

Reg. n° 313/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de marzo de 2018, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis M. García, en ejercicio de la presidencia, María Laura Garrigós de Rébora y Gustavo A. Bruzzone, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, resuelve los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos a fs. 1395/1406 en esta causa n° CCC 500000964/2008/TO1/CFC2/CNC1, caratulada **“Arancibia, Carlos Ignacio s/homicidio agravado”**, de la que **RESULTA:**

I.- Por decisión de 7 de junio de 2010, el Tribunal Oral de Menores n° 3 de esta ciudad había condenado a Carlos Ignacio Arancibia a una pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo partícipe secundario de los delitos de homicidio agravado por su comisión con arma de fuego, en concurso real con lesiones leves agravadas por la utilización de armas de fuego. La sentencia de condena había sido impugnada por vía de casación tanto por la Defensa Pública como por el Fiscal General (fs. 715/716 de la causa n° 5681/6126).

Por sentencia de 17 de octubre de 2011, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, había hecho lugar parcialmente al recurso fiscal, y reformado la sentencia condenando a Carlos Ignacio Arancibia como partícipe primario de los delitos de homicidio agravado por su comisión con arma de fuego y la intervención de dos o más personas, y había reenviado la causa al tribunal de origen para la determinación de la pena (fs. 952/994 de la causa n° 8161).

En virtud de la denegación de un recurso extraordinario federal que la Defensa Pública había introducido contra esa sentencia (fs. 1059/1077 y fs. 1082), ésta había interpuesto recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que por decisión de 18 de junio de 2013, lo declaró inadmisibile con cita del art. 280 CPCCN (fs. 1265/1266 de la causa n° 8161).

El caso fue devuelto al Tribunal de Menores n° 3 que, por sentencia de 24 de octubre de 2013, en cumplimiento de la dictada por la Sala III la Cámara Federal de Casación Penal, que había modificado la subsunción jurídica, incluyendo la atribución en grado de participación primaria en el delito de homicidio agravado por su comisión con arma de fuego y por la intervención de dos o más personas, le impuso a Carlos Ignacio Arancibia la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (fs. 1277/1279 de la causa n° 8161).

Esa sentencia fue objeto de un nuevo recurso de casación, que fue decidido por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, el de 23 de febrero de 2015, que la anuló por entender que la sentencia carecía de motivación al no haber efectuado el tribunal oral una valoración de los agravantes y atenuantes al momento de imponer la pena, y por haber omitido la realización de una audiencia *de visu* con el condenado, previa al dictado de la sentencia, según el art. 41, inc. 2, *in fine*, CP. A raíz de ello la Cámara apartó al tribunal oral y reenvió este caso a otro para que se dictara un nuevo pronunciamiento (fs. 1349/1350 de la causa n° 8161).

II.- Sustanciada una audiencia oral ante el Tribunal Oral de Menores n° 2 en el que había recaído el caso, éste, por sentencia de 24 de noviembre de 2015 (fs. 1388/1389), cuyos fundamentos obran a fs. 1390/1394 de la causa n° 8161), rechazó un planteo de nulidad formulado por la defensa (punto dispositivo I) y condenó a Carlos Ignacio Arancibia a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, como partícipe primario del delito de homicidio calificado por su comisión mediante el uso de arma de fuego y por el concurso premeditado de dos o más personas. En la misma sentencia rechazó un planteo de inconstitucionalidad “de la pena de prisión perpetua” articulado por la defensa (punto dispositivo II). Y, también, le impuso la pena única de prisión perpetua, comprensiva de la anterior impuesta en este proceso y de la pena de un año y tres meses de prisión que le había impuesto el Tribunal Oral de Menores nro. 1 de la Capital Federal, por decisión de 12 de diciembre de 2012, en la causa 2766 (punto dispositivo III).

III.- Contra esta decisión, el Defensor Público de Carlos Ignacio Arancibia interpuso recursos de casación e inconstitucionalidad (fs. 1395/1406), que fue concedido (fs. 1409), y mantenido (fs. 1460).

