

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 25839/12 STJ

SENTENCIA Nº: 190

PROCESADO: R.E. L.V.

DELITO: HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO EN CONCURSO REAL  
CON VIOLACIÓN DE DOMICILIO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 12/11/12

FIRMANTES: MANSILLA BAROTTO SODERO NIEVAS EN ABSTENCIÓN

//MA, de noviembre de 2012.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto y Víctor Hugo Sodero Nievas, con la presidencia del tercero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “R.E., L.V. s/Homicidio s/ Casación” (Expte.Nº 25839/12 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:--

#### CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

#### VOTACIÓN

El señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:-----

-----1.- Antecedentes del caso:-----

----- Mediante Sentencia Nº 11, del día 14 de marzo de 2012, la Cámara Primera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial resolvió condenar a L.V.R.E. a la pena de quince años de prisión, accesorias del art. 12 del Código Penal y costas, por ser autor de homicidio calificado por el vínculo con circunstancias extraordinarias de atenuación, en concurso real con violación de domicilio (arts. 29, 55, 80 inc 1º e in fine, y 150 C.P.; fs. 520/549).-----

-----2.- Contra lo decidido, deducen sendos recursos de casación la señora Fiscal de

Cámara (fs. 554/559) y la señora Defensora Oficial (fs. 560/568), los que fueron declarados formalmente admisibles por el Tribunal de origen

///2.- (fs. 570/574) y por este Cuerpo (fs. 581/582).- - - -

-----3.- Luego se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por las partes.- - - - -

-----4.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo con la asistencia del señor Fiscal General subrogante doctor Juan Ramón Peralta y la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí, los miembros del Tribunal pasan a deliberar.- - - - -

-----5.- Recurso de casación de la señora Fiscal de Cámara:-

----- El Ministerio Público Fiscal se agravia por la aplicación de circunstancias atenuantes, que implican claramente la existencia de circunstancias extraordinarias, no de situaciones genéricas, sino singulares, especiales y específicas. Agrega que no basta con señalar que han existido entre víctima y victimario “estados de índole afectiva”, como se argumenta en la sentencia impugnada, pues -huelga decirlo- entre ascendientes y descendientes, o entre cónyuges, en la generalidad de los casos habrá cuestiones de “índole afectiva” que motiven el hecho, y tal ambigua expresión da precisamente cabida a la agravante del art. 80 del Código Penal y, según la Cámara, a la atenuante. Refiere que seguir la interpretación del sentenciante es derogar implícitamente la agravante del vínculo, pues siempre habrá de por medio estados afectivos, lo que obviamente no fue tenido en miras por el legislador.- - - - -

----- También se agravia del razonamiento del sentenciante, porque la agravante del 80 inc. 1 se basa en la existencia de un vínculo jurídico, y este únicamente cesa y da paso a la figura del art. 79 mediante la sentencia de divorcio, de

///3.- modo que pretender incluir en las circunstancias extraordinarias la existencia solamente de ‘una desnaturalización del vínculo por separación de hecho’ implica violentar abiertamente el fundamento de la agravante, que nace producto del vínculo y se mantiene por su existencia. Insiste en que las circunstancias extraordinarias de atenuación aluden a otros y particularísimos casos.- - - - -

----- En abono de su postura, cita la doctrina que subsume el caso de autos y señala que lejos está del criterio sostenido por el sentenciante en estos autos. Manifiesta que, reconocido en la sentencia que el hecho ha sido producto de una “exaltación de ánimo”, “de la interioridad del sujeto”, “de su carácter”, “de rumiar sus propios pensamientos y no haber asumido la situación que se venía dando”, no ha existido objetivamente

ninguna “circunstancia extraordinaria” y no hubo detonantes que motivaran la aplicación de la minorante, y menos aun que esa circunstancia haya sido del orden de lo extraordinario, fuera de lo normal.- - - - -

----- También entiende arbitrario señalar que la sola circunstancia de que el autor haya estado separado de hecho de la víctima desde hacía un año sea motivo suficiente por sí solo- pues, si bien ello podría ser un elemento a considerar, necesariamente se requiere una circunstancia desencadenante de extrema gravedad para la aplicación de la minorante, la que no se da en el caso de autos.- - - - -

----- Con tales argumentos, pide que se case la sentencia y se condene al imputado a la pena de prisión perpetua, por el

///4.- delito de homicidio agravado por el vínculo (80 inc. 1º C.P. ) en concurso real con violación del domicilio (150 C.P.).- - - - -

-----6.- Recurso de casación de la señora Defensora oficial:

----- La defensa estima que el Juez subrogante de la Cámara doctor Oscar A. Gatti debió excusarse de intervenir en calidad de Juez de sentencia en estas actuaciones, porque participó en la etapa instructoria en calidad de Juez subrogante de feria, lo que surge del acta de procedimiento obrante a fs. 1 a 5 vta., donde consta que se anotició telefónicamente al magistrado de la ocurrencia del hecho investigado en autos, por lo que este dio directivas al respecto y posteriormente se hizo presente en el escenario de los hechos, acompañado por su secretario, para supervisar las tareas que se desarrollaban en el lugar.- - - - -

----- Refiere además que en la testimonial del empleado policial Carlos Oscar Bruno (fs. 130/131) se advierte que el doctor Oscar Gatti como Juez de la causa se constituyó en el lugar y dispuso que R.E. quedara internado en el hospital local con la debida custodia, circunstancia que fue ratificada en la audiencia oral y pública.- - - - -

----- Considera, tal como se encuentra regulado en el art. 46 de la Ley Orgánica, que el juez que juzga no instruye, sin distinguir duración o intensidad de dicha actuación.- -

----- Señala que se vulneran las garantías constitucionales de derecho de defensa en juicio y de imparcialidad, ya que esta última “supone que el Tribunal o Juez no tiene opiniones sobre el caso sub judice... De tal modo dicho magistrado llega a la audiencia de debate con este plus de

///5.- conocimiento que torna al menos dudosa su imparcialidad”.- - - - -

- - - - -

----- Finalmente, solicita que se haga lugar al recurso de casación interpuesto y se

declare la nulidad de la sentencia y de las audiencias de debate realizadas.- - - - -

-----7.- Dictamen del señor Fiscal General subrogante:- - -

-----7.1.- Contestación del recurso de la defensa:- - - - -

----- El funcionario afirma que este Cuerpo ha entendido que los actos cumplidos en la instrucción conllevan la nulidad como consecuencia de su posterior intervención como juez correccional (Se. 86/11 STJRNSP), sin perjuicio de reconocer que no todos los actos de instrucción que este realice en la instrucción puedan configurar impedimentos objetivos para su posterior actuación como juez del juicio.- - - - -

----- Expresa que corresponde verificar en cada caso puntual si se dan los presupuestos de un ejercicio abusivo de la función judicial por parte del juez que interviene en la etapa del juicio, en función de su anterior desempeño en la etapa de instrucción y, si así fuere, deberá determinarse si ello amerita la sanción de nulidad de los actos del juicio ya cumplidos.- - - - -

----- Argumenta asimismo que de los actos realizados por el juez en la etapa de instrucción no puede desprenderse la necesidad de que este haya meritado si el sospechoso “pudo” haber sido el autor del ilícito consumado, remarcando que actuó únicamente el día en que lo anoticiaron del hecho, situación en la que concurrió para asegurar la escena del crimen, pero desconocía absolutamente en qué dirección desembocarían los medios de prueba subsiguientes, sin

