En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew,integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"H.N., S. s/homicidio r/víctima - Trelew" (Carpeta6.791 OfiuJ Tw - Legajo 65.605 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Sr. Defensor Particular, Dr. A. Manyahuik en representación del imputado J. C. M., contra la sentencia dictadaen fecha 17/07/18 y registrada bajo el nro. 1760/18, por el Tribunal colegiado conformado por los Dres. Daniel Camilo Pérez, Patricia E. Reyes y Jorge D. Novarino, quienes, en orden al delito de homicidi o simple (art. 79 del C.P.) le impusieran al nombrado la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3ro del CP.).

El citado pronunciamiento se corresponde con el reenvío que decretara esta Cámara en lo Penal mediante Sentencia nro.:27/18 en fecha 13/03/18, por la que modificara la calificación legal impuesta en la sentencia nro. 2832/17 de fecha 02/11/17 y ordenara una nueva cesura de pena.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 25/10/18 en la sede de este tribunal, intervino el imputado J. C. M. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- con la asistencia técnica del Defensor Particular, Dr. A. M., oportunidad en que ratificara y ampliara la impugnación escrita y, en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial, el Sr. Fiscal, Dr. Fabián Moyano, quien solicitara se confirme la sentencia impugnada en todos sus términos.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Omar Florencio Minatta.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Interviene esta Cámara para revisar la resolución del diecisiete días del mes de julio de dos mil dieciocho, registrada bajo el numero 1760/2018, tras haberse sustanciado en audiencia la impugnación del condenado J. C. M., en cuanto se le impuso la pena de dieciocho (18) años de prisión, por haber sido considerado autor del delito de homicidio simple (art.79 del Código Penal).

2. La defensa acusó que el resolutorio judicial no tuvo en cuenta la Emergencia Carcelaria, declarada por el Sr. Gobernador mediante decreto.

Dijo también que dicha circunstancia tiene que ser tenida en cuenta para la aplicación de una pena, ya que el victimario pasa a ser una víctima de un Estado que no cumple con sus mandatos Constitucionales. Que la falta de presupuesto, hace que la reinserción y resocialización nunca sean objetivos del sistema carcelario, y que las penas se transforman a un carácter netamente reparatorio.

2.1 De la revisión del fallo con horizonte a este agravio, se reconoce los fundamentos desarrollados por los magistrados por los cuales no hicieron lugar al planteo.

2.2 El juez Novarino dijo que "*...si bien es indudablemente una cuestión que ocupa a los Jueces que tienen a cargo la ejecución de penas en esta Provincia, no puede ello ser motivo de invocación para requerir la aplicación de pena mínima. Por el contrario, de entender el letrado que la condición de los establecimientos penitenciarios -o los utilizados a tal fin- no reúnen las condiciones mínimas constitucionales, debió eventualmente -y sin perjuicio del mérito que se hubiera hecho del planteo- solicitar alguna medida alternativa a la prisión.*"

2.3 Del voto de la Juez Dra. Patricia Reyes, surge que en relación a la situación carcelaria "*...ha sido reconocida y está siendo atendida por el Poder Ejecutivo como responsable directo, he de decir que no puede ser evaluado como un atenuante de la pena a aplicar, máxime que el lugar donde está alojado el Sr. M. en el IPP de la Ruta N°3 cumple a mi entender con los requisitos mínimos exigidos para lugar de alojamiento de condenados.*"

2.4 Finalmente, el juez Camilo Pérez discrepó con el defensor sobre que el tema de la emergencia carcelaria,

puesto que a su criterio, la *".emergencia dictada, indica que hay superpoblación carcelaria y que es necesario la inversión en nuevas infraestructuras y/o nuevas unidades o pabellones, adquisiciones de dispositivos electrónicos para la prisión domiciliaria y nuevas alas en el instituto penitenciario nro. 1, más el sitio donde se ubica el interno es justamente dicho instituto, recientemente creado y que a mi criterio cumple con las mínimas exigencias establecidas en la ley de ejecución penal. Pero aun admitiendo lo que plantea el defensor, ello no puede constituir motivo o causa o fundamento valorable a la hora de imposición de pena."*

2.5 Como vemos, los jueces han respondido a la pretensión de la defensa, dando fundamentos de porqué el estado de las cárceles no debe operar como atenuante.

Sin perjuicio de ello, debo decir que el objetivo de la pena debe ser ayudar al condenado a orientarse en su vida, con mayor responsabilidad social. La pena sin dudas debe cumplir una función readaptadora, la que ha de ser el constante desafío para los operadores del Estado republicano: del que la ejecuta y del que la controla.

Teniendo muy en cuenta que dicha pena debe adecuarse al hecho y a la persona, también vengo sosteniendo que el criterio a utilizar para esa labor debe partir del mínimo legal de la escala del tipo penal, y es aquí en donde considero, incide el planteo de la defensa.

