PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, presidida por el doctor Mario Luis Vivas e integrada con los ministros M. A. Donnet y Natalia Spoturno, para dictar sentencia en los autos caratulados. **"B., D. A. s/ Homicidio calificado" carpeta judicial nro 6688 Comodoro Rivadavia" (Expediente N° 100.109 — Año 2015).**

Concluida la deliberación, se estableció el orden para la emisión de los votos que resulta de la providencia de fs. 789: Vivas, Donnet y Spoturno.

El juez **Mario Luis Vivas** dijo:

I) Antecedentes del caso. A modo de introducción, llevaré a cabo una breve reseña de las particulares circunstancias del proceso sometido a conocimiento y decisión de este Tribunal.

En fecha de 23 de abril de 2015 y mediante sentencia registrada bajo el número 1344/2015 y cosida a fojas 243/287, el Tribunal de juicio conformado por Jueces Penales de Comodoro Rivadavia, resolvió condenar a M. A. P. a la pena de prisión perpetua por la comisión de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con homicidio calificado en carácter de coautor (artículos 119 párrafo tercero, 80 inciso 7°, 45 y 55 del Código Penal), por el hecho acaecido el día 14 de Septiembre de

2013, del que resultó víctima la menor de edad Y. I. C..

Que la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia confirmó en todos sus términos la sentencia dictada mediante el resolutorio N° 20/2015 obrante a fojas 379 a 411 vuelta.

Que ante la impugnación extraordinaria fiscal por el rechazo de la imposición de la accesoria por tiempo indeterminado, este Superior Tribunal de Justicia mediante sentencia número 32/2016 del 22 de agosto de 2016, integrada la Sala Penal por los doctores Jorge Pfleger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Alejandro Javier Panizzi, dispuso: "1°) Declarar parcialmente procedente la impugnación extraordinaria, del Ministerio Público Fiscal obrante a fojas 426/453... 3°) *Declarar la nulidad de la sentencia en lo que concierne al rechazo de la aplicación de la pena conjunta de reclusión por tiempo indeterminado (art. 80 inc.* 7° *C.P.).* 4°) Remitir la causa a su asiento originario para la realización de un nuevo debate y decisión. 5°) Confirmar, en lo demás, la sentencia condenatoria ...".

Que expresamente los Ministros Pfleger y Rebagliati Russel entendieron que los argumentos utilizados por los Jueces de Juicio -en referencia al fallo "Gramajo" de la CSJN-, no eran aplicables al caso y debía discutirse nuevamente dicho tópico introducido por la Fiscalía.

Que el tribunal de juicio conformado a tal efecto e integrado por los doctores Gladys Olavarría, Martín Cosmaro *y* Jorge Enrique

Odorisio, el 7 de junio de 2017, rechazó por segunda vez la aplicación de la accesoria por tiempo indeterminado mediante la sentencia N°2258/17 (hojas 704 a 720).

En virtud de lo resuelto, la acusadora interpuso nueva impugnación extraordinaria ante esta Sala Penal, a fojas 724 a 734.

Durante la audiencia del art. 385 del C.P.P las partes expusieron sus posiciones (Ver el documento añadido entre las hojas 786 a 788).

II) Hecho. Es menester recordar el sustrato fáctico, objeto de acusación en el debate:

"... el día 14 de Septiembre de 2013, siendo las 21.30 horas aproximadamente, en circunstancias en que Y. I. C., de 11 años de edad, retornaba a su domicilio luego de haber egresado de (sic) Supermercado L. A. - Sucursal N° X, sita en Av. Chile N° X del Barrio 30 de Octubre de ésta ciudad, el imputado M. A. P. abordó a la menor en intersección de Av. Chile y calle Marcelo Barceló de ésta ciudad, le exhibió una nota manuscrita de su puño y letra con la leyenda: *"Hija andá con el señore te ba a dar una Plata y me la Traes"* (sic). En tales circunstancias, mediante engaño mantuvo un breve intercambio de palabras, tomó la bolsa de compras que la menor llevaba consigo, la abrazó por la espalda, y se dirigieron a pie en dirección al barrio 30 de Octubre y en sentido contrario al domicilio de la menor sito en Sector X, Edificio X, Depto. X. Seguidamente continuó caminando junto a Y. I. C. por el Barrio 30 de Octubre hasta el ingreso de la Cancha de Fútbol del Club 30 de Octubre, atravesaron el campo de juego, y se dirigieron a la zona de descampado ubicado sobre el margen noroeste del campo de juego y en proximidades de la Antena de Radio Nacional. En tales

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

con fondo de surco con piel arrugada, escoriada y apergaminada..." (hojas 427 vta. a 428 vta.).