///6.- posibilidad alguna de plantearse una opinión objetiva al respecto. Por ende, continúa la Fiscalía, por oposición a la jurisprudencia expuesta, la actuación del doctor Gatti en la etapa de juicio no ha vulnerado la imparcialidad. En abono de lo que viene diciendo, señala que el magistrado referido ha votado en tercer término, al margen de que los dos primeros votantes ya se habían pronunciado y en idéntico sentido, por lo que, aun en la más rigurosa de las formalidades, podría anularse su intervención y quedar subsistente el fallo porque alcanzó la mayoría requerida.- -

----- El doctor Juan Ramón Peralta cita doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que remite al cumplimiento de los tratados internacionales de jerarquía constitucional y brega por un sistema judicial imparcial, pero entiende que ello no obsta a determinar si en el caso particular es plausible establecer que la simple y mera intervención de un magistrado en la instrucción lo veda de intervenir en la etapa del juicio.- - - - -

----- Afirma que admitir la nulidad en esta causa desvirtúa el concepto de justicia en pos de un extremo formalismo garantista a favor de la defensa que violenta el principio de

igualdad de armas procesales y no salvaguarda la imparcialidad de ninguna posible vulneración.- - - - -

----- Por lo expuesto, entiende que corresponde rechazar el recurso de la defensa.- - - - -

-----7.2.- Sosténimiento de los agravios de la señora Fiscal de Cámara:- - - - -

----- En este punto, el Fiscal General subrogante sostiene todos los términos de los agravios de la señora Fiscal de

///7.- Cámara cuando concluye que la sentencia ha realizado una errónea aplicación de la ley sustantiva en tanto no acredita ni da cuentas de cómo se configuran las circunstancias objetivas que habilitan la excepcional atenuación al homicidio agravado por el vínculo (art. 80 último párrafo C.P.).- - - - -

----- Es decir agrega-, la “exaltación nerviosa o de ánimo” aludida como circunstancia extraordinaria en la sentencia se halla presente generalmente en cualquier clase de homicidio agravado por el vínculo; por ende, no logra operar como una circunstancia extraordinaria de atenuación, pues solo constituye un factor psicológico autogenerado por el mismo R.E. y no estuvo motivado suficientemente ni justificado por factores objetivos externos, sino que resultó consecuencia del propio fuero interno del imputado, quien planificó y decidió acudir a discutir y enfrentar a su mujer arma blanca en mano, conscientemente, y finalmente logró el resultado fulminante contra esta. Ello da cuenta de que ya lo tenía decidido y lo había pensado, tal como afirma la misma resolución recurrida.- - - - -

----- La doctora Zaratiegui cita además el informe del peritaje psicológico (fs. 272/273) y argumenta que permite descartar absolutamente la posibilidad de una emoción exculpante pues de él surge un elemento de cargo esencial para sostener la inaplicabilidad de circunstancias extraordinarias atenuantes, en tanto no consta la existencia de algún estado psicológico que haya podido alterar la capacidad de comprensión y la voluntad del imputado al momento del hecho.- - - - -

///8.-- Por todo lo expuesto, entiende que corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado.- - - - -

-----7.3.- En la audiencia de debate desarrollada ante este Cuerpo mantuvo los argumentos del dictamen.- - - - -

-----8.- Dictamen de la señora Defensora General:- - - - -

-----8.1.- La titular del Ministerio Público de la Defensa manifiesta que, analizado el escrito de la recurrente, adhiere a los fundamentos vertidos por compartirlos plenamente.- - - - -

----- Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y afirma que las circunstancias del caso acarrearán la nulidad absoluta de la sentencia, por cuanto viola el derecho a un debido proceso (art. 18 C.Nac.), dado que se ha quebrantado el principio del juez imparcial. Por ello, solicita que se haga lugar a la casación de la señora Defensora Oficial.- -

-----8.2.- En las breves notas adjuntadas en la audiencia, sostiene que el recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal no puede prosperar por cuanto los fundamentos de la sentencia en crisis se ajustan a derecho, no solo en cuanto a las disposiciones del art. 80 in fine Código Penal, sino también con respecto a los principios de derecho penal mínimo y última ratio.- - - - -

----- Señala que el Tribunal de condena consideró aceptable que R.E., al momento de cometer el hecho y sobre todo después-, haya estado preso de un estado de exaltación nerviosa y, por tal motivo, fijó la pena considerando la existencia de circunstancias extraordinarias que autorizan la atenuación de la sanción (art. 80 in fine C.P.). En sustento de ello, concibió como evidente que “el hecho fue

//9.- cometido en un momento de exaltación, corolario de una historia pasional que afectaba al imputado desde hacía varios meses. Nótese cuán severo fue el impacto emocional posterior al hecho, que se produjo grandes cortes intentando suicidarse, presa de un estado de shock”.- - - - -

----- Refiere que la sumatoria de afrentas hizo que el señor R.E. se enneguerciera y le ocasionara las lesiones que le causarían la muerte a su ex pareja. Agrega que la última de las humillaciones, la agresión verbal en relación con la paternidad de las hijas del matrimonio, debe ser mensurada por el juzgador sin obviar su análisis en el contexto familiar, por cuanto la señorita M.F.R. no era hija del imputado, sino que había sido reconocida por este mediante un acuerdo de los por entonces cónyuges (fs 482). Señala que a ello se suma la existencia de un hijo de la señora S. anterior al matrimonio, ocultado durante años por su madre y que era llamado “tío” por sus hermanas (fs. 482). En consecuencia, concluye que es dable considerar que los dichos de la víctima -en cuanto a la negación de la paternidad- terminaron de perturbar, alterar e irritar a R.E., a lo que se añaden el encrespamiento causado por la deuda dineraria y la relación afectiva que mantenía la víctima con el señor Balboa, todo ello en cabeza de un hombre con una

personalidad rígida, impulsiva, con tendencia a la explosividad, hipersensible al rechazo y con dificultades en el control impulsivo emocional (informe pericial de fs. 271/273). Todas estas circunstancias, continúa, no fueron obviadas por el Tribunal de condena y ameritan en esta instancia la confirmación de

///10.- la pena impuesta.- - - - -

----- En lo que respecta a la separación de hecho de los ex cónyuges, manifiesta que es una realidad que fue reconocida y valorada correctamente por la Cámara sentenciante, dado que es justamente esa circunstancia la que ha condicionado la posibilidad de enmarcar la conducta delictual de R.E. en la atenuante prevista en el art. 80 in fine del código sustantivo.- - - - -

----- Por otra parte, la funcionaria entiende que la pena de prisión perpetua implica no solo una contradicción absoluta con el fin resocializador de la sanción que procura la Ley 26660, sino también que obliga a la persona a morir en prisión, con lo que se viola la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes, por cuanto se determina de manera indirecta una muerte civil, se quita todo sentido al acceso a la rehabilitación y se estigmatiza de por vida al condenado.- - -

-----

-----8.3- En su exposición en la audiencia de debate, se exploya en similar sentido.- - -