Como hiciera mención en intervenciones similares a ésta, soy de la idea coincidente con la corriente doctrinaria y jurisprudencial que toma esta forma de mensurar la pena, ya que la aplicación restrictiva del reproche del injusto por parte del Estado, debe ubicar al juzgador en los extremos menores de la escala penal, para, a partir de allí, ponderar los parámetros mensurativos que enumera la ley.

Ello así, estoy convencido que la realidad carcelaria determina a los jueces a comenzar su trabajo partiendo de los mínimos de la escala, y de allí evaluar en mas o en menos, la pena final que se imponga. No es que se la tome a esa realidad como una circunstancia atenuante en la labor mensurativa, sino que nos obliga a los jueces a comenzar esa labor desde los umbrales de la escala penal.

En tal sentido ha votado la otrora vocal de este

cuerpo, Dra. Mónica Rodríguez en los autos: “Cámara en lo penal de Esquel, in re: "Pcia del Chubut c/ Antieco Roberto - Antieco Franco", Nic 441, Nuf 3682).

Es que es el deber de prudencia que se impone a los jueces el que debe primar en tan delicada tarea, principio del que habla el precedente “PROVINCIA DEL CHUBUT c/M., J. C.”, Carpeta de la Oficina Judicial Esquel NIC N° 414-Legajo de Investigación N° 3193, en donde del voto del Dr. Montenovo extraemos: “Los principios de máxima limitación de la respuesta contingente, *pro homine*, y la realidad de nuestro sistema carcelario (que en los hechos genera tendencia a la criminalización secundaria), sugieren partir en el análisis, desde las cercanías a los mínimos establecidos”.

Las actuales condiciones carcelarias, deben mejorarse, y cual exige el recurrente, pretender que se estimule el trabajo dentro de las cárceles y no fomentar el ocio. Asi no se resocializa ni se repara nada.

3. Del monto de pena impuesta.

Del juez Novarino dijo que solo valoró las agravantes, no tuvo en cuenta la edad, la poca educación, y que M. es primario en condena. Es má,s dijo que el Fiscal si lo manifestó en su alegato, mas el juez no.

En la audiencia del artículo 385 del CPP, amplió diciendo que los jueces comenzaron la labor mensurativa, tomando la escala legal para su labor, cuando en realidad tuvieron que tener en cuenta que el máximo que solicitó la fiscalía fue de 22 años de prisión. Dijo también que no se explica del fallo, como han arribado a la pena de 18 años de prisión.

Por su parte, el titular de la acción penal dijo que los jueces fundaron debidamente en sus votos, las razones por las cuales llegaron a la pena impuesta.

Dijo que tuvieron en cuenta el uso de un cuchillo y el estado de indefensión de la víctima, su corta edad, el error en la persona por parte del imputado, por lo que solicitó finalmente se confirme la sentencia.

4. Tras la revisión del fallo venido en impugnación, se colige que si bien los fundamentos individuales permiten reflejar la construcción de la decisión de cada juez, que digno es reconocerlo, aflora producto de un razonamiento lógico que tiene en cuenta tanto las pautas atenuantes

como las agravantes del caso; al análisis conglobado de la sentencia dictada por el tribunal colegiado, observo que ha habido una insuficiente deliberación sobre los extremos que hacen a la labor de la cesura.

Para mensurar y aplicar correctamente una pena, no solo es necesario la aplicación de la ley en abstracto, sino que es necesario insertar los presupuestos del caso en concreto, fundando en el fallo cada uno de ellos que justifican el *quantum* del reproche, respetando los principios rectores de esta tarea: lesividad, culpabilidad y proporcionalidad. E

Esta tarea, muchas veces soslayada en las sentencias, merece ser destacada en cada control, puesto que incumbe a una de las garantías básicas que posee todo ciudadano, que es la de conocer los fundamentos del acto de gobierno como lo es un fallo judicial, y poder instar su revisión.

5. Así, si cotejamos pormenorizadamente la pieza judicial, podemos advertir:

5.1 En primer lugar, y partiendo este análisis por lo que comúnmente se desarrolla en el final, la absoluta coincidencia de los tres jueces en la valoración de las circunstancias atenuantes.

Los jueces Novarino, Reyes y Pérez, tomaron la escasa edad del imputado al momento de cometer el hecho, su escasa instrucción, y la ausencia de antecedentes computables, como atenuantes del reproche. Cada uno de ellos fue suficientemente fundado en sus votos.

5.2 Que de las circunstancias agravantes, también existieron algunas coincidencias.

5.2.1 Quizá la más patente es la que se refiere al total estado de indefensión de la víctima, así catalogada por los jueces Novarino y Pérez, y a la que la juez Reyes llamó aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

Los dos primeros jueces mencionados, relacionaron con este punto, el error del imputado sobre la persona de la víctima, cuestión ésta de la que nada dijo la doctora Reyes.

