

REGISTRO N° 23.631

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 26 días del mes de MAYO de 2014, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana M. Figueroa como Presidente y los doctores Luis M. Cabral y Juan Carlos Gemignani como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa en esta causa n° 15.156 caratulada: "Álvarez Albarracín, Fabricio A. s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1°) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 16 resolvió:

I) Condenar a Fabricio Alberto Álvarez Albarracín a la pena de cincuenta años de prisión, accesorias legales, mil pesos de multa (\$1000) y costas, por ser autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple en concurso real con exhibiciones obscenas (arts.45, 55, 119 primer párrafo y 129 primer párrafo del Código Penal) –hecho que damnificó a T. B. M.; abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa en concurso real con robo (arts. 42, 44, 45, 55, 119 párrafo tercero y 164 del C.P.) –hecho que damnificó a F. A. C. T.; abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima en concurso real con robo (arts. 45, 55, 119 primer, tercer y cuarto párrafos Y 164 del C.P.) –hecho que damnificó a R. F.-;

amenaza coactiva (arts. 45 y 149 bis, segundo párrafo, del C.P.) –hecho que damnificó a L Soledad Peker; privación ilegal de la libertad en concurso real con robo (arts. 45, 55, 141 y 164 del C.P.) –hecho que damnificó a A. M.; privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado el fin propuesto en concurso ideal con robo en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima (arts. 45, 54, 119, primer, tercer y cuarto párrafo, inc. a); 142 bis primer párrafo y 164 del C.P.) –hecho que damnificó a N M N; privación ilegal de la libertad para obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad en concurso ideal con abuso sexual simple, en grado de tentativa (arts. 42, 44, 45, 54, 119 primer párrafo y 142 bis, primer párrafo, del C.P.), que damnificó a M. V. C; privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado el autor su propósito en concurso ideal con robo con armas, en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima y por haber sido cometido con armas (arts. 45, 54, 119 primer, tercer y cuarto párrafo inc. a) y d); 142 bis primer párrafo y 166, inc. 2º del C.P.) –hecho que damnificó a N B M-; todos ellos en concurso real entre sí (art. 55 del C.P.).

II. Revocar la libertad condicional que Fabricio Alberto Álvarez Albarracín venía gozando y que fuera otorgada el 18 de abril de 2008 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 1 en el marco de la causa nº 2444 del Tribunal Oral en lo Criminal nº 9 (art. 15 del C.P.);

III. Condenar a Fabricio Alberto Álvarez Albarracín a la pena única de cincuenta años de prisión, accesorias legales y mil pesos de multa (\$1000), con costas, comprensiva de la dictada en el punto I y de la pena única de cinco años de prisión, accesorias legales y costas impuesta el 5 de diciembre de 2006 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 en la causa mencionada, que comprende la de tres años de prisión y costas impuesta por ese Tribunal y la de tres años de prisión en suspenso y costas, cuya condicionalidad se revocó, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 por sentencia del 12 de agosto de 2005.

IV. Declarar reincidente a Fabricio Alberto Álvarez Albarracín (art. 50 del C.P.).

Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación, el que fue concedido y mantenido en esta instancia.

2°) Que con invocación de los dos motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., el recurrente expuso los siguientes agravios:

a) Arbitraria valoración de la prueba respecto de los hechos que damnificaron a M. V. C, a A. M. y a N B M.

En cuanto a la primera, sostuvo que no pudo demostrarse la intención de su asistido de abusar sexualmente de la Sra. C pues no realizó ningún tipo de tocamiento mientras iban en la moto ni la obligó a practicar una terea de índole sexual, sin que el hecho de que su asistido hubiera escapado después de que los cartoneros le digan "no queremos

violines" pueda ser considerado un indicio suficiente para alcanzar la certeza que requiere una condena. De ese modo, el tribunal de juicio realizó una construcción fáctica inexistente y condenó a su asistido sobre la base de una interpretación y construcción del hecho "in malam partem".

Respecto del hecho en perjuicio de A. M. sostuvo que la prueba resultó insuficiente para acreditar el desapoderamiento pues se basó únicamente en los dichos de la víctima sin otro elemento que permita corroborarlos; que debió considerarse que no se encontró ningún elemento en poder de su asistido cuando fue detenido días después; y que la testigo no reconoció a su asistido ni la ropa y demás efectos secuestrados.

Sostuvo, además, que la privación ilegal de la libertad por la que fue condenado no tuvo entidad suficiente ya que duró muy poco tiempo, que pasaron pocos segundos entre que arrancó la moto y que M. se arrojó, lo que demuestra que nunca le fue cercenada la libertad de movimiento.

Por esa razón, solicitó que se absuelva a su asistido por el hecho que damnificó a M. y, de manera subsidiaria, pidió que se modifique la relación concursal establecida entre el robo y la privación ilegal de la libertad ya que al haber existido unidad de acción, hubo concurso ideal al igual que en el caso que damnificó a N.

Finalmente, y en lo que respecta al suceso que damnificó a N B M, la defensa criticó la subsunción legal establecida en el fallo pues a su ver la privación ilegal de la libertad agravada quedó absorbida por los otros delitos al

haber quedado dentro de los límites del desapoderamiento y del abuso, sin que se haya extendido más allá de lo estrictamente necesario para que éstos se llevaran a cabo. Agregó que no hubo desapoderamiento antes de entrar al departamento de la víctima y que ese ingreso, justamente, fue para concretarlo, pues M no tenía bienes en su poder, tras lo cual se habría producido el abuso.

b) Ausencia de fundamentación al unificar las penas mediante el método aritmético. En este aspecto sostuvo que su utilización, por principio, ha de ser excepcional y que no existieron motivos suficientes para justificarlo en este caso. Recordó que a los efectos de imponer una pena justa, por regla, debe establecerse la sanción única mediante el sistema compositivo.

Por otra parte, alegó que el tribunal incurrió en una doble valoración prohibida al apreciar la violación de la libertad condicional como fundamento de la aplicación del método aritmético y a los fines de la declaración de reincidencia.

c) Arbitrariedad e inconstitucionalidad de la pena impuesta de cincuenta años de prisión, con declaración de reincidencia aplicada a su asistido pues constituye "un castigo antes que un proceso educativo y resocializador"; que atenta contra el sentido de la pena que busca la rehabilitación y no el castigo; y que en razón de la sanción impuesta, su asistido morirá en la cárcel pues "nadie puede soportar tamaña desintegración personal".

Agregó que resulta irrazonable que a Álvarez Albarracín se le imponga medio siglo de condena teniendo en consideración que el Estatuto de Roma prevé para los delitos de lesa humanidad un máximo de 25 años de prisión, siempre y cuando no ocurra la muerte.

Por otra parte, destacó que la sanción impuesta en este caso tendrá un efecto neutralizante, pues según lo dispuesto en el art. 14 del C.P., el condenado no podrá obtener beneficio liberatorio condicional alguno a los treinta y cinco años de pena de manera tal que recién podría obtener la libertad a los 79 años de edad.

Criticó también que se hubiera valorado un proceso pendiente pues de ese modo se vulneró el principio de inocencia y concluyó que la sanción aplicada, en definitiva, ha infringido el principio del derecho penal de acto, el principio de proporcionalidad de la pena, de la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes según el art. 18 de la Constitución Nacional y de los diversos instrumentos internacionales que citó.

Finalizó diciendo que la aplicación de una pena de tal magnitud fundada en la gravedad del delito cometido importa una violación al principio de humanidad de las penas que impone la exclusión de toda crueldad inusitada, ya que genera un deterioro irreversible en la persona a causa de la institucionalización.

Por todo ello, solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 55 in fine de la ley 25.928 y la adecuación de la condena impuesta a los preceptos

constitucionales citados.

Hizo reserva del caso federal y de ocurrir por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3°) Que durante el término de oficina se presentó la defensa particular del condenado quien reiteró los agravios expuestos en el recurso de casación.

Por su parte, el Sr. Fiscal General ante esta Cámara entendió que el recurso debe ser concedido parcialmente en virtud de las siguientes consideraciones:

a) los actos realizados por el imputado carecen en sí mismos de idoneidad suficiente para constituir un riesgo inminente contra la integridad sexual en el caso que damnificó a M. V. C, aunque resultaron inequívocos de una privación de la libertad que quedó consumada. Agregó que si bien ha sido idéntico el proceder de Álvarez Albarracín en todos los hechos imputados, el suceso fáctico no revela el elemento subjetivo tendiente a la concreción de un ilícito sexual.

b) las quejas de la defensa no tuvieron virtualidad para restar credibilidad al testimonio de M. pues además de que resultó preciso, contundente y nodal para arribar a la verdad objetiva, debe tenerse presente los numerosos indicios y presunciones que, tomados como una universalidad, constituyen elementos idóneos y suficientes para cimentar la condena, tales como el mismo "modus operandi" desplegado por el imputado en todos los hechos por los que fue condenado, con un vehículo de iguales características y que siempre

operaba en la misma zona.

c) el hecho que damnificó a N B M ha sido correctamente calificado pues existió un accionar temporalmente bien delimitado en donde sólo se produjo la privación ilegal de la libertad –al primer momento en donde la obliga a subir a su departamento, luego se producen los abusos sexuales y una vez que ya había sido abusada, la tuvo encerrada en su vivienda por un largo rato-, de modo que esa privación no quedó absorbida por el abuso sexual, y deben concursar de manera independiente en los términos del art. 55 del C.P.

d) el art. 55 del Código Penal es inconstitucional al contradecir palmariamente lo dispuesto de los arts. 5.6 CADH y 10.3 del PIDCP, pues *“en los hechos significa la restauración de la pena de muerte en dosis e importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona según el promedio nacional, todo ello sin contar con el efecto deteriorante casi irreversible que importa semejante grado de institucionalización total”* citando en su apoyo el voto del juez Zaffaroni en el fallo *“Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas”*.

Entendió que a los efectos de determinar cuál es la pena máxima posible para las penas temporales debe tenerse en consideración que a partir de la vigencia de la ley 26.200 que sanciona los más graves delitos contra la humanidad, se ha incorporado en nuestra legislación nacional los delitos del Tratado de Roma, de manera que debe considerarse que la pena para el delito más grave a los fines del art. 55 del

Código Penal es el del genocidio de treinta años de prisión en razón de los principios de unidad, armonía y sistematización de la ley penal.

Agregó que en nuestro sistema penal, inspirado en esos principios, establecían que la pena máxima para el concurso real era equivalente a la pena más grave para un delito reprimido con pena temporal, es decir, los 25 años del homicidio. Todo ello fue quebrado por la ley 25.928 que elevó a 50 años la pena del concurso de delitos pese a mantener la pena del homicidio, olvidando el principio de unidad y sistema de la legislación penal, lo que a su vez tiene jerarquía constitucional derivada de los arts. 44 y 75, inc. 12 de la C.N.

Por ello solicitó que se declare la inconstitucionalidad parcial del art. 55 en cuanto dispone una pena de prisión de hasta 50 años, y que se establezca que en la legislación penal argentina el máximo de la pena de prisión no puede superar los 30 años, pena que deberá aplicarse a Fabricio Alberto Álvarez Albarracín.

4°) Que en la oportunidad prevista en el art. 468 del C.P.P.N., la defensa y las querellas presentaron breves notas en las que dejaron asentadas sus posturas, tras lo cual la causa quedó en condiciones de ser resuelta. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden: en primer lugar, el doctor Luis M. Cabral y en segundo y tercer término, los doctores Ana M. Figueroa y Juan Carlos Gemignani, respectivamente.

El juez Luis M. Cabral dijo:

I. Liminarmente corresponde señalar que Fabricio Álvarez Albarracín fue condenado por ser autor penalmente responsable de diversos hechos en perjuicio de ocho mujeres; de ellos, sólo tres fueron materia de agravio y por tal razón únicamente ellos serán transcriptos para su análisis, a cuyo fin será respetado el orden cronológico establecido en el fallo.

a) En cuanto al hecho que damnificó a A. M. se tuvo por acreditado que:

“el 7 de agosto de 2009 a las 21.30 horas aproximadamente Fabricio Alberto Álvarez Albarracín interceptó a A. M. mientras caminaba por las calles Franco y Ceballos de esta ciudad, habiéndola cruzado instantes antes, cuando la damnificada caminaba por Cuenca y haciéndole señas que se acercara. Ante ello volvió sobre sus pasos y aguardó unos instantes retomando la marcha con dirección a su domicilio particular ubicado en la calle Burzaco 3264 de esta ciudad, observando que el imputado continuaba su marcha por Argerich a bordo de su motocicleta.

Al llegar al pasaje Estanislao Zeballos, en su cruce con la calle Franco, se encontró nuevamente con Álvarez Albarracín, quien frenó el rodado a su lado, descendió y le dijo “dame la billetera, el celular y la campera”, ante lo cual M. entregó su teléfono celular marca Samsung, línea nro. 15-3004-0293 de la empresa Personal y su billetera que contenía la suma de diez pesos (\$10), diciéndole el imputado que se quedara con la campera.