-----

-----9.- Hechos reprochados y de condena:- - - - -

-----9.1.- Se reprocha el siguiente hecho, ocurrido en Allen: El día 23 de julio de 2010, a las 10,00 hs aprox., el imputado R.E. se hizo presente en el domicilio de la familia Diomedi, sito en Tomás Orell N° 24/26, lugar donde trabajaba su esposa M.G.S., de la que se encontraba separado desde hacía unos meses. En esas circunstancias, la señora S. salió a la vereda por la puerta del garage y se encontró con R.E., quien ingresó a la vivienda, en la que permaneció por unos

///11.- momentos, hasta que ambos retornaron al exterior. Ya fuera y frente al garage de la vivienda familiar, el imputado extrajo un cuchillo tipo carnicero, de unos 34 cm de longitud, y con movimientos de arriba hacia abajo asestó a la víctima varios puntazos, lo que produjo que esta se desplomara sobre la vereda. Seguidamente continuó con su ataque asestándole nuevas puñaladas, y la víctima quedó tendida en el lugar. Por el ataque, S. resultó con catorce lesiones, que se describen detalladamente a fs. 335. La profusa hemorragia interna por la herida del corazón, concomitante con la hemorragia intraperitoneal por la herida en el hígado, además de las múltiples heridas de arma

blanca en las otras partes del cuerpo, fueron la causa de su muerte, poco después y en el mismo lugar del ataque. Luego del acometimiento, el enjuiciado R.E. reingresó a la vivienda de la familia Diomedi sin la autorización de quienes tenían derecho a excluirlo y allí permaneció hasta su aprehensión (fs. 520/521 y 538 in fine).- - - - -

-----9.2.- Por mayoría, la Cámara sostuvo que el homicidio calificado por el vínculo se cometió con circunstancias extraordinarias de atenuación, la que se argumenta de la siguiente forma: “Descartada la Emoción Violenta Excusable, juzgo que la decisión de acometer a M. no fue provocada externamente; ha sido una decisión que provino de su interioridad, de su carácter, de rumiar sus propios pensamientos ó de no haber asumido la situación que se venía dando desde hacía casi nueve meses.- Una exaltación del ánimo y una agresión inducida más por los propios procesos psicológicos del imputado que por provocaciones de la

///12.- víctima.- - - - -

----- “Como adelanté, es aceptable que R.E., al momento de cometer el hecho y sobre todo después- haya estado presa de un estado de exaltación nerviosa.- Es incluso frecuente que así suceda, porque tratándose de seres humanos normales, es difícil concebir que alguien cometa un homicidio sin sentirse conmocionado.- - - - -

----- “[...] Respecto de la ratio legis de la agravante del inc. 1º, no puede negarse que existiendo una separación de hecho, el vínculo entre los cónyuges queda desnaturalizado.- Así, se ha considerado procedente la atenuación cuando existe “[Una] separación de hecho entre los cónyuges, que debilitó la razón de ser de la calificante basada en el vínculo matrimonial...” (SCBA, cit. ROMERO VILLANUEVA, Horacio, Código Penal de la Nación Anotado, ed. Lexis Nexis, 2006, pag. 312, y en ed. Abeledo Perrot, Lexis Nexis, 2010, pag. 326...) (fs. 544 y 546).- - - - -

-----10.- Intervención del doctor Oscar A. Gatti:- - - - -

-----10.1.- El planteo de nulidad de la defensa formulado en el debate (en los mismos términos que en el recurso de casación) fue rechazado en la sentencia definitiva en razón de que la cuestión se encuentra precluida, en función de que ya había sido resuelta mediante auto de fecha 15/02/12, a cuyos términos cabe estar.- - - - -

----- En este sentido, el magistrado votante también agregó: “el Dr. GATTI intervino como Juez de Instrucción de FERIA sólo durante un día -el 23/7/2010- en las primeras diligencias llevadas a cabo una vez conocida la noticia criminis.- - - - -

-----

///13.-- “Al hacerse presente en el lugar del hecho, su actuación fue muy breve y se

limitó a las medidas iniciales rutinarias, casi automáticas, de aseguramiento de prueba y de coerción en la forma que lo establecen la rutina de procedimiento y lo dispuesto por los arts. 260/268 del CPP, sin tiempo material ni oportunidad para poder emitir juicio de mérito sobre culpabilidad o inocencia, para efectuar ningún análisis ni tomar posición sobre las circunstancias de hecho y derecho que hacen a la responsabilidad penal.- -

----- “Remito también al criterio sentado por el Superior Tribunal de Justicia sobre apreciación restrictiva de las recusaciones (\‘STJ- P.V.\’, sent. 06/10/2009) y sobre la improcedencia de recusar cuando los magistrados \‘no analizaron ni expresaron opinión, ni dieron razones ni certezas sobre las cuestiones de materialidad, participación, valoración de la prueba ó calificación jurídica\’ (\‘STJ- P.V.\’, sent. 06/10/2009, y \‘STJ- A.\’, sent. 17/12/2009)” (fs. 527/528).-----

-----10.2.- Doctrina del Superior Tribunal de Justicia y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

----- La “... tarea de determinar cuándo un magistrado debe abstenerse de actuar como juzgador por la posibilidad de encontrarse afectada su independencia e imparcialidad, se revela como casuística y vinculada con cada situación en particular” (Se. 208/07 STJRNSP). Para ello es necesario merituar el material de hecho con el que el juzgador estuvo en contacto, en el sentido de su posible influencia respecto de la culpabilidad del imputado, lo que resultaría opuesto a su imparcialidad objetiva, que intenta delimitar las //14.- funciones de instruir con la de juzgar (conf. Se. 104/00 STJRNSP).-----

----- Asimismo, “[e]s necesario remarcar la irrestricta sujeción a los principios constitucionales que regulan el debido proceso legal y la garantía de la imparcialidad. La garantía de defensa es específicamente para el imputado pero la garantía de imparcialidad es para todas las partes y aun para los terceros, por lo que debe ser respetada en su mayor extensión, sin generar dudas en torno de la posibilidad de que el proceso agote todas las actividades defensistas, máxime en casos donde se toman graves decisiones y se ha puesto en evidencia la disconformidad del procesado en la imparcialidad de uno de los vocales del tribunal (conf. art. 75, inc. 22 C.N., en relación con el art. 8.1 de la C.A.D.H., el art. 10 de la D.U.D.H.). La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones sobre el caso sub judice, y se compone de elementos subjetivos y objetivos. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia de ello, la imparcialidad objetiva requiere que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías

que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso (C.I.D.H., Informe N° 5/96, conf. José Cafferata Nores, en '\Proceso Penal y Derechos Humanos\', CELS, 2000, pág. 32/33; en igual sentido, además, ver Diego Zysman Quirós, '\Las garantías penales y procesales\', Herder, 2001, UBA, págs. 342, 356/359)" (conf. Se. 33/05 STJRNSP).-

----- La advertencia de dudas razonables sobre la neutralidad de los magistrados permite sortear todo supuesto

///15.- de caducidad de los planteos, tal como lo sostuvo la misma Corte en el precedente "MEDINA", del 3 de mayo de 2007, al igual que en "RECALDE", publicado en Fallos 330:1540.- - - - -