Novarino ponderó con del error sobre la persona,otro elemento de indefensión, puesto que "...S. H. no tenía motivo alguno de vigilia, resguardo o alerta,pues él no era el objetivo de M., sino su hermano D..”

Pérez consideró que la indefensión de la víctima surge nítida, ya que S. R. N. H. no sabía de la llegada de M., dado que no era la persona que había tenido el inconveniente anterior. Aclaró que según el fiscal, D. -su hermano- había reconocido al imputado como la persona con el cual había tenido un incidente.

Entiendo que esta agravante se encuentra sobradamente fundada, y se corresponden con las pruebas producidas tras el juicio, que amerita su consideración en este peldaño del proceso.

5.2.2 La segunda pauta agravante en donde se reconoce coincidencia en los jueces, es en la extensión del daño causado.

El juez Novarino, dijo que dicha circunstancia tiene que ver con haberse truncado la vida de un joven de veinte años, que se encontraba trabajando; similares fundamentos a los de la juez Reyes que dijo que el grave daño a la salud de la víctima, quien perdió la vida, y más adelante, que la corta edad de la víctima, se le trunco su expectativa de vida, su desarrollo personal y familiar a futuro, afectándose también a su familia directa. Por último, el juez Pérez dijo que la víctima era un joven de 20 años que según la versión fiscal tenía padres y hermanos, es decir una familia constituida y que la conducta del imputado le tronchó la vida a esta persona, que tenía por delante un futuro amplio en cuanto a expectativa de vida.

5.2.3 Siguiendo el análisis de la sentencia, empezamos a encontrar algunas disidencias de criterios en los jueces.

El primero se refiere al móvil del homicidio.

El doctor Novarino descartó que sea agravante de la pena el móvil fundado en la venganza invocada por la fiscalía, primando en este punto la oposición de la defensa, que dijo que no fue acreditado dicho móvil ni ningún otro.

Sin embargo, a renglón seguido el juez valoró como agravante la ausencia total de motivación y causa para desplegar la conducta que lo tiene por responsable; fundamento que puede sintetizarse con la frase inserta en su voto que reza: "... es que si resulta grave el hecho cometido por vengar antiguos entripados, cuánto más lo

será haber actuado sin siquiera tenerlos.”

La doctora Reyes dijo que poco se puede analizar del móvil del delito. Que sin perjuicio que se haya o no demostrado en el debate oral cual haya sido, a su criterio ".tampoco es un elemento que afecte a la conducta que como dije fue sorpresiva y desaprensiva para con la víctima con o sin motivación, ergo resulta injustificada y reprochable.”El juez Pérez no ponderó en más o en menos dicho baremo.

Como vemos, el primer juez descartó el móvil invocado por el acusador, pero sin que este haya sido invocado, consideró como agravante de la pena justamente la ausencia de motivos.

La segunda juez no lo tuvo en cuenta, y el tercero nada dijo.

5.2.4 Otro valor valorado como agravante para dos de los jueces, fue el medio utilizado para ultimar a la víctima.

La juez Reyes dijo que el uso de arma blanca de hoja afilada y de punta apta para producir heridas, que M. tenía entre sus prendas y sin dudar usó contra la víctima, produciéndole una herida punzocortante y penetrante, agrava la pena.

Pérez también agravó por el medio utilizado. Así lo dijo ".un arma blanca -un cuchillo- que mide 27 cm. de largo total, puntudo, afilado, que por sí solo significa un elemento con un poder ofensivo extraordinario y además utilizado en una parte vital del cuerpo humano”.

El juez Novarino agravó la pena por las características del hecho y la naturaleza de la acción desplegada, y aquí incluyó la violencia del ataque haciendo referencia a la utilización del elemento que garantizaba al atacante, el resultado buscado.

Los instrumentos utilizados por una persona para cometer un delito, sin dudas puedan habilitar una decisión que incumba mayor reproche, y ello debe justificarse no solo por la existencia en sí del objeto en el *inter criminis*, sino fundamentalmente, en empleo que dicho autor ha hecho de ellos, y que implique un mayor grado de responsabilidad.

Como pauta agravante, existe una relación directa del objeto con el autor que lo utilizó.

Es este punto una de esas circunstancias poco claras del fallo, puesto que si el medio empleado determinó un aumento de la pena, se desconoce si ello fue: por el uso de un cuchillo (forma objetiva), por la forma de utilizarlo (forma subjetiva), o si fue para asegurar los resultados con el empleo de fuerza suficiente para ultimar a una persona.

"La responsabilidad de los medios empleados implica el análisis en función de cada figura delictiva y en relación a la significación que adquiere en el contexto de cada caso particular.[1]"

5.2.5 Por ultimo, como pauta tenida en cuenta por uno solo de los jueces, el doctor Pérez incluyó como agravante la conducta posterior del imputado, y descartó la conducta precedente, extremos no analizados en modo alguno por ninguno de sus dos colegas.

