

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 14 días del mes de diciembre de 2021, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Jueces María del Carmen Battaini, Javier Darío Muchnik, Ernesto Adrián Löffler y Carlos Gonzalo Sagastume, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados “**OJEDA, David Emanuel s/ Incidente de Casación (Límite temporal de la pena de prisión perpetua)**”, expte. nº 1110/21 STJ-SP.

ANTECEDENTES

1.- En fecha 08 de mayo de 2012, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte condenó a David Emanuel Ojeda a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado y robo con armas, en concurso real, cometidos en perjuicio de Héctor Techeira y Delia Briz el 24 de abril de 2011 en la ciudad de Río Grande (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 80 inc. 7º y 166 inc. 2º, primer párrafo del Código Penal; 372 y 492 del Código Procesal Penal) -fs. 1/22-.

Con posterioridad, el 29 de mayo de 2019, este Superior Tribunal de Justicia resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto *in pauperis* por Ojeda contra la decisión del Juzgado de Ejecución del Distrito Judicial Norte del 19 de junio de 2019 mediante la cual determinó que el cómputo de pena solicitado por el nombrado “...no permite aplicar el estímulo educativo, en razón de que los beneficios establecidos por ley (Semilibertad y Salidas Transitorias; Libertad Condicional y Libertad Asistida) no está previsto que los goce, en razón de los agravantes que posee la pena por la cual está condenado...” – fs.44/46vta.-.

Así las cosas, previa solicitud del interno acerca de que se establezca la fecha en la que agotará su pena -fs. 35-; el 29 de abril de 2019 el Juzgado de Ejecución D.J.N. ordenó la realización del cómputo a fin de establecer el agotamiento de la misma en relación a los artículos 13 y 55 último párrafo el C.P.

En tal sentido fijó “Siendo que el art. 55 último párrafo del C.P. establece como pena máxima para el concurso de delitos la pena de 50 años de prisión y el mencionado art. 13 del C.P. establece que para las prisiones perpetuas el monto mínimo de 35 años para acceder al beneficio de la Libertad Condicional –sin perjuicio de no ser aplicable al caso del interno Ojeda- de la interpretación armónica del texto legal resulta claro que el límite temporal de pena es de 50 años de prisión para aquellos condenados a prisión perpetua –máxima pena legal establecida en nuestra legislación- y ello obedece a una interpretación sistemática del Código Penal de la Nación”.

“Resulta claro entonces que, nuestro Código Penal, establece evidentemente un límite jurídico inexorable para toda pena de privación de la libertad impuesta, como es el caso de la pena de prisión perpetua, en 50 años” –fs. 35vta./36-.

En definitiva, practicado el cómputo respectivo, estableció que la pena impuesta a Ojeda se cumple el 23 de abril de 2061 –fs. 37-.

2.- La Defensa Oficial interpuso recurso de casación a fs. 40/42.

En su expresión de agravios considera que la decisión de fs. 35vta/36 resulta arbitraria por apartarse de las reglas de la sana crítica y por contener fundamentación aparente.

A fs. 48/vta., la juzgadora declaró admisible el recurso interpuesto.

3.- Radicadas las actuaciones ante este Estrado, se corrió vista al Titular del Ministerio Público Fiscal. A fs. 54/vta., el Dr. Oscar L. Fappiano evacuó la vista conferida.

A fs. 55, los Autos fueron llamados al Acuerdo.

Encontrándose la causa en estado de ser resuelta, el Tribunal dispone formular y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: *¿Es procedente el recurso interpuesto?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión la Juez María del Carmen Battaini dijo:

1.- Para mejor entendimiento, resulta menester efectuar un repaso cronológico de las alternativas que el caso presenta.

De tal modo, surge que el 08 de mayo de 2012, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte condenó a David Emanuel Ojeda a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado y robo con armas, en concurso real, cometidos en perjuicio de Héctor Techeira y Delia Briz el 24 de abril de 2011 en la ciudad de Río Grande (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 80 inc. 7º y 166 inc. 2º, primer párrafo del Código Penal; 372 y 492 del Código Procesal Penal) -fs. 1/22-.

Más adelante, el 29 de mayo de 2019, este Superior Tribunal de Justicia resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto *in pauperis* por Ojeda contra la decisión del Juzgado de Ejecución del Distrito Judicial Norte del 19 de junio de 2019 mediante la cual determinó que el cómputo de pena solicitado por el nombrado "...no permite aplicar el estímulo educativo, en razón de que los beneficios establecidos por ley (Semilibertad y Salidas Transitorias; Libertad Condicional y Libertad Asistida) no está previsto que los goce, en razón de los agravantes que posee la pena por la cual está condenado..." –fs.44/46vta.-.

Finalmente, el 29 de abril de 2019, y a requerimiento del interno -fs. 35-, el Juzgado de Ejecución D.J.N. ordenó la realización del cómputo de pena a fin de establecer el agotamiento de la misma en relación a los artículos 13 y 55 último párrafo el C.P.

En dicha ocasión expresó "Siendo que el art. 55 último párrafo del C.P. establece como pena máxima para el concurso de delitos la pena de 50 años de prisión y el mencionado art. 13 del C.P. establece que para las prisiones perpetuas el monto mínimo de 35 años para acceder al beneficio de la Libertad Condicional –sin perjuicio de no ser aplicable al caso del interno Ojeda- de la interpretación armónica del texto legal resulta claro que el límite temporal de pena es de 50 años de prisión para aquellos condenados a prisión perpetua – máxima penal legal establecida en nuestra legislación- y ello obedece a una interpretación sistemática del Código Penal de la Nación".

