados del siguiente modo: UNO: **I) CONDENANDO** a M. A. P.… …*omissis*… …a la pena de Prisión Perpetua, accesorias legales y costas del proceso, (artículos 12 y 29 inciso tercero del Código Penal), por encontrarlo co-autor penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal en concurso Real con Homicidio Agravado por ser cometido para procurar la

///

impunidad para sí o para otro (arts. 119 párrafo tercero, 80 inciso séptimo, 55 y 45 del Código Penal), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el día 14 de setiembre de 2013, en el que resultare víctima Y. I. C.. **UNO BIS:**

Absolviendo libremente a M. A. P., de las demás condiciones personales obrantes en autos, por el delito de Rapto Agravado en calidad de autor (arts. 130 último párrafo y 45 del Código Penal) por el cual fuera requerido en la presente carpeta judicial 6688, en razón del hecho ocurrido en inmediaciones del local comercial situado en Avenida Chile esquina Barceló de esta ciudad el día 14 de septiembre de 2013 a las 21:35 horas aproximadamente, del que resultare víctima la menor de edad Y. I. C. (arts. 28 del CPP y 44 de la Constitución Provincial)…" (Ver la hoja 289).

En la resolución 1419 Año 2015 (hoja 296) los sentenciadores de primer grado dispusieron "…Denegar el requerimiento aclaratorio propiciado por el Ministerio Público Fiscal por intermedio de su escrito del día de la fecha…", ya que el órgano titular de la acción pública observó que la aclaratoria había suprimido la

///

parte primera del dispositivo rectificado, en lo que atañe a la reincidencia declarada. (Ver hojas 294/295).

c. Habilitada por el recurso ordinario de la defensa, la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia se expidió el 29 de J. de 2015 por vía de la

decisión número 20/2015.

Allí dispuso: "... No hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del acusado M. A. P., contra la sentencia de condena (arts. 372, 374 y 382 y ss. del CPP)..." y "...Confirmar la sentencia N° 1344/2015 de fecha 23 de Abril del 2015 en cuanto

condena..." al causante a la pena de prisión perpetua y accesorias legales, cargándole las costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3° del Código Penal) "...por encontrarlo co-autor

penalmente responsable del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal en Concurso Real con Homicidio Agravado por ser cometido para procurar la

impunidad para sí o para otro (arts. 119 párrafo tercero, 80 inciso séptimo, 55 y 45 del Código Penal) en razón del hecho ocurrido en esta ciudad

///

el día 14 de septiembre de 2013, en el que resultare víctima Y. I. C.…" (Ver las hojas 379 a 411 vta. del legajo).

c. El Ministerio Público dedujo recurso extraordinario en desmedro de la decisión de primera instancia en el escrito glosado entre las hojas 323 a 342.

La Cámara Penal de intervención lo rechazó parcialmente, y lo concedió "…sólo en orden a los motivos de agravio relativo a las declaraciones de inconstitucionalidad decretada, y al rechazo de la declaración de reincidencia por segunda vez peticionada (arts. 382, 375 y concordantes del Código Procesal Penal)…" (Ver la hoja 467/471).

La Fiscalía no reclamó al respecto

El mismo órgano jurisdiccional rechazó el recurso extraordinario de la defensa, que ocurrió en queja ante la Sala mereciendo la adversa respuesta que está en la hoja 551.

d. Durante la audiencia del art. 385 del C.P.P las partes expusieron sus posiciones (Ver el documento añadido entre las hojas 568 a 569).

II. El caso, sucinta relación de la imputación.

///

El hecho base del juicio enunciado por la Fiscalía y trascripto en la sentencia de primera instancia es el siguiente: "… el día 14 de Septiembre de 2013, siendo las 21.30 horas aproximadamente, en circunstancias en que Y. I. C., de 11 años de edad, retornaba a su domicilio luego de haber egresado de (sic) Supermercado L. A. de ésta ciudad, el imputado M. A. P. abordó a la menor en intersección de Av. y calle de ésta ciudad, le exhibió una nota manuscrita de su puño y letra con la leyenda: "*Hija andá con el señore te ba a dar una Plata y me la Traes*" (sic). En tales circunstancias, mediante engaño mantuvo un breve intercambio de palabras, tomó la bolsa de compras que la menor llevaba consigo, la abrazó por la espalda, y se dirigieron a pie en dirección al barrio 30 de Octubre y en sentido contrario al domicilio de la menor sito en Sector 2, Edificio 12, Depto. A. Seguidamente continuó caminando junto a Y. I. C. por el Barrio 30 de Octubre hasta el ingreso de la Cancha del Futbol del Club 30 de Octubre, atravesaron el campo de juego, y se dirigieron a la zona de descampado ubicado sobre el margen noroeste del campo de juego y en

///

proximidades de la Antena de Radio Nacional. En tales circunstancias, el imputado junto a un individuo aún no identificado,

mediante golpe en la zona maxilar inferior, bajó

el pantalón y bombacha de la menor y abusó carnalmente vía vaginal y anal a Y. I. C., Posteriormente, estando la menor desvalida y ultrajada, el imputado junto a un individuo aún no identificado colocó en la zona del cuello de la menor un lazo de un cordón tipo zapatilla y lo anudó provocando el fallecimiento de Y. I. C. en contados segundos por asfixia mecánica, y a fin de ocultar el abuso cometido y lograr su impunidad de dicho hecho. A consecuencia del hecho, Y. I. C. presentó hematoma de 10 cm. De longitud por 2 cm. de ancho ensanchado en la parte media de bordes irregulares, desgarro vaginal que involucra hasta planos profundos recientes en hora 6 con hematoma de color violáceo perihimeneal (himen anular con desgarro reciente); alrededor del orificio anal se observa hematoma circundante por encima y por los costados del orificio, orificio anal dilatado con desgarro en hora 1, 3, 7, 9 y 12

respectivamente y surco único completo en

///

dirección horizontal al eje medio del cuerpo por debajo del cartílago tiroides uniformemente marcado en todo el contorno con fondo de surco con piel arrugada, escoriada y apergaminada…”

(El texto transcripto está entre las hojas 427 vta. a 428 vta.) **III. La Impugnación**

a. El Ministerio Fiscal se agravió de la pena de prisión perpetua impuesta por el Tribunal del Juicio, que rechazó la de reclusión perpetua con la pena conjunta de reclusión por tiempo indeterminado requerida y su declaración de reincidencia por segunda vez, a tenor de las previsiones insertas en los artículos 80 primera parte, 50, 52 y 56 del Código Penal.

Asimismo, alegó perjuicio con la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 13, 14 del Código Penal Argentino, del artículo 56 bis de la Ley N° 24.660, y la tácita declaración de inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley sustantiva. Sostuvo que las mismas no fueron resueltas de conformidad con las circunstancias particulares del caso, los especiales atributos del imputado en autos. Tildó de arbitraria, por falta de motivación suficiente, a la sentencia

///

cuando declaró las inconstitucionalidades.

Dijo que el Tribunal omitió expedirse respecto de la declaración de reincidencia por segunda vez peticionada.