6. De la solución del caso

6.1 La previsión de las pautas del artículo 41 del código penal sirven de orientación al juez para la determinación judicial de la pena, o mejor por el doctor Zaffaroni, para la imposición de "... *la cantidad y* [1] Determinacion Judicial de La Pena, Hilda Marchiori, Editorial Marcos Lerner, pagina 32.

calidad de poder punitivo que se *ejerce sobre una persona criminalizada..."* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *"Derecho General. Parte Genera/",* Ed. Ediar, 2a edición, Buenos Aires, 2002, página 993).

En dicha normativa no se otorga una valoración prefijada a cada presupuesto, ni siquiera se los identifica cuales son las circunstancias agravantes o atenuantes. Es por ello que en la decisión judicial de esta etapa del proceso, se le exige al magistrado mas que nunca, el deber de fundamentación explícita, que permita dar a cada elemento enumerado o no en la ley, su lugar; y con ello la posibilidad del control crítico racional de su decisión.

Es, como dice Hilda Marchiori en su obra Determinación Judicial de La Pena, "un procedimiento de adaptación de la pena legal al caso concreto[2].

En dicho sentido Ziffer dice que resulta *"imprescindible que se haga explícito* si se *valora* a *favor*

o *en contra, y en segundo lugar, por qué, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabiidad moral de ese aspecto de la conducta". (*ZIFFER, Patricia S., *"Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena* ", en *"Determinación judicial de la pena* ", compilador Julio B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 107*).*

6.2 Dicho lo dicho, a priori, el monto de la pena no parece arbitraria, pero a poco de analizar en detalle los votos, se coligen algunas concordancias y algunas discordancias en los parámetros tenidos en cuenta por los jueces para arribar a aquella.

Ello evidencia que no fueron debidamente deliberadas las variables que gravitan la faena. Si bien nos encontramos ante una decisión unánime en el lapso temporal de condena a imponer, existen problemas para reconocer las razones que la justifican. Es que [2] Editorial Marcos Lerner, pagina 14. existiendo las diferencias de criterios entre alguna de esas variables, los jueces arribaron al mismo resultado: 18 años de prisión.

Merece objetarse también que salvo el juez Pérez, dos de los sufragantes no aclararon desde que extremo de la escala penal comenzaron a realizar su valuación. Ninguno adjudicó valor provisorio (aunque sea por porcentuales) a las variables (léase atenuantes/agravantes) tenidas en cuenta para juzgar.

6.3 Todas aquellas consideraciones a las pautas que fueran detalladas en cada sub acápite del punto 5 de este voto, hacen a la calidad de la decisión, y que respetuosamente fueron observadas. Mas estimo que no corresponde revocar ni anular la decisión final del tribunal.

Como ya dijera más arriba, los fundamentos individuales de cada juez no son malos, ni contrarios a las leyes. Se identifican en ellos claramente un razonamiento que tuvo en cuenta las pautas legales que incidieron en la decisión final mediante una deducción lógica. Si acaso fueran votos de un tribunal unipersonal, nada se les podría achacar.

Es la insuficiente deliberación entre los miembros

del *A Quo* sobre alguno los extremos que hacen a la labor de la cesura, lo que merece sanearse, ya que puede ser más grave, exponer al imputado y al sistema todo, a un mayor tiempo de espera para la resolución final con un eventual reenvío.

Con esta consideración, en atención a la observación efectuada en el punto 5.2.3 de mi voto, relacionado al móvil del homicidio, el 5.2.4, relativo al medio empleado, y 5.2.5, en cuanto a las conducta precedente y posterior del imputado en el hecho, valorada por el juez Pérez, estimo pertinente descontar de la pena revisada, un cincuenta por ciento de la base de la escala penal del tipo legal. Es decir cuatro años de prisión.

¿Por qué cuatro años y no mas o no menos?

Recientemente me ha tocado intervenir como juez de debate en autos caratulados:"R., R. s/denuncia en rep. Hija menor Trelew ",Legajo 74249 de la Fiscalía, Carpeta Judicial 7602 Ofijud, en el cual utilicé este método, el que me parece útil para reflejar la tasación de la pena que se analiza para aplicar. Esto es se toma como unidad, el mínimo de la escala penal (en este caso, el homicidio del artículo 79 del código penal prevé ocho años), y la variación según el valor que jurisdiccionalmente se le dé, se refleja en un porcentaje de aquel: 20, 50 o 100 por ciento, por ejemplo.

No es un método que evite el reclamo, pero al menos lo justifica, y sobre todo, lo explica en forma clara a los ojos de quien pretenda interpretar la decisión.

Es por ello que así considero que la pena de 14 años de prisión por el delito de homicidio por el cual fuera condenado M., es la que debe imponerse en esta causa.

