En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los tres días del mes de abril de dos mil catorce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres., **Guillermo Alberto MÜLLER** en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO** y **Omar Florencio MINATTA**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 29.844**, **carpeta individual n° 3.426**, caratulada: "M., N. A. s/ Homicidio calificado r/ víctima" de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Cynthia Iglesias**, la Sra. Defensora Pública Dra. **María Cristina S.** y el imputado **J. M. C.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

--- Que los días 12 y 14 del mes de marzo del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de J. M. C., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto

del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de J. M. C. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Omar Florencio Minatta.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: I.- Ha provocado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública, en ejercicio de la asistencia técnica del imputado **J. M. C.**, contra la sentencia Nº 7608/13, de fecha 8 de noviembre de 2013, por la que se impusiera al nombrado la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado), en razón del hecho ocurrido en esta ciudad el 8 de agosto de 2010 en perjuicio de N. A. M., que fuera calificado como Homicidio agravado (art 80 inciso 8°

del Código Penal) en la sentencia N° 14/2013 del 9 de abril de 2013 emitida por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia.-

1) El recurrente, en su libelo impugnativo esgrimió, como primer agravio, la *reformatio in peius* que exhibe la sentencia dictada por el *Adquem*. Sostiene que esta resulta arbitraria en tanto se introdujo en el análisis de cuestiones de hecho extrañas a sus potestades.

Señaló que el acusador público, para arribar a la agravante exigida para la condena a perpetuidad, alegó una situación de hecho que fue analizada y descartada por el tribunal de juicio, que resolvió encuadrar la conducta de su asistido en la figura de Homicidio simple.

Destacó que en la instancia extraordinaria, sin facultades para reexaminar cuestiones de hecho y prueba, se revocó el decisorio y se aplicó arbitrariamente la agravante.-

Propició la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, en razón de resultar lesiva a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad que gobiernan al reproche penal y, del mismo modo, también objetó a través del mismo remedio que se prevea tal sanción respecto de la previsión del inciso 8° del art. 80 del catálogo represivo, en virtud de que el mismo coloca en distinta situación jurídica a iguales.-

Adujo también que resulta aún más gravoso el caso del presente en que la agravante resultó de una resolución en instancia extraordinaria, a contrario imperio de la condena resuelta en el debate, lo que viola el principio de legalidad en virtud de que la descripción del tipo no resulta ni clara ni precisa respecto a la conducta.-

Precisó que el fundamento del agravante es una supuesta mayor peligrosidad en el victimario que encuentra el motivo de su acometimiento en la circunstancia de la condición de funcionario policial.-

Analizó que para el caso, no existe elemento alguno por el cual se pueda concluir que M. C. realizó una valoración negativa de M. y, a partir de ello, se propuso ponerle fin a su vida por esa condición que el autor estableció de modo peyorativo.-

Alegó que quedó claro el detonante del resultado no fue el elemento subjetivo y mucho menos motivado por la condición de funcionario policial de M.. Por el contrario, la actitud desmedida y desbordada del funcionario público provocó la necesidad de repeler dicha conducta por parte de M. C. y a raíz de esto golpeó con sus puños al agente policial, acaeciendo el deceso de este.-

Destacó que no se acreditó de modo alguno que M. C. tuviese el propósito de darle fin a la vida de M., no utilizó medio alguno por el cual dicho propósito pudiese ser alcanzado y mucho menos estuvo motivado por la condición o función de funcionario público policial de M..-

En consecuencia, sostuvo, la sanción de prisión perpetua deviene en arbitraria y desproporcionada y no se condice con los extremos particulares que contiene la previsión normativa para la magnitud del reproche penal. Agregó que, para el caso, su aplicación resulta más lesiva ya que omite las circunstancias particulares que implicaría un análisis del reproche por su injusto específico, lo que se contrapone con lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, violando de modo tajante el consabido principio de culpabilidad.-

Puntualizó que se reenvía el caso a juicio de cesura, pero la defensa se ve privada de discutir la valoración del grado de culpabilidad a los fines de que el Tribunal resuelva sobre el punto, y que es notorio el agravio a la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la CN) que no sólo se le veda al órgano jurisdiccional la posibilidad de conocer en la individualización de la pena, sino que incluso a la defensa se le pone

un valladar de imposible traspaso cuando no puede, en el presente caso, ni siquiera alegar las consideraciones respecto del juicio de cesura.-

Se agravió también de la perpetuidad a que ha sido condenado **M. C.**, ya que es su indefinición lo que implica la imposición de una pena cruel, degradante e inhumana; y por ende violatoria de los arts. 5 de la Convención Americana y 16 de la Convención contra la Tortura y otros actos crueles, inhumanos y degradantes. Al respecto, con cita de Mario Juliano, destacó que "*el razonamiento de quienes sostienen la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua encierra una inusual paradoja: la pena perpetua no es una pena cruel, inhumana y degradante porque existe la posibilidad que no sea cruel, inhumana y degradante por el otorgamiento de la libertad condicional …* ".-

Adujo que la irracionalidad punitiva de la normativa de fondo se manifiesta en tanto y en cuanto la escala penal prevista para el delito de homicidio es mas lesiva que la que dispone el Estatuto de Roma (ley 26.200) para los delitos mas graves considerados por la comunidad internacional. En este sentido así fue considerado por el Dr. Zaffaroni en la causa "Estévez" de la CSJN.-

Hizo notar que el legislador estableció una pena que

impide mensurar de acuerdo al principio de culpabilidad los límites del reproche, teniendo a la vista el comportamiento del imputado en el hecho que se le atribuye.-

En este caso, alegó, se resolvió aplicar una pena de prisión perpetua, con la *contradictio in adjectio* de remitir los actuados a los fines de celebrar el juicio de cesura, y la defensa se ve atada de pies y manos al no poder poner en relieve las circunstancias personales del acusado que podrían configurar atenuantes en el caso.-

Así, alegó, la inexistencia de procesos o condenas anteriores, el estatus de trabajador dependiente, la circunstancia de encontrarse alcoholizado al momento de los hechos desafortunados, la situación de desigualdad frente a la víctima, no pudieron ser evaluados por el tribunal en el juicio de cesura, cuestión que viola palmariamente los principios de proporcionalidad de las penas, el principio de culpabilidad y el de racionalidad.-

A modo de colofón requirió que se deje sin efecto la resolución del Tribunal del juicio de cesura, en cuanto rechaza la declaración de inconstitucionalidad de la agravante dispuesta en el inciso 8° del Art. 80 del C. P.-

A todo evento formuló reserva del caso federal.2) A su turno el Señor Fiscal General en su responde de fs. 412/414 vta., en lo que atañe al agravio que se ciñe a alegar la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada, destacó que ella no importa una discriminación arbitraria hacia otras personas, no es irrazonable, ni persecutoria ni tampoco establece un indebido privilegio y, como consecuencia de ello, no existe una desproporcionalidad en el trato ya que reintenta brindar protección a determinadas personas en función de la vulnerabilidad en que se encuentran.

Señaló que la pena no es vitalicia ya que se prevé el acceso a la libertad condicional en el art. 13, sólo que con un mayor tiempo de encarcelamiento acorde al grave delito cometido.-

En lo relativo a la inconstitucionalidad del art. 80 inciso 8° del Código Penal, preconizado por el recurrente, sostuvo que lo allí legislado no afecta el principio de legalidad pues resulta clara en cuanto al sujeto pasivo y en este sentido quedan excluidos todas las personas que no revistan estado policial.-

Resaltó que existía una total certeza, por parte del acusado, que estaba frente a un funcionario policial, haciendo notar que M. se encontraba uniformado y le emitió una orden a M. C. para que depusiera

su actitud desafiante, con resultado negativo toda vez que el nombrado lo desarmó y en contados instantes, mediante el empleo de golpes de puño y puntapiés, terminó con su vida.-

Apuntaló la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua impuesta, con citas de sentencias emanadas del Superior Tribunal de Justicia.-

Por todo ello, solicitó que se rechace el planteo de la Defensa y se confirme la sentencia dictada.-

3) El Representante de la Parte Querellante, en respuesta a la vía recursiva articulada, señaló que el agravio relativo a la *reformatio in peius* que esgrime la Defensa, es abstracto toda vez que dicho punto es materia de recurso extraordinario federal que fue interpuesto por la defensa y denegado, por lo cual se encuentra tramitando un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia.-

Puntualizó que en pro del planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua preconizada, el recurrente no adunó fundamentos ni de derecho, ni doctrinarios, ni jurisprudenciales que contribuyan a sostener dicho cuestionamiento.