Enfatizó la proposición de que se aplique la reclusión por tiempo indeterminado, aún si se mantuviese la pena de prisión perpetua, e insistió en que lo agraviaba la declaración de inconstitucionalidad de los artículo 13, 14 del Código Penal, del artículo 56 bis de la Ley N° 24.660, y la tácita declaración de inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley sustantiva decretadas en la sentencia condenatoria; también la omisión del Tribunal de Juicio en resolver la declaración de reincidencia por segunda vez en el presente caso.

b. En relación con relación el tema atinente a la sanción de reclusión perpetua solicitada por el acusador público, sostuvo que el Tribunal del juicio se equivocó al entender que dicha pena se encontraba virtualmente derogada por la ley

///

24.660 de ejecución penal, cuando afirmó que no existía diferencias en su ejecución con la de prisión.

El peticionario alegó que, contrariamente al criterio del Tribunal apelado sobre el asunto, el artículo 80, Párrafo 1° del Código Penal estipula una escala penal en abstracto prevista para los homicidios agravados. Dijo que dicha norma prevé en su mínima expresión la pena de prisión perpetua, en su expresión promedio la pena de reclusión perpetua, y en su mayor intensidad la pena de reclusión por tiempo indeterminado.

Llamó la atención sobre el reconocimiento que realizaron los magistrados en sus votos acerca de las gravísimas circunstancias del hecho, pero que, pese a ello, tales circunstancias no se reflejaron en la etapa de graduación e imposición de pena.

Dijo que de acuerdo a lo establecido por el artículo 57 del Código de Fondo la gravedad relativa a las penas de diferente naturaleza se determinaría por el orden en que se hallan enumeradas en su artículo 5°.

Con cita de doctrina y jurisprudencia, afirmó que la tácita derogación de los arts. 6, 7 y 9 del

///

Código Penal, como consecuencia de la sanción de la ley 24.660, y de las diferencias en la forma de ejecutar las penas de reclusión y prisión, en modo alguno ponen en jaque el distinto tratamiento que las disposiciones de fondo dan a determinados institutos de la parte

general del Código Penal.

Insistió: *"… la pena de reclusión es, entonces, la más grave de las que componen el catálogo del Código Penal (art. 5), pues muchos otros matices que no se relacionan directamente con las condiciones materiales en las que debe cumplirse, permiten distinguirla de la de prisión y acentúan ese cariz diferencial y más severo; sólo en lo que atañe a la modalidad de su ejecución la distinción ha perdido vigencia, más no desde un plano simbólico, y tampoco, desde otras condiciones relativas a su ejecución material, v.gr., las consecuencias más severas que resultan de su imposición en relación con determinados institutos que dan sentido a su concepción como pena distinta y más grave que la de prisión…"*

///

c. Cuando se refirió al rechazo de la reclusión por tiempo indeterminado (arts. 80 inc. 7° y 52 CP), dijo que el tribunal había incurrido en un claro caso de errónea aplicación del derecho vigente.

Criticó la fundamentación que hizo el "a-quo" basándose en el fallo "Gramajo" de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin enunciar los fundamentos considerados a dicho efecto, ni efectuar un detenido análisis del precedente y su correcta aplicación en la solución del presente caso.

Remarcó que la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 80 del CP, es una pena conjunta de la pena de reclusión o prisión perpetua, por encontrarse prevista por el legislador para el tipo penal y que, en el caso que nos ocupa, no participa de los cuestionamientos de afectación a los principios de proporcionalidad, ne bis in ídem, igualdad y derecho penal de autor, denunciados en el fallo "Gramajo".

///

Dijo que, por el contrario, la imposición solo requería la ocurrencia de graves hechos que se habían verificado, efectivamente, en cabeza de M. A. P..

Puso énfasis en advertir que este litigio nada tenía que ver con la declaración de inconstitucionalidad de dicho Instituto ocurrida en el caso "Gramajo", ya que en aquél se había limitado su decisión a los supuestos de multireincidencia por delitos menores del artículo 52 C.P.

Afirmó que la reclusión por tiempo indeterminado del artículo 80 CP no violenta el principio de proporcionalidad por tratarse en todos los casos de hechos graves vinculados con la afectación del más preciado bien jurídico protegido; que tampoco constituye, su aplicación, una muestra de derecho penal de autor, por cuanto dicha pena conjunta encuentra su medida en la culpabilidad de su coautoría en el hecho ocurrido, extremos verificados en el caso.

Por ello tachó de arbitrariedad manifiesta e insuficiente fundamentación al rechazo de la pena conjunta de reclusión por tiempo indeterminado

///

postulada por la Fiscalía.

d. En el punto 2 referido a las **“DECLARACIONES DE INSCONSTITUCIONALIDAD-ERRONEA APLICACIÓN DE LA LEY SUSTANTIVA”**, el recurrente expuso, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de esta Sala, que la declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como ‘última ratio’ del orden jurídico; recordó las llamadas reglas de “Brandeis” al mentar la posición local.

Sobre la inconstitucionalidad del artículo 14 C.P. y 56 bis de la ley N° 24.660 se quejó del orden conferido por el Tribunal de Juicio al asignar carácter superlativo a la “finalidad” de la pena a imponer en el caso concreto, antes que a la especie misma de castigo.

Sostuvo el impugnante luego de despejarse prontamente la pena a imponer (prisión perpetua) en atención a la escala penal, el Tribunal concentró y extractó su decisión “…sobre las consecuencias que dicha cantidad de injusto irradiará al condenado…”.

En ese camino, expuso su agravio en torno a la declaración de inconstitucionalidad per se,

///

como también de la oportunidad en que la misma fue decretada.

Denunció una clara colisión del Tribunal Colegiado de Juicio con la doctrina de esta Sala Penal. Advirtió que los fundamentos esgrimidos por los sentenciantes y las citas jurisprudenciales de las que se valieron, a contrario sensu, fueron ya analizados y

desechados en diversos precedentes. Citó los casos "O., R. P. y otros s/inv. Homicidio agravado s/ impugnación" (Expte. N° 22.741- F° 112- Año 2012) y "P., A. p.s.a de abuso sexual seguido de muerte r/víctima M.M.A." (Expte. N° 21177 – Folio 47 – Año 2007), fundamentos de los que el Tribunal se apartó ostensiblemente, sin brindar argumentos de envergadura que lo autorizasen.

Asimismo, el apelante se quejó del pronunciamiento de inconstitucionalidad dado por el Tribunal de origen que no analizó profundamente, y en toda su extensión, la disposición contenida en el artículo 14 de la Ley sustantiva.

Ello así, por cuanto no reparó en la

///

declaración de reincidencia previa contenida en el primer supuesto regulado en el artículo 14 del C.P. que impide acceder a la libertad condicional a quien ha sido declarado reincidente.

Realizó profusas citas jurisprudenciales que estimó aplicables al caso.

En otro apartado cuestionó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 25.892, en lo referente al plazo a cumplir en la pena de prisión perpetua para acceder a la libertad condicional previsto por el art. 13 C.P. y que el Tribunal fijó pretoriana y arbitrariamente a los 20 años de cumplimiento de pena en sus considerandos, y omitiendo hacerlo en su parte resolutiva.

Al respecto, el recurrente puso de relieve el carácter excepcional de la libertad condicional.

Sostuvo que su otorgamiento es sin duda un acto judicial que únicamente puede conceder el magistrado competente.

Afirmó que la libertad condicional no es un derecho o garantía reconocido ni por la Constitución Provincial ni por la Constitución

///

Nacional, por lo que la posibilidad de acceder a la misma que disponen las leyes no vulnera ninguna garantía y por ende la inconstitucionalidad no puede ser declarada.

Con cita del Estatuto de Roma criticó el razonamiento seguido en la sentencia, llamando la atención también sobre la oportunidad en la que se produjeron las declaraciones de inconstitucionalidad.