7. Por el modo de resolver, corresponde imponer las costas al imputado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y en materia de honorarios, voto por regular los honorarios profesionales del Defensor Particular, Dr. A. M., en la cantidad de VEINTE (20) JUS,. Ello, conforme a la labor llevada a cabo en la presente (arts. 5, *6 bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2200).

Así voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Que vienen estos folios a consideración de esta Cámara en lo Penal, nuevamente, luego que se fijara

pena contra J. C. M. a quien este Cuerpo - recurso de impugnación de sentencia mediante- lo encontró autor material del delito de Homicidio Simple, en resolución de fecha 17/07/18.

2. - En efecto, el Tribunal de la cesura consideró que la pena a imponer es de dieciocho años de prisión, por los fundamentos que se exponen en la sentencia, monto que es impugnado por la defensa técnica del condenado, abogado A. M., centrando sus agravios en tres ejes principales. Doy cuenta.

El primero, el hecho que los jueces fijan la sanción de la posible dentro de una escala que corre entre los ocho y los veinticinco años de prisión, pero, al requerir la Fiscalía veintidós, debió considerarse un parámetro menor.

Luego, manifiesta que toman los jueces la utilización de un cuchillo como agravante, tratándose del medio utilizado para matar.

Además, se queja acerca de que se desatendió su alusión a la emergencia carcelaria decretada en la Provincia del Chubut.

3. - Pero además, respecto de cada sufragio, realiza críticas en particular.

Contra el voto del Juez Novarino, aduce que si bien rechaza la agravante de haber sido el hecho una "venganza" -traído por la fiscalía-, empero toma como calificante la ausencia de motivo; respecto al voto del Juez Pérez, denuncia su subjetividad patentizada en una crítica subrepticia al voto de la Cámara en lo Penal.

4. - Puesto a resolver la corrección del fallo venido en apelación, he de principiar diciendo que han coincidido los tres jueces en la consideración como atenuantes de tres tópicos, a saber: La escasa edad del imputado, su falta de instrucción y la falta de antecedentes.

Que si bien no se dan razones por las cuales, necesariamente, dichos parámetros conducen inexorablemente a la reducción de la pena, no menos cierto es que tal apreciación es razonable, coincidente y de acuerdo con la merituación que realizó la Fiscalía.

5. - No es idéntica la situación respecto al rechazo de la solicitada reducción del monto punitivo en relación con la decretada emergencia carcelaria.

En este acápite, el juez Novarino entiende que no puede fundar la aplicación de la pena mínima -cuando el defensor solicitó se lo tenga en cuenta como atenuante, instando al letrado a solicitar alguna medida alternativa a la prisión; la Jueza Reyes, solo dijo que no puede ser *"evaluado como un atenuante de la pena... máxime que el lugar donde está alojado el Sr. M.. cumple a mi entender con los requisitos mínimos exigidos para lugar de alojamiento."*; el Juez Pérez, adhiere a la consideración anterior, en el sentido que a su criterio "*cumple con las mínimas exigencias establecidas en la ley de ejecución penal."*.

6. - En este aspecto, he de decir que, más allá que no se dan explicitas razones de por qué no puede ser el estado real de las cárceles motivo para disminuir el reproche por la culpabilidad, y amén que la opinión de los jueces en el sentido que el lugar de alojamiento actual cumple con los requisitos constitucionales, aparece, como mínimo, como una apreciación subjetiva de quienes suscribieron el fallo; el meollo de la cuestión debe transitar otro andarivel, tal como ha propuesto al pleno el colega Juez de Cámara, Roberto Adrián Barrios.

7. - En efecto, no transita la cuestión en determinar si las deficiencias carcelarias son o pueden ser parámetros para rebajar la sanción; la real dimensión del problema obliga a los magistrados, al momento de merituar la pena justa aplicable al caso, tener en cuenta la realidad carcelaria y, a causa de sus condiciones deplorables, detenerse a reflexionar en el imposible cumplimiento de la tarea asignada a la pena y que se proclama desde el discurso resocializador.

Continuando con mi pensamiento, este hecho de la realidad, que en la provincia se patentiza ante la falta de sistema penitenciario alguno, la ausencia de los organismos que ordena la ley 24.660, las altas tasas de mortalidad y morbilidad en las prisiones, obligan a que, al momento de iniciar el conteo de la cantidad de tiempo en que se encerrará a un ser humano la tarea debe iniciarse por el mínimo legal, tal como se ha dicho en antiguos precedentes de esta Cámara, a lo que se adosará, en caso de existir, las agravantes que fueran menester y, a posteriori, las atenuantes aplicables.