En lo que concierne a la vía casatoria el recurrente encauzó sus agravios en ambos incisos del art. 456 CPPN, alegando errónea aplicación de la ley sustantiva, con afectación al derecho a la doble instancia contra la sentencia de condena dictada el 17 de octubre de 2011 por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal. Al mismo tiempo articuló la inconstitucionalidad “de la pena de prisión perpetua” con que se conmina el supuesto de hecho del art. 80, inc. 6, CP.

En definitiva solicitó que se anule la sentencia recurrida y se absuelva a Carlos Ignacio Arancibia, por violación a su derecho a la doble instancia, y subsidiariamente, se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la pena de prisión perpetua, disponiendo la realización de una audiencia a fin de establecer una nueva pena dentro de los márgenes previstos en el art. 79 CP.

IV.- En el plazo de oficina (arts. 465, cuarto párrafo, y 466 CPPN) la Defensa Pública sostuvo los agravios articulados en el escrito de fs. 1395/1406 e hizo hincapié en la desproporción de la pena impuesta a su asistido (fs. 1467/1473).

En definitiva solicitó la declaración de inconstitucionalidad “de la pena de prisión perpetua” (art. 80, inc. 6, CP) y la fijación de una nueva pena dentro de la escala del art. 79 CP (fs. 1467/1473).

V.- A la audiencia fijada a tenor del art. 468 CPPN (fs. 1485), compareció en representación de Carlos Ignacio Arancibia, la Defensora Pública María Florencia Hegglin.

La recurrente sostuvo los agravios oportunamente introducidos, e insistió en la afectación del derecho de acceder a una doble instancia por no haber podido contar con una revisión de la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, en cuanto había modificado la calificación del hecho y el grado de participación de Carlos Ignacio Arancibia en el homicidio por el que había sido condenado.

En la audiencia ante esta Sala, de conformidad con lo previsto por los arts. 465 y 468 CPPN, la Defensa Pública adujo que cuando la Sala

III de la Cámara Federal de Casación Penal declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto contra su resolución lo hizo argumentando ausencia de cuestión federal y demás requisitos de la vía extraordinaria, quebrantando de esa manera, a su juicio, la garantía de la doble instancia. En su sustento citó los precedentes “*Chambla, Nicolás Guillermo*” (C. 416 XLVIII, rta. 5/8/14), “*Duarte, Felisa*” (Fallos 337:901), “*Chaban, Omar Emir*” (C. 1721 XLVIII, rta. 5/8/14), y “*Carrascosa, Carlos Alberto*” (Fallos 337:1289) en los que la Corte Suprema extendió la garantía de doble instancia a los casos de casación positiva.

Hizo alusión, asimismo, a la Regla Práctica 18.10 de esta Cámara que contempla la revisión de los recursos por otra sala en casos como el presente, y solicitó se conceda a la defensa esa posibilidad.

Así, requirió que esta Cámara se avoque al recurso extraordinario oportunamente interpuesto, reencauzándolo como recurso de casación, teniendo en consideración que la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal se completó con la imposición de la prisión perpetua.

En definitiva, solicitó que se decida que otra Sala de esta Cámara efectúe una revisión amplia del recurso extraordinario interpuesto ante la Corte o, subsidiariamente, sea esta misma Sala la que aborde su examen.

Efectuada la deliberación el tribunal llegó a un acuerdo del modo que a continuación se expone.

El juez **Luis M. García** dijo:

1. En la audiencia llevada a cabo ante el Tribunal Oral de Menores n° 2 a raíz del segundo reenvío dispuesto por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal (sent. de fs. 1349/1350), el Defensor Público había articulado la nulidad de todo lo actuado e instado la absolución de Carlos Ignacio Arancibia. El acta respectiva sólo permite conocer que había afirmado que “si se ha declarado la nulidad absoluta por parte de la Sala III C.F.C.P resulta hoy en día una puesta en escena para todos la realización de esta audiencia”. No hay constancia en el acta de que hubiese fundado de algún modo en derecho su pretensión de nulidad (fs. 1386 vta./1387).

En dispositivo I de la sentencia que ahora viene recurrida (fs. 1388/1389 de la causa n° 8161), el tribunal oral rechazó la articulación de nulidad. En los fundamentos (fs. 1390/1394) sostuvo el tribunal que “tras analizar los supuestos de nulidad contemplados [por] los artículos 166, 167, 404 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación; entendemos que el planteo formulado no encuentra receptación legal en cualquiera de aquellos”, y declaró que correspondía su rechazo *in limine*.