----- Ocurre que la garantía de juez imparcial se vincula con el derecho al debido proceso y defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional, además de ser uno de los derechos implícitos del art. 33 de la misma Carta Magna (ver Llera, "El derecho del imputado a la imparcialidad del órgano jurisdiccional y su proyección sobre la garantía del doble conforme", en DJ 08/06/2011, 22); por lo tanto, su incumplimiento conforma una nulidad absoluta (art. 148 inc. 1 C.P.P.), declarable de oficio y en cualquier estado y grado del proceso, en los términos del art. 149 del rito (conf. Se. 86/11 STJRNSP).- - - - -

-----10.3.- En el caso, el magistrado de tercer voto que intervino en el juicio criminal no llevó adelante la instrucción de la causa, aunque sí estuvo en la primera actuación procesal en la fecha que ocurrió el hecho.- - - -

----- En el acta de prevención policial se dejó constancia de "que mediante comunicación telefónica se anotició el hecho al magistrado en turno, Dr. Gatti, quien interiorizado dio directivas al respecto; y posteriormente se hizo presente en el escenario del crimen acompañado de su secretario, observando y supervisando las tareas desarrolladas en el lugar; aclarando que su presentación fue luego de que arribara el personal de Criminalística" (fs. 5).- - - - -

----- Lo anterior concuerda con lo argumentado por la Cámara

///16.- en cuanto a que, tomado conocimiento del hecho ocurrido en Allen, desde la ciudad de General Roca dio las directivas genéricas que para este tipo de casos corresponden y, una vez llegado al lugar, luego de que el personal de Criminalística comenzara a trabajar, observó y supervisó las tareas de investigación.- - - - -

----- De tal forma, el hecho de que no dispusiera determinada actividad probatoria ni dictara alguna resolución demuestra que no existe un impedimento objetivo para su

actuación como juez de juicio, en tanto su intervención fue meramente formal u ordenatoria y no importó la producción ni ponderación de elementos de cargo. - - - -

----- Como dato de importancia para resolver la impugnación, advierto que las cuestiones controvertidas por las partes en el debate oral se centraron en la existencia o inexistencia de atenuantes sobre la base de las conductas anteriores al hecho entre la víctima y victimario, es decir, sobre circunstancias que surgieron de la investigación, pero no de la constatación ni recolección de evidencias del lugar del hecho ni de secuestros de elementos que tuvieran el imputado o el cuerpo de la señora S. al momento de la aprehensión.-

----- En definitiva, de las motivaciones de la sentencia en crisis no surge la ausencia de imparcialidad objetiva ni subjetiva del doctor Oscar A. Gatti, toda vez que no advierto ni se acredita- que el magistrado, antes de dictar el fallo, tuviera opiniones sobre el caso (conf. CIDH, Informe N° 5/96, conf. José Cafferata Nores, en Proceso Penal y Derechos Humanos, CELS, 2000, pág. 32/33; en igual sentido, además, ver Diego Zysman Quirós, Las garantías

///17.- penales y procesales, Herder, 2001, UBA, págs. 342, 356/359; CSJN in re “DIESER y FRATICCELLI” del 08/08/06 y “LLERENA” -causa L.486.XXXVI- del 17/05/05; asimismo, las Se. 33/05, 3/07, 8/07 y 41/07 STJRNSP, entre otras).- - - -

-----11.- Circunstancias extraordinarias de atenuación:- - -

-----11.1.- La sentencia fundamentó la atenuante del art. 80 in fine del Código Penal en los términos citados en el considerando 9.2.- - - - -

----- Previo a esa argumentación, el Tribunal desestimó la emoción violenta excusable señalando que “el inculpado puede haberse encontrado en un estado de exaltación nerviosa, pero no se trató de la Emoción Violenta Excusable que refiere la ley penal.- - -

-----

----- “No convence el relato expuesto por la defensa material, tendiente a hacer creer que esa mañana M. le había producido un tremendo ultraje verbal...” (fs. 539).- - -

----- Luego analizó la defensa material del imputado, según la cual “la discusión nació por una cuestión dineraria, de modo que la supuesta confesión de una infidelidad de ella que habría sucedido hace muchos años- ó las dudas sobre la paternidad de una de las hijas dudas sobre las que nunca se había mencionado nada en la familia- son menciones que nada tienen que ver con una discusión de dinero.- Al contrario, si ella le decía semejante cosa, le daba el argumento a él para reducirle ó negarle el dinero para alimentos y el alquiler [...].- - - - -

----- “Pero sobre todo, su versión resulta demasiado conveniente para su propósito, pero sin alcanzar a explicar adecuadamente por qué llevaba el cuchillo encima (fs.

///18.- 539/540). Concluye que la versión de descargo resulta increíble, toda vez que la ferretería a la que aludió llevarlo a afilar se encontraba a su paso antes de llegar al lugar del hecho y que, sin embargo, no lo dejó y prefirió llevarlo consigo para discutir con la víctima.- - -

----- Al respecto, mutatis mutandis, este Cuerpo tiene dicho que “[e]n nuestro sistema penal, los imputados no tienen obligación de declarar ni de autoincriminarse -nadie está obligado a declarar contra sí mismo-. Tal postulado se encuentra consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y deriva de la presunción de inocencia, y garantiza que aquéllos pueden guardar silencio o no decir la verdad acerca de lo ocurrido cuando prestan declaración indagatoria. Empero, ante la existencia de evidencias objetivas contra la hipótesis desinriminatoria, no pueden omitirse las explicaciones adecuadas \acerca de su comportamiento frente a tales evidencias... en situaciones que claramente piden una explicación por su parte... Por ello, la declaración de los acusados merece consideración en una doble faceta: como manifestación o medio idóneo de defensa y, a la vez, como acto de investigación y medio de prueba\ (Tribunal Supremo de España, \A.F., Adolfo y otros\, 29/11/1997, en LL 1998-F, 106).- - - - -

----- “Asimismo, desde su aspecto procesal, la causal de justificación alegada es una cuestión de hecho introducida por la defensa contra la hipótesis de la acusación.- - - - -

----- “Entonces, una \... vez desvirtuada la presunción de inocencia que sólo cubre la dispensa de prueba frente a los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria, subsiste ///19.- la precisión de probar los hechos impositivos que el acusado introduce en el proceso, objetivo no conseguido por el proponente de la cuestión... (Tribunal Supremo de España, fallo citado supra)\, ya que la legítima defensa necesita de una agresión ilegítima, que se impide o repele mediante un medio racional.- - - - -

- - - - -

----- “Ninguno de tales extremos puede sostenerse, con el mero relato exculpatorio, atento a la advertencia de prueba que lo desplaza.- - - - -

----- “[...] De tal modo, le asiste razón a la Cámara del Crimen en cuanto a que la prueba de cargo desplazaba el relato exculpatorio del imputado y que su alegación era inverosímil, afirmación que el recurso de queja en tratamiento, con su remisión al recurso principal acerca de este aspecto vinculado con el mérito de los elementos de cargo y de descargo, no ataca con eficacia” (Se. 29/10 STJRNSP).- - - - -

-----

----- El sentenciante también se refirió a la relación matrimonial preexistente: “a) El matrimonio se encontraba separado de hecho aprox. desde octubre de 2009.- A comienzo de ese año había tomado conocimiento de que M. había tenido otro hijo antes de conocer a R.- Durante ese año 2009, el enjuiciado comenzó a verse con otra mujer y luego

producida la separación del matrimonio- a fines del 2009 M. comenzó a salir con otro hombre, CARLOS BALBOA, a quien incluso el imputado conoció en la casa de ella, con un conato de discusión.- -----