En aras de apuntalar la constitucionalidad del art. 80

inciso 8° del Código Penal, efectuó una extensa reseña de las leyes que se sancionaron previo a la N° 25.601, a través de la cual se introdujo la norma tachada de inconstitucional por la Defensa.

Adujo que lo dispuesto en dicho dispositivo no es lesivo del principio de igualdad y que puede disponerse un agravamiento a partir de la condición de la víctima.

Resaltó que en la norma bajo análisis se toma al funcionario público, ya sea miembro de la Policía o fuerza de seguridad o penitenciaria, que esta siendo atacado “por el solo hecho de ser agente”, y se crea con él la figura. Esta categoría, a su entender, no importa una discriminación arbitraria hacia otras personas pues tomando los parámetros, no es irrazonable, ni persecutoria, ni hostil, ni establece un indebido privilegio.-

Adujo que los fundamentos de punición permiten apuntar que no existe una desproporcionalidad en el trato que depara a los hombres, en el criterio utilizado para intentar brindar protección a determinadas personas en función de la vulnerabilidad en que se encuentran. El trato es desigual porque la situación de la víctima es desigual.-

En función de los expuesto, peticionó el rechazo de la

vía recursiva intentada y la confirmación del fallo dictado.-

4) En la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del CPP, la Defensa y la Representante del Ministerio Público Fiscal mantuvieron oralmente las posturas desarrolladas en los respectivos escritos.-

Además de ello, la Defensa expresó que el Superior Tribunal de Justicia alteró las circunstancias fácticas del hecho bajo análisis, que ya fueran fijados en el juicio, agregando nuevos elementos que no pudieron ser rebatidos.-

También hizo notar que se encuentra abierta una instancia ante la Corte Suprema de Justicia, relacionada con el recurso de queja deducido por el Defensor General de la Provincia, por recurso extraordinario federal denegado, conforme a la guía que extrajera del sistema informático, que registra ingreso con fecha 26 de julio de 2013. Ante ello, interpreta que debería aguardarse hasta que la Corte se pronuncie sobre la mentada vía debido al efecto suspensivo del recurso, lo que también dejó peticionado por entender que la sentencia emitida por el

Superior Tribunal de Justicia no se encuentra firme.-

Concedida la palabra al imputado antes de dar por

finalizada la audiencia, en cumplimiento de lo normado en los artículos 385 y 328 “in fine” del CPP, refirió que esta es la primera vez que se encuentra en una situación de detención; entiende que cometió un error, lo entiende y lo asume; lo único que pide es que por ser primario, de acuerdo a lo que entiende que dispone la ley, no pide su libertad porque entiende que debe cumplir su pena, pero tampoco quiere estar detenido veinte años cuando es la primera vez; pone el ejemplo del interno Abbadie, detenido junto a él, que tiene 37 causas y una por homicidio y lo condenaron a nueve años de prisión; el dicente cometió un error, pero considera que merece una condena justa, no entiende que pueda estar detenido hasta los cuarenta tres años de edad para salir en libertad. Estima que debiera haber un poco de consideración por ser primario.-

II.- Para dar inicio a mi análisis entiendo pertinente destacar que la Defensa Pública ha interpuesto Recurso Extraordinario Federal contra la sentencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia Nº 14/2013 por la cual declara procedente la impugnación extraordinaria local del Ministerio Público Fiscal y la Querella anulando parcialmente la sentencia recurrida en lo referido al encuadramiento legal declarando la aplicación del art. 80 inc. 8vo. del C.P. y disponer el reenvío para el juicio sobre pena.-

Dicho recurso ha sido rechazado, por mayoría, por la Sala Penal encontrándose en trámite en la C.S.J.N. la queja respectiva conforme lo demostrara la Defensa en la audiencia del art. 385 del C.P.P..-

El ahora recurrente ordinario señaló en la mencionada audiencia que aún con el fallo del S.T.J. no se encuentra debidamente integrada la sentencia porque la queja se halla en pleno curso proponiendo la suspensión del trámite ya que no se puede avanzar porque en definitiva dicho fallo no se encuentra firme, sentencia que califica de arbitraria ya que el ad quen reexaminó cuestiones fácticas para llegar a aplicar el agravante, quedándole como única arma en el juicio sobre pena plantear la inconstitucionalidad de la prisión perpetua con lo que insiste en esta instancia.-

La respuesta del Fiscal se limitó a sostener la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua sin contestar este primer agravio, en tanto el acusador particular respondió que deviene abstracto toda vez que es materia del recurso extraordinario federal, excediendo el ámbito de tratamiento y potestades jurisdiccionales de esta Cámara.-

En primer lugar esta argumentación del querellante en parte es acertada, aunque de prosperar implicaría un rechazo in límine del recurso lo que no corresponde; la cuestión no resulta tan sencilla ya que

el panorama que nos ofrece la jurisprudencia de la C.S.J.N. posterior a "Casal", pareciera que en algunos casos ha permitido un recurso acusatorio relativo a la base fáctica o a la valoración de la prueba (Precedentes

"Telleldín" y "Luzarreta").-

Indudablemente en el caso se ve agravada la situación del imputado ante la casación positiva de la Sala Penal y es materia discutible la posible afectación a la garantía de la doble instancia.-

Cabe traer al caso el pronunciamiento de esta Cámara en autos: "Provincia del Chubut c/ Fonseca, Flavio Orlando" (carpeta judicial Nº 1128 de la O.J.E.), sentencia de fecha 9 de diciembre de 2013 en la que se abordó idéntica situación; una casación positiva modificando la Sala Penal la calificación legal aplicando una figura agravada del homicidio entendiendo que se había incurrido en un inaceptable error de derecho, interpretando que no es incompatible la readecuación con el ejercicio de la competencia positiva a pesar de no encontrarse expresamente prevista disponiendo el reenvío para el juicio sobre pena, sin margen porque ella es tasada, en tal oportunidad dije: "La cuestión se vincula con la importancia del derecho al recurso, sobre lo que entiendo no es necesario explayarme respecto a la garantía mencionada desde su

interpretación en la doctrina y jurisprudencia a partir de los pactos internacionales de rango constitucional, el fallo "Casal" de la CSJN, la importancia de una revisión amplia de la sentencia de condena y el necesario doble conforme. Como sabemos nuestro ordenamiento procesal ha receptado estos lineamientos, apartándose del recurso de casación tal como estaba legislado, ya que no satisfacía la revisión amplia aunque su actual articulado resulta complejo en relación a la sistemática de los recursos. Incuestionablemente el ritual tiende a limitar la vía recursiva del órgano acusador estableciendo motivos puntuales, extraordinarios de impugnación que a no dudar deben interpretarse restrictivamente, y lo poseen contra las sentencias condenatorias incluso absolutorias y hay quienes entienden que ello puede afectar el doble conforme, incluso un sector de la doctrina se posiciona en suprimir tales vías. Si analizamos detenidamente los arts. 386 y 387 del C.P.P., tenemos que, el tribunal que debe decidir en tales impugnaciones lo haga sin reenvío, en la medida que empeore la situación del imputado absuelto o condenado, es decir que solo se daría a favor del imputado"; también entiendo pertinente traer lo expresado en tal ocasión por mi distinguido colega, el Dr. Montenovo por compartirlo en todo, en cuanto la necesidad de que: "…el sistema de impugnaciones de nuestro orden ritual merece una revisión legislativa

profunda, tanto como los criterios mediante los cuales el Ministerio Público utiliza dichas vías, y los parámetros que se toman en cuenta para admitirlas".-