Señaló, a la par, la grosera diferencia en años, que implicaría en el lapso que pasaría cumpliendo la pena el incuso, de aceptar el postulado de los magistrados, y el que realmente le correspondería por la ley vigente.

En el último punto manifestó que se agraviaba del rechazo de la declaración de reincidencia por segunda vez peticionada.

Enumeró las causas en donde había sido condenado P., y resaltó la similitud de existía en aquellas, en orden a la afectación de idénticos bienes jurídicos (vida, integridad sexual) y su consecuente subsunción legal, respecto del hecho presente.

///

Tildó de arbitraria, por parte del Tribunal Colegiado de juicio, la asignación de carácter abstracto a la resolución de este tema.

Dijo que en atención a los antecedentes del acusado devenía lógicamente inexorable la actualidad y virtualidad de la petición formulada por el acusador público y se imponía de conformidad con las acreditadas constancias del caso, dar adecuado tratamiento al agravio postulado.

En el final, luego de hacer reserva del caso federal peticionó que se revoque la pena impuesta por el Tribunal de Juicio, y asumiendo esta Sala competencia positiva en la contienda, aplique a M. A. P., la pena de Reclusión Perpetua con la pena conjunta de reclusión por tiempo indeterminado y su declaración de reincidencia por segunda vez; que se revoque la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 13, 14 del Código Penal Argentino, del artículo 56 bis de la Ley N° 24.660, y la tácita declaración de inconstitucionalidad del artículo 52 de la ley sustantiva decretadas en la Sentencia Condenatoria.

///

Subsidiariamente, y para el caso de que el Excmo. Tribunal, considerase que corresponde la aplicación de la pena de prisión perpetua, se revoque el rechazo de la Reclusión por tiempo indeterminado (arts. 80 inc. 7°y 52 C.P.), la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 13, 14 del Código Penal, del artículo 56 bis de la Ley N° 24.660 y la tácita declaración de inconstitucionalidad del art. 52 de la ley sustantiva decretadas en la Sentencia condenatoria y se lo declare reincidente por segunda vez.

IV. La solución del asunto

1. Al comenzar el abordaje de la labor que ocupa, expondré el método a seguir; tópica relevante por la conjunción del examen que obliga la Consulta y el recurso del Ministerio Fiscal, respectivamente.

En ese sentido, y porque los agravios conciernen a temas que involucran a la pena, comenzaré por considerar los ítems que envuelven a sus presupuestos.

La inspección será guiada por las exigencias de la Consulta.

///

2. Tengo para mí que los aspectos del caso que conciernen a la materialidad del hecho y a la

autoría endilgada no pueden discutirse.

Ambas cuestiones fueron correctamente

evaluadas en la sentencia del Tribunal de Mérito, emitida luego del debate y validada en la

decisión de la Cámara Penal.

En lo que a la primera toca, los Jueces Penales aceptaron fundadamente la hipótesis planteada por el Ministerio Fiscal en lo que concierne al tiempo, al lugar, el modo y a las consecuencias del episodio: la violación y muerte

de la menor víctima en el contexto declarado.

En las sentencias que se escrutan se ha tenido en cuenta, para la acreditación de este sustrato, diversos medios de prueba entre los que pueden destacarse:

a. El testimonio de D. A. B., madre de la niña ultrajada, quien relató- acorde lo asentado en la hoja 266 (voto del doctor Nicosia)- las circunstancia en que aquella fue enviada de compras, última vez que la vio con vida.

///

b. Asociado en términos de secuencia, está el testimonio de L. M. D. quien- a lo que se lee- observó a la mujercita al ingresar al supermercado y, luego, al salir; y lo que resultó de suma importancia- y estimo que así lo consideraron los Jueces- el momento en que fue abordada por un hombre, y conducida, sin violencia "...asiéndola con la mano derecha, y pasando su otro brazo sobre su hombro, dirigiéndose ambos en sentido diagonal cruzando la avenida..." (Ver hoja 266, en el reverso, voto del doctor Nicosia).

c. El testimonio de los funcionarios policiales: Oficial P. N. C. y Comisario L. F. B., quienes se avocaron a la investigación luego de que se tomó noticia de que la niña no había regresado a la casa.

Existe una relación de ambas expresiones en las hojas 250 (reverso) y 252 y ss, prolijamente formulada por el Juez Juárez en su sufragio, que resulta elocuente acerca de la causa de la búsqueda de la menor, la pesquisa encarada, el hallazgo del cuerpo de la víctima y la

///

investigación sobre el sospechoso.

d. Los registros provenientes de video-cámaras de seguridad localizadas en el local comercial al que fue la víctima a hacer el mandado, y otras ubicadas en las proximidades: las instaladas por algunos vecinos del barrio y en diversos comercios y empresas emplazados en las cercanías, datos que permitieron develar el derrotero de la víctima- en principio- y luego de ella y el victimario, cuando éste se le acercó y comenzaron a andar.

Al respecto es encomiable el trabajo del señor Juez Nicosia en la escrupulosa captación, análisis y exposición de ese itinerario (ver la hoja 267 en ambas faces).

e. La testimonial de Dolores Coca Vargas una de las mujeres que descubrieron el cadáver en el descampado. (Hojas 251, reverso y hoja 267, reverso)

f. El testimonio del Oficial Principal D. A R quien, según se lee, detalló el procedimiento de hallazgo, "... tomó el control primario de la escena..." y preservó el sitio, hasta el arribo de personal de criminalística

(ver hoja 252 y el final de la hoja 267, reverso)

///

g. La exposición jurada, en el debate, del Comisario R. M. R., experto criminalista referido en la sentencia de grado

como el director "…de las operaciones de procesamiento científico de la escena de los hechos y de levantamiento de rastros…" (Juez Nicosia, hoja 268)

Como dato no menor la testimonial de D. R. R., testigo de actuación durante la documentación del hallazgo del cuerpo (hoja 252)

h. El testimonio experto del doctor O. L., quien se expidió sobre las conclusiones que mereció la autopsia ejecutada sobre el cadáver de Y., reproducidas en la sentencia de grado.

Las notas dejadas en los votos del doctor Nicosia- hoja 268 reverso- en el voto del doctor Juárez- hoja 254- y en la síntesis del Juez Caviglia- hoja 261 reverso- relevan de dar mayor extensión al asunto. Empero permiten apreciar la causa de la muerte y sus estigmas (con un cordón se le provocó asfixia mecánica por "estrangulación a lazo" que dejó improntas), el ataque sexual que traducen las horribles lesiones en la zona genital (el orificio anal

///

con repliegues borrados, cinco desgarros, encontrándose totalmente dilatado, la vagina desgarrada hasta

planos profundos) la acción violenta para reducirla (golpe en la mandíbula y rastros de sufrimiento y resistencia); en fin, la evidencia palpable que justifica el escoger el planteo de la acusación en este sentido.

A ello se agregó el certificado de defunción regularmente incorporado al debate, en el que consta que la causa de la muerte fue por PCR Traumático-asfixia mecánica.

i. Los rastros levantados cuando sucedió el hallazgo del cuerpo, inmediatamente, producto del análisis del cadáver en el espacio del crimen que también se pesquisó, por la policía científica.

3. La relación entre esa materialidad y el imputado, en la manera en que fue asentada por los Jueces encargados del debate y homologada por la Cámara Penal, es irrefutable.