III) Impugnación extraordinaria fiscal.

Contra la segunda sentencia que dispuso rechazar la accesoria de reclusión perpetua por tiempo indeterminado, el fiscal general Martin Cárcamo interpuso impugnación extraordinaria. Argumentó que la resolución realizó una errónea aplicación de la ley sustantiva, al apartarse de las directrices vertidas por la Sala Penal respecto de la necesidad de mensurar el grado de reproche que merece el autor.

Que, en cambio, el Tribunal de juicio sustentó su análisis en los principios de proporcionalidad, de derecho penal de acto, en la prohibición de la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes y fin resocializador de la pena. El Fiscal citó Jurisprudencia y valoró que el precedente "Gramajo" de la Corte Suprema de Justicia en el considerando 29, indica que la inconstitucionalidad de la accesoria del articulo 52 no lo es respecto del artículo 80 del Código Penal.

Entendió el Fiscal que la resolución era dogmática, que prescindía de la plataforma fáctica acreditada y se había apartado de los lineamientos de la Sala.

El segundo agravio de la acusadora es la arbitrariedad y motivación insuficiente de la sentencia atacada; que el Tribunal analizó la edad biológica del condenado de forma aislada y la expectativa de vida media en contexto de encierro.

Que era razonable presumir el fallecimiento en dicha situación, por lo que consideró que la sentencia adolece de una adecuada fundamentación lógica y legal de conformidad con el artículo 169 de la Constitución Provincial y 25 del Código Procesal Penal.

Por todo ello solicitó que se revoque el rechazo a la reclusión por tiempo indeterminado como pena conjunta a la de prisión perpetua, que asuma la Sala Penal competencia positiva y aplique la medida solicitada o en su caso, se anule y reenvíe a la instancia.

IV) La solución del caso.

a. Sentencia de la Sala Penal que ordenó el reenvío.

Se impone principiar el análisis con el estudio de la manda efectuada por la Sala del Superior Tribunal de Justicia y el alcance de la misma, para luego verificar si la sentencia atacada en el recurso extraordinario incoado por el titular de la acción penal, merece ser revocada.

En el primer voto, el doctor Pfleger, señaló que "...si se pretende la aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado, estipulada como pena conjunta para el delito de que se trata, no resulta atinado el discurso de justificación exhibido en la sentencia... (ya que si bien la opinión mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que) ... correspondía "...declarar que, en el caso concreto, la pena de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal resulta inconstitucional"... También es verdad que el uso de la palabra "caso concreto" y la "baja lesividad" del delito de la condena dan sentido y limite a la declaración de

inconstitucionalidad decretada en Gramajo... Así, el concepto de esa pena no la hace inconstitucional "per se" sino que supedita su aplicación al grado de reproche que merece el injusto, al nivel de culpabilidad del autor. No ha de perderse de vista que en el considerando 29 del precedente, la Corte dejó en claro que "...en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados. En efecto, la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de la multirreincidencia".... *La Ley, artículo 80 C. P, consagra, medíante el uso del verbo "poder" en la oración prescriptiva (la locución es "pudiendo") una facultad que poseen los Jueces de aplicar el artículo 52 del C.P;* ... Que los Magistrados del Juicio... han dado al precedente un alcance que no posee, sin explicar acabadamente tampoco, la razón de la exclusión de la pena conjunta frente a la proposición de la Fiscalía.... el art. 80 determina una pena principal: la prisión perpetua, y una conjunta: reclusión por tiempo indeterminado, aunque esta pueda o no aplicarse.... Mi posición es, entonces, que, en esa exclusiva porción... la sentencia sea anulada y el caso reenviado para que, por quien corresponda, se discuta y de respuesta al tópico...".