Desde luego la Defensa se ha visto privada del doble conforme respecto a la nueva adecuación típica de la conducta atribuida a M. C., pero ha intentado el recurso extraordinario federal y ocurrió por la vía de la queja al máximo tribunal nacional ante la denegatoria, por ende la cuestión no esta zanjada y por otra parte esta

Cámara en modo alguno puede alterar el razonamiento seguido por la Sala Penal, por lo tanto solo corresponde analizar a continuación si el fallo dictado como consecuencia del nuevo juicio de cesura merece ser objeto de confirmación por haberse respetado los límites del juicio de reenvío por el tribunal de mérito.-

2.- El reenvío es un juicio que se encuentra ligado al juicio anterior a través del procedimiento impugnativo que culminó con la anulación por tratarse de la misma causa que ha sido decidida y debe volverse a decidir con criterio integrativo complementario de la sustitución, no puede afirmarse que se trate totalmente de un procedimiento nuevo.-

Adelantando opinión el Tribunal ha respetado esos

límites y la sentencia emitida cuenta con debida fundamentación resultando la solución ajustada; solo extraigo del remedio una mera disconformidad con el pronunciamiento sin formular una crítica sustancial a los argumentos esgrimidos por los Sres. Jueces, limitándose a propiciar una solución jurídica distinta.-

Considero que ello no basta a un planteo que persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma pues ello importa un acto que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y su procedencia requiere de un pedido que tenga sólido desarrollo argumental y fundamentos de la misma calidad, que en el caso fue el propio imputado en sus palabras finales quien se ajustó más a tal exigencia al explayarse sobre su situación personal y cuestionar la falta de proporcionalidad de la pena.-

Desde el marco de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional y la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema, no es posible concluir en la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, en el caso prevista en el art. 80 inc. 8 del Código Penal, ni que pueda significar la afectación de la garantía de igualdad ante la ley o del principio de culpabilidad.-

Sabemos que los Jueces no podemos sustituir al

legislador, sino aplicar la norma, y la proporcionalidad de la pena, que se trasunta en la ley con carácter general es de competencia exclusiva del poder legislativo que otorgó esa consecuencia a determinadas acciones graves focalizada en la magnitud del injusto.-

En tal dirección, he de citar el voto de la Dra. Ana M. Figueroa integrante de la Sala II de la CNCP en lo que respecta a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el que, por supuesto comparto: *Que sobre la materia me he expedido recientemente en los autos nº 14.721 caratulada "Deheza, Héctor Floro s/ recurso de casación" (reg.*

Nº 19.781, del 3/4/2012), en ese sentido "cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictada de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la

posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (CSJN Fallos 226:688; 24:73;

285:369; 300:241, 1087;

314:424)" Del voto de la Jueza Ana M. Figueroa en causa Nº 13.401 "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación" CNCP. Sala II. 08/05/2012.-

Podrán discutirse los motivos o urgencias del legislador para fijar sanciones no graduables, peno no podemos dejar de atender que la vida es el bien jurídico que merece mayor tutela y quien la subordina a una condición de la persona, por sus ideas, por cuestiones raciales o por un precio se hace posible del mayor reproche, desde luego atendidas como conductas excepcionales y también su sanción.-

Ahora bien, si ello se transforma en regla si podemos hablar de la imposibilidad de una respuesta punitiva adecuada; pensemos que la perpetuidad de la prisión se hace realmente interminable, contraponiéndose con la finalidad de resocialización prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, y fue el propio imputado que vinculó su edad y su situación familiar con la sanción impuesta y la posibilidad de obtener

los beneficios propios de la ejecución penal que en definitiva atendieron los jueces de grado declarando la inconstitucionalidad de la ley 25.892 en cuanto amplía el plazo fijado para acceder a la libertad condicional por el art. 13 del sustantivo, posición que adoptó esta Cámara en el caso "Ampuero – Rojas", sentencia Nº 14 del 21 de junio de 2012, Carpeta Nº 3402 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia.-

Por las razones expuestas precedentemente emito mi voto negativo al progreso de la impugnación ordinaria interpuesta por la defensa de J. M. C..-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- En honor a la brevedad, no he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes, ni de los diversos Tribunales que han tomado intervención, remitiendo para ello, al detalle efectuado por el primer votante de este acto.-

No es la primera oportunidad en que debemos resolver temas como los que aquí se han planteado, por lo cual, para comenzar, sí he de reproducir una serie de conceptos vertidos en la Sentencia correspondientes a la Carpeta judicial nro. 1128, Legajo de Investigación Fiscal nro. 10387, autos: "Pcia del Chubut c/ Fonseca ; Flavio Orlando", de la Oficina Judicial con asiento en la ciudad de Esquel, no solo, como

dijera, por su similitud con las cuestiones que se impone tratar en el presente caso, sino por que fue la última ocasión en la que tuvimos que analizar esta clase de contexto, fundamentalmente, de índole procesal.-

"Considero trascendente, a los efectos de la decisión, abordar tres tópicos. El primero se relaciona con la importancia del derecho al recurso, tanto respecto a sus implicancias en abstracto, como en concreto en cuanto a la organización jurisdiccional penal de nuestra Provincia….".-

"Tampoco es mi idea, también en homenaje a la brevedad, volver sobre la Doctrina vinculada al contenido de la garantía mencionada. Solo he de decir que el precepto establecido en la cláusula 8.2

inc. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y su interpretación por los Organismos jurisdiccionales creados por el propio Pacto de San José de Costa Rica, derivó en el dictado del precedente "Casal" de la CSJN".-

"Este fallo acogió la necesidad de revisión amplia de la Sentencia de condena ante un Tribunal superior al que la dictó, la cual no se satisfacía con los alcances del Recurso de Casación tal como estaba (y lo sigue estando en varios Estados federados de nuestro país), regulado

en los sistemas procesales que responden al molde "acusatorio formal o mixto"".-

"Era el caso de nuestro orden adjetivo anterior (ex Ley 3155), por lo cual la garantía del derecho al recurso no solo fue la razón de la redefinición de la organización del fuero penal en Chubut, sino también el primero de los motivos de la sanción del Código hoy vigente, que es posterior a "Casal"".-

"De allí la importancia de asegurar el derecho al recurso en los términos expuestos, y uno de los aspectos relacionados íntimamente con este, el "doble conforme", pues solo luego de una revisión amplia de la condena por un Tribunal de jerarquía superior, y su confirmación, es que ha concluido el "Juicio previo", restando desde allí al condenado solo vías impugnativas de naturaleza excepcional para hacer caer aquella condena, ahora sí, a la usanza del viejo Recurso de Casación".

"Podemos conceder que el articulado del rito vigente resulta algo complejo en cuanto a la sistemática de los recursos. Surge claramente del art. 374 que la impugnación ordinaria es la piedra basal del esquema, tanto como que en su beneficio se han restado posibilidades impugnativas, especialmente en la etapa preparatoria (art. 370 CPPCh.)".

“También que los Acusadores poseen recurso contra la Sentencia absolutoria, condenatoria y sobreseimiento (art. 378). No resulta menor el dato, teniendo en cuenta la profunda discusión propia de la dogmática procesal referente al punto, existiendo quienes sostienen que conceder al Fiscal y/o Querellante un remedio de tales características, especialmente en los primeros dos casos, puede tornar ilusorio tanto el doble conforme como la vigencia del principio “ne bis in idem”, en la medida que se podría dar una “proyección al infinito” si se admiten los recursos de los Acusadores y se reedita el Juicio. De allí que un sector de la Doctrina se incline por quitar tales vías de impugnación”.