Con la aclaración de que el compuesto probatorio se escindió al sólo propósito de la exposición que corre, expongo, de partida, que

///

la prueba enunciada en **2.i** fue prominente para la determinación de la coautoría puesta en cabeza del acusado.

En ese sentido juzgo eficiente la labor de los Magistrados en su evaluación, especialmente en lo que ataña a los estudios producidos sobre material genético encontrado en el lugar del hecho, tanto en el cuerpo de la occisa cuanto en su ropa interior, comparada con el ADN del imputado, operación de la que resultó su correspondencia acorde la prolija labor del equipo del doctor N. G. B. del CENPAT.

Resulta esclarecedora, reitero, la información dada a los Jueces del debate por el doctor B., ya referenciado como experto, descrita en la sentencia primera por el doctor Nicosia, según fluye de la lectura de la hoja 269.

Se ha añadido, con efecto pleno sobre la construcción de la certeza requerida para justificar la atribución, el siguiente espectro de medios de convicción:

a. El testimonio de G. M. M.,

///

experto en criminalística, cuya tarea fue relatada en el debate y relevada en el voto del doctor Juárez (ver la hoja 256, en el reverso).

b. La declaración testimonial de S. E. P., fuertemente indicativa de los rastros que presentaba la ropa del causante y de la argumentación con la que pretendió justificar la "pérdida" de su campera (ver al respecto la referencia de la hoja 270, reverso y la evocación del doctor Juárez en la hoja 257).

Esta mujer, hermana del encargado del refugio de desamparados de "M. A." adonde vivía el condenado, manifestó que recordaba que el día del hecho éste se comunicó vía mensaje de texto con M., otro residente del hogar, a quien le pidió que lo fueran a buscar al fondo de la Avda. Chile donde comienza el Cordón Forestal ya que lo habían asaltado. Esta testigo manifestó que arribados al lugar encontraron al imputado con sus ropas embarradas en la parte delantera sin su campera que dijo haber perdido en la reyerta con unos individuos que quisieron arrebatarle su teléfono celular sin conseguirlo por su defensa. Pintos

///

también afirmó que, días después, cuando lo llevaba a la terminal para sacar un pasaje el atribuido le manifestó, al pasar por Avenida Constituyentes y Ruta Nacional N° 3: "… esa chica que vende torta frita, es la hermana de la que mataron…".

4. La posición del imputado que, en principio, reconoció la comisión del delito de abuso sexual de la menor, fue un asunto que bien tratado por los Jueces de la instancia fue abordado, también con justo aprecio, por los miembros de la Cámara Penal.

No puede perderse de vista que aquél, aunque no medio, puede válidamente considerarse fuente de prueba, y sus expresiones confrontarse con las demás evidencias y utilizarse en sentido cargoso.

En fin, encuentro en los decisorios un análisis lógico y contextual de la evidencia devenida en prueba, que guía el pensamiento hacia una misma conclusión sin sobresaltos, en esta materia.

5. La voluntad del imputado de violar y matar a la infortunada se encuentra debidamente motivada en las sentencias que se evalúan. Todo lleva a pensar que aquello que condujo al actor a

///

sesgar la vida luego del ultraje fue la procura de impunidad, para sí y para el tercero que se desconoce.

No debe soslayarse que, impedidos de horadar en el pensamiento concreto en el momento concreto de una conducta, se impone analizar la relación dialéctica entre los actos y sus consecuencias; entre lo que la conducta produce y la interioridad.

Y en este caso no puede abrigarse dudas sobre la validez del predicado que se expuso por ambos Tribunales con encomiable despliegue intelectual.

6. Un capítulo especial merece la atención al problema de la imputabilidad que resultó materia de análisis en las sentencias, aunque me detendré en las razones dadas por la Cámara Penal.

Al respecto los tres Jueces han efectuado un desarrollo argumentativo de tal calidad, que denota un alto grado de versación sobre el delicado tema.

Esa labor debe homologarse en el marco de la Consulta.

Solamente deseo aclarar que cuando la Sala ha hablado de la necesidad de comprobar la

///

inimputabilidad cuando se alega, ha querido referir a que, si las acciones ejecutadas por el agente son elocuentes de una conducta deseada, conocida, y comprendida, si no hay una palpable alteración de las facultades que resten capacidad de dirigir las acciones o captar la conducta vedada, y sancionada, cabrá al que pretende sobrepasar esa evidencia aportar otras que la enerven.

Me permito evocar que, desde antiguo, he sostenido que quien yergue una circunstancia o estado eximente debe acompañar la prueba de que intenta valerse, no siendo suficiente su mera enunciación cuando aquello no fluye nítido del contenido de las piezas tenidas en cuenta por la sentencia de condena, la inimputabilidad en el caso-.

Es que, como he señalado en numerosas oportunidades, la fórmula mixta biológica-psicológica incluida en el art. 34 inc. 1° del Código Penal exige, para considerar inimputable a un sujeto activo, no sólo que en el momento del hecho padezca una insuficiencia de sus facultades, una alteración morbosa de las mismas, o se halle en un estado de inconciencia, sino que,

///

además, cualquiera de esas situaciones en las que se encontrare, debieron impedirle comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (ver al respecto TCASBSAS. II c. 4676,

A, R.E. 04/12/2003 en JPBA t. 124 F. 55 pág. 29).

Así fundo la razón de la coincidencia.

7. Bajo las premisas que brinda la teoría del delito, herramienta de análisis, encuentro que es adecuada la calificación legal escogida.

P. es coautor del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal en concurso real con Homicidio Agravado por ser cometido para procurar la impunidad para sí o para otro (arts. 119 párrafo tercero, 80 inciso séptimo, 55 y 45 del Código Penal)

8. Respecto de la pena, la elección de la sanción de prisión perpetua, es adecuada y debe mantenerse aun cuando -como se verá- soy partidario de renovar la discusión en lo que atañe a la pena conjunta prevista por el art. 80 inc. 7° del C.P.

V. El tratamiento de los agravios sindicados por el Ministerio Público Fiscal.

///

1. Toca el turno ahora a las proposiciones formuladas por la Fiscalía que serán consideradas de modo separado, bajo cada título que se expondrá.

Ya dije arriba que dejaba para el final estas tópicas pues concernían a la pena, cuyo presupuesto es la configuración del delito.

2. Aspectos atinentes a la declaración de inconstitucionalidad en general.

a. Sobre el tema, para ser sintético, remitiré a la posición que he mantenido persistentemente en lo que atañe al control de constitucionalidad por los Jueces en el sistema político argentino.

Al respecto he señalado y señalo que la República Democrática, con su diseño de división de poderes (o de funciones gubernativas), es la fórmula de organización 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.

El control constitucional de las leyes u actos de otros poderes estatales no implica la primacía o gobierno de los Jueces, sino de la Constitución. A ellos les es atribuido para extirpar toda manifestación que, en su forma, es contraria a la distribución de funciones o a su ejercicio, tal se encuentra establecido; 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 el exceso concentrador.

b. Estas ideas las he desarrollado en la ponencia sometida al Acuerdo en el caso **"H., J. s/ Homicidio en grado de tentativa en conc. real con daño calificado s/ impugnación"** (Expte. N° 22.988-154-2013), en donde puede leerse íntegramente el contenido del criterio.

También he señalado la importancia del control constitucional, y la mesura con la que debe ser administrado.