----- “Es decir, R. tenía pleno conocimiento de la situación vital en cuanto al naufragio de su pareja y la

///20.- recíproca búsqueda de otras relaciones por parte de ambos.- No tenía ningún sentido ya discutir por infidelidades reales ó presuntas, esto ya era un tema superado por los acontecimientos.- Pasados casi nueve meses viviendo este tipo de situaciones, hubo tiempo para acomodamiento psicológico ante lo que fuera irreparable.- -

----- “b) Todo indica que R. ya venía desde su casa, portando el cuchillo.- Obviamente, esto lo habrá decidido minutos antes, serenamente, en su casa.- -----

----- “[...] ¿Y para qué llevaba el cuchillo?.- El enjuiciado sabía que esa mañana iba a discutir con su esposa, verosímilmente continuar el conflicto del día anterior por asuntos de dinero ó continuar con los reclamos para volver a vivir juntos.- -----

-----

----- “[...] De modo que para cualquier discusión con la esposa había un ‘mar de fondo’ por varios temas conflictivos.- -----

----- “Sabido esto, concurrió a verla munido de un cuchillo de importantes dimensiones [...].- -----

----- “[...] Al llevar el cuchillo, resulta indudable que el mismo R. estaba provocando situaciones de violencia [...].-

----- “c) [...] El enjuiciado presenta, entre otras, estas características de personalidad: ‘... rigidez (falta de flexibilidad)... tendencia a la explosividad... sujeto controlador, dificultades en el control impulsivo-emocional...’ [...].- -----

----- “Debemos suponer que un sujeto de casi 50 años de edad se conoce bastante a sí mismo; y conociendo su perfil impulsivo y explosivo, salió de su casa y se dirigió a

///21.- discutir con su esposa llevando un cuchillo.- Entonces, él estaba provocando ó por lo menos consintiendo las derivaciones violentas de tal discusión, y con un arma en

la mano” (fs. 540/543).- - - - -

-----11.2.- El punto central de la culpabilidad es el reproche a un sujeto que pudo y debió motivarse al derecho, previo un juicio sobre determinadas condiciones para el reproche jurídico-penal (juicio de reproche). En el desarrollo de la dogmática sobre el contenido de la culpabilidad y, por tanto, de la imputabilidad, el dolo y la culpa se ubican en la tipicidad y no integran el juicio de reproche.- - - - -

-----

----- “Por lo tanto, culpable es el autor de un ilícito si ha podido comprender la ilicitud y comportarse de acuerdo con esa comprensión, si ha podido saber de la ilicitud y si no ha obrado en un contexto en el que se excluye su reprochabilidad” (Bacigalupo, Derecho Penal. Parte General, pág. 424). Este doctrinario agrega que es mejor utilizar el término “capacidad de motivación” al de “imputabilidad” para acercarse al núcleo del problema teórico. La capacidad de motivación es una cuestión normativa, no es médica ni psiquiátrica, aunque haya que recurrir a dichas ciencias para determinar algunos aspectos. Requiere la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la de dirigir el comportamiento conforme con ello.- - - - -

----- Es que, en la dirección de su comportamiento, la acción del hombre es distinta de la del animal, pues puede producir acciones finales, esto es, dirigidas, de acuerdo con objetivos, planificados según ciertos límites. La

///22.- actividad final es un acto de inteligencia y de voluntad.- - - - -

-----

----- El juicio de reprochabilidad mencionado “... presupone un juicio merecido por quien, haciendo uso de su libre voluntad de opción, aceptó someterse a la coacción causal de los impulsos, cuando, en cambio, pudo haber optado por liberarse de ellos. Con otras palabras, al hombre se le reprocha la actitud de elección libre a favor de los impulsos causales ciegos, cuando tenía la aptitud para elegir conforme a valores... La capacidad personal o aptitud, para ser sujeto del reproche ético-jurídico es, en Derecho Penal, el tema estricto de la imputabilidad...” (Tozzini, comentario al art. 34 inc. 1º, “Imputabilidad”, en la obra colectiva Código Penal, dirigida por Baigún y Zaffaroni, págs. 492/493, citada en Se. 120/07 STJRNSP).- - - - -

----- En la hipótesis del caso, establecida la imputabilidad y descartada la emoción violenta, el juzgador argumentó que se configuraban las circunstancias extraordinarias de atenuación.- - - - -

----- Las circunstancias extraordinarias de atenuación se han considerando una

herramienta idónea que permite a los jueces arbitrar sanciones equitativas en determinados casos particulares que el legislador no precisó ni definió, más que por su genérica referencia a circunstancias extraordinarias, tendientes a evitar la sistemática, fatal e implacable imposición de las penas rígidas de prisión o reclusión perpetuas, cuando situaciones fuera de lo común, de lo corriente o de lo habitual aconsejen excepcionar el severo régimen punitivo.- - - - -

///23.-- La técnica legislativa, al valerse de una fórmula genérica sin precisar cuáles son los supuestos extraordinarios capaces de producir atenuación de la pena, ha procurado evitar omisiones injustas, reconociendo acaso la imposibilidad de prever absolutamente todas las situaciones que pueden concretarse en el desarrollo de la vida en sociedad y más precisamente en el ámbito familiar.-

----- Jorge Kent advierte sobre la ausencia de definición pacíficamente aceptable para definir el término “extraordinario” y concluye que, si bien no es posible establecer reglas precisas, debe abarcar todos aquellos supuestos que acontezcan fuera del orden habitual o común y se presenten con características inusitadas y de extrema gravedad, materias que deberán ser valoradas por el juez objetivamente según cada caso, en estrecha e indispensable relación con los índices mensuradores de los arts. 40 y 41 del Código Penal.- - - - -

----- Se pueden definir las circunstancias extraordinarias de atenuación como un conjunto de aspectos que generan una situación excepcional en la relación entre la víctima y el victimario, que vuelve inexistentes las consideraciones que han llevado al codificador a agravar la conducta en orden a la disminución del afecto y el respeto, provocando en el sujeto activo una reacción, sin que se lleguen a dar los requisitos de la emoción violenta.- - - - -

----- Estas circunstancias extraordinarias pueden ser preexistentes o concomitantes al hecho y, a su vez, originarse en virtud de la relación entre la víctima con el victimario, o bien provenir de la misma víctima o incluso

///24.- surgir de situaciones extrañas a la relación entre la víctima y el agente; pero en todos los casos se deberá atender especialmente a que la acción de matar deberá proceder de la relación entre el sujeto y la circunstancia extraordinaria y se deberá descartarse previamente que la muerte haya sido causada en estado de emoción violenta.- - -

----- De lo expuesto se coligen los elementos que las circunstancias extraordinarias de atenuación requieren para su configuración: que exista un hecho o acontecimiento, o

bien una serie de ellos; que sea ajeno al orden, a la regla natural o común, y que el hecho sea la causa determinante del actuar del agente de tal forma que disminuya su culpabilidad que ocasiona la muerte de un ascendiente, descendiente o cónyuge, a sabiendas de que lo es (Adolfo Javier Christen, “Circunstancias extraordinarias de atenuación”, publicado en: DJ 17/12/2008, 2348 - DJ 2008-II, 2348).- - - - -