“No es la oportunidad para reproducir la discusión referida, pero resulta palmario que el Legislador se inclinó por la existencia de los remedios del Fiscal y la Querella. Y a mi juicio previó, como reaseguro del sistema, tanto el art. 387 última parte, en el supuesto de reenvío y segunda absolución, la que no admite recurso alguno, como, en última instancia, la regulación estricta del plazo razonable de juzgamiento

(arts. 146 y ssgts CPPCh.)”.

“Lo que no se desprende como abarcado por el Codificador, y considero que no lo esta en función de lo expuesto hasta

aquí, es que el Órgano que debe resolver las impugnaciones de los Acusadores lo haga sin reenvío, en la medida que empeore la situación del imputado absuelto o condenado (arts. 386 y 387). Es decir, considero que se halla prevista la ausencia de reenvío, pero solo a favor del procesado. Este aspecto, entiendo, resulta trascendente en la cuestión a resolver".

"Por último, en su oportunidad el Ministerio Fiscal impugnó la condena…. señalando un vicio de la Sentencia, una errónea aplicación de la Ley sustantiva, tanto como una defectuosa valoración del plexo probatorio (art. 375 incs. 2 y 3, 376 inc. 5to. y 378 4to. párrafo del CPPCh.).". De allí entiendo que en el caso que invoco, como en el presente, el Acusador Público se hallaba habilitado para recurrir (los motivos

"absolutos" de impugnación del art. 376), sin perjuicio de los límites objetivos del art. 378 inc. 3ro., no obstante lo que se dirá Infra.

Como ha quedado claramente reseñado al comienzo de este acto, aquí el Tribunal de Juicio, por unanimidad, consideró a J. M. C. autor del delito de Homicidio simple en perjuicio de N. M., imponiéndole una pena de quince años de prisión.

Luego, la Cámara Penal, también por unanimidad, confirmó tal pronunciamiento, íntegramente.

Sin embargo, la Sala Penal del Superior Tribunal de

Justicia, al resolver las Impugnaciones Extraordinarias del Ministerio Fiscal, Querella, Defensa y la Consulta a la que alude la cláusula 179 inc 2) de la Constitución Provincial, redefinió la calificación legal asignada al caso, entendió de aplicación el art. 80 inc. 8) del Código Penal, es decir, interpretó que el acusado ultimó a la víctima teniendo muy presente su condición de Funcionario policial, y por ende reenvió las actuaciones para que un nuevo Tribunal defina la sanción, la que quedó determinada, de acuerdo a lo resuelto en la Cesura, como prisión perpetua, que es la pena fija que prevé el dispositivo seleccionado por el Alto Cuerpo provincial, y contra ello, dedujo una nueva impugnación ordinaria la Defensa.

Y aquí nos encontramos, tratando la misma.

Un dato no menor, que fue aclarado en la Audiencia previa a este acto, es que la Defensa, contra tal decisión del STJ dedujo Recurso Extraordinario Federal, que fue rechazado, y posteriormente Queja ante la denegación de tal vía, por lo cual la cuestión actualmente se encuentra a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Continúo con lo expuesto en el precedente referido al inicio: “Desde tal panorama, considero que asiste razón a la Defensa en cuanto a la ausencia del “doble conforme”. Claramente la determinación de la subsunción jurídica como Homicidio simple del suceso que motivara

las actuaciones fue efectuada por el STJ, el que al decidir no realizar un reenvío, excluyó la posibilidad de impugnación ordinaria respecto de tal aspecto del caso".

"Es que el Ministerio Fiscal propuso que los Jueces del Juicio oral habían efectuado una valoración de la prueba arbitraria, consagrando una solución jurídica (Exceso en la Legítima Defensa), para el caso a la que no se podía llegar desde una recta valoración del plexo. Una hipótesis de reenvío, más teniendo en cuenta que se trataba del recurso de uno de los Acusadores".

En el sub-judice el Representante de la Vindicta los mismos vicios propuso como existentes en las Sentencias de primera y segunda instancia, a lo que se sumó la Querella.

"Ahora bien …las chances de impugnación extraordinaria local para la Defensa fueron denegadas, y esta recurrió a la CSJN, pretendiendo que se expidiera en idénticos términos, sobre la base de similares argumentos, que lo pretende hoy de esta Cámara".

Nuevamente tal circunstancia se ha reiterado en el presente trámite. Prácticamente todas las cuestiones que debemos resolver actualmente están sometidas a decisión del más Alto Tribunal Nacional. El riesgo de estrépito en el foro, entonces, resulta evidente.

Incluso, aún los temas a los que aludiera solo el propio imputado en la Audiencia del art. 385 del CPPCh., sumamente atendibles, vinculados a los principios constitucionales de proporcionalidad de la sanción, no trascendencia a terceros de la pena, culpabilidad, argumentados a efecto de salir del corset de la prisión perpetua hacia una pena divisible, encuentran el mismo obstáculo que los planteos de su Defensa técnica, que aún el caso se halla pendiente de decisión en la máxima instancia judicial del país, sin perjuicio que las expresiones de M. C. sean encauzadas, eventualmente, en otra etapa procesal.

Solo cuando la Corte Suprema decida y defina sobre los argumentos de la Defensa, reproducidos al mismo tiempo ante esta Cámara, y si es que avala el criterio del Superior Tribunal, sería posible analizar lo que M. C. propuso en ejercicio de su defensa material. En la hipótesis contraria, no sería necesario, pues la Corte Nacional habría acogido los términos del Recurso del art. 14 de la Ley 48.

En la Sentencia que venimos invocando, y en lo referente a esto último, hemos expuesto que "No creo que se trate de una cuestión jerárquica. El art. 369 del CPPCh. limita el conocimiento de la Cámara Penal al contenido de los agravios de las partes, salvo el control de constitucionalidad (primer párrafo, última parte)".

"Precisamente , la inobservancia de la garantía del "Juicio Previo" establecida en el art. 18 de la CN, en su acepción compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 inc. 5), impone que a sus tradicionales segmentos de acusación, defensa, prueba y sentencia deba agregarse derecho al recurso en caso de condena, ante un

Tribunal jerárquicamente superior y, por tanto, doble conforme".

"En consecuencia, aún en esta etapa y más allá de la categoría del Tribunal que emitió el fallo que en definitiva la Defensa cuestiona, esta Cámara bien podría decidir sobre tal resolución, en el subjudice, tal como venimos argumentando, en cuanto a la ausencia de reenvío".

Sin embargo aún no ha recaído decisión respecto de idénticos planteos de la CSJN, situación que nos inhibe de expedirnos hasta que ello ocurra.

II.- Reitero que a pesar de la profunda discusión doctrinaria que se ha dado sobre la existencia misma de la posibilidad de recurso por los Acusadores, el Legislador local la ha previsto, encolumnándose en una de las vertientes sostenidas por Doctrina y

Jurisprudencia en cuanto al punto. Nada es posible objetar entonces respecto de ello.

Otra cuestión resulta el alcance de tales remedios, en el

supuesto de prosperar.

Hemos de citar ahora, otro precedente, similar al que venimos reseñando, plenamente aplicable a este caso (López Josefina en rep. hija menor s/ Dcia. Abuso sexual s/ Impugnación Expte. 22744 F 112 Año 012 Sentencia Sala Penal STJ nro. 38/013), donde el Superior Tribunal confirmó la Sentencia emitida por el Tribunal de Impugnación que el que suscribe ha integrado, expidiéndose sobre la base de un criterio idéntico al del precedente invocado: "Entiendo que, ante casos de arbitrariedad manifiesta, el orden jurídico no debe tolerarlas, aún so pretexto de evitar un nuevo "Juicio", con la hipotética violación del principio del "ne bis in idem" como consecuencia".

"Convengamos en que si un imputado es relevado de reproche mediante una decisión carente de todo fundamento, esta perdería el calificativo de acto jurisdiccional válido, en tanto conclusivo del "primer" Juicio. Se trata del corolario de la razonabilidad de los actos de gobierno, postulado constitucional que se extiende, obviamente, al proceso penal".