En esa dirección y, en términos generales, recuerdo que en precedentes que se remontan al origen de la Sala (caso **"V., V. y otro p.s.a. Robo"** Expte. 20.480-Folio 215-V-2006) sostuve que la declaración de inconstitucionalidad de una norma era la última razón del orden jurídico y que ello era así pues implicaba el ejercicio del poder contra-mayoritario de los Jueces, que se debía administrar con prudencia por su proyección en el orden general del Estado Constitucional.

Estas palabras fueron expresadas, también, en autos **"C., J. M. y otros p.s.a. robo doblemente agravado"** (Expediente 23.355 – folio 18 - año 2014 – carpeta 3775 OJ Puerto Madryn) caso en el que asenté que si tal situación no era palmaria (supuesto que admitiría la declaración de oficio) debía ser alegada y demostrada por quien la esgrime, que –a la par- debía negar la posibilidad de soluciones de alternativa a la grave sanción propuesta. En aquella ocasión hice mentas, otra vez, a las llamadas "Reglas de "Brandeis" elaboradas por la Corte de los Estados Unidos para el correcto ejercicio de la delicada función.

c. A todo ello añado, aunque implícito está en los precedentes, que el control de constitucionalidad se formula en el caso cuando existe materia concreta, actual, palpable y no se trate de planteos abstractos o de situaciones conjeturales que, por definición, están sujetas a

///

imponderables, vgr: el no cumplimiento de ciertas condiciones que sustraerían la cuestión de cualquier agravio constitucional.

3. La declaración de inconstitucionalidad de los artículos que regulan la concesión de la Libertad Condicional

a. La Fiscalía propuso la revocación de las inconstitucionalidades declaradas por la sentencia de primer grado a saber: a) la inconstitucionalidad de la Ley 25.892 "…en lo referente al plazo a cumplir en la prisión perpetua para acceder a la libertad condicional…" b). "…la inconstitucionalidad del art. 14, segunda parte C.P, en cuanto priva a los condenados de los delitos del art. 80 inc. 7° del instituto de la libertad condicional…", y c). "…la declaración de inconstitucionalidad del art. 56 bis de la Ley N° 24.660, en cuanto priva a los condenados de los delitos del art. 80 inc. 7° del acceso a los institutos previstos para el período de prueba del Régimen de la Progresividad…"

b. Si existe un denominador común en todas las situaciones que se consideran, y voy derecho al punto, es que remiten una situación futura o contingente (eventual), situación que descalifica al pronunciamiento de los Jueces recurridos, en atención a la persistente jurisprudencia de la Sala al respecto.

c. Es así porque, aceptada la aplicación de la pena de prisión perpetua, aventurarse en tema que aún carece de consistencia- el momento de la libertad condicional- y por ello declarar la inconstitucionalidad en las normas aplicables que se relacionan con el instituto en su actual redacción, se me ocurre un exceso.

d. Estimo, en primer lugar, que la concesión del derecho a ese estado es propia de la etapa de ejecución de la pena, competencia asignada a otros jueces que los de la condena (arts. 72 inc. 7 y 392 a 399 del C.P.P.Ch).

En segundo lugar, señalo que el instituto no procede automáticamente mediando sólo el discurrir

///

del tiempo, ya que el texto de las normas cuestionadas impone la necesidad de que el peticionario haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios (ver a propósito los arts. 395 y 396 del C.P.P.Ch que estipulan el trámite y sus particularidades o vicisitudes).

Y, en tercer término, como ya se explicará, porque la ejecución de la pena prevé otras chances con iguales propósitos.

De allí que no es correcto afirmar que deferir el tratamiento de esta tópica atente en perjuicio del derecho a que el causante pueda augurar el final de su condena y atenerse a ello.

Lo impredecible de su comportamiento carcelario o, como veremos, el desarrollo de la propia ejecución gravitan sobre la concreta producción del agravio.

e. Es que nada impide, por cierto, que pasados 20 años en cárcel- posición factible de mantener, aún en hipótesis- el condenado plantee la discusión acerca de lo que hoy se controvierte al inicio de su tránsito en prisión, aunque esa discusión será banal si no se satisfacen los requisitos que la Ley añade al factor tiempo.

Ni que decir –y otra vez la conjetura- la modificación del instituto, inspirada en otros vientos que aquellos que condujeron a la sanción de la Ley 25.892, vientos beneficiosos si se piensa en términos del proyecto de reforma del Código Penal que se discute o en que nada podrá ser peor para él.

f. Las consideraciones vertidas – y los principios generales apuntados- me conducen, a la par, a proponer a Acuerdo la nulidad de la sentencia en lo que al art. 56 bis de la Ley 24.660 atañe.

De partida ratifico que la normativa incorporada por el artículo 56 bis de la Ley 24.660, en cuanto niega y obstaculiza determinados beneficios para penados que han cometidos delitos gravísimos, no puede estimarse inconstitucional si fue dictada siguiendo las etapas que el ordenamiento constitucional prevé con la intervención de los poderes del Estado en un sistema republicano; pues

///

por tratarse de una expresa prohibición, no cumplirla importaría arbitrariedad, consistente en la negación del principio lógico de vigencia e implicaría, de nuevo, una intromisión en las facultades del Poder Legislativo, incompatible con el concepto de República y de división de poderes.

De otro lado, confirmo la tesis de que el Juez competente estará habilitado para controlar de oficio la constitucionalidad del art. 56 bis de la Ley 24660, mediante el sistema difuso, frente al caso concreto. Lo que ocurrirá cuando el beneficio se encuentre en estado de ser resuelto, y para ello el Juez deba ponderar la necesidad de aplicar el texto de la ley cuya constitucionalidad pueda estar en crisis (Ver STJ Río Negro en el "Incidente de planteo de inconstitucionalidad art. 56 bis Ley 24660 en autos: 'C., L. A. s/Ejecución de pena s/ Casación" (Expte.N° 26672/13 STJ), del 14/11/2013",www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=43662en http://).

g. Aún cuanto parezca tautológico, no deseo terminar este capítulo sin referenciar a la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, precisando el rol que el Estado de Derecho asigna a los Jueces, sostuvo: "…el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces -comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de la Ley Fundamental-, así como en la interpretación y sistematización de las normas infra-constitucionales y la suplencia de sus lagunas (artículo 16 del Código Civil) no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma…"; que "… No es lícito que los magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de aplicación del derecho 'vigente' ni que se atribuyan… (omissis)… potestades legislativas de las que carecen…" y que "… la misión más delicada de la justicia es saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes…" (Fallos: 308:1848).

///

De allí que "…el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso" (Fallos: 311:1451, considerando 9°, última parte).

4. La declaración de reincidencia por segunda vez.

a. En lo que atañe a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, ya la Sala ha sentado doctrina legal desde el lejano precedente **"B., V. A. p.s.a robo con arma, daño y lesiones leves todo en concurso real**" (Expte. N°20387-201-2006)".

En esa ocasión señalé, y me mantengo, que la reincidencia es un estado que se asume con el hecho que motiva la condena y que la sentencia sólo se limita a reconocerlo, bastando que conste en el expediente y se haya incorporado al debate (con conocimiento de la defensa) la constancia que refleja el encierro con fuente en una pena, que pudo haber cumplido total o parcialmente.