Repito entonces. No es que -como solicita el defensor- deban tenerse en cuenta las condiciones carcelarias para atenuar el reproche, pero si, necesariamente, en atención al fracaso evidente de los fines proclamados por el art. 1 de la ley de ejecución de penas privativas de libertad y al principio *pro homine*, entre otros, debe tenerse como un dato que obliga a comenzar la mensuración de la pena a partir de los mínimos legales.

8. - No lo han hecho así los jueces de la sentencia.

Sobre el tópico solo el Juez Daniel Pérez se manifestó pero, contra lo sostenido aquí, consideró que la magnitud del injusto lo *"trasporta al segundo segmento de la escala penal, es decir en forma superior a la media de la misma^".*

9.- Dicho esto, adelantando que el punto tendrá directa incidencia sobre la pena total que merece el condenado M., he de entrar a analizar la forma en que los jueces de la cesura han considerado las agravantes del caso.

De la lectura integral de la pieza jurisdiccional, se vislumbra la falta de deliberación y acuerdo sobre algunas de las pautas tenidas en cuenta para elevar la pena desde el mínimo y, a la sazón, ausencia de fundamentos explícitos acerca de las razones de la aplicación de otras.

10.- Vayamos por partes. Si es posible detectar, contra lo dicho antes que, efectivamente, han coincidido los tres jueces en tener en cuenta, correctamente y a los efectos del mayor reproche, la "indefensión de la víctima".

No puede dudarse que, tal como este Cuerpo lo ha reconocido en ocasión de tener contacto por primera vez con estos folios, el injusto reprochado, lindante con la agravante contenida en el art. 80, inc. 2, CP -la que se excluyó exclusivamente por la falta de seguridad del atacante el emprender contra la víctima y no por la ausencia de "traición"-, fue cometido aprovechando M. de la indefensión en que se entraba el sujeto pasivo, quien no esperaba un ataque en su contra y mientras se encontraba realizando tareas sobre su vehículo.

En este punto sí, han coincidido los magistrados en la consideración de tal pauta, que hace al capítulo materialidad del hecho, y han dado razones plausibles de por qué debe considerarse una agravante.

11.- También han coincidido en la extensión del daño

causado.

Al respecto han acordado darle a la edad de la víctima, su expectativa de vida y la afectación a su familia directa.

Sin embargo, sabido es que, luego de la expropiación del conflicto la victimas a que recurriera el sistema penal en los albores de su génesis, la excusa para aplicar sanción punitiva al autor es la afectación del bien jurídico protegido que ya escapa a la consideración personal del afectado, sino que se castiga por la afectación a el bien jurídico como ente, como entidad abstracta para evitar futuras repeticiones del fenómeno.

En otras palabras, al sancionarse la realización de una acción típica de homicidio, no se tiene en cuanta a la victima de carne y hueso, sino a la entidad "vida", en general, por lo que las condiciones personales de la víctima no podrían -en teoría- se tenidas en cuenta al momento del reprocho, salvo que, claro está, alguna de sus circunstancias se tenga expresamente en cuenta por el legislador para calificar el delito (vgr. "feminicidio", personal de las fuerzas de seguridad, parientes, etc.).

12. - Ahora bien. Como se adelantó se evidencia falta de deliberación en algunas de las agravantes tenidas en cuenta por los magistrados.

Por caso, los jueces Novarino y Pérez, tuvieron en cuenta para aumentar dosis de pena el *error in personam* en que incurrió M., lo que generó que la víctima no esperara el ataque; si bien la Juez Reyes no se refirió a ello, lo cierto es que mal puede tenerse en cuenta dicho extremo que ya ha sido tenido en cuenta al momento de analizar la indefensión.

13. - Otra muestra de falta de acuerdo en la consideración de las calificantes, se desprende del hecho que, al considerar el posible móvil del agente, el primero de los votantes lo descarta, pero alega en favor de que la ausencia de un móvil especifico es más gravoso, lo que no fue solicitado por la Fiscalía en su alegato; la segunda votante lo descarta y el Juez Pérez nada dice al respecto.

14. - Por último, la juez Reyes y el magistrado Pérez, no así el primero de los votantes, se refieren al medio utilizado, esto es, un arma blanca.

Tal como se ha dicho en autos "Comisaría Primera™" de

fecha 04/04/13 para descartar la aplicabilidad del art. 41 bis en los homicidios cometidos con arma de fuego, siendo de aplicación para los casos de otras armas o cualquier elemento utilizado para emprender el ataque, no puede agravar el injusto cualquier medio susceptible de poner en peligro el bien jurídico salvo en dos ocasiones: o bien que el medio sea previsto como agravante especifica (art. 80, inc. 2 o 5, por caso) o bien, cuando se comprueba que la efectiva utilización del instrumento por parte del autor -por conocimiento especiales o su forma de uso- imprima al caso mayor relevamiento de reproche.