----- Aceptado lo anterior y en una aproximación a la concepción del instituto, podemos afirmar que las referidas causales se traducen en uno o varios hechos (actos u omisiones) que, sin llegar a emocionar violentamente, impactan en el ánimo del victimario y le generan como reacción su conducta homicida. Es decir, el autor tiene que haber sido impulsado al homicidio calificado por el vínculo por un hecho, una causa motor hacia el crimen, de poder excepcional con arreglo a las circunstancias preexistentes o concomitantes al delito (conf. Laje Anaya).- - - - -

----- El fundamento de la atenuante debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable o

///25.- comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo, racionalidad que encuentra su génesis fuera del propio individuo. La conducta de la víctima debe constituir el motivo de tal decisión por parte del victimario, quien debe ser ajeno a la razón de aquella, y no es exigible que su acción se exteriorice en forma inmediata, por cuanto de lo contrario el derecho estaría premiando la espontaneidad de la conducta delictiva y castigando a aquel que, luego de batallar con lo que su conciencia le prohíbe, termina siendo vencido por el impacto emocional producido a causa del acto provocador.- - - - -

----- Lo dicho nos permite afirmar que debemos estar al análisis de las consecuencias o efectos de la circunstancia extraordinaria en el ánimo del autor, y resulta obvio que no se hallará beneficiado en este sentido aquel cuya conducta sea producto de la inestabilidad emocional, su susceptibilidad extrema, la irascibilidad o la intemperancia (Ramón P. Acuña, “La causas extraordinarias de atenuación. Regulación normativa o arbitrio judicial...?”), publicado en: LLNOA 2006 julio-, 613).- - - - -

-----11.3.- Estas últimas razones expuestas son el fundamento del juzgador en los hechos que tuvo por acreditados (“[u]na exaltación del ánimo y agresión inducida más por los propios procesos psicológicos del imputado que provocaciones de la víctima” - fs. 544-), lo que demuestra el error de derecho del sentenciante al tener por configurada la atenuante, en razón de la ausencia de circunstancias extraordinarias de atenuación.- -

-----

----- Los hechos incontrovertidos no constituyen motivos

///26.- provocadores válidos para causar en el ánimo de R.E. una reacción que explique que actuó como lo hizo a causa de que sus frenos inhibitorios se hallaban desbordados.-

-----

----- En este orden de ideas, la secuencia fáctica establecida niega el estímulo excepcional con arreglo a las circunstancias preexistentes o concomitantes al delito (R.E. tenía pleno conocimiento de la situación vital en cuanto al naufragio de su pareja y la recíproca búsqueda de otras relaciones por parte de ambos; además, llevó el cuchillo sabiendo que esa mañana iba a discutir con su esposa -continuar con el conflicto del día anterior por asuntos de dinero o con los reclamos para volver a vivir juntos-; un sujeto de casi 50 años de edad se conoce bastante a sí mismo -perfil impulsivo y explosivo-; el imputado provocó o consintió las derivaciones violentas de la discusión y con un arma en la mano).- - - - -

----- La ausencia de dicho estímulo permite considerar que el imputado actuó cediendo al deficiente control de los impulsos y ante el hecho de saber que su cónyuge se encontraba en el domicilio de la familia Diomedi, donde trabajaba (llegó al lugar con el cuchillo, y estuvieron conversando/discutiendo en la vereda, en el garaje y luego de nuevo en la vereda), actuó con una razonada motivación de provocar la muerte de su ex pareja.- - - - -

----- En este sentido, observo que el eventual impulso causado por el conflicto afectivo no pasó directamente a la vía motora, sino que fue selectivo, lo que pone en evidencia la cooperación de las operaciones psíquicas superiores:

///27.- reflexión, deliberación y previsión. Esto es, hay comprensión y dirección de las acciones.- - - - -

-----11.4.- Por otra parte, la ruptura de hecho de la relación entre los esposos legítimamente unidos no resulta obstáculo, en principio, para la existencia del agravante, en tanto subsista el vínculo legal, pues son el vínculo matrimonial establecido por el legislador y los deberes de él surgidos, más que los aspectos naturales o de hecho, los que dan fundamento al agravante (Guillermo J. Yacobucci, “La determinación del vínculo en el parricidio”, publicado en DJ 1988-2, 1011).- - - - -

-----

-----11.5.- La fundamentación precedente determina el erróneo encuadramiento del hecho en la atenuante del art. 80 in fine del Código Penal, la que debe dejarse sin efecto,

así como el quantum punitivo consecuente. Ello conlleva imponer la única pena establecida en el artículo referido.-

----- Señalo que el planteo de la señora Defensora General sobre que la pena de prisión perpetua es contraria al fin resocializador de la sanción y violatoria de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes carece de las precisiones técnicas y jurídicas que la cuestión exige.- - - - -

----- Además, el tácito planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua es extemporáneo, ya que no fue sometido oportunamente a conocimiento del Tribunal de origen en los términos en que ahora, novedosamente, la defensa pretende introducirlo en esta instancia, de modo que no puede ser considerado por este Cuerpo.- - - - -

----- Finalmente, la abstracción del planteo también carece

///28.- del mínimo desarrollo argumental, lo que obsta a su procedencia, sobre todo cuando la proporcionalidad en abstracto de la prisión perpetua para el caso del homicidio calificado por el vínculo se estableció sobre la base de que se trata del atentado contra el bien jurídico que el legislador ha considerado más importante, agravado por implicar la violación de serios deberes de respeto y protección que surgen del vínculo parental.- - - - -

----- Cabe recordar por otra parte-, las posibilidades de flexibilización que otorga el régimen de ejecución, por lo que considero así que la pena de prisión perpetua no resulta desproporcionada ni contraria al fin de resocialización, ni causa padecimientos físicos o morales constitucionalmente inaceptables.- - - - -

----- En este sentido, en autos “B., Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado” (S.C. B.327, L. XLVII, del 22/03/12), el Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictaminó: “[...] A riesgo de exceder los fundamentos necesarios para contestar este agravio, me permito recordar que a raíz de un planteo análogo -que V.E. desestimó conforme al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (in re ‘Chueke, Daniel Isaac y otros s/homicidio agravado por el vínculo, etc.’, causa n° 2641, letra C, Tomo XXXIX, del 27 de noviembre de 2007)- esta Procuración sostuvo que la pena de prisión perpetua no vulnera per se la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida.- - - - -

- - - - -

///29.-- “Abona esa opinión la interpretación que han efectuado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derecho Humanos del artículo 5°, inciso 2°, del Pacto de

San José de Costa Rica, que al proteger la integridad personal contempla que 'nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes' y que 'toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano'.- - - - -

----- “Así, por ejemplo, en el caso 'Velásquez Rodríguez vs. Honduras', del 29 de julio de 1988, se encuadró en esa norma el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva (párrafo n° 156); en el caso 'Castillo Páez vs. Perú', del 3 de noviembre de 1997, se consideró afectado ese derecho porque la víctima, después de ser detenida por agentes de la policía fue introducida en la maletera del vehículo oficial (párrafo n° 66); en el caso 'Castillo Petruzzi vs. Perú' del 30 de mayo de 1999, porque los detenidos permanecieron incomunicados en poder de la autoridad administrativa durante 36 y 37 días hasta ser puestos a disposición judicial y por haber sido presentados vendados o encapuchados, 'amarrocados' o 'engrilletados' al declarar en sede judicial (párrafo n° 192); en el caso 'Villagrán Morales vs. Guatemala', del 19 de noviembre del mismo año, porque existían numerosas evidencias en cuanto a que las víctimas padecieron graves maltratos y torturas físicas y psicológicas por parte de agentes del Estado antes de sufrir la muerte (párrafo n° 157 y ss.); en el caso 'Suárez Rosero vs. Ecuador', del 12 de noviembre de 1997, tanto por la prolongada incomunicación ilegal (36 días) como por las