Por su parte, el ministro Panizzi manifestó "...Analizaré el planteo acusatorio relativo a la aplicación de la pena de reclusión por tiempo indeterminado. Más allá del alcance que le dieron los jueces al fallo de la suprema corte nacional en el que sustentaron sus decisiones ("Gramajo"), lo cierto es que expresamente han declinado del ejercicio de la facultad que la ley les confiere. El artículo 80 del Código Penal establece que la *aplicación del artículo 52 de ese mismo ordenamiento, es potestativa para los jueces, lo que, va de suyo, no los obliga a imponer tan excepcional instituto, como lo es la reclusión por tiempo indeterminado* (a pesar de que, insisto, la vía estaría habilitada por la norma). De manera tal que, rechazaré este tramo del agravio de la Fiscalía. En definitiva, acogeré parcialmente la

impugnación extraordinaria de los acusadores públicos... y confirmando en todo lo demás la sentencia condenatoria y el pronunciamiento del tribunal revisor...".

Finalmente, el doctor Rebagliati Russel, indicó que "...Los artículos que cita el Ministerio Público Fiscal son el 80 inc. 7° y 52 del CP, y argumenta que el tribunal cayó en un caso de errónea aplicación del derecho vigente. Entiendo que los argumentos que dieron los jueces para no aplicar la medida reclamada son infundados. Así, se limitan a indicar lo resuelto por el Alto Tribunal en el caso Gramajo, y no analizan el precedente ni explican porque se aplica al presente caso. *Concuerdo con el ministro Panizzi que es facultativo para los jueces la decisión de aplicar, o no, el instituto, pero también habré de coincidir con el doctor Pfleger, en cuanto a que el tribunal hizo una errónea interpretación del fallo Gramajo, y no dieron explicaciones de por qué no aplicaban la medida conjunta que solicitó el ministerio público fiscal.* Siendo ello así, acompaño la postura del doctor Pfleger de anular la parte de la sentencia que se refiere a la aplicación de la pena conjunta, y reenviar a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, para que en este aspecto se discuta y responda él planteo..." .

Resulta fundamental destacar que los tres ministros de la Sala Penal, por unanimidad, concordaron que la imposición de la pena accesoria de reclusión, se trata de una facultad propia del Juez que impone la pena. Que ello surge de la interpretación gramatical de la norma cuando establece "pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52..." (artículo 80 del código de sustantivo).

Sin embargo, los doctores Pfleger y Rebagliati Russel entendieron que la justificación de la accesoria debía estar expresamente fundada, y no correspondía la referencia al fallo "Gramajo" de la Corte Nacional.

En definitiva, por mayoría, la sentencia anuló la resolución que rechazó la aplicación de la pena accesoria y ordenó un nuevo tratamiento del tema. Así, la manda a los nuevos jueces no radicó en el análisis de la culpabilidad del condenado para

determinar el rechazo o no de la medida -como pretende la fiscalía-, sino en la debida fundamentación de los votos.

2.Resolución atacada.

Que el tribunal del reenvío al momento de resolver realizó un nuevo análisis de la petición fiscal, y coincidieron en los argumentos los tres votos.

La jueza Olavarría, primera en el orden, inició su análisis recordando que la finalidad de la pena en el sistema constitucional, tratados internacionales y ley 24.660, es la resocialización del condenado. "... Es función de los jueces posibilitar que el mismo pueda acceder al medio libre en algún momento de su condena, si es que se cumplen los requisitos legales para su soltura. La resocialización tiene relación con el principio de progresividad... y para que (la pena) no se convierta en inhumana y degradante, debemos asegurar que en algún momento la persona pueda lograr su acceso al medio social. Sin embargo, en el presente caso, la materialización de la pretensión del fiscal parece muy lejana, puesto que prácticamente, con la pena que ha impuesto el tribunal de juicio (prisión perpetua), posiblemente P. encuentre el fin de sus días en contexto de encierro...". Continuó la jueza argumentando que, como P. no podría acceder a la libertad condicional ni otros beneficios, debe considerar que en ese momento "...P. cuenta con 44 años de edad... y al menos, deberá cumplir 35 años de condena para obtener la libertad por resolución fundada (art. 13 C.P)... podría realizar el planteo de su libertad condicional a los 76 años de edad aproximadamente... pero si cumple la pena de prisión perpetua... lo cierto es que volvería al medio libre a los 91 años de edad..." Y que., según la estadística de la Organización Mundial de la Salud, la esperanza de vida de una persona de sexo masculino, es de 76,3 años; y si se le suma la degradación que viven las personas en contexto de encierro, el promedio de vida está muy por debajo. Que si se le suman los cinco años de la pena de reclusión accesoria (81 o 96 años), "...se tornaría prácticamente imposible la materialización de la pena que pide la fiscalía... existe alta probabilidad de que P. haya fallecido, por lo tanto, la petición dé la fiscalía se torna inaplicable...".