"Resulta claro entonces que, nuestro Código Penal, establece evidentemente un límite jurídico inexorable para toda pena de privación de la libertad impuesta, como es el caso de la pena de prisión perpetua, en 50 años" –fs. 35vta./36-.

Entonces, practicado el cómputo respectivo estableció que la pena impuesta a Ojeda se agota el 23 de abril de 2061 -fs. 37-.

2.- El Sr. Defensor Oficial, Dr. Alejandro Naccarato, interpuso recurso de casación a fs. 40/42.

Tras mencionar el objeto de su presentación, repasar los requisitos formales de la vía recursiva intentada y reseñar los antecedentes del caso, expresa los agravios sobre los que estructura su impugnación.

Al respecto, refiere tener en claro que para la jueza de grado el equivalente a la pena de prisión perpetua es la prevista en el segundo párrafo del artículo 55 del Código Penal porque es la pena máxima que prevé ese texto normativo para el concurso real de delitos, pero –agregó- lo que no explicó en el fallo es qué norma o principio autoriza a efectuar ese cálculo o qué razonamiento se siguió para llegar a tal conclusión.

Aduce que si no se expresan los motivos se invade la órbita del poder legislativo al otorgarle un sentido que el legislador no le dio.

Además, que se vulnera el principio de legalidad porque la ley anterior al hecho del proceso no establecía –ni establece- ese monto de pena para la prisión perpetua (art. 18 C.N.).

Al cierre emitió sus conclusiones, hizo reserva federal del caso y formuló su petitorio.

3.- A su turno, el Sr. Fiscal ante este Estrado consideró que si bien la defensa refuta la decisión judicial fundada en las previsiones de los artículos 13 y 55 último párrafo del Código Penal, no expresa cuál es su pretensión procesal, esto es, no indica su postura acerca de este tema que ha planteado,

circunstancia que, en principio, autoriza a concluir que no puede agravarse por lo resuelto judicialmente.

Sin embargo, dado que se trata de una cuestión de puro derecho, opinó que este Superior Tribunal bien podría fijar su doctrina sobre el particular.

Por último, dejó plasmada su interpretación acerca del plazo discutido.

4.- Ahora bien, en este punto corresponde ingresar en el agravio traído a estudio.

En rigor, el Dr. Naccarato se esfuerza en cuestionar la decisión de la juzgadora a partir del señalamiento de un desacuerdo genérico con la interpretación fundada del texto legal que realizara, mas no especifica cuál habría sido la valoración arbitraria o reñida con el sistema de la sana crítica en la que incurriera aquella.

En tal sentido, se aprecia que la posición adoptada se ha concretado de conformidad con las reglas que emanan de la ley como consecuencia de un armónico análisis del cuerpo legal, frente a lo cual la defensa solo se limita a discrepar con la determinación, sin desarrollar una crítica eficaz en orden a los argumentos que vierte el Juzgado de Ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que la cuestión radica primordialmente en develar si dicha exégesis ha dejado de lado la aplicación de las normas pertinentes -por inobservancia-, o si su interpretación ha sido desacertada o errónea.

De tal modo, la casación como recurso, procura la reparación de un agravio en beneficio del impugnante. Como institución, propicia la salvaguarda de una interpretación correcta del derecho, denominada función nomofiláctica.

Además no puede negarse que, desde el punto de vista político, tiende a uniformar la interpretación de la Ley aun cuando el Código no lo establezca expresamente. Se trata de una vía impugnativa para reparar un error jurídico de la sentencia o controlar su exactitud jurídica (*Francisco J. D'Albora, Código Procesal Penal de la Nación, Abeledo Perrot, 2011, Bs. As.*).

5.- Establecido ello, importa a este Superior Tribunal ingresar en el tratamiento del tópico con el objeto de alcanzar un acuerdo que precise la cuestión en forma definitiva.

Para arribar a ese concierto se torna indispensable describir, al menos someramente, la evolución que ha experimentado nuestra legislación en la materia a través de los últimos años, así como su repercusión doctrinaria y jurisprudencial, especialmente desde el máximo órgano judicial de la República, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desde la entrada en vigencia del Código Penal en el año 1922, y aún a pesar de las numerosas reformas acaecidas en el tiempo, el legislador nunca anotó en forma expresa el tope máximo de las penas divisibles o indivisibles.

Por ello, en orden al mandato de certeza de las leyes –art. 18 C.N.- se recurría pacíficamente al juego de disposiciones que emanaban del artículo 55 y los tipos penales contenidos en la parte especial.

Es que, según su redacción original, el art. 55 C.P. establecía *“Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como **mínimum**, el **mínimum** de la pena mayor, y como **máximum**, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos”*.

“Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena que se trate”.

En tanto, el artículo 79 C.P. -para el delito de homicidio simple- fijaba (y fija) la pena máxima de prisión divisible del Código en el monto de 25 años, en consonancia con algunas otras figuras.

De allí que se interpretara que la prisión perpetua no podía superar ese tope de cumplimiento efectivo, pues respetaba el máximo previsto para las penas temporales -el mencionado art. 55 C.P.- y armonizaba en general con la suma de 20 años exigidos en esos casos para acceder a la libertad condicional, a los que se adicionaban 5 años requeridos para la liberación definitiva o extinción de la pena (conforme redacción original de los arts. 13 y 16 C.P.).

Así las cosas, la Ley 23.077 de Defensa de la Democracia introdujo en 1984 al Código Penal el art. 227 ter, el cual dispone que *“El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”*.

“Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ellas se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito que se trate”.