///30.- malas condiciones de alojamiento (párrafo n° 91).- -

----- “Para finalizar esta breve reseña, en el caso 'Cantoral Benavides vs. Perú', del 18 de agosto de 2000, la Corte Interamericana se pronunció, también dentro del artículo 5.2, sobre el concepto de tortura psicológica, y reiteró que 'la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de los medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural... las restricciones al régimen de visitas... constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana' (párrafos n° 89 y 95/106). Asimismo, en el caso 'Loayza Tamayo vs. Perú', del 17 de septiembre de 1997, interpretó que maltratos como el 'ahogamiento' también encuadraban en esa norma (párrafo n° 58).- - - - -

----- “Por su parte, en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité contra la Tortura ha considerado que su artículo 7° -que también prohíbe la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- se refiere 'a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un

delito o como medida educativa o disciplinaria\ (Observación General n° 20, 44° período de sesiones -1992- punto 5, publicada en \Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos\). Sin embargo, aprecio que de ello no es posible inferir per se que la pena de prisión perpetua pueda estar comprendida en ese concepto, desde que el propio Pacto admite limitadamente

///31.- -al igual que otros instrumentos ya aludidos- la imposición de una sanción de suma gravedad, como es la pena capital (art. 6°).- - - - -

----- “Por lo demás, el artículo 20 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 23.652, también excluye de ese concepto \las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas\.- - - - -

----- “Sentado lo anterior, cabe observar que además de la prohibición de la tortura y de las penas crueles, infamantes o degradantes allí establecida, la comunidad internacional también ha manifestado su anhelo de lograr la total abolición de la pena de muerte. Así surge, por ejemplo, del \Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte\, aprobado en Asunción el 8 de junio de 1990; mientras que en el ámbito europeo rigen los Protocolos n° 6 (1982) y n° 13 (2002) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que han adoptado un temperamento análogo respecto de la aplicación de esa pena tanto \en tiempo de paz\ como en \cualquier circunstancia\.-

----- “Específicamente, el artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, si bien limita la aplicación de esa pena, solamente la prohíbe respecto de quienes al momento del hecho fueran menores de dieciocho o mayores de setenta años y para las mujeres en estado de gravidez (inc. 5°). Para los países que no la han abolido, exige que la pena de muerte \sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en

///32.- cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente\ (inc. 2°).- - - - -

----- “Ahora bien, en cuanto a la sanción cuestionada en el sub lite, en la Convención sobre los Derechos del Niño -que también veda la pena capital para los menores de dieciocho años- se admite expresamente la imposición de prisión perpetua si se cuenta con la posibilidad de excarcelación (art. 37, inc. \a\). Esta circunstancia permite

razonablemente sostener que si allí se ha efectuado esa salvedad, resulta difícil concluir que en el ámbito de la comunidad internacional esa pena se encuentre vedada para los mayores, tal como lo propone la recurrente.-----

----- “En tal sentido, es oportuno recordar que al resolver V.E. el 7 de diciembre de 2005 in re \Maldonado, Daniel Enrique y otro si robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa n° 1174-\ (expte. Letra M n° 1022, Libro XXXIX), donde la defensa había planteado -con sustento en esa Convención y porque a su criterio también importaba una pena cruel, inhumana o degradante- la inconstitucionalidad de la prisión perpetua impuesta a un menor, el Alto Tribunal sólo revocó lo resuelto por considerar, en el marco de la legislación nacional de menores y los tratados de derechos humanos, que carecía de suficiente fundamentación la necesidad de aplicación de esa pena (conf. considerandos n° 21 a 23 del voto conjunto).-  
-----

///33.-- “En lo que aquí interesa, al referirse en esa ocasión a la figura del homicidio agravado cometido por mayores, sostuvo que \la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua\ (considerando n° 13 ídem).- -

----- “Agregó entonces que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, no admiten agravantes o atenuantes pues el legislador ha declarado, de iure, \que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna\, y concluyó que \en los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible\ (ver considerando n° 14 ídem).- - -

----- “Más expresamente, en su voto concurrente la doctora Argibay afirmó que \el régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía dieciséis años y ello tampoco resulta, por sí solo, contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño\ (considerando n° 18).- - - - -  
-----

----- “Sin perjuicio del debate doctrinario existente en torno a la vigencia de esa pena, en el cual la recurrente ha sustentado su planteo, lo descripto permite afirmar que desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional y la interpretación que de ellos ha efectuado V.E. a partir de

///34.- Fallos: 318:514, sumado a las consideraciones que acaban de señalarse del precedente '\Maldonado\', no es posible concluir en la inconstitucionalidad de la prisión perpetua prevista en el artículo 80, inciso 1º, del Código Penal, ni que ella pueda significar la afectación de la integridad personal en los términos el artículo 5º, inciso 2º, del Pacto de San José de Costa Rica, de la garantía de igualdad ante la ley o del principio de culpabilidad, en los cuales también se ha fundado este aspecto del agravio.-

--

----- “Si bien lo considerado en el apartado anterior permitiría proponer la desestimación del planteo, creo pertinente agregar, en abono de ello y por guardar vinculación con la cuestión articulada, que en la actualidad también integra el orden público argentino (conf. arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional) el '\Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional\', adoptado el 17 de julio de 1998 en el ámbito de las Naciones Unidas, aprobado por ley 25.390 (publicada en el Boletín Oficial el 23 de enero de 2001) Y en vigor desde ello de julio de 2002, cuya implementación ha sido recientemente dictada por el Congreso mediante la sanción de la ley 26.200 (publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 2007).-----

----- “Por lo tanto, en la materia que aquí interesa es posible acudir a ese instrumento internacional como fuente para la interpretación del derecho interno (conf. Fallos: 315: 1492, considerando 18).-----

----- “Más allá de la finalidad de ese tratado y de la competencia limitada y complementaria del tribunal supranacional así creado, considero relevante señalar que al ///35.- fijar el Estatuto las penas aplicables para los delitos tipificados en sus artículos 6º a 8º, su artículo 77, inciso 1º, estableció las siguientes: a) reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años; o b) reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Cabe destacar que en virtud de la ley 26.200 recién aludida, en el primer supuesto la pena se ha limitado al término de veinticinco años de prisión, mientras que para el segundo, sin afectarse el carácter absoluto de la sanción, sólo se precisaron las condiciones para su aplicación '\si ocurre la muerte\' (arts. 8 a 10).-----

----- “Además de reiterarse a través de aquel instrumento la vigencia del encierro perpetuo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (aspecto ya analizado en este dictamen), estimo oportuno mencionar las normas allí previstas para la '\reducción de la pena\', pues a partir de ellas podría considerarse, oportunamente, un régimen para morigerar en el ámbito del derecho interno los efectos de la sanción

aplicada en autos.- - - - -

----- “El artículo 110 del Estatuto de Roma, que regula este último instituto, determina que el recluso no será puesto en libertad antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte (inc. 1°); que, luego de escuchar al recluso, sólo ella puede decidir la reducción (inc. 2°); y que cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena o veinticinco años de prisión en el caso de pena privativa de libertad perpetua, la Corte revisará la pena -nunca antes del cumplimiento de esos plazos- para determinar si ésta puede