Los argumentos brindados por los jueces Odorisio y Cosmaro concordaron esencialmente con los reseñados precedentemente.

3.Conclusión.

De todo lo expuesto, dos cuestiones son fundamentales para resolver. En primer lugar, que la resolución dictada por los jueces del reenvío se halla fundada lógica y legalmente, por lo que cumple con los estándares requeridos en el artículo 25 del código procesal y el artículo 169 de la Constitución Provincial. Los magistrados, tal como lo sostuvo la Defensa ante esta Sala, han explicado las razones por las cuales consideraron que no resultaba aplicable la pena requerida por la acusadora.

Por otro lado, cierto es que los tres ministros de la Sala Penal que ya resolvieron en estos actuados, coincidieron en que la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en los artículos 80 y 52 del código de fondo, resulta potestativa del juez.

La Sala sólo anuló y reenvió para que se funde el rechazo de la accesoria pero no dispuso que el análisis debía realizarse a través del prisma de la culpabilidad, como pretende la fiscalía.

La distinta integración de la Sala no puede ir en perjuicio de la firmeza de aquella resolución, por lo cual, sin dudas, en esta instancia y teniendo en cuenta los tópicos enunciados, corresponde confirmar la sentencia dictada con motivo del reenvío en todos sus términos.

4. Obiter dictum.

No puedo dejar de manifestar, que el grado de reproche que merece el injusto a nivel de la culpabilidad del condenado, en el caso concreto, es la coordenada que habilita al juez a aplicar la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (artículos 52 y 80 del código penal).

En tal sentido, comparto la posición adoptada por el ministro Jorge Pfleger en estos actuados a fojas 586 vuelta a 588.

Ahora bien, a la luz de dicha premisa, corresponde enfatizar la magnitud del contenido ilícito de injusto que presenta el caso concreto.

Es que la fiscalía indicó que se vulneraron dos bienes jurídicos -come—la vida e integridad sexual-, que la víctima era una niña de once años, y que se le provocaron lesiones múltiples en la vagina y en el ano.

Me hallo convencido de que el hecho implicó una violencia y gravedad inusitadas y, es por ello, que hubiese sido justa y adecuada la aplicación de la pena accesoria, tal como autoriza el artículo 80 del código de fondo.

Sin embargo, más allá de mi personal posición, no me queda más opción que desechar el planteo fiscal. Ello, en virtud de que los votos de la sentencia hoy impugnada fueron suficientemente fundados (cumpliendo la oportuna y firme manda de esta Sala Penal con otra integración), y que el legislador estableció expresamente que la reclusión por tiempo indeterminado resulta potestativa del juez.

En consecuencia, corresponde declarar improcedente la impugnación extraordinaria interpuesta, y confirmar la sentencia del Tribunal de Juicio.

Así me expido y voto.

El juez M. A. Donnet dijo:

1. El Ministro Vivas, quien me precede en la votación, ha efectuado una reseña cabal de los antecedentes de la causa, y de los cuestionamientos que integran la impugnación extraordinaria que motiva la intervención de la Sala. También ha transcripto los pasajes, relevantes para la decisión del caso, de la primera sentencia de esta Sala, así como de la decisión dictada en su consecuencia por el tribunal de reenvío.

No incurriré en reiteraciones inconducentes. Hago propio dicho resumen y pasaré, sin más preámbulo, a dar mi punto de vista sobre la cuestión a resolver.

2. Coincido con mi colega en cuanto a la interpretación que debe darse a la sentencia definitiva n° 32/2016 ya dictada por la Sala en esta causa.

Los Ministros Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell concluyeron, de modo unánime, que la imposición accesoria de la pena de reclusión constituía una posibilidad del tribunal que fija la pena, mas no una obligación.