Sobre esa base se consideró entonces que las penas contempladas para un delito determinado podían extenderse hasta los 37 años y 6 meses, suma resultante de los 25 años de pena divisible máxima del Código, más un medio de ella, 12 años y 6 meses.

Aquella ley también modificó el art. 226 C.P. imponiendo la pena de 8 a 25 años de prisión a la figura agravada -2º párrafo- del tipo penal allí establecido, conocido como rebelión.

Con la misma lógica se sostuvo que la escala del art. 235 C.P. podría incrementarse hasta 50 años, como consecuencia del aumento al doble del máximo de la pena establecida para los delitos previstos en ese título –“Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional”-, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad.

Llegado este punto, la cuestión fue abordada por la Corte suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Estévez”, del 08/06/2010.

En dicha ocasión, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por la defensa de Estévez, contra la sentencia de un Tribunal Oral que lo había condenado a la pena única de 34 años y 6 meses de prisión, por los delitos de robo agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades y tenencia de arma de guerra, en concurso real, y por la pena anterior de 10 años y 6 meses de prisión impuesta como autor del delito de homicidio en concurso real con lesiones leves.

Para fundarlo, destacó que el art. 55 C.P. era una norma de carácter general que no establecía el máximo legal previsto para las penas privativas de libertad –la ley aplicable al momento de los hechos no lo hacía- y que, para su determinación remitía a las escales penales correspondientes a los delitos de su parte especial. También, que aun cuando ese límite históricamente se hubiera mantenido en 25 años, nada impedía que se produjera alguna modificación en ese máximo, ello produjera una variación correlativa de las penas correspondientes para los casos de concursos de delitos y para la unificación de penas o condenas. En definitiva, entendió que la pena impuesta se encontraba dentro de los límites establecidos por la ley, a partir de la agravante genérica prevista en el primer párrafo del art. 227 ter C.P.

En efecto, cuando el caso alcanzó la C.S.J.N, por mayoría consideró válida la interpretación de que la introducción de un aumento de pena en la parte especial del Código Penal importó quebrar definitivamente la tradición de fijar en 25 años el máximo de las penas temporales de prisión y que no se verificó una extensión axiológica de la pena prevista para el art. 227 ter C.P.

Al respecto, en el séptimo considerando expresó *“que la Cámara ha dado razones suficientes para inclinarse por la segunda alternativa, y en modo alguno puede afirmarse que haya producido una extensión analógica de la pena prevista para el artículo 227 ter, Código Penal. En efecto, el propio artículo 55 –en la redacción que aquí interesa- exige al intérprete indagar en la Parte especial a fin de establecer el máximo legal previsto para la especie de pena de que se trate. Por sí misma, esta sola circunstancia no basta para considerar violado el mandato de certeza (art. 18 de la Constitución Nacional), toda vez que el establecer los alcances y matices de los textos legales frente al caso concreto constituye una característica propia de la tarea de aplicación del derecho”*. (C.S. “Recurso de hecho. Estévez, Cristian A. o Cristian D. s/ robo calificado por el uso de armas causa 1669/1687C”, E.519.XLI).

Cabe recordar también que para ese momento ya estaban promulgadas desde el año 2004 las leyes 25.892 y 25.928. La primera modificó el art. 13 C.P. y aumentó a 35 años el tiempo de prisión mínimo exigido para que un condenado a prisión perpetua -no reincidente o no incluido en los casos previstos por el art. 14 C.P.-, se encuentre habilitado para solicitar su libertad condicional. La siguiente, duplicó el máximo de la pena del concurso real del art. 55 C.P., llevándola así hasta los 50 años de prisión.

Sobre el tema, en el mismo fallo la C.S.J.N dijo *“que, del mismo modo, no basta para descalificar la inteligencia del artículo 55 propugnada por el a quo la sola invocación de posibles inconsecuencias sistemáticas, que*

conducirían a que los condenados a penas privativas de libertad perpetuas sufrieran un tratamiento menos gravoso que algunos condenados a penas temporales. Ello, no sólo porque no se trata de la concreta situación planteada en el sub lite, sino, además, porque el argumento presupone que tales discordancias, en los supuestos en que efectivamente se plantearan, serían absolutamente insuperables e imposibles de corregir por vía hermenéutica” (considerando 8vo).

Acerca del particular, Horacio Días explica que “tampoco hay que perder de vista que, adicionalmente, la sanción de la ley 25.892, la cual reformó al artículo 13 del C.P., exigiendo el cumplimiento de unos treinta y cinco años de privación en la libertad para una eventual aplicación de la libertad condicional en caso de prisión perpetua, significó un intento del legislador por terminar con las incongruencias generalmente atribuidas a esta postura interpretativa; a lo que debe sumársele la nueva y actual redacción del artículo 55 del C.P, según el texto impuesto por la ley 25.928, a través de la cual los congresistas nacionales abandonaron la regla contenida en el último párrafo de dicha norma y consagraron allí un tope expreso de unos cincuenta años para el caso de la pena de prisión o reclusión” (*“Código Penal de la Nación Argentina Comentado – Parte General”, Rubinzal Culzoni, 2018*).

En la misma línea, y más adelante en el tiempo, la C.S.J.N, resolvió declarar inadmisibile la queja interpuesta contra la denegación de un recurso extraordinario resuelto por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, que el 16/03/2017 había confirmado por unanimidad la aplicación de un monto de pena de 50 años de prisión y reincidencia a Fabricio Alvarez Albarracín, condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 16 en el año 2011 por delitos de abuso sexual, amenazas coactivas y privación ilegal de la libertad (C.S. *“Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Alvarez Albarracín, Fabricio Alberto s/ incidente de recurso extraordinario”, 03/05/2018, SAIJ: FA18000040*).