Luego la obligó a subir a la moto detrás de él, para lo cual la escoltó hasta donde estaba la misma en forma intimidatoria y reinició la marcha, circunstancia aprovechada por la damnificada para arrojar al suelo y comenzar a correr en dirección a su domicilio mientras era perseguida por el imputado quien le gritaba “a

dónde vas hija de puta que tengo un fierro y te mato" consiguiendo alcanzarla frente a su domicilio mientras ella intentaba abrir la puerta de su vivienda. Es así que Álvarez Albarracín descendió de su motocicleta, la tomó por detrás y de los cabellos tratando de que regresara a su motovehículo, desistiendo finalmente puesto que M. comenzó a gritar y los vecinos comenzaron a asomarse para ver qué sucedía. La víctima ingresó a su casa mientras el enjuiciado permaneció cerca de tres minutos observándola para luego alejarse del lugar con los elementos sustraídos.

A ese efecto, y tras valorar los dichos de la víctima, el tribunal consideró que si bien ésta no lo reconoció porque no le vio la cara ya que tenía puesto el casco y un cuello, sí recordó que la motocicleta era una CG, azul o negra y agregó "puede ser azul", lo que coincide con la secuestrada al imputado; que también concordó con su descripción física "*bastante alto, más grandote que yo*"; que utilizó el mismo "modus operandi": nocturnidad, víctima que venía caminando por la calle mientras él se desplazaba con su moto con el casco puesto, la "misma zona donde actuaba el prevenido"; y, como en otros casos, que utilizó la expresión "*hija de puta te voy a matar*".

Además fueron consideradas las conclusiones del informe psicológico realizado por el Lic. Carlos Garín del Cuerpo Médico Forense en cuanto determinó que M. "*presenta una personalidad que conserva el criterio de realidad y se encuentra sobre-adaptada a la misma: permanecen sin adecuada tramitación psíquica la experiencia y la vivencia traumática de amenaza a su integridad. A nivel psíquico siguen vigentes los efectos negativos del hecho padecido que genera un*

acotamiento en sus capacidades. Presenta restricción yoica y emocional compatible con haber padecido una vivencia traumática de amenaza a su integridad, dichas secuelas restan energía psíquica disposicional para el despliegue vital de su personalidad".

La defensa alegó que los elementos reunidos no alcanzan para tener por acreditado el desapoderamiento pues, además de que los dichos de la víctima fueron insuficientes para quebrantar el estado de inocencia, no se encontró ningún objeto de M. en poder de su asistido.

En primer lugar estimo que el tribunal de juicio ha dado adecuada respuesta al planteo referido a la falta de secuestro de los elementos sustraídos tras consignar que entre la fecha del hecho y del allanamiento en el domicilio del imputado transcurrieron dieciséis días.

Por otra parte y en lo que hace a la cuestión del testigo único debo recordar que tengo dicho que en la medida en que haya servido para formar certeza en cuanto a su apreciación por el tribunal, dando motivación suficiente a su decisorio, no resulta descalificable un testigo por el hecho de ser único puesto que no admitir el testigo único es una injustificada cortapisa a la libre valoración por el juez de la credibilidad que le merece el testigo (cfr. T.O.C. 9, causa n° 4 "Orona, Oscar Alejandro" dictada el 4 de junio de 1998 y sus citas).

En similar sentido, esta Sala lleva dicho que "la singularidad del testigo no es obstáculo para sustentar convicción suficiente en el juzgador si su sinceridad emana

del relato y de las respuestas lógicas y coherentes ante un exhaustivo interrogatorio, y si es evidente que la impresión subjetiva reposa también en elementos objetivos: la credibilidad del discurso y las contestaciones razonables al interrogatorio que puso a prueba su verosimilitud (confr. causa n° 4474, "Barrionuevo, José M. y otro s/rec. de queja", rta. el 22 de noviembre de 2002, reg. n° 5498, entre muchas otras; más recientemente, causa n° 16.223 "Balmaceda, Gabriel Armando y otros s/ recurso de casación" registro n° 21.751 del 28/8/13).

En este punto, las quejas de la defensa no alcanzan para desvirtuar la conclusión a la que arribó el tribunal, quien después de analizar el testimonio de la víctima de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, lo confrontó con los datos recabados en el peritaje psicológico que se le realizó y con los otros hechos llevados a juicio, todo lo cual permitió justipreciar las semejanzas que existieron entre ellos y afirmar no sólo la veracidad, verosimilitud y coherencia del relato, sino también la responsabilidad que en tales hechos le cupo al imputado Fabricio Alberto Álvarez Albarracín, todo lo cual determina el rechazo del agravio.

Por otra parte, y en cuanto a la falta de entidad suficiente que al ver de la defensa impide sostener que existió una privación ilegítima de la libertad resulta insuficiente para rebatir lo argumentado en el fallo para sostener que al tratarse de un delito instantáneo de efectos

permanentes no resulta necesario que perdure en el tiempo y que, por breve que sea, lo importante es que el sujeto pasivo vea coartada su libertad, la posibilidad de trasladarse libremente, de desplazarse a su voluntad.

Esa conclusión no se ve alterada por el hecho de que la mujer se haya arrojado de la moto una vez que el imputado arrancó su marcha, pues la privación de libertad ya había sido ejecutada cuando -después de despojarla de sus bienes- la "escoltó" hasta la motocicleta a la que obligó a subir.

En efecto, el delito se consuma cuando el impedimento físico a la libre actividad corporal de la víctima se ha producido con suficiente significación para mostrar la dirección de la acción del sujeto en cuanto ataque a la libertad (Andrés José D'Alessio, "Código Penal comentado y anotado", Parte Especial, 2006, pag.253, con cita de Carlos Creus). En este caso la intimidación ejercida sobre la víctima para que se subiera a la moto y la acción de arrancar la marcha han demostrado de manera suficiente el dolo del autor, cuya acción fue interrumpida cuando la víctima se arrojó del vehículo en movimiento.

No resulta válido el argumento traído por la defensa en cuanto a que la acción emprendida por la víctima resultaría demostrativa de que tuvo libertad de movimiento, pues al momento de arrancar la marcha, el delito ya estaba ejecutado; a esa altura, el imputado había realizado todo lo necesario para mantener a la víctima bajo su designio sin que se hubiera representado que M. pudiera emprender esa acción a

raíz del riesgo que conllevaba.

Esa conclusión se ve reforzada si se tiene en cuenta que al día siguiente, el 8 de agosto de 2009, se produjo el hecho que damnificó a N M N en el que luego de interceptarla cuando se disponía a ingresar en su domicilio, Álvarez Albarracín la despojó de su celular, la agarró de la campera y la subió a la fuerza en la parte delantera de la moto y arrancó a toda velocidad tras lo cual comenzó a dar vueltas por la zona. De ello se deduce que al obligar a N a subirse en la parte delantera de la moto, el imputado buscó evitar lo ocurrido el día anterior con M..

Por otra parte, y en lo que hace a la relación concursal entre el robo y la privación ilegítima de la libertad –art. 55 del C.P.– estimo que ha sido correctamente establecida pues de las circunstancias comprobadas surgió claro que una vez que la víctima le entregó sus pertenencias –teléfono y billetera- el imputado emprendió una nueva decisión delictiva al obligarla a subir a la motocicleta que conducía. De ese modo, el delito contra la libertad ambulatoria resultó independiente del despojamiento que lo precedió pues su ejecución comenzó una vez que aquél estaba finiquitado.

Cabe recordar que, en el debate, M. declaró: "me pide la campera, la billetera y el celular. Yo le doy todo, y cuando me saco la campera me dijo que me la quede. El celular creo que era un Samsung. En mi billetera tenía como máximo 10 pesos. A continuación me dice que me suba a la moto, me subo en la parte de atrás... me escoltó sin agarrarme pero me lo dijo como intimidándome. Me subí y cuando arrancaba la moto, me tiro y

salgo corriendo. El me dice 'hija de puta quédate quieta porque tengo un fierro y te mato'. Él se mete por la calle contramano y me persigue en la moto y me gritaba eso. Cuando llego a la puerta de mi casa, golpeo la puerta, él se baja y me agarra de los pelos. Empiezo a golpear llamando a mi vecino, sale gente, me suelta y se va".

La sola mención del criterio empleado por los sentenciantes al evaluar otro de los hechos juzgados, concretamente el de N M N, no alcanza para afirmar -como hace el recurrente- la existencia de un concurso ideal pues si bien existieron entre ambos algunas similitudes, han sido precisamente las diferencias evaluadas las que llevaron a aplicar el art. 54 del C.P. en aquél caso. Allí se destacó que *"más allá de esta sustracción inicial -durante el iter criminis hubo otras- es evidente que 'el fin propuesto' al privarla de su libertad durante aproximadamente dos horas, además de despojarla de objetos de valor que llevaba y del dinero que luego le obligó a sacar del cajero, fue abusar sexualmente de ella"* (ver fs. 1645).

Esa finalidad de abusar sexualmente efectivamente demostrada, entre otros, en el caso de N no surgió en el de M.; y, de haber existido en la mente del autor, no llegó a ser evidenciada por cuestiones ajenas a su voluntad.

De ese modo cabe concluir que fueron las diferencias existentes entre ambos casos las que permiten justificar las diferentes relaciones concursales establecidas en cada caso entre las tipos penales en juego, por lo que habrá de rechazarse el planteo de la defensa en lo que se refiere al suceso que damnificó a A. M..

b) La defensa también cuestionó la calificación

legal del hecho en perjuicio de M. V. C al sostener que no fue demostrada la intención de abusar de ella, entendiendo que se efectuó una interpretación in malam partem de la frase "no queremos violines".

Si bien no fue objetada la materialidad del hecho ni la participación que le cupo a Álvarez Albarracín, estimo oportuno recordar que el tribunal de juicio tuvo por probado que:

"el día 11 de agosto de 2009 a las 23.20 horas Fabricio Alberto Álvarez Albarracín interceptó a M. V. C, quien caminaba sobre la calle Magariños Cervantes y al llegar a la intersección con Caracas le manifestó "dame toda la plata", entregándole aquella su cartera la que contenía la suma de cuarenta pesos (\$40) ó cincuenta pesos (\$50).

Previamente la venía siguiendo pues la menoscabada lo vio al cruzar Nazca, pese a lo cual siguió caminando, apareciendo el encartado nuevamente a unos veinte metros de Caracas, estacionando la moto en la calzada y amagando como que tenía un arma en la cintura, para lo cual se levantó la ropa a esa altura haciendo como que la extraía.

Luego Alvarez Albarracín le dijo "vení, subite a la moto, vení hija de puta, si querés estar viva subite", la tomó de los cabellos y del cuello y la obligó a sentarse en la parte delantera de la motocicleta en la que se trasladaba. Así las cosas y siempre diciéndole "hija de puta te voy a matar", la condujo hacia debajo del puente que se ubica en la Av. San Martín y su cruce con las vías del ferrocarril, lugar en el que se detuvo, descendió del rodado y sacándose el casco no sin antes amenazarla que si lo miraba la iba a matar, la obligó a avanzar unos 10 metros en dirección a las vías del tren sujetándola tanto de un brazo como del cuello.

Al notar la presencia de unos cartoneros que dormían en el lugar la hizo bajar por un enrejado que estaba roto y caminar cinco o diez metros, para luego volver a subir. En ese momento advirtió que los indigentes se habían incorporado y esgrimían palos y hierros expresando "aca no queremos violines". Por ello el procesado soltó a C, amagó con tomar de entre sus ropas un arma y luego escapó sin sustraerle efecto alguno".

El tribunal concluyó que la conducta de Álvarez Albarracín resultó constitutiva del delito de privación ilegal de la libertad para obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad en concurso ideal con abuso sexual simple en grado de tentativa tras juzgar que existió una yuxtaposición de las lesiones a la libertad, tanto de actuación en un sentido amplio como de determinación sexual en sentido estricto. Agregó que la acción consistió en sustraerla del lugar por donde estaba caminando para llevarla -en contra de su voluntad- a otro en el que el imputado pudiera concretar el atentado contra la integridad sexual.

Si bien la defensa sostuvo que no se probó el dolo de abuso sexual, lo cierto es que esa intención pudo deducirse de las circunstancias que rodearon el hecho: la nocturnidad; conducirla a un lugar apartado -debajo del puente ubicado en la Av. San Martín y las vías del ferrocarril-; el modo en que la sujetaba después de hacerla descender de la moto -de un brazo y del cuello-; que luego la obligó a avanzar unos cinco o diez metros en dirección a las vías del tren, haciéndola atravesar un alambrado roto. En ese contexto, no puede soslayarse que fue a partir de la sola observación del modo en que la víctima era conducida por el imputado lo que hizo que las personas que se encontraban allí advirtieran esa intención de someterla sexualmente y fue lo que los determinó a actuar en su defensa mediante la exhibición de palos y hierros a la vez que le decían que no querían violines, modo vulgar de llamar a los violadores.

A ello se suma que en este caso Álvarez Albarracín también utilizó el mismo patrón al que hizo referencia el tribunal de juicio en los momentos previos y concomitantes, tales como tirarle del cabello, exigirle mediante amenazas, la entrega de sus pertenencias, el insulto constante de "vení hija de puta que te voy a matar" y hacerle creer que tenía un arma para que subiera a la moto en la que luego de dar varias vueltas la condujo a un lugar apartado debajo de un puente ubicado en la Av. San Martín y las vías.

Tampoco puede obviarse que fue recién cuando los cartoneros le dijeron "acá no queremos violines" que Álvarez Albarracín decidió marcharse y no antes, pese a que según dijo el testigo Morales, ellos ya estaban allí desde antes que llegaran el imputado con la víctima.