15.- De todo ello, no habiéndose explicado suficientemente el "lugar" de la escala penal por la que se ingresa a la valuación, no explicándose como una sola agravante -si bien altamente reprochable teniendo en cuanta la aberración del aprovechamiento de la situación- pueda aumentar la pena diez años sobre el mínimo legal, no habiendo acuerdo sobre la totalidad de las calificantes ponderadas y no pudiéndose precisar en cuanto se habrían de descontar las atenuantes correctamente tenidas en cuenta, es que deviene necesario, con las pautas mencionadas de valoración y sin tener en cuenta las apuntadas, imponer al causante M. una pena de catorce años de prisión.

16.- En punto a las costas y honorarios de la Defensa, voto de conformidad a lo decidido por el colega que lidera esta sentencia.

Así voto.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Viene este caso a impugnación por agraviarse la defensa en cuanto al monto punitivo de veintidós años que los jueces de juicios le impusieron a su condenado, entendiendo que el *quantum* no debe sobrepasar el mínimo legal de ocho años.

Argumenta que los jueces partieron de un máximo de 25 años, cuando el fiscal había pedido 22, por lo que conforme al principio acusatorio éste es el máximo a imponer, criticando, además, que no se tiene para nada en cuenta la emergencia carcelaria de la provincia como atenuante, amén de que los jueces toman como agravante dos puntos que ya fueron valorados como constitutivos del tipo penal en esta sede para descalificar la alevosía, terminando por

peticionar el mínimo legal en tanto estamos ante un joven de veintidós años, sin instrucción alguna y sostén de familia.

2. Antes de decidir sobre el punto, recordemos brevemente el marco constitucional y convencional expreso que los jueces deben respetar como límites impuestos al poder punitivo.

En esta senda, tanto de la cantidad como de la calidad del poder punitivo que se habilite respecto de una persona a quien se le ha comprobado la comisión de un delito, es responsable únicamente la agencia judicial en la sentencia, es decir, que los jueces se hacen responsable de la respuesta que debe dar el Estado, en este caso determinando por ejemplo el monto de la prisión. Esta tarea, sin embargo, es una de las más complejas en su construcción y, sin duda, la más importante para el condenado por sus consecuencias- negativas por donde se la mire-, por lo que los fundamentos que los jueces penales dan en el punto deben ser suficientemente detallados y explicados en base a hechos empíricos probados por la fiscalía y no refutados por la defensa. A tal punto esto es así, que en el juicio por jurados no se habilita a éstos a imponer pena, sino que se estima que tal tarea es competencia de los jueces técnicos quienes deben fundar concretamente, a diferencia de los jurados, cada año de pena.

Sin embargo, a pesar de que los fundamentos o razones de una determinada pena en la sentencia tendría que ser el área más técnica y, por lo tanto, plétora de razonamientos jurídicos constitucionales y legales aplicables al supuesto de hecho ya comprobado como delito, se observa en la inmensa mayoría de las sentencias una falta o insuficiencia de fundamento específico que expliquen razonablemente determinados montos, ya no solo remitiéndose a frases hechas que reproducen textualmente las palabras del artículo 40 y 41 del Código Penal, sino que en ocasiones fundan un solo agravante y de allí deducen en forma desproporcionada la cantidad de años. Cabe recordar que esta arbitrariedad viene habilitada asentada por la parquedad y ambigüedad de la ley en materia de dosimetría de la pena, a la cual hay que agregar la poca reflexión que la doctrina le dedica al punto si comparamos

el espacio que dedica a la teoría del delito.

Recordemos que esta preocupación ha ido cambiando la perspectiva tanto en la dogmática penal como en la procesal penal, mediante propuestas como las del anteproyecto de reforma y actualización del Código Penal del año 2014, quien le dio a la tarea de determinación de la pena una importancia decisiva para evaluar la conformidad de la sentencia con la constitución y la ley al considerar el punto como motivo especial de agravio ordinario, mientras que nuestro código procesal estableció un juicio o debate para a pena desligado de la materialidad y autoría, aunque la consolidación de éstas prácticas y concientización de la importancia liminar del tema para el imputado va a llevar unos cuantos años al igual que las prácticas acusatorias.

En definitiva, la cuantificación penal es una tarea que está limitada estrictamente por principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos, tales como legalidad, máxima taxatividad legal e interpretativa, ley penal más benigna, proporcionalidad, trascendencia mínima, humanidad o prohibición de la crueldad de la doble punición que los jueces deberán analizar tanto en abstracto en cumplimiento de sus deberes de control, como en concreto, especialmente en éste último caso el principio de culpabilidad y su influencia determinante como medida de la pena.

Por último, recordemos que para determinar la cantidad y calidad de pena debemos tener en cuenta tanto la gravedad del injusto, como la culpabilidad o reproche que le hacemos al autor por haberlo cometido, para lo cual se tienen en cuenta diferentes rubros. Así, para la gravedad del injusto es determinante la naturaleza de la acción y la extensión del daño causado, como la intervención que le cupo a sujeto y la indefensión del bien jurídico, en tanto para el reproche estricto se evalúan tanto los motivos como el ámbito de autodeterminación que el sujeto tuvo al momento del hecho.