Por su parte, es importante comentar que el 30/12/2020, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, en pleno, también hubo de expedirse en relación a este tópico y ante un planteo bien fundado. En dicha oportunidad, consideró que *“En primer lugar, del análisis sistemático de las normas que integran nuestro sistema jurídico penal se concluye que el Código Penal argentino establece un límite máximo de duración temporal para toda condena a pena de prisión: en 50 años. Efectivamente, tenemos por una parte para los casos del concurso real de delitos en los que “la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos” cometidos por los que se condena, aunque puedan superar ampliamente cualquier expectativa de vida, incluso más de una vez, “no podrá exceder de cincuenta años” la imposición de la pena de prisión (art. 55 CP, texto según la ley 25.928, sancionada en el año 2004), Mientras que, por otra, el condenado a prisión perpetua que haya cumplido 35 años –es decir un poco más de dos tercios de 50 años- puede obtener la libertad condicional (art. 13 del CP), en similares condiciones que quien fue condenado a 50 años –por la limitación del art. 55 CP- puede obtenerla cuando hubiere cumplido los dos tercios de ella, es decir a los 33 años y 4 meses. En consecuencia, nuestro Código Penal establece evidentemente un límite jurídico inexorable para toda pena de privación de la libertad impuesta, como es el caso de la pena de prisión perpetua, en 50 años”* (considerandos b.2).

Y que *“De acuerdo a los argumentos expuestos....se impone, como respuesta a la convocatoria a plenario, la constitucionalidad y convencionalidad de la pena de prisión perpetua en el régimen legal vigente en nuestro país. Ello por varios motivos...En tercer lugar, porque no vulnera el principio de legalidad y el mandato de determinación. Esto en razón que la consecuencia legal prevista para los graves hechos conminados con ella sí tiene un límite temporal en cuanto a su cumplimiento. Tal límite está determinado por el art. 55 del CP y la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que jurídica y*

estrictamente da por resultado que no se trata de un encierro a perpetuidad, sino que como para toda pena privativa de libertad en el sistema penal argentino tiene el límite de 50 años” (considerando c.) –SC Mendoza, “I.B., Y. M. y O.R., M.E. s/ Homicidios calificados p/plenario”, 30/12/2020, TR LALEY AR/JUR/68321/2020).

La nueva redacción del artículo 55 prescribe que *“Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos”.*

“Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión”.

Esa consonancia entre el texto de la ley, es decir el actual art. 55 C.P., y la interpretación avalada por la C.S.J.N, terminó con el recelo acerca de la cuantía punitiva máxima aplicable para las situaciones donde se presente un concurso real de hechos reprimidos con una misma especie de pena. En el caso de la prisión o reclusión, lo fijó en cincuenta años.

Nuestro Código Penal establece en su artículo 5º cuáles son las diferentes penas contenidas en ese cuerpo normativo: la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación. Sin perjuicio de ello, a partir de la sanción de la ley 24.660, la distinción entre la pena de prisión y la pena de reclusión –que previamente era más gravosa- ha quedado definitivamente derogada, pues no se realiza diferenciación alguna en el modo de ejecución de una y otra, así como tampoco respecto del lugar de cumplimiento. El precedente de la C.S.J.N. “Méndez Nancy Noemí s/ homicidio atenuado” del año 2005 zanjó también jurisprudencialmente aquel diferendo.

Ahora bien, en cuanto a la clasificación de las penas que el Código establece existen, entre otras, aquellas divisibles e indivisibles, aplicables a la prisión. Las primeras fijan legalmente un mínimo y un máximo, circunstancia que permite la cuantificación judicial; es decir que se deja en manos del juez la determinación del *quantum punitivo*, lo que exige la tarea de mensuración (conforme los arts. 40 y 41 C.P.). Por su parte, las penas indivisibles son aquellas que son fijadas por naturaleza (pena de muerte, prisión y reclusión perpetua) o por la forma de imposición (cinco años de prisión; cinco mil pesos de multa). Sobra agregar a lo dicho respecto de la reclusión, que la pena de muerte está prohibida en la ley argentina (*Horacio Días, “Código Penal de la Nación Argentina Comentado – Parte General”, Rubinzal Culzoni, 2018*).

De lo expuesto entonces es válido sostener, como argumentó la juzgadora en autos, que el límite temporal de 50 años de prisión divisible o perpetua -en misma especie de pena- es la máxima pena legal establecida en nuestra legislación y posee equilibrio con las prescripciones del artículo 13 C.P., que actualmente establece el cumplimiento de 35 años de condena para que los condenados a prisión perpetua puedan obtener la libertad condicional.

Cierto es también que ello surge de la interpretación armónica de toda la codificación, incluso del art. 56 C.P. que complementa el anterior, por cuanto aquí el legislador brinda solución a los casos en los cuales se configura un concurso real y, al mismo tiempo, los hechos independientes que componen dicho concurso no se encuentran reprimidos con la misma especie de pena.

El artículo 56 C.P. establece *“Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor”*.

“Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua”.

“La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero”.

Nos interesa aquí la segunda hipótesis, por cuanto se refiere al caso en el cual hay un concurso real de delitos conminados con penas privativas de la libertad, siendo que alguna de éstas, al menos, debe ser no temporal: o sea, debe tratarse de una pena no divisible y, por ende, perpetua. Por lo tanto, para que se configure esta situación el concurso real tendrá que ser entre delitos que posean, al menor uno de ellos, una pena de...prisión perpetua. Para estos casos, es decir cuando medie aunque sea una pena privativa de la libertad perpetua y las restantes sean divisibles, la solución que brinda el CP es simple: corresponde aplicar la pena perpetua.