"Ante tal circunstancia, se impondría la renovación del acto, y con él, la del Juicio Oral, por otro u otros Magistrados, para evitar el prejuzgamiento y respetar la inmediación, en definitiva la imparcialidad y objetividad del Juzgador".

"Pero adoptar semejante temperamento requiere de un vicio manifiesto, constitutivo de una arbitrariedad palmaria. No cualquier error, o interpretación posible, jurídica o de la prueba rendida, pueden dar lugar a dicha resolución. En caso contrario, sí estaríamos convirtiendo en ordinario el recurso de los Acusadores, y violentando la prohibición de realizar un nuevo juicio por un idéntico hecho al ya juzgado".

"El orden adjetivo, insisto, admite las impugnaciones del Ministerio Fiscal y/o la Querella, pero no las regula en paridad con el recurso de imputado contra la condena, sino con carácter excepcional, a la manera de la antigua "casación".

Obsérvese que la Sentencia del Tribunal de Juicio original se trataba de una condena a M. C. como autor material del delito de Homicidio simple, a la pena de Quince años de prisión.

Dicho Tribunal de grado y el de revisión consideraron, y fundaron, que la conducta atribuida al encartado no llegaba a reunir los requisitos del tipo agravado del art. 80 inc. 8vo. del CP. No corresponde,

a esta altura, terciar en una discusión jurídica que ha zanjado el Superior Tribunal en favor de la aplicación de esta última norma, pero su interpretación en tanto variante de Homicidio calificado no ha sido para nada pacífica, existiendo una parte importante de la Doctrina que identifica la "condición de policía" como necesariamente abarcada por el dolo directo del sujeto activo del delito, y a su vez, constitutiva de un elemento subjetivo distinto del dolo, pues se mata a una persona por ello, es decir, en virtud de su condición (conf. Arocena, Gustavo, "Homicidio de las

Fuerzas de seguridad públicas, policiales o penitenciarias" en Foro de Córdoba nro. 79, Córdoba, año 2002; Castro Julio, Guardia Diego "El nuevo Inc. 8 del art. 80 del Código Penal. Las mismas ineficacias a los viejos problemas" en LL 2003-A-498; Fontán Balestra, Carlos "Tratado de

Derecho Penal", Parte Especial, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, Tomo IV.).

Entonces, la cuestión central que se debatió no era para nada sencilla, ni pasible de ser conceptualizada como merecedora de una sola, y única decisión posible, lo que alejaba el carácter de decisiones arbitrarias de aquellas que en definitiva fueron revocadas, en última

instancia, el fundamento de las impugnaciones extraordinarias que prosperaron y generaron el reenvío parcial, solo para determinar la sanción a aplicar.

Remito a lo expuesto en cuanto a las impugnaciones de los Acusadores, la necesidad de evitar su "ordinarización" en custodia de la vigencia del Derecho al recurso y el principio del "ne bis indem", y si bien reitero que soy de la idea que de acuerdo a la hermenéutica del orden adjetivo vigente, es posible a efecto de la custodia de la vigencia de las mentadas garantías constitucionales, en caso de así corresponder, que un Tribunal de jerarquía inferior fulmine una serie de actos procesales dentro de los que puede encontrarse una Sentencia de un Tribunal superior, tal alternativa sigue el concepto de lo excepcional, pues el proceso debe tener un "orden", y no convertirse en un conjunto de marchas y contramarchas. Ello, más aún, cuando el tema se encuentra pendiente de decisión del máximo Tribunal nacional.

III.- La constitucionalidad de las penas fijas no deja de ser un tema álgido. Adelanto que mi opinión coincide con la del primer votante de este acto, sin perjuicio que resultan sumamente atendibles los argumentos del Dr. Minatta.

Sintéticamente, los términos del debate pueden

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

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

Pero, el Legislador bien puede otorgar esa consecuencia a determinadas acciones penalmente en extremo relevantes, haciendo hincapié en la magnitud del injusto.

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

Ahora bien, en excepcionales casos de gravedad, el Legislador emite el mensaje de que lo objetivo prevalece sobre lo subjetivo, asignando a ellos una única, e inmodificable, consecuencia. Ocurre con las penas temporales y también con las inhabilitaciones

absolutas y especiales, claro esta, con un nivel muy inferior de gravedad de injusto que en los supuestos de pena temporal fija, y que no privan del goce de la libertad ambulatoria.

Ciertamente el problema no esta allí respecto de la lectura constitucional de los tipos penales. Considero que se produce cuando el Legislador, corrido por supuestas urgencias, por lo general evidenciadas de forma mediática, generaliza lo excepcional, universalizando las sanciones no graduables, entrando así en un terreno de confrontación con los principios constitucionales aludidos.

Reitero que la vida es lo prioritario a tutelar. Quién la subordina a fines raciales, religiosos, a la condición laboral o de género de la víctima, a un precio, al éxito en ese delito u otro, aumentando sobremanera el sufrimiento de aquella, aprovechando su indefensión, actuando arteramente, generando un peligro común, desoye el primer mandato de la existencia humana en sociedad.

Pero resultan conductas excepcionales, de un nivel de reproche elevado, y por ello, con una clase de sanción también excepcional.

Ahora, si lo extraordinario se convierte en regla, y a toda acción penalmente relevante se le adjudica la imposibilidad de una respuesta

punitiva adecuada a la situación particular del condenado, el sistema sí entra en crisis.

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

Pero, a priori, las penas fijas no colisionan con mandatos constitucionales, por lo cual considero que el agravio en tal sentido no debe prosperar.

IV.- Por último, a título de reflexión de política criminal, y partiendo del respeto intelectual que tengo por quienes hasta ahora han tomado intervención en este trámite, considero que por una buena cantidad de razones que no es necesario aquí detallar, una pena divisible, y del tenor de la originariamente impuesta, no implicaba una respuesta irracional del sistema penal al "caso" que involucró al acusado y a la víctima M..

La utilización por los Acusadores de vías recursivas contempladas en su favor, pero previstas de manera excepcional para remediar el error judicial evidente, que en definitiva procedieron, para elevar una condena de por sí alta hacia el máximo posible del catálogo represivo, en el contexto de decisiones sobre temas jurídicos

profundamente discutibles, no deja de significar alterar de alguna forma la hermenéutica toda del sistema recursivo hoy vigente en el orden adjetivo penal, más allá de su opinable estructura y posiblemente confusa técnica legislativa.

Pero hemos deliberado largamente sobre la cuestión, y poco podemos decidir en virtud de las características del trámite y el pronunciamiento que aún resta conocer de la Corte Suprema de Justicia sobre idénticos planteos a los que constituyeron la impugnación ordinaria que abriera esta etapa.

Por ende, sufrago por confirmar la Sentencia recurrida en todos sus términos. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MINATTA** dijo: **1.** La defensa plantea al tribunal de impugnación varias cuestiones, todas ellas de distinta solución procesal para el caso de que sean acogidas.

2. Así, critica en primer lugar la oportunidad de la audiencia, pues la cuestión de fondo aún se encuentra pendiente de resolver por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, órgano que hoy tiene para merituar el conflicto vía recurso de queja, ante la

denegatoria del recurso extraordinario federal que efectuara la sala penal del Superior tribunal de nuestra provincia.