Todo ello permite sostener válidamente que hubo inicio de ejecución de un delito contra la integridad sexual aunque no pudo concretarlo por la oportuna intervención de los indigentes que decidieron actuar en defensa de C.

Sentado cuanto precede, es claro que la crítica de la defensa parte de un examen individual, aislado o fragmentario de los elementos de prueba introducidos en la causa, método de valoración censurado por la jurisprudencia de esta Sala y del Alto Tribunal (cfr. c. 1818 "Cisneros, José Luis s/ rec. de casación", Reg. N° 2480, rta. el 6 de noviembre de 1998 y su cita de la C.S.J.N., Fallos 207:72, 217:198 y 284:115, y, c. 7927, "Urtiaga, Carlos A. y Canale González, Marcelo R. s/ rec. de casación", Reg. N° 10.363,

rta. el 20 de abril de 2007, entre otros).

Por todo lo expuesto considero que debe convalidarse el fallo en cuanto a la calificación legal del hecho en perjuicio de C pues, a diferencia de lo alegado, no hubo errónea aplicación de la ley sustantiva.

c) La defensa también objetó la calificación legal del hecho que damnificó a N B M al entender que la privación ilegal de la libertad quedó dentro de los límites propios del desapoderamiento y del abuso. Destacó que contrariamente a lo afirmado en la sentencia, no hubo desapoderamiento en el hall de entrada al edificio toda vez que la víctima no tenía bienes en su poder lo que motivó que subieran al departamento. Por tal razón, solicitó que se absuelva a su asistido del delito de privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado el autor su propósito (art. 142 bis primer párrafo del C.P.).

La plataforma fáctica del hecho, que no fue objeto de agravio, quedó definida en los siguientes términos:

“El 13 de agosto de 2009 a las 20.40 horas aproximadamente, N B M, luego de bajarse del automóvil de su novio –Edgardo Awad- y al ingresar a su domicilio sito en Condarco 4796 de esta ciudad, escuchó el ruido muy fuerte de una motocicleta para luego, inmediatamente, ser sorprendida por Fabricio Alberto Álvarez Albarracín quien bajó de su vehículo, la empujó y entró con ella al hall del edificio.

Una vez dentro del palier el imputado la arrinconó y le exigió dinero y el celular, respondiéndole aquella que no tenía –pues lo había escondido en el bolsillo de su tapado color negro- y que sólo llevaba consigo monedas, alrededor de \$20 (veinte pesos). En todo momento, Álvarez Albarracín le decía que se callara, que no hiciera ruido, que no lo mirara, que la iba a matar. Ante ello y con el nerviosismo que dicha circunstancia le causaba, dejó caer su cartera al

piso –dos veces- con el fin de llamar la atención de sus vecinos, obligándola el imputado a juntarlas.

Posteriormente la obligó a subir por las escaleras tomándola fuertemente del brazo, pero sólo ascendió tres o cuatro escalones y luego se arrojó hacia la planta baja golpeándose el costado derecho de su espalda cerca de la nalga al impactar contra el piso. El enjuiciado la hizo reincorporarse, la puso de espaldas mirando la pared mientras apretaba la llave de la motocicleta contra su cuello, amenazándola que la iba a matar si no le decía dónde vivía.

La condujo entonces al ascensor y ahí M le refirió que vivía en el segundo piso donde descendieron, al tiempo que le decía "si algo sale mal te mato". Por ello, temiendo por su integridad física, se retractó y le dijo que en realidad vivía en el tercer piso, por lo que subieron hasta allí haciéndole abrir la puerta y cerrándola él.

Al ingresar comenzó a revisar todo y abrió uno de los cajones de la cajonera que estaba en el living y sacó una cámara de fotos digital marca "Olympus" de color gris que tenía la lente rota y se la guardó. En ese momento la víctima le preguntó si podía tomarse un analgésico ya que estaba dolorida por la caída de la escalera que había protagonizado anteriormente, accediendo el procesado, por lo que ella se dirigió al baño, dejando allí su cartera y escondiendo su teléfono celular dentro de una "algodonera" que poseía, previo a apagarlo por temor a que sonara.

Luego salió del baño, agarró una botellita de agua y se tomó el remedio. Mientras se hallaba en el baño pudo escuchar cómo el encartado revolvió la cocina, de la que salió blandiendo un cuchillo tipo "Tramontina" –que en un principio no exhibió- exigiéndole al verla que le diera dinero y si bien intentó distraerlo exhibiéndole una caja con alhajas de fantasía, él le decía "dame oro, dame oro" y continuaba con la búsqueda, hallando \$5000 (cinco mil pesos) que se encontraban en el interior de una caja de alfajores "HAVANNA" que estaba en el cajón de la mesa de luz.

Esto lo alteró, refiriéndole "ah, mirá como me mentís hija de puta, querés que te mate, tenías plata", a lo que ella le respondió que ese dinero era de su novio y que en cualquier momento llegaba al departamento porque tenía llaves.

Luego comenzó a acercarse, la empujó y la sentó en la cama, pero ella intentó levantarse y correrse mientras le preguntaba “¿qué querés?” a lo que el procesado respondió “ya sabés lo que quiero, sentate”, mientras ella le decía que ya tenía la plata, que se fuera, al tiempo que intentaba acercarse a la puerta porque estaba a sin llave pero antes de llegar la agarró de los pelos muy fuerte, trabando la salida, sacó el cuchillo y comenzó un forcejeo entre ambos, en el marco del cual el encartado le propinó un golpe de puño en el pómulo izquierdo y le produjo un corte con el cuchillo en la mejilla izquierda. Producto de ello ella le rompió la campera en su brazo izquierdo, mientras él también le pegaba y la zamarreaba con el otro brazo.

En un momento dado la tiró al piso y le dijo “hija de puta, me rompiste la campera, levántate”, mientras ella le pedía por favor que no le hiciera nada y gritaba pidiendo auxilio a sus vecinos. Luego de golpearla y cortarle el rostro, la levantó de los pelos –arrancándole mucho cabello en el forcejeo- y en un momento en que ella colocó una de sus manos en la nuca él le clavó dos veces el cuchillo en el cuero cabelludo.

Finalmente logró hacerla incorporar tirándole de los pelos y la arrojó sobre la cama, le pidió las llaves del departamento y tras cerrar la puerta, volvió hacia donde se encontraba la víctima, le sacó el pañuelo que tenía colocado en el cuello, le rompió el tapado con el cuchillo, le bajó la remera y el corpiño y le lamió los senos al tiempo que le decía “qué lindas tetas que tenés, no ves que yo te trato bien y vos gritas boluda”, para luego romperle todo el pantalón, bajárselo y decirle “ay que linda” mientras el metía la mano en la vagina.

Tras ello le exigió que le practicase sexo oral y ante la negativa de M la amenazó de muerte obligándola a que abra la boca con el cuchillo para luego introducirle el pene y realizar tres o cuatro movimientos.

A continuación le pidió preservativos y se los colocó, intentando penetrarla vaginalmente pero no logrando su cometido ya que la damnificada permaneció rígida, sin dejar de llorar, pese a que le tapaba la boca y la nariz con su mano y le ponía una almohada en la cara.

Ante ello se sacó el preservativo y se lo guardó haciéndola reincorporarse y pidiéndole que desenchufase el monitor de su computadora, ante lo cual la víctima le pidió si primero la dejaba subirse la bombacha ya que la tenía colocada sólo en una pierna pero él le respondió que “no” y le dijo “quédate así”. Luego le exigió que también desconectase la CPU, lo

que efectivamente hizo.

Posteriormente ella solicitó ir al baño ya que tenía ganas de vomitar, accediendo el imputado, por lo que fue hasta el baño e intentó hacerlo pero no pudo ya que sólo tenía arcadas, entrando el procesado cuando estaba orinando y exigiéndole que se lavase la vagina, intentando cerrar la puerta pero no lográndolo pues le manifestó: "lávate que te quiero ver".

A continuación salió del baño mientras la víctima permaneció en el interior agachada y rezando. En un momento dado escuchó ruidos en el living y luego el ruido de la puerta de ingreso y por eso se asomó desde el baño y al no verlo salió, percatándose de que le había sustraído un TV Phillips de 21 pulgadas.

Al intentar abrir la puerta comprobó que estaba cerrada con llave, por lo que regresó al baño y tomó su teléfono celular, lo encendió y llamó a su novio Edgardo Awad contándole lo acontecido. Luego volvió a apagarlo al escuchar el ascensor y se escondió otra vez mientras el imputado ingresaba nuevamente al departamento, se dirigía al baño donde se hallaba M y le decía "quédate ahí, que te voy a matar", orden que ella acató, hasta que escuchó nuevamente la puerta de ingreso, se asomó y advirtió que faltaba su CPU, el minicomponente, la TV y que junto a la puerta habían sido dispuestos la impresora, el DVD y el monitor.

En ese momento ingresó Edgardo Awad junto a su padre y la policía encontrándola tirada en el piso del baño en un ataque de nervios, logrando escapar el imputado a bordo de su motocicleta dominio 420-EBR, cuya patente fue vista por una vecina y no sin antes disponer de lo sustraído colocándolo en un taxi.

El tribunal de juicio entendió que existió una yuxtaposición de las lesiones a la libertad: de actuación en sentido amplio y de determinación sexual en sentido estricto; y que se trató de una única conducta que no puede multiplicarse en atención a la convergencia de dos tipos penales que, en definitiva, lesionan esa libertad en su sentido amplio.

Agregó que si bien la figura del robo, en principio, no prevé como elemento típico la vulneración de la libertad individual con el alcance que establece el delito de privación ilegal de la libertad y el acceso carnal, en donde sí están en juego la libertad, la integridad y la dignidad sexual, se insertó en aquél pues mientras retuvo a la víctima *"privándola de la libertad logra el fin que se propone de sustraerle sus pertenencias y de accederla carnalmente, acciones estas últimas que lleva a cabo utilizando el cuchillo, por lo que enlazamos estos hechos dentro de las previsiones del art. 54 del Código Penal"*.

Por esa razón calificó el hecho como privación ilegal de la libertad agravada por haber logrado su propósito el autor, en concurso ideal con robo con armas, en concurso ideal con abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño en la salud de la víctima y por haber sido cometido con armas (arts. 54, 119, primer, tercer y cuarto párrafo inc. a) y d), 142 bis, primer párrafo y 166 inc. 2º).

La defensa alegó que la privación de la libertad operó como circunstancia necesaria para consumir otros delitos –robo y abuso sexual– y que no se extendió en el tiempo más allá de lo necesario para que aquéllos se llevaran a cabo. Concretamente sostuvo que *"resulta a todas luces que no se efectuó el desamparamiento con anterioridad a que nuestro asistido y la Srta. M ingresaran al departamento de esta última. Es decir el motivo por el cual ingresó junto con la víctima al departamento fue justamente para concretar el*

desapoderamiento toda vez que, como se dijera anteriormente según los dichos de M, el robo todavía no se había cometido, toda vez que la nombrada no poseía en su poder bienes de valor. Luego de ello se habría producido el abuso por el cual fue condenado pero claramente dicho hecho absorbe a la privación de la libertad sin la cual ninguno de los otros dos delitos habría sido posible. La privación de la libertad se encontraba dentro de los límites propios del desapoderamiento y del abuso, concluyendo la misma una vez consumados ambos delitos" (fs. 1682/1682 vta.).

Si bien solicitó que se absuelva a su asistido en orden al delito previsto en el art. 142 bis del C.P. alegando que la privación de la libertad había quedado absorbida por las otras figuras, nada dijo acerca de cuál debió ser, en definitiva, la subsunción legal del hecho; y cuál sería, a su vez, la relación concursal entre las figuras subsistentes del robo con armas y el abuso sexual con acceso carnal agravado por haber resultado un grave daño a la salud de la víctima y por haber sido cometido con armas por los que Álvarez Albarracín fue hallado penalmente responsable.

Lo que sí está claro es que según la defensa existieron dos hechos perfectamente diferenciados pues en primer término el imputado ingresó al departamento de M con el fin de desapoderarla de sus bienes y, una vez que lo consiguió, se produjo el abuso sexual. De ese modo, prosiguió, la afectación a la libertad no resultó autónoma sino que quedó absorbida por las otras figuras.

De la manera en que planteó la cuestión, existiría un concurso material entre el hecho contra la propiedad y el que afectó a la reserva sexual de M en los términos del art. 55 del C.P. Sin embargo, corresponde advertir que la interpretación propuesta por la defensa luce más gravosa que la establecida por el tribunal de juicio pues supone la existencia de dos hechos independientes y autónomos cuando el a quo concluyó que existió un único hecho con múltiple afectación de bienes jurídicamente protegidos.

La escala penal aplicable según la significación jurídica establecida en el fallo es de ocho a veinte años de prisión (art. 54 del C.P. en función de la pena prevista en el art. 119, primero, tercero y cuarto párrafo, inc. a) y d) del C.P.); mientras que siguiendo el criterio expuesto por el recurrente, aquélla partiría del mínimo mayor, ocho años de prisión, hasta un máximo de treinta y cinco años de prisión (art. 55 del C.P. en función de los arts. 166, inc. 2º y 119, primero, tercero y cuarto párrafo, inc. a) y d) del C.P.).