Así las cosas, “la solución adoptada por la ley parece la única posible, ya que -como señala Fontán Balestra-, nada se puede acumular a lo perpetuo en materia de tiempo...La disposición dice: si alguna de las penas no fuere divisible...pero la solución es la misma si dos o más de las penas que corresponde aplicar no son divisibles. Lo perpetuo no puede sumarse con nada” (*Horacio Días, “Código Penal de la Nación Argentina Comentado – Parte General”, Rubinzal Culzoni, 2018*).

Si nos detenemos en que la condena que pesa sobre David Emanuel Ojeda por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado –sancionado con prisión perpetua- y robo con armas –reprimido con prisión de cinco a quince años-, en concurso real –que dijimos no puede exceder de cincuenta años de prisión-, es correcto señalar, siguiendo el análisis que se propicia, que aquella pena de prisión dispuesta -indivisible o perpetua- es la pena privativa de libertad más alta y gravosa aplicable en nuestro texto legal. Entonces, posee sentido que aquella se refleje en el tope máximo dispuesto en el Código Penal. En este caso, en el art. 55, y su *quántum* punitivo de 50 años. Ello, armoniza con nuestra legislación, el soporte

jurisprudencial comentado y los argumentos brindados por la Juez de Ejecución al momento de expedirse al respecto.

Corolario, a la cuestión propuesta, he de pronunciarme por la **negativa**.

A la primera cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

Adhiero a los fundamentos expuestos por la distinguida colega que antecede, para rechazar el recurso de casación, interpuesto por el Defensor Público, Dr. Alejandro N. Naccarato (hojas 717/719).

1.- En tal sentido, he de recordar que la observancia a la intangibilidad de la persona humana, imposibilita la consideración de una pena privativa de la libertad efectivamente perpetua -como sanción punitiva impuesta, a consecuencia de su legítima aplicación- a razón de la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional (CSJN Fallos 329:2440).

La noción misma de garantía constitucional, refiere el límite a la situacional vinculación del ciudadano frente al avance punitivo del Estado, siendo priorizada por el ordenamiento jurídico, su calidad de individuo. Así, dicha relevancia, plasmada en la síntesis normativa que los derechos humanos implican, involucra indiscutiblemente el respeto irrestricto de las condiciones y circunstancias que conceptualizan al hombre dentro de parámetros de humanidad, en reconocimiento a su dignidad, como reparo a guardar consustancial al mismo (Javier Darío Muchnik, *Derecho penal internacional: el principio universal frente a la protección efectiva de los derechos humanos*. TRLALEY AR/DOC/2764/2004).

En adición, la positivización del deber de cumplimiento de las obligaciones constitutivas del bloque de constitucionalidad e inherentes a los

sistemas internacional e interamericano de derechos humanos, advierten acerca de la relevancia del respeto a la dignidad esencial del ser humano, en contextos de personas privadas de la libertad (art. 28, 75 inc. 22 C.N., arts. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH-), dando cuenta a su vez, de manera expresa, el mandato de impedir penas crueles, inhumanas o degradantes (arts. 5.2 CADH, arts. 1, 2 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 18 CN, arts. 144 bis a 144 quinto CP, art. 9 ley 24660).

Concordantemente, dada la expresa previsión normativa de la imposición de una restricción absoluta y a perpetuidad de la libertad ambulatoria (tal el caso previsto en el art. 80 inc. 7º que nos ocupa), devenida del ejercicio legítimo del poder punitivo estatal, y contemplando la eficacia de la norma que la contiene, la misma debe necesariamente entenderse, en consonancia con los diferentes mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, que delimitan la cuantificación ontológica de su culminación, desplazando el contenido vitalicio de la pena.

Ello, atento a que la dialéctica representativa de la forma de gobierno adoptada por nuestra Constitución Nacional, tanto en lo que refiere a su sistema conformacional como a su referencia normativa funcional (art. 1, 31 C.N.), determina como designio de la soberanía del pueblo revalidada por la consecución del acto electoral, la titularidad de la función principal de materialización de normas jurídicas en el poder constitutivo del legislador. Dicha actividad, se instituye en base a su esencia deliberativa, como expresión aspiracional de la voluntad general de los ciudadanos, dado un contexto temporal y socio espacial específico, que conforma una política criminal en particular.

El ejercicio de dicha potestad normativa, respetuoso del principio de legalidad (art. 19 CN), plantea la requisitoria de identificar con estricta precisión las consecuencias jurídicas del hecho punible.

Frente a la decisión normativa de estipular penas divisibles, debe preverse como aspectos propios del establecimiento legal de la sanción penal en términos abstractos, la clase de pena o medida, la escala penal aplicable y los criterios orientativos para la determinación del quantum punitivo que circunscriban el libre arbitrio judicial, en el proceso de individualización de la pena y la determinación específica de su monto.

Por el contrario, en casos como el presente, se indaga sobre la razonabilidad de las implicancias de la máxima expresión de intervencionismo punitivo estatal dentro de la esfera del ser humano, y las consecuencias que acarrea la permisión de una pena máxima absoluta, en virtud del método de conminación de pena única y la potencial afectación total del condenado, en todos los aspectos que hacen a su persona, al tornar irrelevante la existencia de cualquier motivo individual a ser meritado, que encuentre su razón de ser, más allá de la culpabilidad del delito, al haberse impuesto una sanción fija, no susceptible de graduación (CSJN Fallos 328:4343).