///36.- reducirse (inc. 3°). Luego de describir los factores a tenerse en cuenta a tal fin (inc. 4°), se prevé que si en un inicio se declara que no procede la reducción de la pena, la cuestión debe volver a examinarse con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba (inc. 5°).- - - - -

----- “Esta reseña permite apreciar que sin perjuicio de la aludida vigencia de la prisión perpetua, la finalidad esencialmente resocializadora de las penas privativas de libertad también ha sido reconocida por el Estatuto de Roma para esa sanción, pues la expectativa que en el plazo de veinticinco años pueda examinarse la posibilidad de reducción que para ella contempla el artículo 110, inciso 3°, habrá de alentar la readaptación social del condenado a esos fines. Más aún, de las aludidas Reglas de Procedimiento y Prueba surge expresamente que en esa etapa la Corte valorará, entre otras circunstancias, que la conducta del condenado durante su detención revele una auténtica disociación de su crimen y sus posibilidades de reinsertarse en la sociedad y reasentarse exitosamente (regla n° 223).- -

----- “Si bien esta limitación temporal de la prisión perpetua no se vincula con la eventual reincidencia del condenado, la cual, como tal, no ha sido contemplada en el Estatuto de Roma (ver art. 78, inc. 3°), sus efectos coinciden, en lo sustancial, con el criterio de la invalidez constitucional de la pena privativa de libertad realmente perpetua que adelantaron algunos ministros de V.E. al dictar sentencia en el caso ‘Giménez Ibáñez’, y también con el invocado por el doctor Petracchi al fallar el 5 de

///37.- septiembre de 2006 en la causa Letra G, n° 560, Libro XL, caratulada ‘Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa n° 1573-’.- - - - -

----- “En su ilustrado voto, este último magistrado recordó sobre la base de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Alemán, que las condenas a encierro por tiempo indeterminado -incluidas las aplicadas a reincidentes o delincuentes habituales- son compatibles con la

respectiva Convención Europea y con la Ley Fundamental de Alemania, sólo bajo la premisa que se asegure debidamente el control judicial periódico de las condiciones para la liberación y que haya existido un examen concreto de la situación del afectado (ver considerandos n° 31 y 44, a los que me remito en razón de brevedad).- - - -

----- “Precisamente, esa periodicidad ha sido prevista dentro del ámbito del Estatuto de Roma en la regla procesal n° 224, que establece la realización del examen de la reducción de la pena cada tres años, a menos que los magistrados indiquen un intervalo más breve.- - - - -

----- “Por su parte, el aludido Tribunal Constitucional también aplicó una interpretación similar al resolver que el cumplimiento de la pena privativa de la libertad a perpetuidad no afecta la inviolabilidad de la dignidad del hombre que reconoce el artículo 1°, inciso 1°, de la Ley Fundamental de Alemania. Para ello, además de reiterar que toda pena debe estar en adecuada proporción con la gravedad del hecho punible y la culpa del delincuente, sostuvo que las disposiciones de la ley de ejecución penal y la práctica allí vigente en materia de indulto, impedían determinar que

///38.- esa pena conduzca obligatoriamente a daños irreparables de tipo físico o psíquico que lesionen la existencia digna. Agregó que al condenado se le debe dar la esperanza de volver a obtener su libertad y que si bien la posibilidad del indulto no es por sí sólo suficiente, el principio del estado de derecho ofrece los presupuestos bajo los cuales se puede suspender la ejecución de una pena de prisión perpetua, así como para reglamentar el proceso aplicable a tal efecto (ver BverfGE, sentencia 45,187 de la Sala Primera, del 21 de junio de 1977 -1BvL 14176- reseñada en '\Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán\'', compilación de Jürgen Schwabe, traducción de Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá 2003, páginas 18 y 19).- - - - -

----- “Como puede apreciarse, los criterios vigentes en el ámbito internacional respecto de las penas perpetuas coinciden con el núcleo de lo argumentado por el a quo al rechazar el planteo de inconstitucionalidad sobre la base de la posibilidad real y efectiva de obtener una liberación anticipada y, antes, diversas medidas de morigeración del régimen de ejecución de la pena según el sistema de progresividad que establece la ley 24.660.- - - - -

----- “Dentro de esos límites, considero que el juicio referido a la proporcionalidad de la pena, que se trasunta en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar del mismo, ni imponer graduaciones

o distinciones que la ley no contempla, desde que instituye iguales sanciones a todos los  
///39.- que incurran en la infracción que se incrimina como una suerte de salvaguarda de  
la garantía de igualdad (Fallos: 322:2346; 329:5567). En efecto, V.E. tiene dicho que no  
corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la  
concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio del mero acierto o conveniencia  
de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias  
facultades (Fallos: 300:700; 321 :92; 327:3597).-----

----- “El temperamento anunciado coincide con el sostenido por el Alto Tribunal en  
cuanto a que \el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces  
-comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de  
la Ley Fundamental-, así como en la interpretación y sistematización de las normas  
infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (artículo 16 del Código Civil) no  
incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma. No es lícito que los  
magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de  
aplicación del derecho «vigente» ni que se atribuyan (...) potestades legislativas de las  
que carecen\ (Fallos: 308:1848, considerando 5° y sus citas)”.-

-----12.- Conclusión:-----

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) rechazar el recurso de casación  
deducido por la señora Defensora Oficial; b) hacer lugar al recurso de casación  
deducido por la señora Fiscal de Cámara; en consecuencia, c) casar la sentencia N° 11  
dictada el 14 de marzo de 2012 por la Cámara Primera en lo Criminal de la IIª  
Circunscripción Judicial

///40.- y dejar sin efecto el encuadramiento jurídico de “circunstancias extraordinarias  
de atenuación” (art. 80 in fine C.P.) y el quantum punitivo de prisión, y d) imponer a  
L.V.R.E. la pena de prisión perpetua (arts. 440 C.P.P., 80 C.P., 200 C.Prov. y 18  
C.Nac.). MI VOTO.----- El señor Juez doctor Sergio  
M. Barotto dijo:-----

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y  
VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:-  
---

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en  
orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).-----  
--

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 560/

----- 568 de las presentes actuaciones por la señora Defensora Oficial doctora Mariana Serra.- - - - - Segundo: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 554/559 de autos por la señora Fiscal de Cámara doctora Laura Pérez y, en consecuencia, casar la sentencia N° 11 dictada el 14 de marzo de 2012 por la Cámara Primera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial y dejar sin efecto el encuadramiento jurídico de “circunstancias extraordinarias de atenuación” (art. 80 in fine C.P.) y el quantum punitivo de prisión.- - - - - Tercero: Imponer a L.V.R.E., cuyos datos

----- personales obran en autos, la pena de prisión

///41.- perpetua (arts. 440 C.P.P., 80 C.P., 200 C.Prov. y 18 C.Nac.).- - - - -

- - - - - Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 12

SENTENCIA: 190

FOLIOS: 2323/2363

SECRETARÍA: 2