La falta de recurso de las partes acusadoras impide dar curso a una cuestión que, sin perjuicio de haber sido traída por la defensa, pueda resultar -en concreto- más gravosa que la recurrida pues de lo contrario se vería afectado el principio que impide la *reformatio in pejus*.

No obstante ello, y con el fin de agotar la capacidad revisora de este Tribunal considero adecuada la subsunción legal del hecho, por lo que habrá de ser confirmada.

En primer lugar debo recordar que al analizar un

planteo análogo como juez del Tribunal Oral en lo Criminal nº 9 sostuve que *"en principio es correcto sostener que el robo con violencia física en las personas absorbe el injusto de la privación de libertad cometida para ejecutarlo, pero ello, sólo en tanto y en cuanto la privación de la libertad física sea el medio inmediato para que el agente se apodere sin derecho de la cosa mueble total o parcialmente ajena. De tal manera, desde el punto de vista objetivo, la limitación física debe ser un medio de comisión del despojo, y desde el punto de vista subjetivo, la privación debe haber sido concebida y ejecutada "para" consumir el apoderamiento de la cosa. Distinta es la situación cuando, desde el punto de vista subjetivo, el autor ha concebido y ejecutado la privación de la libertad física para consumir distintos atentados contra la libertad personal. A ese efecto, es relevante determinar si el imputado sólo ejecutó un robo, quebrando la relación de disponibilidad sobre cosas muebles que tenía actualmente la mujer, o si además realizó conductas no susceptibles de ser subsumidas en la figura de robo"* (cfr. T.O.C. 9, causa nº 1501 "Pino Torres, Johan Alfredo" del 25 de febrero de 2003, el destacado no pertenece al original).

En este caso, se ha probado que Álvarez Albarracín privó de su libertad a N M para desapoderarla de sus bienes cuando aquélla se disponía a ingresar al edificio; que luego de amenazarla de muerte, la obligó a subir hasta su departamento en donde tras revisar todo y sustraerle dinero y objetos, la sometió sexualmente, mediante la utilización de

un cuchillo. Después de romperle el tapado que vestía, le bajó la remera y el corpiño, le lamió los senos, le rompió el pantalón y le metió la mano en la vagina; luego le exigió que le succionara el pene y como la víctima se negó, mientras la amenazaba con el cuchillo le introdujo el pene en la boca a la vez que hizo tres o cuatro movimientos; luego, se colocó un preservativo y la penetró vaginalmente. Finalmente, la hizo higienizar y la obligó a desenchufar el monitor de la computadora y el cpu que luego le sustrajo junto con otros bienes de su propiedad.

A diferencia de lo alegado por la defensa, surge claro que además de un provecho patrimonial el imputado tuvo por fin menoscabar la integridad sexual de su víctima, de modo que la privación de la libertad física fue utilizada como medio para consumir de manera alternativa, distintos atentados contra la propiedad y contra su reserva sexual, lo que da fundamento a la aplicación de la figura prevista en el art. 142 bis, primer párrafo del Código Penal y al rechazo del agravio traído a esta instancia.

II.

Seguidamente, habré de analizar los cuestionamientos vinculados con la pena impuesta a Álvarez Albarracín.

a) Al graduar la sanción a imponer a Álvarez Albarracín, la jueza que votó en primer lugar y al que adhirieron sus colegas, tuvo en consideración:

“Como agravantes la multiplicidad de conductas cometidas que lesionaron varios bienes jurídicos, el impacto que todas ellas –como quedó demostrado– tuvieron sobre

las víctimas, quienes pronosticaron en todos los casos que su vida futura "no va a ser la misma" y las conclusiones de todos y cada uno de los informes psicológicos practicados a las menoscabadas y que ya he citado.

También he evaluado el miedo que tenían todas las damnificadas de declarar en presencia del imputado y el sobresalto que les producía oír su voz y la impresión de tristeza y dolor, matizada muchas veces por el llanto incontrolable que obligaba a detenerse y confortarlas.

No puedo dejar de citar que en todos los hechos el imputado demostró una posición de superioridad y de agresividad innecesarias, solo porque se negaban a cumplir sus designios, habiéndole sido innecesario emplear armas, a excepción del hecho que damnificó a M; que llegó en la mayoría de los casos a la violencia física directa donde el "otro" representaba un objeto que satisficiera sus deseos, nada más.

Además reveló un desprecio total por la dignidad de sus víctimas, a las que sometió de la forma más degradante posible.

De otra parte también he evaluado la actitud del imputado durante el debate, en el que continuamente lo tenía que conminar a no causar disturbios, llegando la fiscalía a solicitar expresamente que se le aplique una multa o se lo expulse de la sala.

Fue así que, en el momento en que terminaba de declarar la madre de R. F., tuve que desalojarlo de la sala porque su verborragia y sus gritos eran incontenibles por su defensa, por la doble custodia del Servicio Penitenciario y por la suscripta dentro de sus atribuciones de presidencia para dirigir el debate.

Aún así, debo decir que las largas jornadas del juicio representaron para esta vocal y mis dos colegas un desafío constante por el impacto que cada hecho producía en nuestro ánimo –pese a la extensa trayectoria judicial que tenemos los tres-, porque con cada nueva víctima se ampliaba el horizonte de lo "posible" y nos preguntábamos si aún quedaba algo más dentro del catálogo de hechos tan aberrantes.

Tampoco puedo dejar de mencionar, pese a que ello nunca afectó ni puso en vilo la imparcialidad y la tranquilidad de ánimo que nos guió siempre - que continuamente Álvarez Albarracín nos anunciaba que iba a denunciarnos ante el Consejo de la Magistratura

de la Nación y que, por lo expuesto, no vimos ningún atisbo en su actitud de arrepentimiento ni de reflexión acerca de lo sucedido.

A ello debo adunar en el caso de los desapoderamientos que solo algunos efectos (los devueltos al novio de M) fueron recuperados, aunque no por voluntad del imputado y en relación a la extensión del daño causado que a N M le provocó varias heridas con el cuchillo que empleó y con su puño la golpeó en la mejilla y que si bien estas lesiones quedarían abarcadas dentro de la violencia del robo con armas se revelan como innecesarias para su logro.

Asimismo y pese a que no interpreto la “peligrosidad” como fundamento para la medición de la pena, sino simplemente como un correctivo de aquélla, medida según el injusto y la culpabilidad en el sentido que no permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, lo cierto es que no advierto ningún elemento para disminuir la peligrosidad y así incidir en las necesidades preventivo especiales.

Frente a ello el único atenuante que podría surgir es el de su edad, aunque por la misma, su estado de salud y sin que se advierta que posee su capacidad disminuida bien podría haber mantenido relaciones sexuales sanas y consensuadas”.

Agregó que “pese a la juventud del imputado, el fin de resocialización que deben perseguir las penas privativas de libertad por mandato constitucional se revela bastante ineficaz a la luz de lo que surge en el certificado actuarial de fs. 1515, de donde se desprenden no solo las sanciones que ya se le impusieron y que no lo lograron, sino que aún tiene pendiente de juzgamiento por ante el Tribunal de Menores nº 2 varios hechos de la misma naturaleza que los que nos convocan” y después de citar precedentes de la Corte Suprema y de esta Cámara Federal de Casación Penal, destacó que “la escala penal en juego parte de un mínimo (según el concurso real de hechos) de ocho años de prisión a un máximo de ciento treinta años de la misma especie de pena, ello teniendo en cuenta además que algunos hechos concurren idealmente. Así las cosas me parece adecuado, justo y proporcional imponerle al imputado una pena de cincuenta años de prisión, accesorias legales y costas. Encuentro en este sentido, haber alcanzado el límite máximo permitido en la actualidad a partir de la reforma introducida en el art. 55 del Código Penal por la ley 25.928 que ello por sí solo no puede impactar

negativamente en nuestro ánimo ni traer aparejadas posibles contradicciones con el texto de la Carta Magna o los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados dentro del bloque de constitucionalidad federal...".

Finalmente, y por aplicación de lo establecido en el art. 129 del Código Penal estimó adecuado imponerle una multa de mil pesos (\$1000).

b) En primer término y sin perjuicio de lo que en definitiva se resolverá, debo señalar que es insustancial el agravio vinculado con la ausencia de fundamentación del método aritmético de unificación de penas, ya que por sobre las largas consideraciones que realizó el recurrente, lo cierto es que el método cuestionado no fue utilizado.

Y si bien se dejó asentado que el método aritmético sería aplicable al caso teniendo en cuenta que Álvarez Albarracín estaba gozando de la libertad condicional cuando cometió los hechos bajo juzgamiento, lo cierto es que ello fue hecho a modo de *obiter* pues –en definitiva– la sanción única fue establecida por composición.

Álvarez Albarracín fue condenado a la pena única de cincuenta años de prisión, accesorias legales y mil pesos de multa (\$1000) comprensiva de la pena de cincuenta años de prisión y mil pesos de multa que se le impuso en las presentes actuaciones y de la pena también única de cinco años de prisión que le impuso el Tribunal Oral en lo Criminal nº 9 el 5 de diciembre de 2006, por lo que ésta última sanción quedó contenida en la se le aplicó respecto de los hechos bajo juzgamiento.

c) Seguidamente, corresponde analizar el planteo de inconstitucionalidad del art. 55 del Código Penal introducido por el Sr. Fiscal General ante esta Cámara Federal de Casación Penal.

La Corte Suprema de Justicia tiene dicho desde antiguo que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos 263:309), y que es deber de los tribunales agotar todas las interpretaciones posibles antes de concluir en su invalidez constitucional, ya que ese remedio extremo sólo puede operar cuando no es posible compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella de conformidad con lo dispuesto en su art. 75, inc. 22, dado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 303:625 y 328:1491, considerando 27°).

A esos efectos, el Alto Tribunal ha establecido, como principio, que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973) y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), de manera que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma tal como la concibió (Fallos 300:700); las leyes deben interpretarse en el sentido propio de las

palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:111, considerando 8º), evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 312:;1614).

A partir de la reforma introducida por la ley 25.928 (B.O. 10/9/04) el art. 55 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera: *"cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo 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"*.

De ese modo se superó la discusión en torno a las diferentes interpretaciones que buscaban determinar cuál era máximo de la escala penal aplicable al concurso real de delitos, siendo el propio legislador quien estableció que aquélla no podría exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión, optando de ese modo por fijar un monto máximo aplicable a los casos de penas divisibles y dejando sin efecto la antigua remisión a las escalas penales correspondientes a los delitos de la parte especial.

El Fiscal General sostuvo que antes de la reforma debía interpretarse que la pena máxima de prisión para el concurso real era de 25 años por ser la pena más grave prevista para un delito reprimido con pena temporal – homicidio-. Sin embargo, esa interpretación fue expresamente desatendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al rechazar un recurso contra la sentencia que condenó a Cristian Daniel Estévez a cumplir la pena única de treinta y cuatro años y seis meses de prisión (Fallos: 333:866).

En esa oportunidad, el Alto Tribunal concluyó que *“la decisión del a quo a favor de una de las alternativas interpretativas posibles respecto del máximo legal previsto para el art. 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común suficientes como para sostenerla como acto jurisdiccional válido”* destacando que el *“principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto”* (considerando 10º).

También con anterioridad a la vigencia de la ley 25.928, como juez del Tribunal Oral en lo Criminal nº 9, he interpretado que a los fines de construir la escala del art. 55 del Código Penal debía entenderse que *“el máximo de la pena de veinticinco años de prisión, prevista para algunos delitos de la parte especial del código penal, acrece en un medio cuando se trata del supuesto del art. 227 ter del Código Penal, que se refiere a la de `cualquier delito´, y en consecuencia alcanza los treinta y siete años y seis meses de*

prisión" interpretación que ya había sido establecida por la Sala III de esta Cámara de Casación en los autos "Manfredi, Luis Alberto y otro" del 8 de agosto de 2001 (cfr. T.O.C. 9, causa n° 1102/1181 "Navarro" del 22 de febrero de 2002, n° 1327 "Rodas" del 17 de septiembre de 2002 y n° 1501/1502 "Pino Torres" del 25 de febrero de 2003).

El Fiscal General entendió que el máximo de la pena establecido en el actual art. 55 del Código Penal resulta violatorio de las disposiciones contenidas en los arts. 5.6 CADH y 10.3 del PIDCyP de jerarquía constitucional pues en los hechos importaría restaurar la pena de muerte y tras citar los principios de unidad, armonía y sistematización de la ley penal concluyó que después de la incorporación de los delitos del Estatuto de Roma por medio de la ley 26.200, debe interpretarse que la pena máxima de prisión es de treinta años (art. 77 del Estatuto de Roma).

Sin embargo y en lo que respecta a las posibles inconsecuencias sistemáticas puestas de manifiesto por el representante del Ministerio Público, ha dicho la Corte Suprema que ello no basta para descalificar la inteligencia del art. 55 que se efectuó en el citado caso "Estévez" pues ese argumento presupone que las discordancias, en los supuestos que efectivamente se plantearan, serían absolutamente insuperables e imposibles de corregir por vía hermenéutica (considerando 8º). De ello se desprende que el análisis no puede ser realizado en abstracto como pretende el Fiscal, sino que corresponderá analizar las circunstancias de

cada caso en concreto.