La tolerancia a dicha disposición extrema del ser humano, por parte del Estado constitucional de derecho, encuentra su justificativo legal, tan sólo frente a conductas que vulneran bajo una específica modalidad o medio de concreción, o bien existiendo la interrelación de sujetos calificados o corroborándose determinadas características circunstanciales, aquellos bienes jurídicos que han sido considerados especialmente trascendentales por el ordenamiento jurídico.

El limitado ámbito de consideración de la imposición de una pena de prisión perpetua, denota el excepcional criterio imperante en su imposición,

circunscripto tan sólo a aquellos hechos que evidencian para la sociedad -voluntad plasmada en la tarea legislativa- una irreconciliable gravedad delictual, en cuya categorización conductual reposa el respeto al principio de proporcionalidad (art. 16 CN, CSJN Fallos 313:1638).

Consecuente con la perspectiva representada, corresponde tener presente el impedimento vigente, circunscripto al ámbito de la responsabilidad penal juvenil, que avisa como límite a la legalidad de la potestad punitiva de imponer la prisión perpetua, relativa a la imposibilidad de negar la excarcelación ante aquellos delitos cometidos por menores de 18 años de edad, conforme el art. 37 inc. a de la Convención sobre los Derechos del Niño, atento lo resuelto en el caso "*Mendoza y ots. Vs. Argentina*" de la CIDH con fecha 26.01.2015. El referido antecedente, si bien contribuye a una esfera propia de incumbencia, ajena al caso que nos ocupa, coadyuva en la interpretación integral del instituto.

La inobservancia de los preceptos mencionados, y la omisión de plasmar criterios orientadores claros, dispone la subordinación al sistema de frenos y contrapesos propio del principio público de separación de poderes, como mecanismo de equilibrio constitucional (art. 109, 116 CN; CSJN Fallo 342:1376).

2.- Como correlato de lo expuesto, una inteligencia que supere la nominalidad de la prisión perpetua, y adopte una perspectiva de análisis que contenga un criterio hermenéutico del ordenamiento jurídico, se enfrenta a la labor de resignificar el concepto de perpetuidad y conciliar a su vez, el contenido de los sucesivos textos legales relativos a la materia, que han sido previstos por el legislador (CSJN Fallos 338:4888).

Al respecto, el pormenorizado análisis relativo tanto a la normativa observable como al desarrollo jurisprudencial vinculado al instituto de la prisión

perpetua, plasmado de manera conducente por la jueza preopinante en el presente fallo, da cuenta de los consecutivos escenarios interpretativos que tuvieran lugar, en torno a su clarificación.

Incumbe aludir, en este punto, que el entendimiento de adoptar un posicionamiento contrario, redundaría en una exclusión social absoluta del ser humano, significativa de una imposición meramente retributiva de la pena, vedada por el imperativo constitucional en la materia, el cual determina un límite interpretativo dentro de los diferentes posicionamientos dogmáticos y doctrinarios vinculados a los análisis concernientes a los fines de la pena -intrínseco en cuanto a su propósito- al determinarse expresamente que: “... *Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice*” (art. 18 C.N.); mandato que fuera robustecido mediante su pertinente correlato, dispuesto en la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660), y legislación consecuente.

Al respecto, las sucesivas reformas disgregadas del código penal, así como la proliferación de leyes especiales, imponen en la labor jurisdiccional, la adopción de criterios interpretativos que armonicen sus disposiciones de modo integrativo y armónico, de manera tal de resguardar la seguridad jurídica en una consonancia de estabilidad institucional republicana, atenta a los principios representativos que se asientan en la división tripartita del poder, dentro del marco de un Estado constitucional de derecho.

2.1. De manera congruente con lo manifestado, el conocimiento íntegro del instituto de la prisión perpetua, bajo el prisma de merituar su efectiva mensuración temporal, instala la ponderación de diferentes aspectos integrativos del mismo.

Primeramente -si bien se corresponde con el estadio temporal del examen posterior de una pena ya impuesta- el reflejo normativo del sistema de control constitucional de poderes, contempla expresamente la posibilidad de dispensar penas en forma total, mediante la procedencia del indulto de penas, o bien parcial en virtud de la conmutación, lo cual evidentemente repercute en la extensión temporal de la prisión perpetua, en los casos en que resulte válida su procedencia (art. 99 inc. 5º de la CN, art. 135 inc. 15 CPTdFAeIAS, ver “*SARTORI, Lucas Oscar s/ Conmutación de pena*”, expte. nº 10/2015 STJ-SP del 12.04.2016 T II Fº. 89/92; “*NAUTO BARRIA, Ángel Rubén s/ Conmutación de pena*”, expediente Nº 3054/2014 SDO STJ del 15.04.2015 Tº 92 Fº 94/97; entre otros).

2.2. Por otro lado, correspondiente con la fase de cumplimiento de la sanción punitiva, la posibilidad de aplicabilidad del régimen de progresividad en el marco de la ejecución de las penas privativas de la libertad -en aquellos casos en donde los presupuestos de viabilidad encuentren su correlato en el marco fáctico del que se trate- facultan una perspectiva libertaria aun habiendo sido impuesta la prisión perpetua. Los estadios normativos de atenuación de la restricción a la libertad, previstos en la ley 24.660, recepciona el desenvolvimiento de los internos como parámetros de mensuración del horizonte resocializador allí previsto, en consonancia con lo dispuesto en el orden internacional en cuanto al cumplimiento de las obligaciones estatales en la materia (art. 1, 6 y 12 ley 24.660, arts. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH). Así, los diferentes encuadres probables, dan cuenta en cada caso particular, de diferentes consecuencias jurídicas dentro del régimen de ejecución de la pena. Sobre este aspecto, en lo que refiere a la especial situación del interno Ojeda, se ha expedido este Superior Tribunal en autos “*OJEDA, David Emanuel s/ Recurso de casación*”, expte. nº 793/2019 STJ-SP, sentencia del 29.05.2020, Fº 425/427 - Tº VI.