He afirmado que "…el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante

///

lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida…" (Ver mi voto en "**C., C. O. s/ Homicidio que resultó víctima – Carpeta N° 556- Leg. 3323"** y la posición en **""G., J. s/Homicidio e/víctima s/Impugnación" (Expediente N° 22.127 - F° 10 – Año 2010)**)

b. En la sentencia en crisis, el Tribunal originario, ha mantenido la declaración de reincidente en los términos del artículo 50 del C.Penal)

Más, la declaración de reincidencia múltiple reclamada solo encuentra su anclaje en el artículo 52 del ordenamiento sustantivo, cuya finalidad es establecer la condición de reincidente que habilita la imposición de pena de reclusión por tiempo indeterminado.

///

Ahora bien, el instituto de reclusión por tiempo indeterminado, ha sido declarado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, inconstitucional cuando su aplicación lo es en la previsión del artículo 52 (fallo "Gramajo"). Luego, resulta inocua para el restablecimiento del orden jurídico la declaración de reincidencia múltiple de un condenado, por haberse declarado inconstitucional la única consecuencia consagrada en el Código de Fondo.

Por lo expuesto, estimo que no le asiste razón a Ministerio Fiscal y debe rechazarse su pedido.

5. La pretensión de aplicar la pena de reclusión

También debe rechazarse la pretensión esbozada por el Acusador Público en este punto.

Al respecto cabe consignar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que "... la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe

///

computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión…" (CSJN en **Méndez, Nancy** Noemí s/ homicidio atenuado -causa nº 862-. 22/02/2005 T. 328, P. 137).

No me parece que la cuestión merezca mayores palabras.

6. La pena de reclusión por tiempo indeterminado.

a. Si se pretende la aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado, estipulada como pena conjunta para el delito de que se trata, no resulta atinado el discurso de justificación exhibido en la sentencia.

b. La opinión mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la nación, es verdad, decidió que correspondía "…declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional por cuanto viola el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de

///

prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, todos los cuales aparecen reconocidos en las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, conforme la incorporación efectuada por el art. 75, inc. 22 de nuestra Ley Fundamental…" (G. 560. XL; RHE Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa -causa Nº 1573-. 05/09/2006T. 329, P. 3680)

c. También es verdad que el uso de la palabra caso concreto y la baja lesividad del delito de la condena dan sentido y límite a la declaración de inconstitucionalidad decretada en Gramajo, aun cuando el Tribunal definió la naturaleza de "pena" de la "reclusión por tiempo indeterminado" con toda precisión.

Así, el concepto de esa pena no la hace inconstitucional "per se" sino que supedita su

///

aplicación al grado de reproche que merece el injusto, al nivel de culpabilidad del autor.

No ha de perderse de vista que en el considerando 29 del precedente, la Corte dejó en claro que "…en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuestos de los homicidios calificados. En efecto, la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de la multirreincidencia…(omissis)…que en principio parece excluir- como consecuencia necesaria- aquellos supuestos de delitos por demás graves…".

Esa posición, en la misma sentencia es ratificada en el considerando 30, punto p), con las diferenciaciones que con persistencia y claridad se sintetizan en los puntos q y r de ese específico fundamento.

d. De manera entonces que no resulta inválida la aplicación del art. 52 cuando el argumento no radica en la "peligrosidad" del agente, sino en la carga de injusto, en la entidad del bien jurídico vulnerado o en la mayor culpabilidad determinada.

///

e. La Ley, artículo 80 C.P, consagra, mediante el uso del verbo "poder" en la oración prescriptiva (la locución es "pudiendo") una facultad que poseen los Jueces de aplicar el artículo 52 del C.P; fenómeno intelectual que ha de observarse y criticarse desde la racionalidad del juicio de los sentenciadores, traducido en el discurso de justificación en que reposó el fundamento de la decisión.

f. Sin perjuicio del respeto intelectual que merecen los Magistrados del Juicio, me temo que han dado al precedente un alcance que no posee, sin explicar acabadamente tampoco, la razón de la exclusión de la pena conjunta frente a la proposición de la Fiscalía.

Al respecto, el doctor Juárez, por ejemplo, efectuó una remisión a los precedentes Méndez y Gramajo para repeler la aplicación de la pena de reclusión por tiempo indeterminado, cuestiones que, a mi juicio son diferenciables. Otro tanto sucedió con el doctor Caviglia, con cita de iguales antecedentes. El doctor Nicosia, a mi parecer, ha abordado tangencialmente la cuestión,

///

brindando una respuesta que, solitaria, impide conformar la mayoría necesaria para el dictado de la sentencia.

g. Es que, según entiendo, la aplicación de los estándares fijados por la Corte en las decisiones varias veces argüidas implica que el art. 80 determina una pena principal: la prisión perpetua, y una conjunta: reclusión por tiempo indeterminado, aunque esta pueda o no aplicarse.

Pero de ello no se sigue que aquella que definió en "Méndez" sea idéntica a la conjunta, por las razones dadas en "Gramajo", ya editadas en esta labor, fallo que es posterior a la sanción de la Ley 24.660.

De allí que la explicación dada no sea suficiente como argumentación, tal acabo de exponer.

h. Mi posición es, entonces, que, en esa exclusiva porción- la aplicación de la pena conjunta referida- la sentencia sea anulada y el caso reenviado para que, por quien corresponda, se discuta y de respuesta al tópico.

VI. Conclusión

///

Por cuanto he desarrollado estimo que: **a.** debe aceptarse parcialmente la impugnación extraordinaria, y revocar los puntos II, III y IV de la parte volitiva del fallo. **b.** debe anularse la sentencia en lo que concierne al rechazo de la aplicación de la pena conjunta de reclusión por tiempo indeterminado (art. 80 inc. 7° C.P.) y procederse a un nuevo debate y decisión. **c.** debe

confirmarse, en lo demás, la sentencia

condenatoria y la de control en los términos en que han sido expedidas.

Así voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. La síntesis efectuada por el ministro Pfleger, con respecto a los antecedentes del caso y a los tópicos de agravio, me exime de ocuparme de ellos en detalle.

II. Dos son las cuestiones que debo analizar en los presentes. De un lado, la impugnación extraordinaria de los representantes del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia N° 1344/2015, del 23 de abril de 2015, pronunciada por el Tribunal Colegiado de Comodoro Rivadavia. Del otro, por aplicación de la Consulta,

///

corresponde que inspeccione la condena impuesta a M. A. P..

III.En el tratamiento de los asuntos, seguiré el esquema del primer voto.

La existencia del hecho, así como la autoría en cabeza del condenado, han sido correctamente analizadas por los jueces de grado y luego, convalidadas por los magistrados de la alzada.

Los sentenciadores lograron reconstruir la secuencia del suceso que comenzó con la introducción de un artilugio para lograr que la niña se dirigiera hacia un lugar diferente al de su domicilio, fuera del ámbito de protección de su madre. Siguió con el feroz sometimiento sexual de la niña y, culminó con la muerte de ésta por estrangulamiento.

La madre de Y. I. C. rememoró la última vez que vio a su hija con vida. Refirió que la noche del hecho le hizo un encargo de compras del supermercado, situado frente al domicilio familiar; que a partir de las 21:40 horas comenzó a buscar a Y. con desesperación.

L. M. D., quien conocía de vista a la víctima, la vio ingresar y retirarse del local comercial. Además, fue testigo del contacto entre Y. y el hombre que se le acercó en la playa de

///

estacionamiento del supermercado. D. declaró que luego de una breve conversación, la víctima y el adulto se condujeron en sentido opuesto al del domicilio de la menor.

Las cámaras de seguridad registraron el derrotero de Y. y el hombre que la abordó a la salida del supermercado, desde allí y hasta las inmediaciones de la cancha de fútbol del club "30 de Octubre". Luego, aproximadamente una hora más tarde, captaron que de ese predio regresaba caminando un adulto solo.