En el mismo sentido he señalado que siempre estaría en juego la confrontación entre el bien jurídico vida y el bien jurídico propiedad, y una argumentación consecuente y extremada obligaría a declarar la inconstitucionalidad de las normas que establezcan escalas penales cuyos máximos permiten exceder la pena por el homicidio. Por el contrario, es la idea de culpabilidad por el hecho lo que permite juzgar la proporcionalidad de la pena, ésta no se juzga frente al resto de los bienes jurídicos sino frente al hecho y la culpabilidad del autor (cfr. mi voto en la causa nº 14.422 "Martínez, Víctor Hugo s/ recurso de casación" reg. 20.735 del 13 de marzo de 2013).

Debe recordarse que la Constitución Nacional, a través del artículo 75, inciso 12, otorga al Poder Legislativo la facultad de declarar la criminalidad de las acciones, desincriminar otras, imponer penas, aumentarlas o disminuirlas, y el único juicio que le corresponde hacer al poder judicial es el referente a la constitucionalidad de las leyes sin examinar el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, pues no son puntos sobre los que al poder judicial le quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos 313:410; 318:1256).

De lo contrario, se desequilibraría el sistema institucional de los tres Poderes, fundado en que cada uno de ellos actúe con la armonía que exige el cumplimiento de los

finés del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un Poder encargado de asegurar ese cumplimiento" para lo cual se requiere el respeto de esfera que la Constitución asigna, con carácter privativo, a los otros Poderes (Fallos 226:688; 242:73; 285:369 y 314:424 entre otros).

Si bien el Fiscal General sostuvo que la disposición cuestionada resulta contraria a la finalidad de readaptación social de los condenados que deben tener las penas privativas de la libertad (art. 5.6 de la Convención Americana De Derechos Humanos) lo cierto es que ha omitido demostrar que la pena efectivamente impuesta a Álvarez Albarracín haya sido desproporcionada a la culpabilidad demostrada en los hechos por los que resultó condenado (art. 18 de la C.N.).

En este último aspecto, la Corte Suprema ha dicho que "son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquéllas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales en nuestro orden constitucional" (Fallos: 314:424).

Siguiendo los lineamientos expuestos, no es posible concluir en abstracto que la pena máxima de 50 años de prisión para los casos de concurso de delitos resulte contraria a los fundamentos de la pena ni a su finalidad de resocialización por lo que propongo al Acuerdo el rechazo de la inconstitucionalidad articulada por el Sr. Fiscal General.

d) Por su parte, la defensa alegó que en el caso concreto la pena de cincuenta años de prisión con declaración de reincidencia es inconstitucional pues sólo tuvo como fin el castigo y no la resocialización de su asistido. Agregó que al no tener posibilidad de beneficio condicional alguno, tendrá un ostensible efecto neutralizante ya que recién podría recuperar su libertad a los 79 años de edad; y que una pena de tal magnitud fundada directamente en la gravedad del delito cometido importa una violación a los principios de humanidad de las penas, de proporcionalidad y de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes consagrados en los arts. 18 de la C.N. y en los diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que citó. Estimó irrazonable que la pena máxima establecida en el Estatuto de Roma para delitos de lesa humanidad sea de 25 años de prisión -siempre y cuando no ocurra la muerte- en relación al medio siglo de condena que se aplicó a su asistido.

Al respecto, cabe señalar que en principio y por extensa que sea la duración de una condena, ello por sí solo no resulta incompatible con el fin socializador que informa el art. 6.5 de la C.A.D.H. pues si bien referido a las penas

perpetuas, esta Sala ha interpretado que su aplicación no obsta "a la posibilidad de resocialización del condenado ya que dentro del sistema penitenciario, la ley 24.660 establece que la ejecución de la pena privativa de la libertad en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el interno adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, a cuyo fin establece un régimen de progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina".

A ello se agrega que la aludida resocialización no es el único fin de la pena, ni debe ser considerada como una finalidad absoluta; el art. 5.6 de la C.A.D.H. habla de finalidad "esencial" que debe ser integrada con los fines de prevención general -dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad- y especial (esta Sala in re "Peñaranda Duran, Hiroyi s/ recurso de casación", registro n° 6073 del 18 de julio de 2003 y sus citas "sentencia del 26 de octubre de 2001, dictada por la Sala 2da. del Tribunal Supremo Español -n° 1919/2001, rec. 723/2000-, citada por esta Sala, causa N° 4340, "Castro, M. A. s/rec. de casación", rta. el 11 de noviembre de 2002, reg. n° 5470").

En otras palabras, el análisis de la pena impuesta

no debe circunscribirse únicamente a su fin resocializador sino que también habrá de analizarse si resulta proporcional frente al hecho y a la culpabilidad demostrada por el autor.

Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que *"la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito... no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales"* (cfr. C. "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa -causa nº 1573" en Fallos: 329:3680).

Desde esa óptica, el principio de proporcionalidad vincula al delito con la pena de lo que se deriva que el quantum de pena ha de encontrar un límite en la culpabilidad del autor. Tales presupuestos, como es sabido, remiten al criterio retributivo de la pena.

La necesaria proporcionalidad que debe existir entre la culpabilidad del agente y la medida de la sanción impuesta me ha llevado a sostener en varios pronunciamientos que si la pena a imponer legalmente excede el reproche de culpabilidad al acto del agente, el juez puede apartarse de la norma legal, pues de lo contrario estaría imponiendo una pena injusta (cfr. Tribunal Oral en lo Criminal nº 9, causa nº 55, caratulada "Costilla, Jorge Oscar s/robo de automotor"

del 11/8/93 y esta Sala en la causa n° 13.581 "Gómez, Carlos Javier s/ recurso de casación" registro n° 19.044 del 7/12/11 y sus citas y más recientemente causa n° 16137 "Acosta, Jorge M. s/ recurso de casación" registro n° 23.363 del 7 de abril de 2014).

En el caso bajo estudio surge que los jueces de la instancia anterior han justificado el monto de la sanción teniendo en consideración las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del código de fondo. De la transcripción efectuada se desprende que fueron tenidas en consideración la mayoría de las pautas que a los efectos de mensurar la pena prevén las normas citadas, en especial la extrema gravedad de los hechos; la multiplicidad de víctimas y bienes jurídicos afectados; la innecesaria agresividad demostrada en cada uno de los hechos, en especial en el de M a quien le produjo heridas que si bien quedaron abarcadas en el tipo de robo con armas, resultaron un daño mayor; su actitud en el debate; su juventud; su estado de salud; sus antecedentes condenatorios que demuestran que resultó bastante ineficaz el fin de resocialización de la pena, entre otros.

Sin embargo, lleva razón la defensa en cuanto objetó la mención a las causas que Álvarez Albarracín registraba en trámite, desde que tales procesos no podían ser valorados como antecedente por falta de sentencia condenatoria firme.

Por otra parte, estimo que la pena impuesta no puede ser confirmada pues si bien pudo ser proporcionada a la

culpabilidad demostrada por el imputado, lo cierto es que no se ha tenido en cuenta que en el caso concreto su condición de reincidente tendrá un efecto más gravoso de ejecución en virtud de lo dispuesto en los arts. 14 y 17 del Código Penal.

La tarea jurisdiccional de aplicar el derecho vigente a las circunstancias particulares del caso exige que sea considerado el hecho de que el condenado no tendrá la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad condicional, por lo cual Álvarez Albarracín deberá agotar la totalidad de la pena en prisión efectiva. En su caso, sólo conseguiría acceder a una soltura anticipada mediante el instituto de la libertad asistida (art. 54 de la ley de ejecución penal) en cuyo caso deberá tener cumplidos 49 años y 6 meses de encierro.

Al votar en la citada causa "Martínez" concluí que la imposición de cualquier pena en la que no se avizore la posibilidad de recuperar la libertad, importa una pena cruel porque la privación de libertad y de expectativa de acceder a ella ya no es un castigo sino una reducción a condiciones de espera de la muerte que convierte en eterna a aquella pena.

En esa oportunidad recordé lo afirmado por el juez Zaffaroni en cuanto a que *"una pena privativa de la libertad de cincuenta años, independientemente de otras consideraciones, importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona según el promedio nacional, todo ello sin contar con el efecto deteriorante casi irreversible que importa semejante grado de institucionalización total. Dicho más brevemente, se trata de un equivalente a la pena de*

muerte, que ha sido expresamente derogada en virtud de la ley 26.394 y que no podría restablecerse en función del principio de abolición progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos según la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Se priva de la vida a una persona dándole muerte, pero de igual modo se la priva de la vida someténdola a un aislamiento deteriorante hasta la muerte" ("Estévez, Cristian Andrés" en Fallos 333:866).

Las consecuencias jurídicas concretas vinculadas con el quantum de la sanción impuesta a Álvarez Albarracín pueden ser asimiladas al caso de la imposición de prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, supuesto éste último expresamente censurado por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Giménez Ibáñez" al sostener que el apelante –con acierto– alegó que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional (Fallos 329:2440, considerando 4º).

Además de la prohibición establecida en el art. 14 C.P. corresponde señalar que en el caso de Álvarez Albarracín también sería aplicable la disposición contenida en el art. 17 del mismo cuerpo legal dado que en la sentencia recurrida se revocó la libertad condicional otorgada el 18 de abril de 2008 por el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 respecto de la causa n° 2444 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 (punto

dispositivo II de fs. 1569).

En consecuencia, cabe concluir que no se encuentra suficientemente fundado el quantum establecido pues como quedó dicho no basta analizar en abstracto la validez de la pena máxima aplicable en los términos del art. 55 del Código Penal después de la sanción de la ley 25.928, ni la proporcionalidad de la pena con relación a la culpabilidad demostrada por el autor, sino que además, debió tenerse en consideración el modo de ejecución obligadamente penitenciario al que estará sometido Álvarez Albarracín por su condición de reincidente.

A ese efecto, se impone el reenvío al tribunal de origen para no menoscabar los derechos del condenado de acuerdo con la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia –por remisión al dictamen del Procurador General– en el precedente “Niz, Rosa Andrea y otros s/ recurso de casación”, rta. el 15 de junio de 2010.

En razón de lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido en favor de Fabricio Alberto Álvarez Albarracín con los alcances señalados en los considerandos que anteceden y en consecuencia, anular los puntos dispositivos I y III de la sentencia de fs. 1568/9, únicamente en lo que respecta a la pena de cincuenta años de prisión y devolver las presentes actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con los lineamientos expuestos en la presente.

La señora jueza doctora Ana M. Figueroa dijo:

1º) Preliminarmente he de señalar que comparto en lo sustancial, las consideraciones efectuadas por el juez Cabral en el punto I de su voto.

En este sentido y con relación a los agravios invocados por la defensa de Fabricio Alberto Álvarez Albarracín en torno a la fundamentación de la sentencia respecto a la materialidad de los hechos, a las calificaciones legales asignadas a cada uno de ellos y a la participación del nombrado en los ilícitos atribuidos, entiendo que las conclusiones a las que arribó el *a quo* resultan ser la derivación y razonada de la prueba incorporada al debate y de la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas que formula el recurrente logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido.

Considero que el tribunal de mérito ha efectuado una fundada y razonable valoración de las constancias de la causa, habiendo rechazado con apego a las normas de aplicación y al plexo probatorio obrante en autos, los planteos impetrados por el casacionista y los introducidos en esta instancia por el representante del Ministerio Público Fiscal -en este caso, en punto a los hechos que damnificaron a M. V. C. y a N. B. M.-, por lo que voto por rechazar el remedio deducido por la defensa de Álvarez Albarracín en lo que a ello respecta.

2º) Sobre los agravios traídos a estudio por la defensa en punto a la fundamentación de la pena impuesta al

encausado respecto de los hechos que fueron objeto de juzgamiento en las presentes actuaciones, me referiré en primer término al planteo de inconstitucionalidad presentado por el Ministerio Público Fiscal, toda vez que de su resolución dependerá la suerte de los demás embates dirigidos contra la pena dictada.

Cabe señalar en lo que respecta a la introducción de nuevos motivos durante el término de oficina o en la etapa prevista en el artículo 468 del C.P.P.N., cuanto sostuve al emitir mi voto en la causa n° 14.324, "De Armas, Sergio Gastón s/recurso de casación", reg. n° 19.739, rta. el 19/03/2012, en cuanto que: *"Tiene dicho esta Cámara que el artículo 466 del CPPN está establecido para que las partes amplíen y desarrollen los fundamentos de los motivos propuestos en el recurso de casación, es decir que sólo pueden en tal oportunidad, abundar en los motivos indicados en la vía de impugnación seleccionada, pero no ampliarlos ni alterarlos, dado que estos últimos quedan circunscriptos a los extremos del recurso -confrontar voto de la Dra. Liliana Catucci, Sala III, "Herman, Leonardo David s/recurso de casación", registro 1830/09, causa n° 11.249, resuelta el 14/12/09)".*

Es que: *"...en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal el Tribunal debe limitarse exclusivamente al estudio de los motivos propuestos ab initio al interponerse el recurso (confrontar causa n° 9 'Sokolovicz, Mario Rubén s/recurso de casación', registro n° 13, del 29/7/93), sin perjuicio de que, de advertirse un caso de nulidad absoluta,*

abierta como está su jurisdicción, correspondería actuar de acuerdo a lo dispuesto en el art. 168, segundo párrafo, del código de rito..." (cfr. Sala III, causas n° 489, "Silberstein, Eric s/recurso de casación", reg. n° 106/96 del 15/04/96 y n° 3914, "Griguol, Luciano F. y Romero Da Silva, Orlando R. s/recurso de casación" registro n° 448/02 del 28/02/02).