2.3. El aspecto más notorio que refiere en particular, al supuesto bajo estudio, requiere el análisis de aquellos componentes normativos cuya aplicabilidad den cuenta de la racionalidad en la efectiva extensión en el tiempo, de la prisión perpetua. Como congruente devenir de lo hasta aquí expuesto, y en concordancia con el agravio casacionista, la determinación del máximo de pena aplicable, ligado al efectivo cómputo de la prisión perpetua se establece como la cuestión sobre la cual pronunciarse en esta oportunidad.

En el marco de un entendimiento abarcativo de los diferentes aspectos señalados, el primigenio silencio del legislador, en cuanto a la expresa individualización inequívoca del máximo de pena aplicable en los casos de imposición de una pena de prisión perpetua -significativa a su vez de una efectiva determinación de la escala legal punitiva-, se presenta como un presupuesto conflictivo para desarrollar una tarea jurisdiccional, que resulte indubitable y consonante con el mandato de certeza devenido de la vigencia del principio de legalidad, junto con el respeto al principio de prohibición de interdicción por analogía, en una lógica de plenitud hermenéutica del orden jurídico en concordancia con el principio de reserva (art. 18 C.N. y art. 19, segunda parte C.N.).

En efecto, la razonabilidad de la observancia, por parte de la jueza de ejecución, del límite máximo de 50 años, atento a lo previsto en el segundo párrafo del art. 55 del CP, aplicable con relación a la pena de prisión perpetua que actualmente cumple el interno Ojeda, resulta el aspecto del instituto sobre el cual, en particular, centra la cuestión a tratar en el presente caso.

3.- Como consecuencia, delimitado el agravio casacionista a la pertinencia de aplicabilidad del art. 55 del CP frente a las especiales circunstancias del caso en concreto, corresponde señalar, a los fines de esclarecer la suficiencia de la decisión adoptada por el *a quo*, la consideración de dos aspectos propios de la exégesis de la norma.

Dichos elementos resultan ser la aplicabilidad del criterio de cuantificación previsto en el art. 55 del CP, atento al injusto cometido y previsto por el tipo penal; como a su vez, la vigencia de la norma, en conformidad con la fecha de comisión del ilícito, para determinar así el grado de certeza del marco normativo aplicado, por parte de la magistrada interviniente en autos.

En otras palabras, debe estarse a la subsunción típica junto con la herramienta mensurativa del concurso real, atribuida a la conducta desplegada por el interno Ojeda, a la par de la fecha de comisión del hecho, individualizada en autos, para analizar la razonabilidad de su correlato con la disposición prevista en el art. 55 del CP.

Ello, con el objeto de circunscribir la suficiencia argumental plasmada por la jueza de ejecución en su resolutorio, al determinar la aplicabilidad del segundo párrafo del art. 55 del CP -vigente al día de la fecha- como normativa correspondiente a ser observable, a los efectos de efectuar el cómputo de pena, y que en definitiva deviene en la determinación del máximo de pena determinable en 50 años, frente a la sanción de pena de prisión perpetua que fuera impuesta oportunamente a Ojeda.

3.1. A tales efectos, se advierte que en primer lugar, al momento de la subsunción típica y atento las constancias de autos, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, resolvió atribuir a Ojeda, el delito de *homicidio agravado reiterado y robo con armas, en concurso real (art. 45, 55, 80 inc. 7º y 166 inc. 2º, primer párrafo del CP)*, cuya fecha de comisión, fue individualizada en el día de 24/04/2011 (hojas 1/22).

La previsión que dispone el art. 55 del CP, adquiere aplicabilidad para aquellas figuras delictivas cuya subsunción resulte acreditada en casos de

concurso real de delitos, como resulta ser el tipo penal atribuido a Ojeda, y fuera así considerado por la jueza de ejecución (hoja 707 vuelta).

Que asimismo, la reforma introducida al art. 55 del CP mediante ley 25.928, torna operativo la disposición del máximo de pena observable en casos de concurso real de delitos en 50 años, a partir del 10.04.2004 -atento a la fecha de publicación del boletín oficial- resultando concordante su vigencia con la fecha de comisión del hecho situada el 24 de abril de 2011, sin que resulte por consiguiente, menoscabo alguno a los preceptos de irretroactividad de la ley o máxima de ley penal más benigna (art. 2 CP).

En definitiva, se encuentran cumplidos sin contradicciones, los requisitos de procedencia de la citada normativa, tornando operativo el máximo de escala penal allí previsto y dispuesto en 50 años, sin que medie una situación de incertidumbre en la aplicabilidad del marco normativo referenciado.

3.2. Resta introducir, a mayor abundamiento, una última referencia interpretativa, relativa específicamente al máximo legal punitivo, previsto en abstracto, por el ordenamiento jurídico, aún sin aplicación práctica al caso atento a las fechas antes indicadas pero que permite no obstante valorar con mayor amplitud la situación punitiva planteada.

El Estatuto de Roma, como instrumento internacional constitutivo de la Corte Penal Internacional, fue suscripto por la República Argentina el 17 de julio de 1998 y aprobado por ley 25.390 (23.01.2001), regulando las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y el Tribunal Internacional, estableciendo a su vez los procedimientos internos adecuados, en concordancia con las Reglas de Procedimiento y Prueba y normas complementarias del organismo internacional. Por su parte, la ley nacional 26.200 denominada “Ley de Implementación del Estatuto de Roma”,

promulgada en fecha 05.01.2007, implementó las disposiciones previstas en el texto internacional (art. 1 ley 26.200).