Creemos que en este punto lleva razón la defensa técnica, representada por la Dra. S., ya que la cuestión material que aquí se presenta, es sustancialmente idéntica a los presupuestos de una doble persecución simultánea, cuyo remedio procesal consiste en hacer lugar a la excepción o defensa de litispendencia. En efecto, adviértase la enorme contradicción de estar revisando un fallo condenatorio resuelto por un tribunal de juicio sobre un conflicto que está, a su vez, para resolverse en nuestro más alto tribunal nacional. Esto no solo es contrario a la lógica y razonabilidad más elemental, lo que ya sería suficiente como para tratarlo desde el punto de vista jurídico, sino que dejar correr las cosas puede desembocar en un absurdo y ridículo escándalo, apareciendo un tribunal revisor ordinario decidiendo confirmar una condena, mientras que el organismo nacional, revisor último y garante del cumplimiento de las garantías decide, por el contrario, la anulación de todo el proceso o, hasta eventualmente, la absolución del imputado. Esto no es una mera afirmación abstracta en este caso, ya que la defensa técnica informó pormenorizadamente al tribunal sobre los argumentos sostenidos ante nuestra CSJN, así como el itinerario del expediente entre los ministros,

advirtiéndose que, en algunos casos, la causa pasó dos veces por algunos de ellos, lo cual hace sospechar que el recurso será tratado. Agréguese, como razón no menos importante, el dispendio jurisdiccional que se produciría si la Corte Nacional hace lugar al recurso de queja y anula todo el proceso. Asimismo, en torno a la posibilidad concreta y efectiva de que en este caso la Corte anule el fallo de la sala penal por violación de las garantías constitucionales señaladas, se refuerza con la disidencia del ministro Royer, quien votara por la concesión del recurso extraordinario ante el tribunal señalado.

No obstante, tal perspectiva no fue de recibo por mis ilustrados colegas quienes, por varios argumentos, sostuvieron que se debería continuar con el proceso. Uno de los argumentos utilizados residió en que la suspensión del procedimiento, a la espera de lo que resolviera la CSJN, podría calificarse como denegación de justicia. Sin embargo, entiendo que con nuestra postura no se presenta tal cosa, toda vez que la denegación de justicia se produce cuando ningún tribunal competente quiere actuar, dejando la cuestión en suspenso, lo que aquí, evidentemente no ocurre.

En suma, quedando en minoría en esta cuestión, pasaremos a tratar los restantes agravios.

3. En el segundo agravio, el planteamiento técnico tiene como argumento la vulneración de otra garantía constitucional, en este caso, la de defensa en juicio, especialmente el derecho del imputado a que los hechos que se le imputan puedan ser vistos por dos órganos jurisdiccionales en sentido amplio, es decir, a lo que conocemos como el derecho al doble conforme respecto de una sentencia condenatoria. Argumenta la defensa que la sala penal, al cambiar la calificación legal del hecho, transformando el homicidio simple en calificado, cambió el hecho, por lo que el caso debería haber vuelto a un tribunal de juicio para que se vuelva a discutir toda la cuestión y no sólo la pena, tal como lo ordenó la sala penal, impidiendo así al nuevo tribunal de juicio y de impugnación merituar sobre la nueva situación fáctica que trae el artículo 80 inciso 8 del código penal. Lleva razón también aquí la defensa, toda vez que el cambio de calificación legal importa, en el caso, un cambio en los hechos por el que se defendiera y fuera condenado el imputado por primera y segunda vez, ya que la nueva calificación tiene que posibilitar al imputado la contradicción efectiva de nuevos elementos fácticos, tales como el elemento subjetivo especial de conocer y querer matar en razón de la función de policía que la víctima ostentaba al momento de su muerte, para lo cual hay que demostrar, acabadamente, que el imputado hubiera

sido menos lesivo si se hubiese tratado la víctima de un particular, entre otros extremos. Esta orientación e interpretación es la que plasma nuestra CSJN en materia de cambios de calificación legal en numerosos y recientes fallos, dentro de los que cabe señalar, por el sesudo análisis del punto, el caso *" Sircovich"/ (Fallos: 329: 4634 y sus citas).*

En suma, es evidente que la sala penal al cambiar la calificación, cambió el hecho, pues introdujo una cuestión de tipicidad subjetiva que debería ser imputada, probada, debatida y defendida en forma estricta- y no genérica y dogmáticamente, como entendemos se hizo en el caso-, por lo que el punto debió ser motivo de análisis del nuevo juicio, anterior al debate sobre la pena. No obstante, habiendo quedado en minoría frente a mis otros dos colegas al plantear el tema desde ésta óptica, nos vemos obligados a continuar en el análisis de la queja que la defensa efectuara sobre la pena de prisión perpetua impuesta a su defendido.

4. En este punto**,** corresponde advertir que hemos cambiado de opinión sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, toda vez que anteriormente, en la causa " Di Muro", habíamos sostenido que ella era conforme con nuestra carta magna y que no violaba su imposición ningún principio constitucional, especialmente porque tal sanción no tenía el efecto que su nombre acarrea, pues el condenado

podría obtener la libertad condicional a los veinte años. Hoy, luego de reflexionar sobre los innumerables argumentos volcados por doctrinarios y jueces a favor de la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, nos hemos convencido de ello.

Antes de considerar concretamente los distintos principios constitucionales en juego, es necesario ubicar la problemática en un marco más general referidos a la política legislativa y judicial sobre la calidad y cantidad de la pena. Para esto recordemos que la pena, en un estado constitucional de derecho debe corresponderse con el antecedente necesario de comisión de un delito y, ambos, causa y consecuencia, están sometidos al principio de legalidad. Ahora bien, hoy tal principio, en materia penal, se lo entiende no como mera legalidad, que queda cumplida con cualquier ley, sino como estricta legalidad, que exige no solo la mayor taxatividad y precisión en el uso del lenguaje legislativo referido a la conducta prohibida, sino también los mismos requisitos en la construcción o determinación de la pena, todo en aras del mandato constitucional de certeza que, en materia penal, repetimos, es más exigente que en cualquier otra rama jurídica. En una palabra, no solo lo que es delito está sometido al principio estricto de legalidad, sino también todo lo relativo a la pena, expresado ya en el viejo adagio- pero con este nuevo contenido- *"nullum*

crimen, nulla poena sine lege". De esta nueva perspectiva surgen nuevas conclusiones sobre el alcance del principio de legalidad, y una de las más fructíferas es el la que se pregona del principio de máxima taxatividad legal, considerado hoy como el último y más refinado fruto del principio de legalidad, conforme lo sostiene el autor italiano Mario Pagano, según cita de Zaffaroni (2000: 110, nota 34).

Según éste principio, la criminalización de una conducta no solo requiere que ella se formalice en una ley, sino que ella debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, estableciendo claramente los presupuestos indispensables que legitiman la privación de derechos en que consiste una pena. La violación de esta manda de certeza se produce actualmente mediante numerosas vías, que van desde la descodificación de la legislación penal, hasta la utilización en los tipos penales de términos vagos o ambiguos o valorativos imprecisos o cuando el legislador establece una escala penal de amplitud inusitada o penas que no permiten una graduación proporcional al principio de culpabilidad, entre otros ejemplos.

Como se observa, ante esos casos, al aplicador de la ley le quedan dos caminos: uno es declarar la inconstitucionalidad de la ley y, la otra, aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa,

eligiendo aquella que más reduce el poder punitivo. Ahora bien, como explica Zaffaroni (op.cit,), la elección de una u otra vía no puede ser caprichosa o arbitraria, sino que existen criterios para volcarse para una u otra, y así el juez se debe inclinar por la inconstitucionalidad, por ejemplo, cuando la máxima taxatividad interpretativa, que lleva a la interpretación restrictiva, es demasiado artificiosa, porque carece de apoyo legal claro o la compatibilización de cualquier interpretación de la ley con la constitución es directamente imposible por el claro significado legal utilizado que impide diáfanamente el cumplimiento de uno o varios principios constitucionales básicos.

5. Esto último es lo que ocurre, entendemos, con la pena de prisión perpetua, pues es imposible, como demostraremos, una interpretación de tal pena que no colisione, a su vez, con algún principio constitucional. Veamos.