Lo expuesto no colisiona con la doctrina del fallo C. 1757.XL, "Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa –causa n° 1681–" –CSJN, resuelta el 20/09/05–, pues allí el Sr. Procurador Fiscal dictaminó que correspondía reducir los requisitos formales de interposición y admisibilidad del recurso de casación –vgr., patrocinio letrado, autosuficiencia, etc.– extremo no receptado por el Alto Tribunal, que amplió el marco tradicional del recurso de casación en lo concerniente al análisis de cuestiones de hecho y prueba, sin modificar ni suprimir las cuestiones instrumentales, y permite deducir que se mantienen vigentes para las partes y para este Tribunal (cfr. causa n° 6153, "Quiroga, Cristian Sebastián s/recurso de casación", reg. n° 33/06 del 10/2/06, Sala III). Criterio éste, por otra parte, avalado por el Alto Tribunal, *in re* "Soria David Rubén s/causa n° 8857", S. 587. XLIV. Recurso de hecho, resuelto el 24 de agosto de 2010.

No obstante y tal como se desprende de la presentación obrante a fs. 1735/1739vta., cuando se advierte que podrían resultar violadas garantías constitucionales o convencionales, corresponde su tratamiento (cfr. mi voto en

causa nº 13.705, "Rossi, Maximiliano Alberto s/recurso de casación", reg. nº 19.799, rta. el 11/04/12).

Sentado cuanto precede y adentrada a responder el planteo traído a estudio por el señor Fiscal ante esta instancia, referido a la inconstitucionalidad del artículo 55 segundo párrafo, del Código Penal (conforme texto ley 25.928, B.O.: 10/09/2004), habré de efectuar las siguientes consideraciones.

a) En primer término, cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Asimismo, el Superior Tribunal de la Nación ha

señalado que el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Ha consignado en tal sentido que *"...resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente"* y que *"...sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada..."* (Fallos: 314:424 "Pupelis, M. Cristina y otros s/robo con armas - causa n° 6491").

Además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Cabe asimismo recordar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300:700); las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo la unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578 y B. 4143. XXXVIII, "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/causa nº 4052").

En el mismo sentido, y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador

articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultades específicas de aquél sobre la política criminal, la que sólo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte (cfr. causa n° 7976, Sala I, "Montano, Alberto Abel s/recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 10.338, rta. el 18/04/2007).

b) A partir del marco en el cual debe inscribirse el análisis de la inconstitucionalidad planteada por el Fiscal General en esta instancia, concluyo que corresponde su rechazo.

Tal como se dijo, es atribución exclusiva del Poder Legislativo Nacional el determinar qué conductas configuran delitos, cuál es la sanción mínima y máxima que corresponde a cada tipo, y de qué modo aquéllas deben contabilizarse en el caso de juzgarse múltiples conductas -conminadas con la misma especie de pena- respecto de un mismo sujeto, determinación respecto a la cual corresponderá luego al magistrado efectuar la concreta aplicación al caso traído a su jurisdicción.

No concierne al Poder Judicial efectuar un análisis del mérito o conveniencia, acierto o error de la norma, ya que ello es propio de las atribuciones constitucionales que le competen al Poder Legislativo, sino que debe sujetarse a efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad

de la norma, en los casos sometidos al control jurisdiccional.

Así no luce irrazonable ni desproporcionada la pena máxima que prevé la norma tachada de inconstitucional, toda vez que muy por el contrario a lo que expresa el señor Fiscal, ha puesto un límite claro al juzgador en el ejercicio de la facultad que le asiste, en la imposición y determinación de la pena del justiciable.

Obsérvense las particulares circunstancias del caso sometido a análisis. Al aplicarse el primer párrafo del artículo 55 del código de fondo, la escala penal que correspondería imponer a Álvarez Albarracín sería de ocho a ciento treinta años de prisión. Mediante el coto previsto en el segundo párrafo de la norma, el máximo de esa escala se reduce a cincuenta años de prisión.

Este escenario normativo que ha planteado la reforma que introdujo la ley 25.298 (B.O.: 10/09/2004), ha permitido zanjar de manera definitiva la antigua discusión que existía en torno a los alcances de la última parte del art. 55 del Código Penal, que rezaba conforme ley nº 23.077 lo siguiente: *“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 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 de que se trate”.

Si bien en el marco de un planteo referido a la determinación del plazo en que un condenado a pena de prisión perpetua, con más la declaración de reincidencia, pretendía solicitar su libertad, tuve oportunidad de expedirme sobre el monto máximo de pena que podía imponerse a un condenado (cfr. mis votos en causa n° 13.924 "Montiel, Alejandro Héctor s/recurso de casación", reg. n° 20.725, rta. el 26/10/2012; causa n° 9816 "Leguizamón, Abel Alberto s/recurso de casación", reg. n° 20.809, rta. el 14/11/2012 y causa n° 13.505 "Rubira Olmedo, Héctor Fabián s/recurso de casación", rta. el 18/12/2012, reg. n° 20.998, todas de la Sala II de esta Cámara Federal de Casación Penal).

Allí sostuve que no encontrándose legislada la cuestión traída a estudio, mediante una interpretación sistemática de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, correspondía fijar en 37 años y 6 meses de prisión ese límite temporal de la pena, resultante ello de aumentar en un medio la pena de 25 años de prisión prevista para el delito de homicidio (art. 79, en función del art. 227 ter del C.P.). Esto es, de tomar la pena máxima para el delito más gravemente reprimido en el Código Penal y aumentarla en función de la agravante prevista en el Título X del Libro Segundo del Código Penal ("Delitos contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional"), Capítulo I "Atentados al orden constitucional y a la vida democrática".

En esa oportunidad aclaré que "...los tratados con jerarquía superior a las leyes internas -artículo 75 inciso

22 de la Constitución Nacional-, tienen establecido un máximo para la pena de prisión temporal de 30 años, pero contemplan ante el resultado muerte de dos personas o más, la imposición de pena de prisión perpetua (ley 25.390 que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para delitos de Derecho Penal Internacional), la que a su vez es superior a la pena máxima regulada en el artículo 79 del Código Penal...".

Expliqué que "...de acuerdo a nuestro sistema jurídico, cabe concluir que resulta violatorio de la igualdad ante la ley, que una persona con pena a prisión perpetua y declaración de reincidencia, donde no se encuentra legislado que pueda obtener su libertad, o que el encarcelamiento sea una sanción sine die, tenga un máximo temporal de 25 años fijado para el homicidio simple sin reincidencia, cuando su pena es mucho más grave de prisión perpetua con reincidencia; no resultando razonable que los condenados a penas privativas de la libertad perpetuas, con reincidencia, sufrieran un tratamiento menos gravoso que condenados a penas temporales. En igual sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas -causa 1669/1687-", E.519.XLI.

Ante dicha circunstancia, al no haber una legislación que contemple el caso, el a quo interpretó que el máximo de pena temporal es el que corresponde para el delito más severamente sancionado en el orden interno, es decir, por aplicación del aumento en la escala prevista en el art. 227

ter del CP, el tope máximo de 37 años y 6 meses, entendiendo que ante las dos alternativas -la tradicional fijada en 25 años el máximo de las penas temporales de prisión y la temporal del 227 ter y 55 del CP-, aplicó la segunda dentro del abanico de posibilidades que podía utilizar...".

Los lineamientos señalados, tal como anticipé, se ajustan a la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Estévez" citado precedentemente, en el que el Máximo Tribunal desestimó la queja deducida por la defensa respecto de la sentencia que había condenado a su asistido a la pena única de 34 años y 6 meses de prisión, en la inteligencia de que la pena máxima a aplicar en función del art. 55 (ley n° 23.077), era de 37 años y 6 meses de prisión.

Si bien éste era el marco interpretativo del límite temporal de las penas para el caso de concurso real de delitos previsto en el art. 55 conforme la anterior redacción, lo cierto es que con el actual art. 55 del C.P. (ley n° 25.298), se normó el límite de 50 años de prisión, al que deberá estarse -por decisión del legislador-, en el caso de concursos reales de delitos reprimidos con la misma especie de pena.

En ese sentido entiendo que la norma atacada no vulnera los principios de culpabilidad, razonabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley alegados por el Fiscal, toda vez que el planteo de inconstitucionalidad de la última parte del art. 55 del C.P. (conforme ley n° 25.298),

se ha erigido sólo sobre la base de la consideración en abstracto del monto de la pena fijado por el legislador para el caso de concurso real de delitos, cuando la imposición de una pena de prisión debe atender a su aplicación concreta en punto al grado del reproche penal aplicable al justiciable en función de los hechos cometidos. Así por ejemplo, tampoco ha discernido entre los condenados a la pena de 50 años de prisión declarados reincidentes, de aquéllos que habiéndoseles dictado igual sanción no revisten tal calidad. Esto es, ha tachado de inconstitucional una norma en abstracto alejándose de toda aplicación al caso concreto.

El fiscal no ha demostrado que la norma cuestionada conduzca a desconocer razones de humanidad en la imposición de una pena temporal de prisión, sin evaluar el derecho de las víctimas, como corresponde a la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Penal moderno. Las críticas elaboradas por el recurrente se vinculan con cuestionamientos a las razones de política subyacentes en la decisión del legislador, sin demostrar que ella se erija en desmedro de los principios de seguridad jurídica, igualdad ante la ley o que se demuestre que dicha sanción pueda derivar en la aplicación de una pena cruel, inhumana o degradante, conforme prohíben el art. 5.2 CADH; art. 7 PIDCyP; art. 2 de la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes"; art. XXVI "Declaración Americana de los Derechos y Deberes Hombre".

c) De conformidad a lo expuesto, y no habiéndose

desarrollado reproches que conlleven a sostener que la norma impugnada revela *"una repugnancia manifiesta con cláusulas constitucionales y su incompatibilidad inconciliable"* con el texto constitucional o normas convencionales (Fallos: 303:625 y 328:1491), voto por rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido por el fiscal durante el término de oficina.

3º) Por último, la defensa alegó que en el caso concreto, la pena de cincuenta años de prisión más declaración de reincidencia impuesta a su asistido, resulta inconstitucional toda vez que violenta el fin resocializador que prevé el régimen de progresividad de la pena en nuestro ordenamiento jurídico y trasunta un fin meramente retributivo y de castigo.

Salvada la constitucionalidad del monto máximo de la escala penal aplicable en atención al concurso real de delitos verificados, y previo adentrarme a la cuestión traída a estudio, he de recordar en primer lugar que la determinación y motivación del *quantum* punitivo de una sanción, debe ser el resultado de la aplicación de una interpretación armónica de los artículos 40 y 41 del Código Penal de la Nación.

Esta última norma contiene dos incisos. El primero de ellos, relacionado a las circunstancias del hecho -aspecto objetivo-, mientras que el segundo, remite a la persona del autor -aspecto subjetivo-. De esta forma, magnitud del injusto, donde debe evaluarse los daños producidos a las

víctimas y culpabilidad constituyen pautas ineludibles para la determinación de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen ser tenidas en cuenta por el juzgador al momento de graduar la sanción.

En el caso de autos en cuanto a los aspectos objetivos, consideró el *a quo* como agravantes, las diversas condenas que le fueron dictadas con anterioridad a la que motivó el presente recurso, la multiplicidad de conductas cometidas que lesionaron varios bienes jurídicos, las características de los hechos que se le imputaron, el impacto que ellas tuvieron sobre las víctimas -resaltando que las damnificadas *"...pronosticaron en todos los casos que su vida futura ´no va a ser la misma´"*, el temor que manifestaron de tener que declarar en presencia del imputado, su sobresalto al oír la voz de Álvarez Albarracín en el debate, la tristeza, el dolor y llanto incontrolable de algunas de ellas durante la audiencia de juicio oral-.

En este marco se evaluó la naturaleza de las acciones desplegadas por el justiciable, habiéndose considerado especialmente que las conductas delictivas fueron desarrolladas aprovechándose el encausado de la nocturnidad, de la mayor vulnerabilidad a la que sometió a las víctimas a partir del lugar y del momento en que fueron abordadas, de la utilización de armas para amedrentarlas y someterlas de manera degradante, de la entidad de la violencia ejercida sobre las mujeres damnificadas -que en todos los casos trasuntó ampliamente la violencia propia de los delitos

contra la propiedad que se le atribuyen y en otros, agravó especialmente los tipos penales dirigidos contra la integridad sexual-.

Desde el aspecto subjetivo se valoró como atenuante la edad del encausado y como agravante la actitud que asumió durante las jornadas en las que transcurrió el debate oral, en las que al no lograr ser controlado por su defensa, ni por la doble custodia del Servicio Penitenciario, ni por los llamados de atención que acertada y oportunamente le efectuó la señora presidente del Tribunal, tuvo que ser desalojado de la sala de audiencias.

Sentado cuanto precede, conviene precisar que el abordaje de estas circunstancias particulares del caso concreto, constituyen el límite de lo revisable por esta Cámara, al ser cuestiones a meritarse producto de las reglas propias de la inmediación (tal ha sido el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" -Fallos: 328:3399-, que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable, con el límite impuesto por la inmediación -cfr. considerandos 23, 24 y 25 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt y considerando 12 del voto de la jueza Argibay-; y los precedentes "Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación", N. 132. XLV, rta. el 15/06/10; y "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con

homicidio calificado causa nº 1174C", Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19).