En efecto, lo antedicho surge -y sin esfuerzo- de la primera fuente de interpretación de la ley, esto es, su propia letra: «Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, *pudiendo* aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare...» (Código Penal, articulo 80, primer párrafo; el destacado es propio).

El Tribunal también entendió, ahora por la mayoría conformada por los Ministros Pfleger y Rebagliati Russell, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sido erróneamente interpretada en esta causa (caso «Gramajo», Fallos 329:3680). Y que, como corolario de ello, correspondía el reenvío del caso para discutir y responder fundadamente el planteo del Ministerio Fiscal sobre la aplicación de' la pena conjunta (reclusión por tiempo indeterminado). La decisión, en estas condiciones, quedó firme.

Solo el Ministro Pfleger consideró, además, que la argumentación debía girar en torno al contenido de injusto del hecho atribuido. O, según sus palabras, "al nivel de culpabilidad del autor" (hoja 587).

3. El tribunal del reenvío cumplió con lo dispuesto por la Sala. Sustanció la cuestión, y dio respuesta fundada -negativa- al planteo deducido por el acusador estatal.

A tal fin, y como correctamente se resumió en el primer voto, cada uno de los jueces penales apoyó sus conclusiones en la edad del condenado, en el impacto deteriorante del encierro prolongado en las actuales condiciones carcelarias, y en la vigencia de los principios de humanidad, progresividad y proporcionalidad de las penas - entre otros-, con miras al objetivo constitucional de resocialización.

Esta argumentación satisface, razonablemente, las exigencias de fundamentación lógica y legal previstas en la ley (Constitución de la Provincia del Chubut, artículo 169; Código Procesal Penal, artículo 25).

3. Coincido, pues, con la propuesta del primer sufragio de declarar improcedente la impugnación extraordinaria deducida en autos, y de confirmar la sentencia venida en apelación.

Así voto.

La jueza **Natalia Spoturno** dijo:

a) En el primer voto quedó plasmado un completo resumen de los antecedentes y agravios de la causa. Además se explicaron los votos del primer fallo dictado por esta Sala; y la última sentencia, consecuencia del reenvío dispuesto en aquélla oportunidad.

b.) Se discutió en esta causa la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 80 del CP.

En la sentencia número 32/2016, dictada por este Cuerpo, los ministros decidieron, de manera unánime, que la aplicación de la accesoria del artículo 52 del CP para los supuestos de los homicidios calificados (artículo 80 del CP) es potestad de los jueces que dictan sentencia en el caso concreto.

Al mismo tiempo, los jueces Pfleger *y* Rebagliati Russell entendieron que el caso debía reenviarse para que se discuta y fundamente el planteo del Ministerio Público Fiscal, respecto a la aplicación de la pena conjunta.

Lo cierto es que, por unanimidad, se dijo que la imposición es facultativa, y, por mayoría se estableció que los magistrados deben fundamentar esta decisión. La cuestión en este sentido quedó firme.

En otras palabras, el único motivo por el cual se ordenó volver a enviar la sentencia a primera instancia, fue para que los jueces discutan y respondan el planteo de la aplicación de la pena conjunta.

Por consiguiente, observo que el tribunal que dictó el fallo luego del reenvío, satisfizo lo dispuesto por la Sala en lo Penal.

Así, de la lectura de la sentencia número 2258/2017 se desprende que los magistrados explicaron, de manera unánime, porqué rechazaron la petición del Ministerio Público Fiscal respecto de la aplicación de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado al condenado M. A. P.. Estos argumentos, a los fines que dispuso la Sala en lo Penal, son, suficientes para considerar cumplida la exigencia de fundamentación.

c) Por todo lo expuesto, coincido con los ministros preopinantes en declarar improcedente la impugnación extraordinaria interpuesta, y confirmar la sentencia en crisis.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- SENTENCIA----------

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria articulada por la Fiscalía (fojas 724 a 734)

2°) Confirmar en todas sus partes la sentencia condenatoria dictada respecto del imputado M. A. P..

3°) Protocólese y notifíquese.

MARIO LUIS VIVAS

MIGUEL ÁNGEL DONNET

ANTE MÍ

María Fernanda Gregorio
SECRETARIA a/c

NATALIA DEL SPOTURNO

REGISTRADA bajo el Nº 44 del Año 2019 CONSTE.-

María Fernanda Gregorio
SECRETARIA a/c