Si uno recorre todos los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales arrimados en beneficio de la inconstitucionalidad, veremos que, de todos ellos siempre hay uno más afectado y, si se quiere, todos pueden resumirse al de legalidad estricta, al no respetar el legislador el carácter vinculante que para él tiene la constitución, especialmente el principio de que la determinación de la pena se fija conforme el grado de

culpabilidad, expresado en nuestro país en el anteproyecto de codificación penal del año 2006, cuando en forma textual dice que la determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor o partícipe- ver Art. 8- o, en forma más contundente aún, lo plasmado en el artículo 1 del reciente anteproyecto de diciembre del año 2013, el cual expresa, dentro del principio de culpabilidad, que no habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida, estableciendo en su artículo 18 que la pena se determinará conforme a la culpabilidad por el ilícito, teniendo en cuenta no solo la gravedad del hecho y magnitud del daño, sino también la mayor o menor comprensión de la criminalidad, los motivos que movieron a delinquir y la capacidad de decisión en la situación concreta. Repetimos que la culpabilidad como medida de la pena, forma parte de la estricta legalidad referida a la pena, toda vez que es la misma constitución que manda al legislador determinarla de forma tal que el juez pueda respetar los grados de culpabilidad en los casos concretos, lo que resulta hoy resulta imposible ante la pena cuestionada, porque necesariamente hoy un condenado a prisión perpetua deberá cumplir como mínimo veinte años en prisión, por lo menos, -o treinta y cinco, conforme otra interpretación- para poder ejecutar el resto de la pena en libertad condicional. Y esto si hablamos de los no declarados reincidentes y que cumplieran con los

demás requisitos establecidos en el código, pues para los sí declarados y que cumplen o no con todos los requisitos, la cuestión se complica definitivamente, tema que no tratamos por no ser pertinente ni aplicable a nuestro caso.

6. Ahondando en el argumento citado, entendemos que el análisis de la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, debe comenzar por la dimensión que enfatiza en su voto la jueza local Ivana María González , en el caso“ Ruiz” y otros- (*ver Caso N° 3533, Legajo N° 33.033***,** *caratulado: "RUIZ EUGENIO DANIEL PSA HOMICIDIO TENT. A YANINA TREUQUIL – TW”).* En ellos, la citada jueza destaca el principal escollo que implica la pena de prisión perpetua, el cual reside, en definitiva, en la imposibilidad legal del juez de tener en cuenta todas las particularidades y características de cada hecho para fijar el monto punitivo de la pena de prisión, afirmando- con remisión a Ferrajoli en oportunidad en que este autor analiza la problemática de las penas fijas e invariables- que "...*es fácil entender que esta solución, informada por un abstracto principio* de igualdad legal, es el fruto de una total incomprensión de la epistemología del juicio y en particular del especifico, insuprimible *momento de la actividad de juzgar que es la* ***comprensión equitativa*** *del hecho legalmente denotado; y que este equivoco se traduce de hecho en un sistema inicuo, que equipara*

injustamente situaciones iguales en cuanto a elementos denotados por la ley pero diversas en cuanto a los rasgos específicos del hecho. Dos hechos, hicimos ver entonces, aun cuando igualmente denotados como hurtos o como homicidios en proposiciones igualmente verdaderas, no son nunca del todo iguales: serán distintos, por singulares e irrepetibles, los móviles y las modalidades de la acción, la gravedad del daño, la intensidad de la culpa, las eventuales razones o justificaciones, etc. Estas especificidades -que hacen a cada hecho distinto de otro aun cuando este denotado por la misma figura de calificación legal constituyen en su conjunto la ***connotación*** *del caso sometido a juicio, cuya individualización y comprensión compete al juez no menos que la verificación o prueba de la* ***denotación*** *del hecho como delito ..." (Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", Editorial Trotta, ano 1995, pags. 403 y 404).*

Creemos necesario insistir en esta línea argumental que nos lleva al núcleo del planteo, sobre todo porque nos muestra la innecesariedad e incorrección de contraponer la equidad como un punto fuera de la legalidad o como algo contrapuesto o alternativo a ella, tan propio de pensamientos formalistas que sostienen que la equidad es una especie de correctivo o derogación del derecho positivo o como si ella fuera una derivación del derecho natural, conciencia social o lo justo más

allá de la ley. Al contrario, la equidad forma parte insuprimible de la función judicial, pues a través de tal regla se le prescribe al juez que efectúe una comprensión de todas las características accidentales, específicas o particulares del caso concreto que tiene que decidir, y que hacen a cada hecho distinto uno de otros, lo que tiene relevancia liminar para la valoración de la gravedad del injusto y para la graduación de la culpabilidad, esenciales para la determinación de la medida de la pena. Es decir, en el acto de juzgar, el juez ejerce tanto el poder de establecer la verdad jurídica mediante la interpretación de las normas, como el poder de poder de verificación fáctica por el cual efectúa la reconstrucción de los hechos conforme a pruebas, pero junto a estos poderes existe el poder que ejerce siguiendo la regla de la equidad y que se llama poder de connotación. Así, el juez no se limita a aseverar o negar conforme a pruebas o contrapruebas la tesis acusatoria, sino que también valora, a los fines de determinar la pena, tanto la gravedad del hecho en relación con el ámbito fáctico en el que él se produjo, teniendo en cuenta sus causas objetivas, motivos subjetivos, intensidad de la culpabilidad, es decir, las circunstancias específicas en las que el culpable ha actuado. Esto lo hace teniendo en cuenta pautas legales- como las de nuestro artículo 41 del Código Penal- , pero ella no puede prever todas las infinitas

circunstancias particulares de los casos reales, por lo que necesariamente la ley lo más que puede hacer es establecer criterios genéricos de valoración, por lo que el juez quien individualiza lo particular del hecho y las consiguientes valoraciones que vimos, todo lo cual configura la llamada equidad del juicio. Lo anterior lleva al maestro italiano que venimos citando, a afirmar que la equidad forma parte ineludible y es inmanente al acto de juzgar, pues es precisamente la comprensión de los singular lo que caracteriza a la función judicial y la distingue nítidamente de otras funciones meramente burocráticas o ejecutivas, ya que a través de este juicio sobre lo singular penetran tanto el contexto ambiental del hecho, las condiciones en que ha sido vivido y demás circunstancias efectivas humanas y sociales, factores esenciales en la determinación de una pena.

Se puede advertir, de esta forma, que la equidad no está fuera o en contraposición, o es una alternativa a la legalidad, sino que ella forma parte ineludible de la aplicación de la ley al caso concreto, que es una actividad cognoscitiva que requiere, repetimos, como condición necesaria, no solo la verificación mediante el establecimiento de la verdad fáctica y jurídica, sino también la llamada comprensión equitativa. De esta manera, podríamos decir genéricamente que la equidad forma parte

también de la legalidad estricta, si la entendemos a ésta como el respeto en el acto de juzgar de todas las condiciones necesarias exigidas por los principios constitucionales, pues el principio de legalidad, tal como lo afirma Zaffaroni, se concretiza no solo en el momento que la ley tipifica como delito una conducta en forma abstracta, sino especialmente cuando el juez la aplica al caso concreto, siendo el responsable de su vigencia efectiva. Así se puede comprender, entonces, que ni la legalidad es posible sin equidad, ni la equidad es posible fuera de la legalidad, puesto que si bien son dos dimensiones distintas que componen el del acto de juzgar, son lógicamente indisociables en la formación de éste último.