El mencionado marco de referencia, amplía el ámbito de validez espacial de la ley penal, en consonancia con el principio universal inscripto en el derecho penal internacional. Así, las previsiones punitivas contempladas en el Estatuto de Roma que corporiza los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión -en el marco de la específica disposición del apartado 2º del art. 5 del Estatuto de Roma-, y delitos contra la administración de justicia, son reconocidas por el Estado argentino (art. 5, 6, 7, 8 y 70 Estatuto de Roma).

En particular, el mencionado cuerpo normativo, contempla la sanción punitiva, no mediante penas determinadas para cada uno de los delitos, sino bien a través de especies de penas aplicables en general (art. 23 y 77 del Estatuto de Roma), cuya mensuración punitiva queda librada a la discrecionalidad del órgano juzgador, en consonancia con las regulaciones allí previstas relativas a su determinación, ejecución e incluso reducción (art. 78, 103, 104, 110 del Estatuto, art. 145, 233 de las Reglas de Procedimiento y Prueba).

Sin embargo, el arbitrio judicial se encuentra limitado en primera medida, por el máximo de pena dispuesto en 30 años, conforme lo previsto en el art. 77 del Estatuto, previéndose la posible imposición de la perpetuidad punitiva “...cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado” (art. 77 inc. 1.b) y su complementaria disposición prevista en la regla 145, apartados 2º b y 3º, que en detalle pormenoriza las circunstancias agravantes a las que se refiere el Estatuto, en su art. 78.

En concordancia, los art. 8, 9 y 10 de la ley 26.200, contemplan expresamente la pena aplicable de prisión perpetua, de manera específica,

para los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, cuando ocurriere la muerte.

Al respecto de la referencia normativa del máximo punitivo, corresponde aclarar, que dicha escala mensurativa no resulta aplicable en el presente.

En primer lugar por cuanto resulta evidente que allí se otorga jurisdicción subsidiaria al sistema de la Corte Penal Internacional (art. 1 del Estatuto de Roma), en la medida de no primar sobre la jurisdicción de los tribunales nacionales, vedando el entendimiento de constituirse en un ordenamiento jurídico y sistema de enjuiciamiento supranacional, sino por el contrario de carácter complementario. Adquiere así prevalencia el principio de territorialidad, que instala el lugar del hecho como pauta rectora para establecer el juez natural.

A su vez, el art. 2º de la ley 26.200, dispone de manera específica que el alcance del sistema penal previsto en el Estatuto de Roma, solo resulta aplicable para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional resulta competente (art. 2, primer párrafo, ley 26.200), conforme lo dispuesto en los art. 5 y 70 del mencionado instrumento internacional (competencia por razón de la materia de la Corte Penal Internacional).

Consecuentemente, las previsiones de dicho estamento internacional, se relegan en complementariedad de su operatividad, toda vez que la República Argentina asume la obligación primaria de juzgar o bien luego de extraditar a los presuntos responsables de las conductas delictuales previstas en el Estatuto de Roma, y la aplicabilidad del conjunto normativo se circunscribe a los casos de dicho ámbito jurisdiccional.

Y en segundo lugar, el monto máximo de pena allí previsto (30 años) contempla excepciones que pudiendo justificar la perpetuidad de la pena, no

enerva la interpretación que aquí se sigue en términos de individualizar un lapso temporal menor a ello.

4.- En definitiva, se condice con lo expresado, que la normativa referenciada por la jueza de ejecución, así como el consecuente límite taxativo del máximo de la sanción punitiva previsto en 50 años, resulta ser el adecuado en el caso en concreto y conforme fuera así manifestado en la sentencia recurrida.

En conclusión, de acuerdo con el alcance interpretativo reseñado, acompaño la propuesta del primer voto. A la primera cuestión voto por la **negativa**.

A la primera cuestión el Juez Ernesto Adrián Löffler dijo:

Acompaño los argumentos brindados por la Juez Battaini. Por ello, adhiero a su voto y doy el mío en idéntico sentido. En consecuencia, a la presente cuestión voto por la **negativa**.

A la primera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

Por adherir a los fundamentos expuestos por los Jueces Battaini y Muchnik, a la cuestión propuesta voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión la Juez María del Carmen Battaini dijo:

Atento a la respuesta dada a la cuestión que antecede, se propone rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 40/42 por la defensa de **David Emanuel Ojeda** contra la decisión de fs. 35vta./36.

Cabe imponer las costas al enjuiciado de acuerdo al principio establecido en la primera parte del artículo 492 del C.P.P.

A la segunda cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

Adhiero a la solución expuesta por quien me precede en el orden de estudio, votando a la segunda cuestión en igual sentido.

A la segunda cuestión el Juez Ernesto Adrián Löffler dijo:

Comparto la propuesta formulada por la Juez Battaini. Por ello, voto a la segunda cuestión en igual sentido.

A la segunda cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

De conformidad a las razones brindadas, el caso debe ser resuelto por indica la Juez Battaini.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 14 de diciembre de 2021.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º) **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto a fs. 40/42 por la defensa de **David Emanuel Ojeda** contra la decisión de fs. 35vta./36. Con costas (art. 492, primera parte, del C.P.P.).

2º) MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo: Javier Darío Muchnik –Juez-; María del Carmen Battaini –Juez-; Carlos Gonzalo Sagastume –Juez-; Ernesto Adrián Löffler –Juez-.

Secretario: Roberto Kádár.

T VII– Fº 1734/3748.