La señora C. V. refirió el hallazgo del cuerpo sin vida de Y., oculto entre los matorrales, mientras caminaba por el predio descampado de la antena de radio nacional, el mediodía del lunes 16 de septiembre de 2013.

A su turno, los jueces analizaron la labor del oficial principal D. A. R., quien estuvo a cargo del procedimiento inicial destinado a preservar la escena del hallazgo. También ponderaron las tareas que llevó adelante el experto en criminalística, el comisario R. M. R., quien levantó rastros, describió el lugar y brindó detalles acerca del aspecto del cuerpo de la víctima y de las improntas halladas en él.

///

El médico forense O. L. realizó la autopsia. El galeno informó acerca de la causa del óbito y describió las numerosas lesiones que exhibía el cadáver.

Por otro costado, el especialista en biología molecular N. G. B. señaló que al comparar los perfiles masculinos encontrados en la experticia realizada sobre las prendas que gastaba la víctima y en el hisopado externo e interno de la vagina, con el del acusado, se determinó que el ADN de M. A. P. estaba presente en la tela de la bombacha y del pantalón rosa, y en el hisopado vaginal.

Por último, S. E. P., la encargada del albergue comunitario donde se alojaba P., recordó que la noche del suceso el incuso le pidió por teléfono que lo fuera a buscar a una zona cercana a la del lugar del hecho, pues había sido víctima de un robo. La testigo refirió que P. tenía su ropa manchada con barro.

IV. Estimo que los jueces enumeraron y conglobaron cada uno de los elementos probatorios que dieron cuenta de la intervención del encartado en el evento. Así, arribaron sin esfuerzo al estado de certeza que exige un pronunciamiento condenatorio.

///

De esta manera, encuentro debidamente motivada en la evidencia la autoría de P. en el episodio.

Los miembros de la Cámara en lo Penal, a su turno, en una labor que no merece objeción alguna, respondieron cada una de las críticas de la defensa y confirmaron la condena impuesta por el tribunal de mérito.

V. La calificación legal asignada al suceso también será homologada.

P. intervino de manera directa en las acciones que causaron la muerte de la víctima, con el fin de procurar la impunidad del delito precedente –en el caso, la violación- para sí, o para el otro agresor.

Es decir, el condenado inmediatamente después de satisfacer su lascivia, llevó adelante la acción homicida, para asegurarse la impunidad del ultraje sexual anterior.

VI. La cuestión de la inimputabilidad del incuso que introdujo la defensa, ha sido correctamente desestimada por los jueces del debate y luego, por los de la alzada.

Los magistrados ponderaron, por un lado, los informes médicos y psicológicos que indicaron que P. pudo comprender la criminalidad del acto y

///

dirigir sus acciones. Por el otro, analizaron el comportamiento del atribuido y concluyeron que éste obró con plena consciencia de sus actos. Así, valoraron que P. utilizó un ardid para conducir a la víctima hacia el descampado, participó de la agresión sexual, ultimó a la víctima para evitar una posible incriminación, fingió ser víctima de un robo y, pocos días después del hecho, abandonó la ciudad.

VII.La pena de prisión perpetua es la que se adecua a la figura penal escogida.

VIII. Agotada la cuestión de la Consulta, abordaré los agravios introducidos por los representantes del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo al orden propuesto por el juez Pfleger.

Los titulares de la vindicta pública se opusieron a las inconstitucionalidades declaradas por los jueces del debate –en los puntos II, III y IV del fallo-, con relación a la Ley N° 25892 (en lo referente al plazo a cumplir en la prisión perpetua para acceder a la libertad condicional), al artículo 14, segunda parte del Código Penal (en cuanto priva a los condenados de los delitos del artículo 80, inciso 7° de la libertad condicional) y al artículo 56 bis de la Ley N° 24660 (porque priva a los condenados por los

///

delitos del artículo 80, inciso 7° del acceso a los institutos previstos para el período de prueba del régimen de la progresividad).

Propiciaré la anulación de esos puntos del pronunciamiento traído ya que los magistrados resolvieron la cuestión de manera abstracta, y alejada de un agravio actual, cuya aplicación provoque en el condenado un gravamen que corresponda repararse en este momento.

Es que, la discusión gira en torno a una cuestión futura que, en definitiva, deberá ser planteada por el atribuido ante los jueces de ejecución de la pena, al tiempo que éste estime que podría corresponderle el beneficio de la libertad condicional o el del régimen de progresividad.

La afectación a un interés eventual o figurado, no habilita la declaración de inconstitucionalidad propiciada por los jueces de mérito.

Por lo demás y, a modo de conclusión, advierto que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye un acto procesal de suma gravedad y es considerada la última *ratio* del ordenamiento jurídico.

///

En mérito de lo expuesto, corresponde anular los puntos II), III) y IV) del fallo inspeccionado.

IX. Rechazaré el agravio de los acusadores en orden a la imposición de la pena de reclusión por tiempo indeterminado, basada exclusivamente en la declaración de reincidencia múltiple (artículo 52 del Código Penal).

De acuerdo al fallo "Gramajo" de la corte federal, que citó el juez Pfleger, el instituto de la reclusión por tiempo indeterminado resulta inconstitucional si se funda únicamente en la reincidencia múltiple.

X. La misma solución cabe predicar en punto a la pretensión de los representantes de la Fiscalía de imponer la pena de reclusión perpetua.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció por su implícita derogación a partir de la sanción de la Ley N° 24660, ya que la nueva legislación eliminó las diferencias en cuanto a la ejecución de las dos modalidades de pena –prisión y reclusión.

XI. Por último, analizaré el planteo acusatorio relativo a la aplicación de la pena de reclusión por tiempo indeterminado.

Más allá del alcance que le dieron los jueces al fallo de la suprema corte nacional en el que

///

sustentaron sus decisiones (“Gramajo”), lo cierto es que expresamente han declinado del ejercicio de la facultad que la ley les confiere.

El artículo 80 del Código Penal establece que la aplicación del artículo 52 de ese mismo ordenamiento, es potestativa para los jueces, lo que, va de suyo, no los obliga a imponer tan excepcional instituto, como lo es la reclusión por tiempo indeterminado (a pesar de que, insisto, la vía estaría habilitada por la norma).

De manera tal que, rechazaré este tramo del agravio de la Fiscalía.

XII. En definitiva, acogeré parcialmente la impugnación extraordinaria de los acusadores públicos, anulando, en consecuencia, los puntos II), III) y IV) del fallo N° 1344/2015 del Tribunal de Juicio de Comodoro Rivadavia, y confirmando en todo lo demás la sentencia condenatoria y el pronunciamiento del tribunal revisor (folios 379/411 y vuelta).

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I) Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de la Sala a raíz de la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal contra la sentencia que dictó el

///

Tribunal Colegiado de la ciudad de Comodoro Rivadavia.

También, como lo indica la Cámara en lo Penal, el motivo de elevación es el instituto previsto en el art. 377 del CPP.

II) Los antecedentes del caso fueron expuestos con propiedad y precisión por el Ministro Pfleger, como así también explicó los argumentos que informan la impugnación de fojas 323/42.

III) Siguiendo el orden fijado en el primer voto, comenzaré con la revisión de la condena.

La existencia del hecho se representó con el informe del médico forense doctor O. L., que efectuó la autopsia y certificó la muerte de Y. I. C., indicó la causa del óbito y las lesiones halladas en el cuerpo.