Ilustrando el parecer anterior, afirma pedagógicamente Ferrajoli que, así como los juicios pueden ser mas o menos ilegales según su grado de aproximación a la verdad procesal, lo juicios también pueden ser más o menos equitativos, según su grado de comprensión de las característica específicas y diferenciales del caso juzgado. Adviértase, por último, que todas las consideraciones anteriores no tienen nada de raro o que puedan estimarse rebuscadas, ya que se encuentran en perfecta sintonía con el razonamiento común de las personas, extremo puesto de manifiesto en el voto de la jueza González, quien conecta expresamente la reflexión doctrinaria de Ferrajoli con la de los legos, remitiéndonos al caso

"*BACHETTI (Expte. letra "B" n° 135579, ano 2006, Secretaria N° 2119/10/07, Cámara Undécima en lo Criminal de la Ciudad de Córdoba)* con la participación de diez jurados populares. En esta sentencia, expreso dicho tribunal técnico: "...*En la deliberación, los diez jurados populares (ocho titulares y dos suplentes), plantearon serios reparos -aun a sabiendas que no era materia de su competencia- en relación a la pena de "prisión perpetua" para los acusados de este hecho concreto. En sus frases mas sentidas, hicieron conocer que el "todo o nada" (pena de prisión perpetua pedida por el Fiscal o absolución solicitada por la Defensa) repugnaba al sentido común y por ende a su condición de soberano. A su vez se preguntaron males eran las razones por las que no había para esta causa, un mínimo y un máxima como en el catálogo de la mayoría de los tipos penales, que permitiera a los Jueces valorar en el caso concreto, el tenor del injusto, la culpabilidad y en definitiva el tratamiento a imponer, percibiendo en referencia a Bachetti y Santa Cruz, que cumplir un mínimo de treinta y cinco años de prisión para obtener la posibilidad de libertad, era excesivo. Las consideraciones de los jurados populares y lo planteado por la Defensa, nos colocan en la obligación de reformularnos la razonabilidad de la pena a prisión perpetua prevista para el homicidio agravado por el vinculo parental, pues en efecto, tras la desafortunada reforma al Código Penal, conocida como "ley Blumberg", los penados por*

este delito, siendo primarios, deberán pasar treinta y cinco anos en prisión, para que, gozando de buena conducta y concepto y con informes criminológicos favorables, puedan acceder a la libertad condicional. Es por ello entonces, que intentando alcanzar la armonía de la pena con la equidad, compañera constante de la justicia, nos debemos replantear la cuestión constitucional del precepto legal, para arribar a la aplicación de una pena justa ...". El tribunal mencionado expreso en esa ocasión, que "... *la aplicación de la pena al caso concreto no podia hacerse prescindiendo de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de exceso y mínima suficiencia, pues claramente el art. 28 de la Constitución Nacional establece que "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"...".*

En suma, con este contexto, no es necesario trabajar mucho la inteligencia, como para concluir en que una pena – como la perpetua- que no permite, en la determinación de su monto, tener en cuenta las circunstancias que hacen a su agravación o atenuación, impide la realización del juicio de equidad del que venimos hablando, y viola claramente el principio de culpabilidad, presupuesto ineludible para su fijación. Si esto es así, basta con la afectación de uno solo principio constitucional por parte de un instituto como para considerarlo no apto de

atravesar el tamiz o test de constitucionalidad, por lo que ya sería suficiente con este argumento para dar razón a la defensa en el punto, lo que nos exime de entrar en detalle sobre las valoraciones que afectan otros principios constitucionales como el de división de poderes, igualdad ante la ley, razonabilidad, proporcionalidad, prohibición de exceso y humanidad, entre otros. En este camino, basta con remitirnos, por ejemplo, a los fallos locales de la citada jueza y del juez Juliano Mario del Tribunal de Necochea en las causas "Luján","Quesada", "Tórtora" y otros, causas nros. 4075-0096,4228-01772 y 4532-0238, respectivamente, todos los cuales los cuales ahondan con solidez y suficiencia sobre los principios constitucionales que se violan con la previsión legal e imposición judicial de la pena de prisión perpetua.

7. Por último, habiendo resultado también perdidoso en el planteo de inconstitucionalidad, pareciera que no tendría sentido profundizar sobre los argumentos referidos al caso concreto. Sin embargo, ello es pertinente no solo por manda constitucional, sino porque su explicitación pone de relieve la flagrante afectación, no solo del principio básico para individualizar la pena, como el que ya analizamos de culpabilidad, sino los de proporcionalidad, igualdad ante la ley, prohibición de exceso y mínima suficiencia. Independientemente de todas

las reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales citadas aplicables al caso, nos basta con estar a la defensa material del imputado ejercida ante este tribunal de impugnación, quien con oraciones tajantes y contundentes, nos interpelaba, afirmando, suscintamente, que no entendía la imposición de la prisión perpetua que le aseguraba un mínimo de veinte años- o treinta y cinco, quizás- en prisión, dando como ejemplo de su incomprensión, la desigualdad sustancial que implicaba tal pena, ya que se trataba de la misma que se le impusieron a los genocidas argentinos de la última dictadura militar, agregando el ejemplo de un compañero de celda suyo, que habiendo cometido un homicidio y varios delitos contra la propiedad, se le unificaron las penas y le impusieron en definitiva nueve años de prisión. Asimismo, no se explicaba el imputado la parificación de su pena con esos casos, pues él no solo aceptó el hecho, sino que todo fue producto del temor y enojo frente a la desconsiderada contestación de un funcionario público, cuestiones que deberían tenerse en cuenta, según él -y toda la doctrina y jurisprudencia sobre la pena, agregamos nosotros- en el monto de ésta, demostrando con creces, según entendemos, la violación palmaria de los principios de proporcionalidad, prohibición de exceso y humanidad de las penas en el caso concreto. Por todo ello, teniendo en cuenta la falta total de antecedentes del condenado, su edad, la existencia

de dos hijos que mantener, las circunstancias en que tomó la decisión de golpear y los motivos de su accionar, es que la pena que estimamos justa en la deliberación es la que originariamente se le había impuesto, y de la que tuvo doble conforme jurisdiccional, esto es, quince años de prisión, la que, por otra parte, fue discutida y controlada por el imputado en todos sus aspectos fácticos en audiencia oral y pública. Así lo voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: En orden al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. M. C., y confirmar la sentencia Nº 7608/13, de fecha 8 de noviembre de 2013, que condenara al nombrado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por el delito de homicidio calificado (arts. 12, 29 inciso 3°, 45 y 80 inciso 8º del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad, el 8 de agosto de 2010 en un horario cercano a las 06:30 horas, en perjuicio de N. A. M. (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y tener presente la reserva de caso federal.-

De igual forma corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en 20 JUS y los honorarios profesionales del Dr. O. R. V., por su actuación como letrado apoderado de la parte querellante

autónoma, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de treinta (30) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 antes Ley 2.200-).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente, coincido con la propuesta del colega que vota en primer término: no hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. M. C., y confirmar la sentencia Nº 7608/13, de fecha 8 de noviembre de 2013, que condenara al nombrado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por el delito de homicidio calificado (arts. 12, 29 inciso 3°, 45 y 80 inciso 8º del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad, el 8 de agosto de 2010 en un horario cercano a las 06:30 horas, en perjuicio de N. A. M. (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y tener presente la reserva de caso federal.-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MINATTA** dijo:

De acuerdo al tratamiento de la primera cuestión, y sin perjuicio de mi disidencia corresponde que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la

Defensa del acusado J. M. C., y confirmar la sentencia Nº 7608/13, de fecha 8 de noviembre de 2013, que condenara al nombrado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por el delito de homicidio calificado (arts. 12, 29 inciso 3°, 45 y 80 inciso 8º del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad, el 8 de agosto de 2010 en un horario cercano a las 06:30 horas, en perjuicio de N. A. M. (arts. 374 y 382 y ss. del CPP) y tener presente la reserva de caso federal.-

Igualmente adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por mayoría, con la disidencia del Dr. Minatta,

----------**RESUELVE:**----------

1º) NO HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. M. C., y **confirmar** la sentencia Nº 7608/13, de fecha 8 de noviembre de 2013, que condenara al nombrado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por el delito de homicidio calificado (arts. 12, 29 inciso 3°, 45 y 80 inciso 8º del Código Penal), por el hecho ocurrido en esta ciudad, el 8 de agosto de 2010 en un horario cercano a las 06:30 horas, en perjuicio de N. A. M. (arts. 374 y 382 y ss. del CPP).------

---

2º) TENER presente la reserva de caso federal.----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en 20 JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 -antes Ley 2.200-).----------

-

4°) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. O. R. V., por su actuación como letrado apoderado de la parte querellante autónoma, por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de treinta (30) JUS (Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII

Nº 4 -antes Ley 2.200-).----------

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

El voto del Dr. Omar Florencio Minatta ha sido enviado por correo electrónico, en tanto el Dr. Martín Roberto Montenovo se encuentra en uso de licencia.Sentencia nº 7/14