En lo atinente a la individualización punitiva, corresponde recordar lo resuelto por el Máximo Tribunal respecto a que "...el ejercicio por los magistrados de sus facultades para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepa decidir en la instancia del art. 14 de la ley 48 -Fallos: 304:1626; 305:293; 306:1669; 308:2547; causas L.1626, XX, 'Lombardo, Héctor R.', del 4 de septiembre de 1984, P. 101, XXII, 'Poblete Aguilera, Norberto', del 6 de diciembre de 1988; A. 599, XXII, 'Alias, Alberto y otro', del 29 de agosto de 1989; G. 416, XXII, 'Gómez Dávalos, Sinforiano', del 26 de octubre de 1989; T. 50, XXIII, 'Tavares, Flavio Arístides', del 19 de agosto de 1992, entre otros-, salvo casos excepcionales en los que se ha incurrido en una arbitrariedad manifiestamente violatoria de la garantía de defensa en juicio, como sostener la sentencia en 'afirmaciones abstractas que no condicen con las constancias de la causa' (V. 324, XXII. 'Villarreal, José Alberto s/pedido de unificación de pena', del 22 de marzo de 1988); o de omitir el tratamiento de circunstancias atenuantes, es decir, cuando el fallo 'sólo explicó el incremento de la pena sobre la base de pautas objetivas, sin fundar cuáles serían las subjetivas que, en conjunta valoración con las anteriores, justificasen el aumento, y omitió considerar la gran cantidad de elementos de juicio favorables respecto de la personalidad de la procesada' -V.

242, XXIII, 'Viñas, Lía Alejandra y otros s/robo calificado', del 13 de agosto de 1992-...".

Sobre la base de estos lineamientos y en respuesta a los agravios de la defensa referidos a la ponderación de las características del suceso, he de señalar que conforme las constancias de autos, no existe una doble valoración sobre los hechos que han sido materia de juzgamiento, sino que ello responde a las pautas objetivas del inciso 1º del artículo 41 del Código Penal, que prevé para la cuantificación de la pena la consideración de *"...la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado..."*.

Por otro lado, respecto de la consideración de los antecedentes condenatorios del nombrado en la determinación de la pena a imponer, he sostenido que ello no transgrede el principio de culpabilidad de acto y tampoco importa la adopción de criterios propios del derecho penal de autor, ya que el agravamiento no deriva de reprocharle a aquél su personalidad, sino por el desprecio que manifiesta en su accionar por la norma penal.

En tal sentido se ha afirmado que *"...el sentenciante, al tomar como agravante los antecedentes del imputado, no hizo otra cosa más que aplicar una de las pautas del artículo 41 del Código Penal, en cuanto establece que, el juez deberá tener en cuenta la conducta precedente del sujeto. El principio 'non bis in idem' prohíbe la aplicación de una pena por el mismo hecho, pero no impide que, al*

individualizarla judicialmente dentro de la escala penal, se tome en cuenta la anterior condena a efectos de valorar el mayor desprecio hacia la pena ya sufrida. Ello también es parte del análisis subjetivo que respecto del imputado realiza el juez y las condiciones personales pueden ser consideradas como indicadores de mayor o menor autodeterminación con que actuó el imputado, por lo que resultan datos de utilidad para cuantificar el grado de culpabilidad...” -conforme Sala I, in re: “Pereyra, Rumildo s/recurso de casación”, causa nº 4069, reg. nº 5154, rta. el 4 de julio de 2002, y “Villareal, Víctor Hugo s/recurso de casación”, causa nº 7053, reg. nº 9096, rta. el 28 de junio de 2006; entre otras-.

Se afirma que los antecedentes y condiciones personales, pueden ser considerados como indicadores de la mayor o menor autodeterminación con que actuó el autor, por lo que resultan datos de utilidad para cuantificar el grado de culpabilidad -cfr. Ziffer, Patricia, dirección Baigún y Zaffaroni en “Código Penal y normas complementarias. Anales doctrinal y jurisprudencial”, Tomo 2 A, pág. 89, 2º Ed., Hammurabi, José Luis Depalma Editor-.

Así también lo ha entendido el Alto tribunal al tratar el instituto de la reincidencia. Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho - “Gómez Dávalos” Fallos: 308:1938 y “L´Eveque”, Fallos: 311:1451- (cfr. mi voto en causa nº 12.299 “Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación” Sala II).

Ahora bien, conforme se ha señalado, el tribunal de mérito ha analizado los extremos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Penal, sin embargo la aplicación de un test de constitucionalidad y convencionalidad al determinar la pena a imponer -en función del planteo de la defensa-, exige un análisis que no solamente esté relacionado con la culpabilidad del autor en atención a los hechos atribuidos, sino que debe atender a la proporcionalidad de la pena en función de los principios de humanidad y de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes consagrados en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (arts. 18 y 75 inciso 22 de la C.N.) y al fin resocializador y de prevención general que persigue toda sanción penal.

En lo que hace a la determinación de la pena a imponer en el caso, el análisis deberá no solamente ajustarse a las pautas previstas en los artículos 40 y 41 del código sustantivo, sino también guardar respeto de las particulares circunstancias procesales que reviste la situación del condenado, en tanto ha sido declarado reincidente, lo que importa la restricción a la posibilidad de acceder a institutos liberatorios, todo ello frente al elevado *maximum* de la escala penal en abstracto que resulta de aplicación.

Como se ha visto a través de las cuestiones analizadas por el *a quo*, si bien la ponderación de los extremos exigidos en las normas precedentemente señaladas ha sido amplia y exhaustivamente abarcada por el tribunal de

mérito, en autos se impone la necesidad de extremar los recaudos de análisis al establecer el *quantum* punitivo a imponer a Álvarez Albarracín, atendiendo al modo de ejecución obligadamente penitenciario al que estará sometido por su condición de reincidente.

El estudio que se pretende por parte del órgano jurisdiccional, debe dar como resultado la imposición de una pena racional que se ajuste a los principios y garantías fijados en el orden constitucional y convencional, ello entre otras cuestiones, en función de que su condición de reincidente tornaría más gravosa la ejecución de su pena, pues encontrársele vedada al nombrado por imperio de los arts. 13, 14 y 17 del código sustantivo la libertad condicional, recién podría pretender acceder a algún beneficio liberatorio luego de haber cumplido 49 años y 6 meses de encierro (libertad asistida, arts. 54 a 56 y ccdtes., ley 24.660 sobre ejecución de la pena privativa de la libertad), es decir, casi la totalidad de la pena que se le impuso.

No debe escapar al análisis que al momento de recuperar la libertad por el agotamiento de la pena de 50 años de prisión impuesta, Álvarez Albarracín contará con aproximadamente 80 años de edad.

En punto a ello resulta oportuno recordar que el art. 5º, inc. 6º de la CADH, establece que “...*las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...*”; que el art. 10.3 del PIDCyP prevé que “...*el régimen penitenciario*

consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..."; que el art. XXVI, segundo párrafo, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dispone que "...toda persona acusada de delito tiene derecho... a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas...".

En este sentido, el mandato constitucional de resocialización no puede ejecutarse en situaciones en las que la sanción penal importe la sustracción de la persona de la existencia en libertad, por un espacio tan prolongado de su vida, que genere que la aplicación de cualquier beneficio de la libertad (o su propio agotamiento), conlleve a que el condenado recién pueda recuperar su libertad siendo un anciano, habiendo ingresado al régimen de progresividad de la pena, en este caso, antes de cumplir los 30 años de edad.

De igual modo, las condiciones para la consagración de un derecho penal regido por el principio de humanidad de las penas, esto es, la exclusión de penas especialmente crueles y degradantes, se encuentra francamente disminuida bajo estas condiciones, generando que una pena como la de las características aquí impuesta (reitero, 50 años de prisión más declaración de reincidencia), no revista diferencias apreciables frente a la imposición de la prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, cuando esta última debiera ser más gravosa que la primera.

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "...la pena privativa de

libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional..." (G. 239. XL. Recurso de hecho. "Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/libertad condicional", del 04/07/2006).

En la misma sintonía he sostenido que "...la pena perpetua, cuando contiene además una declaración de reincidencia, conduce a que la ejecución de la pena devenga en inconstitucional por convertir al encierro en verdaderamente perpetuo, en la medida que la naturaleza de la pena impuesta determina el reingreso al medio libre a través del instituto de la libertad condicional, denegado a quienes hayan sido declarados reincidentes (art. 14 CP)..." (de mi voto en causa nº 13.505 de la Sala II, "Rubira Olmedo, Héctor Fabián s/recurso de casación", ya citada).

Es por ello que en función de las consideraciones señaladas, entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado por la defensa -únicamente en lo atinente a la pena impuesta a Fabricio Alberto Álvarez Albarracín- y en consecuencia, anular los puntos dispositivos I y III de la sentencia cuyo veredicto obra a fs. 1568/1569vta. y sus fundamentos a fs. 1570/1657vta., debiendo remitirse las presentes actuaciones al tribunal de mérito para que fije nueva pena de acuerdo a la doctrina aquí sentada.

En este sentido tengo dicho que debe ser el

Tribunal de origen el órgano jurisdiccional que fije nueva pena, toda vez que aquél ha tomado conocimiento de visu del condenado antes de cuantificar la sanción (según lo establece el artículo 41, inciso 2º *in fine*, del Código Penal), razón por la cual resulta aplicable al caso lo resuelto en la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Maldonado" (Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19) y "Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación" rta. el 15/06/10 (N.132. XLV.), a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad.

4º) Con relación al planteo realizado por el Defensor Oficial a fs. 1686vta., donde sostiene que la pena impuesta *"de 50 años con declaración de reincidencia"* es arbitraria e inconstitucional, he afirmado que con relación al instituto de la reincidencia y su constitucionalidad, mantengo lo sostenido en "Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación", causa nº 12.299. Allí concluí que *"resulta indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al test de constitucionalidad y convencionalidad, no resultan írritas o inconstitucionales"*.

Del test de constitucionalidad y convencionalidad sobre el instituto de la reincidencia he sostenido que en un sistema republicano corresponde al Congreso de la Nación determinar la política de estado sobre la criminalización de

conductas y el sistema represivo legal, no debiendo el Poder Judicial arrogarse funciones legislativas y no estando dentro de sus competencias valorar el acierto o desacierto del sistema, sino que sólo es competente para resolver su inconstitucionalidad cuando la misma surge del análisis del sistema jurídico vigente, no entendiendo que el impedimento de obtener la libertad condicional a los reincidentes viole los estándares constitucionales ni convencionales, atento que la respuesta normativa se funda en el desprecio que manifiesta el ciudadano en el incumplimiento de la ley.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309).

En ese lineamiento, cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino

en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300:241,1087; 314:424).

Asimismo, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Además ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Cabe asimismo recordar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido como principio que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la

ley (Fallos 299:167), así es que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300/700); las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquel concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8º), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3º; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

La exégesis de la ley requiere la máxima prudencia cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 303:578 y B. 4143. XXXVIII, "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/causa nº 4052").

En el mismo sentido, y como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales y es tarea del legislador articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por parte de los jueces, ya que representa facultadas específicas de aquél sobre la política criminal, la que solo tendría

lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o Tratados Internacionales en que la República sea parte (cfr. causa n° 7976, Sala I, "Montano, Alberto Abel s/recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 10.338, rta. el 18/4/2007).

A lo dicho debe agregarse que el Alto Tribunal, al pronunciarse sobre el fundamento de la reforma operada en el sistema de la reincidencia en el precedente publicado en Fallos: 308:1938 (caso "Gómez Dávalos"), ha precisado que *"el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida"*.

Además en el caso "Gómez Dávalos" precedentemente citado, la Corte avaló la declaración de reincidencia a partir del tiempo de la condena *"cumplido efectivamente como penado (...) sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva"* (conf. considerando 7º).

Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451). Allí se afirmó que *"el distinto tratamiento dado por la ley a*

aquellas personas que, en términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso" (Considerando 9º).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente "L'Eveque" también tuvo ocasión de precisar que el instituto de la reincidencia no vulnera el principio *non bis in ídem*, que "prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal". Ello es así, aun cuando se pudiere considerar, en los términos previstos en el art. 14 CP, que la pérdida de la libertad condicional comportase una pena mayor, pues lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia, no comprendida ni penada en ésta.

Pese a que a la época del dictado del precedente "Gómez Dávalos" todavía no se habían incorporado los pactos internacionales que lucen en el art. 75, inc. 22, de la

Constitución Nacional, en cuanto adhieren a la concepción de la reinserción social como objetivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, debe señalarse que el instituto previsto en el art. 50 CP no se encuentra en pugna con dicho propósito. Ello en tanto su fundamento estriba en que la condena anterior que registraba el sujeto, configura en el caso concreto, el desprecio del autor por el derecho y que, pese haber experimentado privación de libertad, no pudo obtener la reinserción que el sistema pretendía.

Por otra parte, tampoco puede suponerse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación intente cambiar su criterio acerca de la reincidencia a raíz de lo decidido en su fallo "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa causa n° 1573", resuelto el 5 de septiembre de 2006 en relación a la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal. Por el contrario, de su lectura se desprende que los fundamentos se refieren a la inconstitucionalidad de dicha accesoria, por ser violatoria de las garantías fundamentales reconocidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 16.1), particularidades que no son propias de la declaración de reincidencia, a punto de que ésta ni

siquiera puede considerarse una pena.

Sobre el tema, el Alto Tribunal recientemente no ingresó en el tratamiento de la queja interpuesta contra la decisión que declaró la constitucionalidad de lo dispuesto en los arts. 14 y 50 del CP, por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma, en el precedente A.577.XLV RECURSO DE HECHO "Álvarez Ordoñez, Rafael Luis s/causa nº 10.154" resuelto el **5/2/2013**.

Posteriormente, y en más de veinte resoluciones de idéntico tenor, ha resuelto declarar inadmisibles, en virtud de lo dispuesto en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los recursos deducidos por las defensas en temas como el aquí analizado: G.506.XLVIII. "Gómez, Humberto Rodolfo s/causa nº 13.074", del **5/2/2013**; P. 427. XLIV. RECURSO DE HECHO "Pérez, Carlos Elías y Luna, José Mariano s/ robo calificado por el uso de arma", P. 798. XLVII. RECURSO DE HECHO "Polerat, Miguel Ángel s/ causa nº 14.811", Q. 23. XLVII. RECURSO DE HECHO "Quintana, Ignacio Néstor y otro s/ causa nº 12.066", y R. 823. XLIII. RECURSO DE HECHO "Rivero Villasante, Walter Hugo s/ causa nº 7805", N. 56. XLVII. RECURSO DE HECHO "Nassel, Karina Patricia s/ causa nº 12.748", resueltas el **21/2/2013**; M. 67. XLV. RECURSO DE HECHO "Martínez, Oscar Ramón s/ robo con arma de fuego etc. -causa nº 9530-", O. 234. XLVII. RECURSO DE HECHO "Orellana, Darío Rodolfo s/ causa nº 11.918", B. 975. XLII. RECURSO DE HECHO "Bonfanti, Oscar Roberto s/ causa nº 6634", y S. 766. XLVII. RECURSO DE HECHO "Silva, Diego Jonathan y otro s/ causa nº 13.233", resueltas el **26/2/2013**; M. 1097.

XLIV. RECURSO DE HECHO "Maidana, Rafael Oscar s/ causa n° 86.858", R. 1135. XLII. RECURSO DE HECHO "Ramos, Silvio Alberto s/ causa n° 5652", C. 33. XLV. RECURSO DE HECHO "Cantero, Miguel Angel s/ robo simple y abuso deshonesto - causa n° 85.483-", C. 607. XLVII. RECURSO DE HECHO "Carballo, Pablo Darío s/ causa n° 11.013", M. 430. XLIV. "Maro, Eduardo Manuel s/ recurso de casación", resueltas el **5/3/2013**; B. 687. XLV. RECURSO DE HECHO "Beiró, Carlos José s/ causa n° 11.234", resueltas el **12/3/2013**; P. 295. XLVIII. RECURSO DE HECHO "Pérez Brown, Pablo Santiago s/ causa n° 13.174", G. 732. XLVII. RECURSO DE HECHO "Gómez, Armando Hugo s/ homicidio s/ impugnación", resuelta el **26/3/2013**; A. 718. XLVII. RECURSO DE HECHO "Alaníz, Paula Elvira s/ causa n 9654", resuelta el **16/4/2013**; M. 1303. XLVIII "Martínez, Eduardo Javier Franco y otros s/recurso de casación", N. 241. XLVIII "Navarro, Víctor Elio s/recurso extraordinario", L. 699. XLVIII "Lavacelli, Luis Ezequiel y otros s/recurso extraordinario", resueltas el **28/5/2013**; M. 680. XLVII. RECURSO DE HECHO "Montivero, Hugo César s/ causa n° 33.909/2010", resuelta el **11/6/2013**; M. 1401. XLVIII "Merlino, Lucas Alberto s/recurso de casación", resuelta el **2/7/2013**; V. 595. XLVIII. RECURSO DE HECHO "Venegas Henríquez, Rodrigo Hernán s/ causa n° 149.102", P. 957. XLVIII "Pomares, Cristian Daniel s/recurso de casación", S.1134. XLVIII "Senno, Jonathan Javier s/recurso de casación", resuelta el **14/8/2013**; V. 566. XLVIII. RECURSO DE HECHO "Vera, José Sebastián y otro s/ causa n° 13.145", resuelta el

17/9/2013; C. 1413 XLVIII RECURSO DE HECHO "Coda, Patricio Javier s/causa nº 15.937", resuelta el **1º/10/2013**, M. 813. XLIX. RECURSO DE HECHO "Medina, Ezequiel Leonardo s/ causa nº 16.159", resuelta el **19/3/2014**; L. 756. XLIX. "López Flores, Fernando Daniel s/recurso de queja", resuelta el **26/3/2014**; N. 195. XLIX. "Navas, Gustavo Fernando s/ recurso de casación", resuelta el **1º/4/2014**.

A su vez tampoco el instituto de la reincidencia vulnera el principio de reserva contemplado en el art. 19 C.N., ya que su aplicación no consiste en la sanción penal por conductas de la vida privada, las creencias o características personales. En dicha dirección, el fundamento del agravamiento que implica la declaración de reincidencia no estriba en aspectos personales del individuo y por ello, fincados en un derecho penal de autor, sino que se trata de una adecuación del tratamiento penitenciario en virtud de la comisión de un nuevo acto en violación a la ley, y de ningún modo fundado en la personalidad o características del individuo, por lo que no transgrede la disposición constitucional referida.

5º) En punto a los embates dirigidos por la defensa respecto a la falta de motivación en la aplicación del método aritmético en la determinación de la pena única impuesta por el tribunal de mérito, la solución que propongo al Acuerdo me exime de abordarlo.

6º) Sobre la base de las consideraciones señaladas, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado por la defensa -únicamente en lo atinente a la pena

impuesta a Fabricio Alberto Álvarez Albarracín- y en consecuencia, anular los puntos dispositivos I y III de la sentencia cuyo veredicto obra a fs. 1568/1569vta. y sus fundamentos a fs. 1570/1657vta., debiendo remitirse las presentes actuaciones al tribunal de mérito para que fije nueva pena de acuerdo a la doctrina aquí sentada.

Tal es mi voto.-

El juez Juan Carlos Gemignani dijo:

I.- Que por coincidir sustancialmente con los argumentos expuestos, adhiero a las conclusiones de los votos que me anteceden en cuanto proponen el rechazo del recurso de casación deducido por la defensa de Fabricio Álvarez Albarracín en lo que hace a los planteos de falta de fundamentación de la sentencia en la determinación de la responsabilidad que en los hechos le corresponde al nombrado y la calificación de estos; y también al rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 55 del Código Penal formalizado por el señor Fiscal General en la instancia.

II.a.- Que en cuanto a la pena impuesta al nombrado, he de disentir con lo señalado por los Sres. Jueces sobre esta cuestión.

b.- Sobre este punto, con el fin de desarrollar la forma y los criterios sobre los cuales debe sustentarse una adecuada respuesta a la cuestión planteada, corresponde en primer lugar establecer el marco teórico para su análisis.

Ello así toda vez que, cualquier interpretación al

respecto desprovista del marco sistemático en que la misma se imbrigue y sólo fundada en pareceres sobre una alternativa posible del texto de la ley, dejaría a la decisión a merced del fracaso y la arbitrariedad.

Para ello, resulta necesario tener presente -como lo hice en otras oportunidades sobre temas vinculados a la pena- que tanto con fundamento en la metafísica -asignada o real- libertad de comportamiento como por razones positivistas constitucionales, existe consenso -aunque no en los fundamentos y en el contenido, sí en las consecuencias básicas de la vigencia del principio de culpabilidad- en que la culpabilidad funda y establece la medida de la intervención estatal punitiva: la pena se funda, y tiene la extensión de la medida de la culpabilidad del agente.

Atendiendo a tal fundamento, tanto el Tribunal Constitucional Federal Alemán como el Tribunal Constitucional Español, como ejemplos paradigmáticos, han remarcado la vigencia del principio de culpabilidad no solamente en la consideración de la dignidad humana como principio normativo, sino también en las normas constituyentes del Estado de Derecho material (Cfr. Tribunal Constitucional Español sent. 65/86, 76/90, 150/91; y Tribunal Constitucional Federal Alemán sent. 25, pág. 269; 45, pág. 187; 57, pág. 250).

En consonancia con tales directivas, tuve en cuenta anteriormente que *"...el principio de culpabilidad no se dirige sólo al legislador, imponiéndole renunciar a determinadas soluciones legislativas que lo contradicen (por ejemplo: versare in re illicita; penas relacionadas con la forma de*

ser de una persona, etc.), sino también y muy especialmente al juez, que debe establecer la gravedad de la culpabilidad (individualización) para adaptar el marco penal a la sanción aplicable al delito cometido" (cfr. Bacigalupo, Enrique "Principios Constitucionales del Derecho Penal", pág. 160, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999).

Tal tesitura deja en claro los roles que competen a cada agente dentro del marco del Estado de Derecho, de lo que puede observarse que para el magistrado, toda previsión legal que contenga alguna consideración relativa a la estipulación de la materia a considerar en relación a la determinación de la pena, al tiempo de la estipulación original de la cantidad compensadora del hecho enjuiciado, habrá de resultar necesariamente -si se la pretende legítima- reconducible a la culpabilidad.

En nuestro ordenamiento, a cada tipo penal se le asigna un marco punitivo determinado, y es dentro de esos límites que el juez debe determinar la pena que corresponde y resulte adecuada al caso concreto, en virtud de las características que le son propias. Tales escalas penales configuran la esencia misma del denominado "derecho penal de culpabilidad", ya que constituyen el camino adecuado para la expresión de las diferentes culpabilidades posibles.

Sobre este aspecto, resulta de utilidad tener en cuenta que *"Reconocer que la pena debe ser 'individualizada', y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la*

decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción...” (confr. Patricia S. Ziffer, “Lineamientos de la determinación de la pena, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 2005, pág. 28).

Con esa idea, entiendo que el límite que tiene el magistrado para decidir acerca de la pena a imponer a un imputado de un hecho delictivo necesariamente está otorgado por el marco normativo en virtud del cual ejerce su función, cuyos pisos de imputación son determinados por la vía legislativa, y cuyo resultado configura el consenso social que la norma penal implica para todos los ciudadanos. Así, sabido es que la imposición de una sanción penal constituye la reafirmación de la vigencia de dicha norma ante una infracción a sus postulados.

Dicha definición significa que la finalidad que se otorgó a esta especie de sanción es la estabilización del precepto penal infringido. En palabras de Günther Jakobs, *“...la pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino con la estabilización de la norma lesionada [...] Resumiendo: misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales”* (confr. Jakobs, Günther “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, págs. 9 y 14).

Sobre este aspecto, el mismo autor tiene dicho que *“...la determinación de la culpabilidad bajo la aplicación del*

derecho penal vigente, consiste en la fundamentación de la necesidad de punir en una determinada medida, para confirmar la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al derecho..." (confr. Jakobs, Günther "Moderna Dogmática Penal – Estudios compilados", Editorial Porrúa, México D.F., 2002, pág. 125).

c.- Sentado lo expuesto, entiendo que en el particular caso de autos, las penas impuestas a Fabricio Álvarez Albarracín se encuentran fundadas desde la adecuación típica de los eventos por los que el encausado debe responder y demás pautas de mensuración referidas por el sentenciante.

En tal sentido, el tribunal de juicio evaluó no sólo la naturaleza y modalidad de los delitos cometidos, así como los diversos grados de afectación a los bienes jurídicos tutelados de las distintas víctimas como pautas a considerar para determinar la sanción; sino también que en virtud de los delitos imputados tiene una pena mínima de ocho años de prisión y el máximo aritmético sería de ciento treinta años de la misma especie de pena –pese a considerar luego el límite de cincuenta años de prisión previsto en el artículo 55 del Código Penal–; y demás pautas reseñadas en el voto que lidera este acuerdo.

En razón de lo expuesto, no se advierte arbitrariedad alguna en la sanción impuesta, ya que la misma se encontró debidamente fundada y motivada en los elementos obrantes en el expediente.

III.- Por lo que en definitiva, propongo al Acuerdo

rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Fabricio Álvarez Albarracín, sin costas en la instancia; y también rechazar el planteo introducido por el señor Fiscal General en su presentación durante el término previsto por el artículo 465 del código de rito.

Por el mérito del acuerdo que antecede y sobre la base de los fundamentos expuestos, el Tribunal, por mayoría,

RESUELVE:

Hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa de Fabricio Alberto Álvarez Albarracín y en consecuencia, revocar los puntos I y III de la sentencia de fs. 1568/9 únicamente en lo que respecta a la pena de cincuenta años de prisión y devolver las presentes actuaciones al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con los lineamientos expuestos en la presente, sin costas.

Regístrese, notifíquese en la audiencia fijada a los efectos del art. 400 del C.P.P.N. y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordada Nº 15/13 y 24/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara. Oportunamente, devuélvase al tribunal de origen sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo.: Dra. Ana María Figueroa, Dr. Luis María Cabral, Dr. Juan Carlos Gemignani. Ante mí: Dr. Javier Reyna de Allende.