Se valoró asimismo la declaración del Oficial Principal D. A. R., que estuvo a cargo del procedimiento policial, y se encargó de preservar el lugar del hecho.

Otro de los elementos analizados fue el informe del comisario Rodríguez que actuó como perito criminalístico y dio datos sobre el cuerpo de la víctima y las improntas halladas en él.

///

Luego se evaluó la autoría, que tanto el Tribunal de Mérito, como la Cámara en lo Penal, no dudaron en adjudicársela a M. A. P..

Así, se consideraron todos los elementos probatorios que lo indicaban al imputado como el autor, los cuales resultan contundentes y suficientes para confirmar este aspecto.

Entre ellos, se contó con el informe del especialista en biología molecular que afirmó que el ADN del encausado estaba presente en la tela de la bombacha y del pantalón de la víctima, como así también en el hisopado vaginal.

A continuación el fallo enumeró la copiosa prueba ventilada en el debate, que indica directamente a M. A. P. como el autor del hecho. Finalmente valoraron esta urdimbre probatoria que culminó con una sentencia condenatoria. El razonamiento volcado en la sentencia cumple con los estándares lógicos aplicados al correcto razonamiento, y no vislumbro arbitrariedad alguna en esta tarea de evaluación.

IV. La calificación legal escogida habrá de confirmarse.

El Tribunal consideró que el imputado mató para no ser descubierto; no se corroboró la existencia de otro móvil y la ocurrencia del

///

delito anterior permiten ratificar el encuadramiento jurídico.

Ambas intenciones del encausado, violar y matar, fueron debidamente acreditadas en el fallo, y la Cámara en lo Penal efectuó un análisis completo del tema.

V. Los extremos atinentes a la culpabilidad fueron correctamente evaluados. El examen médico y psicológico determinó que no había causal alguna de inculpabilidad o inimputabilidad, y ello autorizó a establecer la plena responsabilidad penal del acusado.

Por otro lado se mencionó la conducta desplegada por P. para lograr su cometido, lo cual describe la capacidad de dirigir sus acciones.

VI. Para finalizar esta parte del fallo, y en cuanto a la sanción impuesta, únicamente diré que la prisión perpetua es legítima y corresponde que sea ratificada en esta etapa.

En este sentido, reiteraré lo sostenido por esta Sala Penal en autos **"C. H. E. y otro p.s.a. Homicidio Calificado – Puerto Madryn"** (Expte. 20.950 – F° 5 - T° II – C – Año 2007), cuando tuvo que expedirse por este mismo planteo, y se dijo: "*... En nuestro sistema, la pena de prisión perpetua, no obstante su rigurosidad, no pueden*

///

ser consideradas inhumanas o degradantes. En primer término no son vitalicias, no duran de por vida; en segundo término no obturan la libertad anticipada, la libertad condicional, sólo condicionan el tiempo a partir del cual 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…" (del voto del doctor Pfleger).

Acompaño, como otras veces, la jurisprudencia sentada por la Sala Penal, y agregaré que mientras se respete la integridad de la persona y la posibilidad de brindar una potencial soltura, se cumple plenamente con los principios constitucionales.

VII. Ahora sí paso a tratar los agravios esgrimidos por el Ministerio Público Fiscal en la impugnación interpuesta.

a) Todos los planteos apuntan a revocar las inconstitucionalidades declaradas en primera instancia y que se relacionan con el instituto de la libertad condicional.

///

Así, el tribunal de mérito que intervino en el juicio oral y público, declaró la inconstitucionalidad de la ley N° 25892, en lo que respecta al plazo a cumplir en la prisión perpetua para acceder a la libertad condicional (art. 13 CP); del art. 14, segunda parte del CP, en cuanto priva a los condenados por el delito del art. 80 inc.7° del instituto de la libertad condicional; la del art. 56 bis de la ley N° 24660, en cuanto priva a los condenados del delito de art. 80 inc. 7° del acceso a los institutos previstos para el período de prueba del régimen de la progresividad.

Todas estas declaraciones, como se indicó en los votos precedentes, fueron innecesarias y prematuras.

La decisión del a-quo no tuvo en cuenta la ausencia de agravio actual (Fallos: 311:2518; 312:290 y 916; 327:3532, entre otros).

La doctrina sentada por la CSJN deja en claro que la declaración de invalidez constitucional importa un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico (Fallos: 307:531; 312:72; 314:424, entre otros).

///

De esta manera adhiero a la propuesta de declarar la nulidad parcial de la sentencia venida a consideración y en lo que respecto a los puntos II, III y IV.

b) En este acápite trataré en forma conjunta, a diferencia de mis colegas, el tema de la reclusión por tiempo indeterminado planteada por el acusador en la audiencia.

Los artículos que cita el Ministerio Público Fiscal son el 80 inc. 7° y 52 del CP, y argumenta que el tribunal cayó en un caso de errónea aplicación del derecho vigente.

Entiendo que los argumentos que dieron los jueces para no aplicar la medida reclamada son infundados.

Así, se limitan a indicar lo resuelto por el Alto Tribunal en el caso Gramajo, y no analizan el precedente ni explican porque se aplica al presente caso.

Concuerdo con el ministro Panizzi que es facultativo para los jueces la decisión de aplicar, o no, el instituto, pero también habré de coincidir con el doctor Pfleger, en cuanto a que el tribunal hizo una errónea interpretación del fallo Gramajo, y no dieron explicaciones de

///

por qué no aplicaban la medida conjunta que solicitó el ministerio público fiscal.

Siendo ello así, acompaño la postura del doctor Pfleger de anular la parte de la sentencia que se refiere a la aplicación de la pena conjunta, y reenviar a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, para que en este aspecto se discuta y responda el planteo.

c) En cambio, el punto que reclama la imposición de la pena de reclusión perpetua, no tendrá acogida favorable.

Como lo indica el doctor Pfleger, si bien siempre se relacionó a la reclusión con un régimen más duro para el condenado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación puso fin a las distinciones cuando en el fallo “Méndez” consideró derogado implícitamente el art. 24 del Código Penal por la Ley de Ejecución Penal 24.660.

Siendo ello así, y no existiendo en la práctica diferencias entre reclusión y prisión perpetua, habrá de desecharse el pedido formulado en este sentido.

VIII. Para resumir, voto por: 1. Declarar parcialmente procedente la impugnación extraordinaria del ministerio público fiscal y revocar los puntos II, III y IV de la parte

///

dispositiva del fallo; 2. Declarar la nulidad parcial de la sentencia cuando rechaza la aplicación de la pena conjunta de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 80 del CP; 3. Confirmar parcialmente la sentencia dictada por el tribunal de mérito y por la cámara en lo penal en todas las demás cuestiones.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar parcialmente procedente la impugnación extraordinaria, del Ministerio Público Fiscal obrante a fojas 426/453.

2°) Revocar los puntos II, III y IV de la parte volitiva del fallo número 1344/2015.

3°) Declarar la nulidad de la sentencia en lo que concierne al rechazo de la aplicación de la pena conjunta de reclusión por tiempo indeterminado (art. 80 inc. 7° C.P.).

4°) Remitir la causa a su asiento originario para la realización de un nuevo debate y decisión.

5°) Confirmar, en lo demás, la sentencia condenatoria y la de control en los términos en que han sido expedidas.

6°) Protocolícese y notifíquese.-

///

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

///