3. Como puede observarse habrá que respetar tanto los principios constitucionales y convencionales, como los legales del artículo 40 y 41 del Código penal, porque todos ellos forman el marco normativo imprescindible a tener en cuenta.

En el caso traído a resolver, la naturaleza de la acción es una fórmula sintética de la fuente de nuestro código que hace referencia al grado de injusto y que comprende tanto el grado de afectación del bien jurídico, como los medios utilizados y el peligro causado, así como la indefensión del bien jurídico.

Aquí debemos decir que todos los jueces razonan bien en cuanto a que la indefensión del bien jurídico es una de las pautas para graduar la gravedad del injusto, junto a los instrumentos y la extensión del daño o peligro, pero lo criticable es la idoneidad e influencia decisiva que le otorgan para subir diez años sobre el mínimo a tal agravante, puesto que ella sola no puede ameritar tamaño aumento sin afectar la proporcionalidad. Obsérvese que el monto de diez años que los jueces suman al mínimo de ocho, representan las dos terceras partes de la escala que va desde ése mínimo hasta el máximo de veintidós que pidió el fiscal, lo que en el caso es desproporcionado pues sólo es aceptable como agravante la indefensión de la víctima, no así el instrumento utilizado ni la juventud de la víctima, como veremos más adelante. En efecto, amén de esta agravante, los jueces hacen hincapié para agravar el injusto en orden a la naturaleza de la acción y la extensión del daño tanto al cuchillo utilizado como a la juventud de la víctima y la expectativa de vida que tenía por delante, puntos que no pueden autónomamente y descontextualizados agravar, ya que los homicidios en su inmensa mayoría se cometen con algún instrumento letal- y no con los puños, por ejemplo- , en tanto la juventud de la víctima tampoco puede ameritar más años en la cárcel por sí sola, sin profundizar ni intentar probar en el caso la extensión del daño real y efectivo causado, puesto que de lo contrario, como lo hacen los jueces, una vida humana vale más cuando se es más joven y va perdiendo valor con los años, lo cual no se sostiene desde una mirada respetuosa del derecho fundamental a la vida.

En definitiva, la única agravante amerita, en todo caso, como máximo subir una cantidad de años sobre el mínimo en los delitos contra la vida que represente la mitad entre el mínimo y máximo, esto es, quince años y luego considerar las atenuantes aceptadas de juventud del autor y falta de antecedentes penales, a lo que hay que

agregar la común atenuante para todos los condenados por cualquier delito que representa el deterioro físico y psíquico ineludible que importa la prisión, todo lo cual nos lleva a establecer en catorce años la pena merecida.

4. Por todo lo anterior, corresponde revisar el monto punitivo impuesto al ser desproporcionado no solo con la magnitud del injusto, sino también con la culpabilidad de un joven que recién llega a la mayoría de edad y de quien no puede esperarse precauciones y diligencias previas a una acción similar a un adulto, a semejanza del régimen penal juvenil, en tanto se tenga en cuenta que es una ficción considerar que la madurez se consigue automáticamente por haber cumplido dieciocho años. Es que no se comprende por qué sería un escándalo si impusiéramos a un menor tal pena una vez cumplido los dieciocho años y no se lo considera tal en este caso por la simple consideración de que cumplió hace poco la mayoría de edad y así lo alineamos directamente con la responsabilidad que le cabe a un adulto, prueba más que demostrativa de que nos manejamos con ficciones y no con realidades.

Asimismo, corresponde decidir directamente el punto en esta sede, pues ésta resolución no solo respeta los principios constitucionales en materia de penal y evita que se retrotraiga este proceso una vez más en clara afectación de la garantía del plazo razonable, sino que tampoco se vislumbra posibilidad cierta de que se le fije un monto considerablemente menor al que proponemos imponer.

5. En orden a las costas y honorarios, hago propia la propuesta del vocal que lidera el acuerdo.

Así lo voto.-

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. C. Emanuel M. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia Nro. 1760/18 dictada en fecha 17/07/18, modificando la pena impuesta en la sentencia recurrida, y fijándola en definitiva en catorce años de prisión, con costas, por el hecho ocurrido en fecha 31/05/16 en perjuicio de S. Rubén Alejandro H. N.;

2) Imponer las costas al imputado (arts. 239, 240, 241 y concs. Del CPP), regulando los honorarios profesionales del Defensor del Defensor Particular, Dr. A. M., en la cantidad de VEINTE (20) JUS. Ello, conforme a la labor llevada a cabo en la presente (arts. 5, *6 bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2200);

3) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

Roberto Adrián Barrios Omar Florencio Minatta

Registrada con el Nro.112/2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

C. Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara