

Reincidencia. Tiempo cumplido en prisión preventiva. Cómputo. Improcedencia.

SCBA, "M., A. A.", 27/04/11.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires

En la ciudad de La Plata, a 27 de abril de 2011, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Genoud, de Lázzari, Negri, Pettigiani, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 97.369, "M., A. A. s/ Recurso de casación".

ANTECEDENTES:

La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el pronunciamiento dictado el 1 de septiembre de 2005, hizo lugar, parcialmente, al recurso homónimo interpuesto por la señora Defensora Oficial de A. A. M. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal nº 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora que había condenado al nombrado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, con más la declaración de reincidente por segunda vez, por resultar autor responsable del delito de homicidio calificado en los términos del art. 80 inc. 7 del Código Penal. En consecuencia casó -por mayoría de fundamentos- dicha sentencia, excluyendo la agravante referida a "las secuelas o consecuencias psíquicas padecidas por F.A.T.D..." y mantuvo incólume la pena originaria impuesta al imputado por resultar ajustada a las previsiones del art. 80 inc. 7 precitado, como también -por mayoría- la declaración de reincidencia. Sin costas en esa instancia (arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 29, 40, 41, 50, 80 inc. 7 del Código Penal; 64, 105, 201, 202, 345, 366 inc. 3, 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1, 456, 530 y 531 del Código Procesal Penal; fs. 188/205 del legajo casatorio 13.507).

El señor Defensor Oficial ante ese Tribunal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley a fs. 220/261, el que fue concedido por esta Corte según resolución de fs. 315/316 vta.

Oído el señor Subprocurador General a fs. 332/340, dictada la providencia de autos a fs. 343, y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

1. La defensa ha denunciado la arbitrariedad del fallo que recurre, esgrimiendo un primer agravio principal por el cual solicitó la nulidad de estos actuados, y otros subsidiarios vinculados con la demostración de la autoría responsable del imputado en el hecho y su correspondiente encuadre legal, como también relativos -modificando el orden en que fueron traídos- a la individualización de la pena y a la declaración de reincidencia.

Primeramente hizo invocación del principio de elasticidad procesal y de la noción del recurso contra la sentencia de condena como garantía del imputado, para justificar la admisibilidad de "uno de los motivos" de queja planteado que admitió ausente en el contenido de las pretensiones formuladas en el recurso de casación (fs. 220 vta.).

A continuación, en una síntesis de la impugnación, denunció que en el caso "... se han afectado los derechos constitucionales del debido proceso legal y de la defensa en juicio ... en razón de: 'a) la convalidación ... de la decisión ... que avaló la validez del proceso penal llevado a cabo sin la realización del examen mental obligatorio exigido por el art. 64 del C.Pr.P.; b) la indebida observancia de los precedentes dictados por el Superior Tribunal federal sobre diversos aspectos motivo de la litis ... que derivó en violación de los arts. XXV de la D.A.D. y D.H., 10 del P.I.D.C. y P. y 5 inc. 2º de la C.A.D.H.; c) la indebida aplicación ... de la manda contenida en el art. 50 del Digesto de Fondo y d) el inadecuado contralor casacional en lo referente al proceso de determinación de la pena ... en concreto, a la luz de lo normado por los arts. 40 y 41 del C.P., a lo que debe sumarse la falta de evaluación ... de la excesiva duración de la etapa de revisión del fallo condenatorio..." (fs. 222). Por todo ello tachó de arbitrario el pronunciamiento cuestionado y solicitó, en razón del carácter constitucional de los agravios, la aplicación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "S. " y "D. M. ", a fin de que este Tribunal trate sus reclamos franqueando las limitaciones impuestas por el art. 494 del Código Procesal Penal -texto según ley 13.812- reclamando, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad del mismo.

2. De acuerdo con la resolución que luce agregada a fs. 315/316 esta Corte declaró admisible el recurso en los términos de los "... arts. 482, 483, 484 y 494 del ordenamiento procesal..." (fs. 316 cit.), razón por la cual la solicitud reflejada en el renglón último del punto precedente carece ahora de virtualidad, tornándose abstracto su tratamiento.

3. En su dictamen de fs. 332/340 el señor Subprocurador General aconsejó el rechazo de la vía deducida.

4.1. La descalificación de la sentencia, en la formulación del planteo principal, estuvo fundada en la violación de las garantías del debido proceso y de defensa en juicio en las que, a criterio del impugnante, habría incurrido el tribunal revisor al desestimar -confirmando lo resuelto en la instancia- la queja relacionada con la falta de realización en la persona de M. del examen mental obligatorio previsto en el art. 64 del Código Procesal Penal (conf. texto ant. a la ley 13.943).

Sostuvo que "... en aquellos casos -como en el presente- en que la pena en expectativa supere los diez años de prisión, el órgano jurisdiccional actuante tiene la obligación de controlar que quien está siendo juzgado posea capacidad de culpabilidad" para lo cual estimó imprescindible contar con el "dictamen técnico" pertinente (fs. 227); expresó que ese examen debe efectuarse "siempre que se ponga en tela de juicio la capacidad de culpabilidad", desechando que el mismo pueda substituirse con el conocimiento personal adquirido a través de las audiencias celebradas durante la tramitación del expediente (fs. cit. vta.).

De allí que, en el entendimiento del quejoso, se habría causado un perjuicio indiscutible a su defendido en virtud de no asegurársele la debida intervención en el proceso, de acuerdo con lo normado en los arts. 201 y 202 del aludido digesto, a partir de una exégesis "arbitraria ... del alcance de garantías constitucionales..., habilitando el ejercicio del poder punitivo en un caso en que ... no hubo debida comprobación de la capacidad psíquica de culpabilidad... valiéndose para esto de una interpretación in malam partem del derecho a ser oído" (fs. 229 vta. in fine/230 ab initio -destacados en el original-).

Con base en esas premisas, pidió la declaración de nulidad de todo lo actuado en la causa y su posterior archivo, por los fundamentos que a esos fines desarrolló a la luz de la máxima constitucional del non bis in idem.

Este primer reclamo no puede tener favorable acogida.

Inicialmente cabe destacar que los argumentos de implicancia procesal que lo estructuran, constituyen materia extraña -por regla general- a la competencia extraordinaria de esta Corte, según la doctrina acuñada en torno del art. 494 del Código Procesal Penal -en su redacción anterior a la ley 13.812-; sin embargo, en función del perfil federal de su articulación, es dable puntualizar lo siguiente.

Ante un planteamiento de similar tenor, el órgano casatorio fundó su desestimación expresando que "... cuando la disposición supuestamente inobservada no es de orden público, la declaración de nulidad requiere previa demostración del perjuicio, y para ello debe explicitarse cuál de las facultades no pudo ejercerse y de qué modo dicha imposibilidad fue generadora de algún gravamen ... En el caso, la inobservancia de la prescripción del art. 64 del C.P.P. no se halla amenazada bajo pena de nulidad (art. 201 del ritual), ni pertenece a la especie de las nominadas en el art. 202 del texto adjetivo, por lo que cabe descartar su incidencia en la validez del proceso ..." (fs. 191 vta./192).

El señor defensor, al desarrollar la ofensa constitucional que supuestamente le causa esa decisión, remite en rigor a lo dicho por el sentenciante de grado, quien -a partir de valorar las circunstancias que mencionó y de interpretar que la finalidad del art. 64 cuestionado era la de arrimar al convencimiento del juez pautas claras para determinar la capacidad del imputado para estar en el proceso- tuvo por verificada la aptitud de M. para ejercer sus derechos, "los cuales ha materializado en innumerables entrevistas mantenidas con los integrantes de este Tribunal introduciendo peticiones de distinta índole tratando de hacer valer en todo momento sus intereses jurídicos lo que despeja toda duda al respecto" a lo que adicionó "... los informes producidos ... a fs. 1603/1604 y 1631 vta." (fs. 1881 de los autos principales), para al fin destacar la articulación "a todas luces inoportuna" de la incidencia de nulidad, en atención a su falta de introducción en el decurso de la etapa "de investigación ... o en el término de citación a juicio" (fs. cit. y vta. ab initio).

De modo que la alegada conculcación a la garantía de defensa en juicio no asoma más que como una invocación genérica y esquemática de planteos desentendidos de los fundamentos que sostienen racionalmente la sentencia sujeta a crítica.

Pues según éstos, el pedido nulificante basado en la ausencia del referido examen fue rechazado por el a quo merced a la aplicación del principio de taxatividad que rige en materia de nulidades procesales, y por considerar que la referida omisión, que no hacía a la intervención del imputado, no encuadraba en ninguno de los supuestos que determina el mencionado art. 202 de la ley procesal.

Frente a ello, la parte se limita a proclamar dogmáticamente el desbaratamiento de la mentada garantía sin desarrollar réplica idónea alguna contra la respuesta esgrimida desde aquella perspectiva analítica, con miras a poner de relieve algún perjuicio concreto derivado de la falta de realización de la diligencia por la que ahora reclama (doct. art. 495 del C.P.P.).

Por otro lado, su propio andar procesal da cuenta que el encausado contó con la debida asistencia técnica y pudo ejercer su defensa material; al mismo tiempo, no surge de esa actuación la articulación de ningún planteamiento específico por el cual se haya puesto en tela de juicio la imputabilidad de aquél, como pareciera sugerirse en el escrito bajo estudio. Nada en concreto se ha dicho en esta presentación respecto del análisis de esos datos objetivos que permita abrir paso al pretendido menoscabo del derecho de defensa invocado.

En cuenta de lo hasta aquí expuesto, permanecen incólumes las razones que cimentaron la tenida validez del proceso.

Lo que antecede permite descartar la tacha de arbitrariedad esbozada contra este segmento del decisorio pues el mismo expone basamentos suficientes de naturaleza no federal, relacionados con la materia procesal, que no han sido conmovidos por las argumentaciones recursivas, lo cual torna insustancial el eventual reclamo constitucional en ciernes, e inoficioso pronunciarse sobre el destino de archivo petitionado como consecuencia del éxito -no obtenido- de la nulidad articulada.

4.2. En el segundo motivo de queja el presentante adujo, en subsidio, el carácter arbitrario del pronunciamiento "... por indebida fundamentación, al apartarse de ... los precedentes del Superior Tribunal Federal dictados en torno al punto objeto de la presente litis, sin brindar fundamentos pertinentes, lo que implicó afectación a los derechos de defensa en juicio y debido proceso sustantivo, contenidos en el art. 18 de la Ley Fundamental" (fs. 231 in fine y vta. ab initio -destacado en el original-).

Le causa agravio, concretamente, la tarea fiscalizadora llevada a cabo respecto de la prueba de la autoría responsable del imputado, por entender que la misma no habría observado los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las doctrinas edificadas en derredor de la "arbitrariedad fáctica" y del "alcance revisor del recurso de casación", invocando, en relación con esta última, el precedente "C. " y los arts. 8 de la C.A.D.H. y 14 inc. 5 del P.I.D.C. y P. (fs. 231 vta.).

En ese cometido, atribuyó deficiencias lógicas a las reflexiones -que reprodujo- del magistrado de casación de segundo término en punto a determinadas probanzas integrantes del plexo computado para la acreditación del extremo controvertido -así, las referidas a la incidencia del reconocimiento practicado en el debate oral por el testigo P. G. C. en desmedro de las diligencias con resultado negativo producidas durante la investigación preliminar; y a la falta de hallazgo de huellas dactilares del procesado en el vehículo como de señas físicas en su rostro-.

Por ello estimó insoslayable la realización de una nueva valoración en esta instancia, a la luz de los criterios de revisión antes referenciados.

Luego, con esa misma plataforma de análisis, afirmó que la evaluación global del conjunto indiciario no habilitaba a extraer una inferencia certera sobre la participación del acriminado en el hecho atribuido. En suma, a juicio del señor Defensor, la condena se sustentó en alegaciones dogmáticas, producto de una limitación inadecuada de la capacidad de rendimiento del recurso, que llevó a la confirmación de un razonamiento desvinculado de las circunstancias procesales de la causa y al consecuente dictado de una sentencia arbitraria.

El embate reseñado debe ser rechazado.

En primer lugar, por escapar a la órbita de interpretación propiamente jurídica, siendo así inabordable en esta sede extraordinaria (doct. art. 494, C.P.P. precit.). Es que las cuestiones traídas se refieren al mérito de los elementos de prueba considerados o -por el contrario- desconsiderados por el sentenciante para ratificar lo resuelto en este aspecto por el tribunal de juicio, materia que excede el acotado ámbito de conocimiento de esta Corte por el andén recursivo incoado.

Pero aun soslayadas tales restricciones, habida cuenta que los motivos explicitados podrían, eventualmente, autorizar la invalidación constitucional del fallo, no cabría sino arribar a idéntica conclusión por cuanto el impugnante, según fue señalado, erige su crítica a partir del razonamiento expuesto en el voto de segundo término del doctor Piombo, quien si bien acordó con la solución propuesta por el ponente lo hizo en el

marco de las opiniones personales que expuso a título de "aclaraciones", las que quedaron marginadas del núcleo común de la respuesta brindada sobre la cuestión (fs. 196).

En efecto, el voto del Juez de Casación que abrió el acuerdo, doctor Natiello -fs. 192 vta./194 ab initio- recibió la aquiescencia del siguiente sufragio con el alcance antes referido y por último la adhesión simple del colega de tercer orden, doctor Sal Llargués (v. fs. 196 in fine y vta.), sin que la defensa se haya ocupado de refutar el contenido de la decisión que de ese modo resultó constituida.

De todas formas, incluso considerados los reparos formulados como enderezados contra los fundamentos que en rigor sostienen este trecho de la sentencia, el ataque no deja de ser parcial, a tenor de las razones exteriorizadas por el nombrado ponente al examinar y convalidar el mérito que a la prueba le otorgó la instancia de grado, coincidiendo con su antecesor en la existencia de "... un plexo indiciario grave, concordante y unívoco que fortalece los testimonios vertidos en la audiencia" (fs. 192 vta.).

Para ello tuvo en cuenta lo establecido por esa Sala en cuanto a que "... el reconocimiento realizado en la audiencia es parte de la declaración testimonial del testigo y la integra...", por lo que destacó como "... razonable que el testigo P. G. C. completara su declaración determinando la persona a la que se refería como autor del crimen, puesto que se hallaba en el recinto de la audiencia, ámbito al cual el imputado pudo sustraerse según nuestro código ritual (art. 345, C.P.P.)" (fs. cit. y 193, línea primera).

Del mismo modo precisó las fronteras de la revisión a la luz del sistema de enjuiciamiento implantado por la ley 11.922 que "... pone el centro de gravedad del proceso en el debate plenario. Ningún elemento de prueba cuya producción no sea dable controlar a través del debate, puede utilizarse como base de la sentencia. Como contrapartida, la apreciación de todo medio de prueba es, en principio, materia reservada a los jueces que han tomado contacto con el material probatorio a través de tal debate oral ... lo decisivo es lo que ocurre en el plenario y a través de lo allí vertido, sea por los testigos, sea por los peritos, es lo que debe primar por sobre todo lo actuado..." (fs. 193).

De seguido desestimó los reclamos referidos a la incorporación por lectura del testimonio de O. Y. y a la argüida existencia de prueba denegada. En suma, ponderó la existencia de "... un cuadro indiciario grave cuyos ... elementos componentes ... no pueden examinarse por separado sino en su conjunto, naciendo la fuerza probatoria de su armónica composición ... y también de su diversidad, correlación y concordancia", para rematar que "la prueba testimonial, el arma homicida, las escuchas telefónicas, apreciadas en conjunto cierran un círculo infranqueable en torno al imputado, que lógicamente el a- quo ha establecido" (fs. cit. vta. y 194, respectivamente).

La justificación de lo resuelto en función de la base fáctica considerada y del escrutinio del material convictivo efectuado, no ha sido motivo de refutación por el recurrente mediante argumentos adecuados para mostrar en esa tarea las carencias que le adjudicó.

Resulta pertinente recordar que "el objeto de la doctrina de la arbitrariedad no es corregir en tercera instancia fallos equivocados, sino cubrir los graves defectos de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado" (C.S.J.N., Fallos 310:234); de allí que no configura ese supuesto excepcional, la mera disconformidad del apelante con el pronunciamiento impugnado, sino que atiende a omisiones y desaciertos de gravedad extrema, en que, a causa de ellos, las sentencias queden descalificadas como acto jurisdiccional (Fallos 250:348). Además, el

vicio debe tener tal entidad como para que, en el caso de ser conjurado, modifique la solución tomada por el a quo.

En la especie, la parte achacó al fallo el vicio de inmotivación a la vez que alegó indebidas limitaciones a la función revisora, empero la presentación del tema ofrece una visión desvinculada del temperamento adoptado por la casación respecto de la procedencia -rechazada- del agravio, haciendo suyos los argumentos vertidos en origen y explicitando el propio criterio acerca de la conducencia probatoria de los aportes testimoniales y del plexo indiciario pertinente. Ciertamente, el discurso impugnativo enuncia doctrinas y conceptualizaciones sobre los principios regulatorios del mérito de la prueba sin exteriorizar el esfuerzo necesario con vistas a patentizar su relación concreta con el caso, y por tanto no logra poner de manifiesto una decisiva falta de fundamentación en lo decidido como que ello no se ajuste a las constancias comprobadas en la causa.

Atento lo reseñado, las supuestas vulneraciones a las garantías constitucionales que se derivarían de la actividad valorativa a la que la defensa se opone, no presentan relación directa e inmediata con lo resuelto, por lo que, en el acotado marco de fiscalización que compete a esta Corte en asuntos de tal naturaleza, esto es, en cuanto pudieren involucrar cuestiones federales, las invocadas no han podido ser evidenciadas. Igualmente, las deficiencias señaladas en la articulación de la queja obstan a que se detecte en el alcance del tratamiento dispensado en sede casacional, la falta de amplitud suficiente que dé pábulo al reclamo relativo al ejercicio de la competencia sobre el punto (art. 495, C.P.P.).

Por lo dicho, no corresponde expedirse respecto de la petición efectuada por el agraviado para el caso de obtener una respuesta favorable al cuestionamiento sobre la prueba, la que no ha conseguido.

4.3. Mediante un siguiente planteo esgrimido igualmente en subsidio, el señor Defensor cuestionó la tipificación jurídica del hecho, denunciando la errónea aplicación del art. 80 inc. 7 y la inobservancia del art. 165, ambos del Código Penal -como de la doctrina elaborada al respecto por esta Corte- en su relación con el art. 42, ibídem.

Afirmó que "... en los casos de homicidios *criminis causae* se requiere, por parte de los sujetos activos, dolo directo, ya que la estructura típica de referencia no admite su comisión mediante dolo eventual, lo que permite su diferenciación con relación al robo agravado por homicidio estatuido por el art. 165 del C.P..." (fs. 237 vta.).

En esa inteligencia, sostuvo que de la materialidad infraccionaria establecida en el pronunciamiento de mérito se derivaba que "... habiendo confluído el autor del hecho a la comisión de un robo, luego forcejea con la víctima, y la resistencia generada por ésta es la que provoca la salida de los dos primeros disparos efectuados, con las luctuosas consecuencias que se conocen"; de allí que estimó errada la conclusión del tribunal a quo de considerar que "el supuesto de marras sea un caso de dolo directo de primer grado" (fs. 239) pues, en su parecer, la forma probada de actuar habría colocado al suceso en el ámbito del llamado "... dolo eventual..." y fuera por tanto del encuadre en la figura actuada, a tenor de la referida interpretación ensayada acerca de la estructuras de los tipos penales en juego (fs. cit. vta.).

Adujo, además, que lo apreciado en el fallo recurrido al sostener que "cuando el Tribunal se refiere a la conducta de gatillar contra la figura de G.C. , no debe hacerse mucho esfuerzo para inferir que con ello quiso -M. - eliminar al principal testigo y así lograr su impunidad" resultó violatorio del principio de congruencia, ya que "... al no haber sido incluido en la descripción de la base fáctica imputada, no puede ser valorado por

aquel al efectuar el juicio de adecuación típica, por cuanto esto implica afectación de la necesaria correlación entre la imputación y el fallo...", y la consecuente lesión de la garantía de defensa en juicio establecida en el art. 18 de la Constitución nacional (fs. 240).

Finalmente, dejó indicada su postura según la cual, de no modificarse la calificación en los términos pretendidos "se estaría afectando el principio 'in dubio pro reo' al formular la interpretación de la ley sustantiva", así como la regla hermenéutica que exige que "... el alcance otorgado al precepto legal debe ser compatible no sólo con la norma que se interpreta sino con todo el ordenamiento jurídico..." (fs. 241 y vta., respectivamente).

La impugnación se devala impróspera pues no obstante que lo planteado resulta atinente a la esfera de significación jurídica de los hechos y por tanto asequible a la competencia revisora de esta Corte -art. 494, del Código Procesal Penal, conf. texto anterior a ley 13.812- la misma adolece de insuficiencia.

Sobre la base fáctica incontrovertida que en lo que importa refiere que ... "el día 17 de Marzo del año 1.999, siendo aproximadamente las 13.00 horas, frente al domicilio de la calle ... de la localidad y partido de Lomas de Zamora, en circunstancias que M. E. A. se encontraba en el interior del rodado de su propiedad marca WW Saveiro color gris del lado del conductor, en custodia de la casa del doctor F.D. , acompañada por el menor ... F.A.T.D., con la puerta entreabierta, se apersona un sujeto del sexo masculino, mayor de edad, con fines de robo, quien en el momento en que la oficial intenta tomar su arma reglamentaria a efectos de frustrar la maniobra, extrae de entre sus ropas un revolver calibre 32 largo marca Rossi, la toma del cuello y con el claro fin de consumir sus propósitos y procurar su posterior impunidad, le efectúa varios disparos, los cuales provocaron en la víctima lesiones de tal entidad que causaron su deceso, dándose posteriormente a la fuga, llevándose en su poder la pistola 9mm. Marca 100 reglamentaria, provista a la oficial" (fs. 1865 vta./1866 de la causa principal), el Tribunal de Casación -por voto del doctor Natiello a la cuarta cuestión- estimó correcta la operación de subsunción efectuada en la calificante del homicidio criminis causae con fundamentos similares a los expuestos por el sentenciante de grado en ocasión del tratamiento de dicha cuestión.

En su convicción "el cúmulo de pruebas colectadas no dejan dudas de la autoría penalmente responsable de M. ; y la conexión final entre el robo y el homicidio viene dada para procurar su impunidad, en virtud de la resistencia que comenzaba a ejercer la víctima..." (fs. 197 vta. del legajo pertinente).

Expresó asimismo que "... si bien la figura del art. 80 inc. 7 del C.P. requiere una necesaria vinculación subjetiva con otro delito, la preordenación no es indispensable, pudiendo surgir el designio motivante de la conducta sin una previa reflexión, como decisión adoptada en el curso de la ejecución del hecho, tal como sucedió en el 'sub lite', el homicidio se comete cuando A. decide enfrentar al agresor, y con el único fin de facilitar su consumación y evitar la futura identificación que podría realizar la víctima (sic)..." (fs. cit. y 198).

Al desarrollar su crítica con la comprensión apuntada, la defensa parte de entender que para el a quo el resultado mortal fue producto del obrar, a título de dolo directo, del actor; frente a ello postula su idea contraria de que el comportamiento que epilogó en el deceso de la nombrada quedó captado en la zona que domina el dolo eventual, sin abonar esa conclusión con otro elemento que no sea su propia opinión personal. El alzamiento intentado en esos términos deviene inidóneo para demostrar que en la aplicación de la ley sustantiva se haya incurrido en las transgresiones denunciadas (doct. art. 495, C.P.P.).

A su vez, las ofensas a los principios interpretativos que fueran relacionadas con la cuestionada significación asignada al suceso juzgado, al margen de las observaciones que pudieran realizarse, no han sido acompañadas de ninguna otra argumentación, aparte de las desestimadas, que explique de qué modo la circunstancia de no haberse interpretado la ley penal con el alcance requerido imposibilitaría la consideración de la decisión como sujeta a derecho con aplicación a las circunstancias probadas de la causa (doct. cit.).

En lo que hace a la garantía constitucional que se dice conculcada en razón de la asentada remisión a la sentencia de juicio corresponde reiterar que el tribunal casatorio compartió el razonamiento de su predecesor de grado en el entendimiento de que la conducta que acabó con la vida de M. E. A. fue asumida por el autor en el curso de la ejecución del desapoderamiento con la intensidad propia del "dolo", disparando a corta distancia con el propósito de facilitar la consumación y procurar su impunidad; esa justificación de la figura agravada encontró refuerzo, a través de la mencionada remisión, en ciertas peculiaridades del factum destacadas por el juzgador de origen que denotaban la presencia de ese designio "además" en el comportamiento adoptado durante la fuga, en alusión a la acción de gatillar contra el testigo C. (v. fs. 198 del legajo pertinente en rel. con fs. 1886 vta. de los autos principales).

Siendo así, más allá de la técnica utilizada y sin perjuicio de otras consideraciones que cabría formular, el planteo fundado en una hipotética falta de congruencia resulta fruto de una reflexión tardía ya que no integró los motivos de agravios sometidos al control de la casación cuando ello era posible -doct. art. 451 del Código Procesal Penal, v. cont. rec. de fs.118/141; mantenido por lo demás en los escritos de fs. 157/162 y fs. 163/174- conforme inveterada doctrina que exige el recaudo de formulación oportuna para habilitar la instancia revisora (fallos C.S., in re, "D. " -D 1624 XLI, Rec. de hecho, sent. del 1-IV-2008; "G. ", causa 1499/1514, sent. del 22-XII-2008; S.C.B.A., P. 100.058, sent. del 2-VII-2008; P. 106.226, sent. del 15-XII-2010; entre tantas más).

Por último, no es menester efectuar comentario alguno acerca de las exigencias subjetivas requeridas por el homicidio calificado previsto en el art. 80 inc. 7 del Código Penal -en cuanto a las eventuales formas dolosas- como por el componente de la figura del art. 165 del mismo texto legal, cuya aplicación al caso -en relación con el art. 42- ha sido pretendida vanamente por la parte (v. fs. 237 vta. in fine y 239 con rel. a fs. 197 vta. in fine y 198; arg. art. 488, párr. 2 del C.P.P.).

4.4. El agraviado denunció una vez más en forma subsidiaria la arbitrariedad del pronunciamiento recurrido cimentada, a su criterio, en que el órgano intermedio restringió indebidamente el alcance de su tarea revisora respecto de la determinación de la pena, lo que habría derivado en la afectación del debido proceso sustantivo y de la defensa en juicio consagrados en el art. 18 de la Constitución nacional.

Argumentó, a esos fines, sobre el instituto de la reformatio in melius -art. 435 del Código Código Procesal Penal- y los alcances de la jurisdicción y del derecho al recurso como garantías del procesado -aludió en orden a esta última a doctrina de la Corte federal y de los organismos americanos de derechos humanos con cita de los arts. 8. inc. 2. ap. h de la C.A.D.H. y 14 inc. 5 del P.I.D.C. y P.-. Reclamó que mediante la conjugada aplicación de los mismos se revise en esta instancia la valoración de las pautas atenuantes y agravantes y la falta de examen de la incidencia de la excesiva prolongación del proceso en la etapa recursiva como factor minorante de la sanción -invocando, en relación con esta última petición, el art. 7 inc. 5 de la mencionada Convención, la ley 24.390, el art. 141 del Código Procesal Penal y jurisprudencia que citó-.

Abogó además por la observancia de las reglas que guían la tarea judicial de medición de la penalidad, a tenor de las prescripciones de los arts. 40 y 41 del Código Penal; en ese camino, señaló genéricamente la fundamentación que debe exhibir ese extremo de la imputación a fin de posibilitar su examen por un tribunal superior, cuanto a la tesis -a través de la cita de doctrina de autor- que proclama el carácter indicativo de los mínimos de las escalas penales.

Concretó luego el señor Defensor sus agravios que, según expresó y sintetizándolos, estuvieron basados en: a) el arbitrario rechazo del cómputo del precario estado de salud de su defendido como circunstancia atenuante y b) la indebida confirmación en calidad de agravantes, de la proclividad delictual, de la extrema peligrosidad evidenciada, de la edad y del rol social de la víctima como agente del orden.

Con ese marco solicitó que esta Corte ejercite su competencia imponiendo al imputado una pena que no supere el mínimo legal de la escala penal pertinente, teniendo en cuenta para ello la calificación legal del hecho reclamada -art. 165 en su relación con el 42, ambos del Código Penal- de acuerdo con las explicitaciones que fueron vertidas en el ap. -4.3- que antecede.

La queja resulta inatendible.

En principio, no vienen justificadas las dogmáticas referencias a supuestas limitaciones indebidas en la inspección llevada a cabo respecto de este capítulo del fallo. Por el contrario, la sola lectura de la quinta cuestión del mismo ilustra sobre las respuestas dadas, en el ámbito de un amplio escrutinio, a las críticas que habían sido formuladas para el conocimiento de la casación. Tan ello es así que resolvió hacer lugar al pedido de exclusión de la severizante relativa a las secuelas psíquicas padecidas por el menor -si bien por fundamentos diversos del alegado-, más allá de la suerte final obtenida, en tanto el tribunal en definitiva sentenció que "... la pena se ajusta a las previsiones establecidas por la ley de fondo al tipificar el homicidio agravado en el supuesto del inc. 7° del artículo 80, y se apuntoa en las constancias de la causa, con la salvedad 'ut supra' mencionada" (fs. 201 vta.).

De allí que no se vislumbre que la misión fiscalizadora no haya sido desarrollada de consuno con las normas rituales vigentes y el alcance que la Corte federal le asignó, a partir del invocado precedente "C. " (sentenciado el 20 de setiembre de 2005), al derecho de todo imputado a revisar su sentencia de condena por un Tribunal superior (arts. 75 inc. 22, C.N.; 8.2. de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C. y P.).

Atinente a la apreciación de la tardanza denunciada, no obstante destacar que las invocaciones de la parte -reseñadas en el párrafo segundo de este punto- no son idóneas para sortear el incumplimiento de la carga -en que aquélla admite haber incurrido- de introducir oportunamente los reclamos, corresponde de todos modos su desestimación.

Pues los reclamos dirigidos a obtener la exclusión de pautas agravantes como la incorporación de otras en calidad de diminuentes fueron efectuados en miras a la graduación de una pena temporal para el caso de prosperar el cambio de calificación legal exigido (arts. 42 y 165 del C.P.); por lo que el modo en que se resolvió dicha cuestión en el punto -4.3.- anterior, exime a este Tribunal de pronunciarse sobre aquéllos, perdurando inconvencionalmente lo decidido en orden a la imposición de la pena de prisión perpetua, como consecuencia de confirmarse la adecuación típica del hecho en los cánones del art. 80 inc. 7 del Código Penal (fs. 201 vta. cit.).

Igualmente estéril resulta cualquier especulación en torno de las referencias vinculadas genéricamente con el sistema de los arts. 40 y 41 del Código Penal, pues más allá de que dicha normativa alude a "... las penas

divisibles por razón de tiempo o cantidad..." lo cierto es que en el caso, frente a las alternativas de condena a penas indivisibles -de prisión o reclusión perpetuas- que prevé la figura actuada en firme del delito de homicidio criminis causa, se ha impuesto al imputado la menos gravosa de tales especies (conf. arts. 421 y 495, del C.P.P.; P. 100.761, sent. del 17-VI-2009).

4.5. La confirmación por parte del Tribunal de Casación de la declaración de reincidente -por segunda vez- de A. A. M. ha sido también motivo de cuestionamiento por la defensa.

En ese sentido afirmó la "inobservancia de lo normado por el art. 50 del C. P., en relación con el plexo de garantías establecido con sustento en lo mandado por los arts. 1, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., en relación con los arts. XXVI de la D.A.D. y D.H., 10 de la D.U.D.H., 8.1 de la C.A.D.H., 14 del P.I.D.C.yP. y 2º1 de las Reglas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, lo que determinó la existencia de una sentencia arbitraria, con la respectiva violación al debido proceso sustantivo y al derecho de defensa en juicio..." (fs. 241 vta. in fine y 242 ab initio, -destacados según original-).

En un primer nivel de análisis, sostuvo que la decisión de mantener la aludida declaración efectuada en la sentencia de mérito resultó infundada, por cuanto la condena que sirvió de antecedente para tener por reincidente, por segunda vez, a su defendido, no surgía de probanzas debidamente incorporadas al proceso.

Así señaló que "... en ningún momento procesal anterior al dictado de la sentencia, el señor Fiscal de juicio ... acompañó al expediente, para su incorporación por lectura, probanza alguna relativa al cumplimiento de pena anterior por parte del imputado de autos, sin perjuicio de lo cual solicitó se lo considere reincidente, en los términos del art. 50 del C.P., y el Tribunal -oral- en lo Criminal N°4 de ... Lomas de Zamora, suplió dicha labor acusatoria, agregando a los actuantes las piezas respectivas, y determinando -luego- ... que debía recibir la cuestionada consecuencia jurídica..." (fs. 242 y vta. estilo de texto según el original-).

Seguidamente expuso la concepción sobre la correcta inteligencia que en su parecer cabría acordar a las nociones de debido proceso legal, imputación y acusación, defensa en juicio, imparcialidad de la jurisdicción y titularidad de la acción, para en base a ello proclamar que "si el Tribunal aplica una declaración de reincidencia que no fue propuesta de manera acorde por el señor Fiscal de Juicio, estará aplicando un porcentaje o un plus de castigo sin acusación, lo que conlleva que el imputado no ha podido defenderse de dicho extremo, ya que sólo lo hace respecto de lo requerido por el Fiscal, que indudablemente integra la acusación" (fs. 246).

Desde otro flanco de ataque, indicó que para el supuesto en que se desechara su pretensión sobre la invalidez de la incorporación de las constancias fundantes de la mentada declaración, "... restaba otra crítica al proceder sentencial no revisado por el órgano a quo, ... relativa a la imposibilidad de determinar con sustento en aquellas si la persona referida en las mismas es el imputado de autos, como así tampoco resultaba factible precisar en qué forma ha cumplido encierro en el marco de aquellos actuados" (fs. 248 vta. -destacado en el original).

Acerca específicamente de este último señalamiento, el recurrente hizo alusión a la reforma operada respecto del instituto en debate mediante la sanción de la ley 23.057 con la adscripción de nuestro digesto sustantivo al sistema de la reincidencia real.

Recordó que su fundamento "... radica en la insuficiencia de la pena anteriormente cumplida; es decir, en lo insuficiente del tratamiento resocializador aplicado mediante la pena para modificar la conducta del penado, por lo cual quien ha cumplido pena -total o parcialmente- ha recibido tratamiento carcelario", y que, en

oportunidad de sancionarse la referida ley, fue el senador De La Rúa quien "... quizás anticipándose a posibles interpretaciones contrarias al espíritu de la reforma, sostuvo 'que debe quedar en claro que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como efectivamente cumplida a los fines de la reincidencia'" (fs. 249 vta., -cursiva propia del original-).

Dedujo de lo expuesto que "la interpretación efectuada por el Tribunal de mérito -y ratificada por el órgano a quo del art. 50 del C.P., según la cual la pena cumplida en cualquier modalidad de detención habilita la declaración de reincidencia, resulta arbitraria y derogatoria del sistema de reincidencia real impuesto por la ley 23.057, pues en la práctica reconstruye el sistema de reincidencia ficta, bastando la mera condena, vulnerando de este modo la exclusiva facultad legislativa que la Constitución Nacional le confió al congreso para el dictado del Código Penal, lo que configura un supuesto de interpretación arbitraria que se aparta del texto expreso de la ley y de la voluntad perseguida por el legislador (Fallos: 306:1322; 300:417; 303:248; 308:2664)" (fs. cit./250).

Por los fundamentos que serán dados, entiendo que le asiste razón al señor Defensor al afirmar que en el sub lite no corresponde atribuir, por segunda vez, la condición de reincidente al imputado M.

Tal decisión fue adoptada en el pronunciamiento de origen sobre la base de considerar únicamente la sentencia condenatoria dictada respecto del nombrado en la causa 36.748 del registro del ex Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 2 de Lomas de Zamora, en la cual, según lo detallado por el actuario a fs. 897/898 vta. de los autos principales -en contestación al pedido de informes requerido por el agente fiscal interviniente- el 9 de marzo de 1995 la Sala Segunda de la Cámara de Apelación y Garantías de esa departamental había confirmado -en lo que interesa- la condena a la pena de un año y siete meses de prisión con costas, declarándolo reincidente, por resultar autor responsable del delito de hurto, fallo que se encontraba firme y consentido (conf. fs. de mención).

Debatidas esas circunstancias en ocasión de llevarse a cabo el juicio oral -v. fs. 1680 y vta.- con antelación al dictado del veredicto, el Tribunal ofició -a fs. 1756- solicitando las copias certificadas pertinentes. Las mismas fueron glosadas a fs. 1763/1770 y reflejan que la pena impuesta a A. A.M. , de idénticos datos filiatorios a los detallados en estos autos -v. fs. 1768 vta. y 1887 vta./1888- se tuvo "por compurgada con el tiempo de detención sufrido" (v. fs. 1768 vta. cit.).

Por su parte, la casación, por mayoría, sostuvo que "... la reincidencia configura un estado que, salvo decisión expresa del Tribunal de juicio acerca de su incomputabilidad, puede ser constatado en cualquier etapa o faz del proceso. Ni el Tribunal ni las partes pueden soslayar el orden público que dimana de institutos que, como la reincidencia, amén de proteger a la sociedad respeto de la mayor peligrosidad evidenciada por quienes reiteran el desconocimiento de sus reglas, se hallan ligados a pronunciamientos solemnes que públicamente declaran la certeza oficial de las acriminaciones de orden penal..." (fs. 202 y vta.). Mantuvo por tanto la declaración de reincidencia.

En sintonía con lo resumido, la impugnación articulada desde el andarivel relativo al proceso de incorporación del antecedente base de la cuestionada declaración, no puede prosperar, ya que los fundamentos que la apuntocan se desentienden de las referidas circunstancias probadas de la causa y menos aún han reparado en el criterio -arriba transcripto- sostenido por el a quo sobre la materia; lo que determina el incumplimiento de la carga que impone el art. 495 del Código Procesal Penal y la consecuente irradiación de sus efectos negativos sobre la posibilidad de plasmar las afrentas federales enunciadas.

Ahora bien, ceñido el examen al agravio que pone en tela de juicio la aplicación al caso del art. 50 del Código Penal por no hallarse reunido el requisito exigido por la norma atinente al cumplimiento de pena, el mismo, en cambio, debe ser acogido favorablemente.

Dicho planteo integró el contenido de las pretensiones llevadas para el control del órgano casatorio -v. fs. 138 del legajo pertinente- el que, más allá de la forma en que lo trató, tuvo por válida la controvertida declaración confirmándola, y de ese modo infringió el aludido precepto de la ley sustantiva.

El encierro sufrido sin una declaración judicial firme de culpabilidad no constituye cumplimiento de pena en el sentido de la norma de cita (arg. art. 18, C.N.); y de las constancias documentales antes referenciadas resulta que el nombrado M. no ha cumplido total ni parcialmente pena privativa de libertad en relación con la causa en virtud de la cual con exclusividad se declarara su reincidencia por segunda vez.

Tal es por cierto el criterio afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "M. " (M. 619.XLII, sent. del 17-X-2007), oportunidad en la cual la decisión mayoritaria, haciendo suyos, en lo pertinente y con la salvedad que precisó, los fundamentos dados por el señor Procurador Fiscal, sostuvo que "... al extender el concepto de 'pena' a encierros de diversas ratio a los fines del art. 50 del Código Penal, los tribunales de la causa han prescindido sin razón valedera de la letra de la ley, consagrando una exégesis irrazonable del texto legal ... En efecto ... la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, sin que sea admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquélla contempla...". Y subrayó, tal como ahora lo hace la defensa en su presentación, que "si aún cupiera alguna duda acerca de cuál es la voluntad de la ley, en los antecedentes parlamentarios... el senador de la Rúa señaló que ... debe quedar en claro que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia..." (punto III, párrafos cuarto, quinto y séptimo del dictamen de mención).

El señalado alcance dado al concepto de "cumplimiento parcial de pena" se corresponde además con la actual doctrina de esta Corte a partir del precedente P. 98.441 -sentenciado el 3 de abril de 2008-; de modo que, acorde con lo que sostuviera en esa oportunidad, razones de celeridad y economía procesal, a la luz de lo resuelto por el máximo Tribunal federal en el caso mencionado, así como la innegable gravitación que - con prescindencia de lo que pueda sostenerse sobre su eventual aptitud vinculatoria- cabe reconocerle en todo caso por su ubicación en la cúspide del ordenamiento judicial (arts. 5, 108, 123 y 127, C.N.), me llevan a adoptar el mismo criterio allí abrazado (conf. P. 92.454, sent. del 4-III-2009; P. 96.196, sent. del 10-VI-2009, entre tantas otras).

Por lo expuesto, estimo inviable la convalidación de este extremo del pronunciamiento atacado, por lo que debe hacerse lugar a la queja fundada en la errónea aplicación de la ley sustantiva involucrada en la decisión del punto y dejar sin efecto la declaración de reincidencia impuesta por segunda vez a A. A. M. (art. 496, del C.P.P.).

Con apoyo en las razones que llevo dichas, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Defensor Oficial, con el alcance fijado en el apartado que antecede.

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

Adhiero al voto del doctor Genoud por compartir la totalidad de los fundamentos vertidos en los puntos 1 a 4.4 del mismo.

En cuanto al cuestionamiento referido a la aplicación al sub lite de lo normado en el art. 50 del Código Penal, teniendo en consideración los antecedentes reseñados por el colega preopinante, comparto lo señalado en el punto 4.5 de su voto y habré de adherir a su propuesta según lo oportunamente expuesto en P. 100.144, "R. " y P. 86.942, "G. ", entre otras, al señalar mi actual postura sobre el tema -particularmente a partir de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa M. 619. XLII, "M. " y las posteriores M. 2851 XLI, "M. ", N. 198 XLII, "N. L. " y S. 1184 XLII, "S. " entre otros- cuyo análisis me llevó a compartir las argumentaciones contenidas en el voto del doctor Soria a partir del precedente P. 64.527, sent. del 23-IV-2003 segunda cuestión, las que hago mías, juzgando innecesario efectuar nuevas argumentaciones por resultar suficientes las señaladas para basar mi cambio de postura sobre este punto.

Por tanto, con el estricto alcance indicado, voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Adhiero al voto del colega que abre el acuerdo y me remito, respecto del agravio que fue reseñado en el punto 4.5, a las consideraciones expuestas en P. 98.441, sent. del 3 de abril de 2008; P. 100.144, sent. del 14 de mayo de 2008; P. 86.942, sent. del 21 de mayo de 2008; P. 92.730, sent. del 18-XI-2009; entre otras.

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

a. Adhiero al voto del doctor Genoud, por compartir sus fundamentos.

b. En lo atinente al agravio que fue reseñado en el ap. 4.5 del sufragio que inicia el acuerdo -referido a la errónea aplicación del art. 50 de la ley sustantiva por no hallarse reunido el requisito exigido por la citada norma en relación al cumplimiento de pena- conforme he resuelto en las causas P. 98.441, sent. del 3-IV-2008 y P. 83.996, sent. del 28-V-2008, debo señalar que es procedente.

Antes de ahora tuve oportunidad de expedirme sobre la temática materia de análisis y en ese sentido he seguido la inveterada doctrina de este Tribunal (P. 94.050, sent. del 23-V-2007 y sus citas, entre muchas otras).

En este sentido, no obstante el parecer expuesto, teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por mayoría y haciendo suyos los fundamentos dados por el señor Procurador Fiscal- en causas M. 619. XLII. Recurso de hecho. "M. , A. S. ", causa 12.678; R. 368. Recurso de hecho. "R. , E. E. y otros s/ robo simple en grado de tentativa", causa 602; C. 733. Recurso de hecho. "C. F. , A. A. s/ robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda", causa 93.640, todas sentencias del 17-X-2007; así como la innegable gravitación que -más allá de lo que pueda sostenerse sobre su eventual aptitud vinculatoria- cabe reconocerle en todo caso atento su ubicación en la cúspide del ordenamiento judicial (arts. 5, 108, 123 y 127, C.N.), razones de celeridad y economía procesal me llevan a adoptar el criterio allí abrazado (P. 98.441, sent. del 3-IV-2008; P. 100.144, sent. del 14-V-2008; P. 95.574, sent. del 11-III-2009; P. 85.655 y P. 91.304, sents. del 25-III-2009; P. 96.196, sent. del 10-VI-2009; P. 98.630, sent. del 26-VIII-2009; P. 93.892, sent. del 9-IX-2009; P. 95.398, sent. del 7-VI-2010; P. 98.225 y P. 82.596, sents. del 10-XI-2010).

Así lo voto.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, y dejar sin efecto la declaración de reincidencia -por segunda vez- formulada respecto al imputado A. A. M. (arts. 50, C.P. y 496, C.P.P.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.– Eduardo J. Pettigiani.– Eduardo N. De Lazzari.– Héctor Negri.– Luis E. Genoud. (Sec.: R. Daniel Martínez Astorino).