El recurso de casación en el que se impugna ese dispositivo no permite conocer mínimamente cuál sería el error de los fundamentos de ese dispositivo.

2. Se ha agraviado la Defensa Pública señalando que el punto dispositivo II de la sentencia que impuso la pena de prisión perpetua es arbitrario, porque la pena le fue fijada “sin haberse agotado el derecho de Arancibia a la revisión de la sentencia”.

Alegó, al respecto, que la de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal de fs. 952/994, que hizo lugar parcialmente al recurso de casación de la fiscalía y modificó la calificación jurídica del hecho de un modo más gravoso para el condenado, por la de participación primaria en el delito de homicidio agravado, es una sentencia de condena que “no fue revisada por un tribunal de igual jerarquía o superior”, conforme los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Mohamed c/ Argentina*” (Corte IDH, sentencia de 23/11/2012, Serie C, n° 255).

Adujo que tal “violación al derecho de Arancibia a la doble instancia de revisión de sentencia se concreta al tiempo que la decisión adoptada el 17 de octubre de 2011 por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal en función de la que empeoró drásticamente su situación procesal no fue revisada con el alcance receptado en el art. 8.2.h de la CADH. Ello así, toda vez que es doctrina del Alto Tribunal que el recurso extraordinario no satisface la garantía del doble conforme”, en cuyo sustento citó el mencionado caso del organismo interamericano que determinó que la vía recursiva contemplada por el art. 8.2.h CADH hace referencia a un recurso ordinario accesible y eficaz. También mencionó, en

su sustento, el dictamen de la Procuración General ante la Corte Suprema en “*Duarte, Felisa s/ recurso de casación*” (D. 429 XLVIII, del 4/10/13).

Arguyó además que ante la “vulneración del derecho a la doble instancia en favor de Arancibia”, no resultaba aceptable “el reenvío a nuevo juicio o resolución [...] puesto que una eventual decisión en aquel sentido importaría la violación a la garantía constitucional del *ne bis in idem* [...]”, postulando, en consecuencia, la nulidad de la sentencia del Tribunal Oral de Menores n° 2 y la absolución de Carlos Ignacio Arancibia.

En definitiva requirió que se anule “la sentencia del Tribunal Oral de Menores n° 2 y concluy[a] prontamente este proceso a través de un pronunciamiento absolutorio para Arancibia, no cabiendo otra decisión en el caso, a la luz del defectuoso e irreparable accionar estatal en perjuicio del nombrado, quien deberá ser inmediatamente liberado, máxime tras semejante tiempo de encarcelamiento [...]”.

En el trámite de la impugnación por vía de casación e inconstitucionalidad (fs. 1395/1406) que viene concedida (fs. 1409) se ha introducido por la Defensora Pública una pretensión *sui generis*, por la que promueve que esta Sala decida que otra Sala de esta Cámara revise la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal por la que se reformó la calificación asignada al hecho atribuido a Carlos Ignacio Arancibia (fs. 952/994), para asegurar el derecho del condenado a que su sentencia de condena sea revisada por otro juez o tribunal, según la doctrina establecida por la Corte Suprema en los casos de Fallos: 337:901; 337:1289, y en los casos “*Chambla, Nicolás Guillermo*” (causa C. 416 XLVIII, rta. 05/08/2014), y “*Chaban, Omar Emir*” (causa C. 1721 XLVIII, rta. 05/08/2014).

Contra la sentencia de fs. 952/994, la Defensa Pública había interpuesto el recurso extraordinario federal agregado a fs. 1326/1336 vta., por el que se pretendía someter ante la Corte Suprema la alegada violación de los arts. 8.2, letra h, CADH, y 14.5 PIDCP, recurso que fue denegado, como así también lo fue la queja deducida con motivo de su denegación (fs. 1265/1266). Lo central de su argumentación se ceñía a sostener que la sentencia dictada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal “representa lisa y llanamente un notabilísimo agravamiento de la condena

de [su] asistido [caso en el que] debe garantizarse de modo efectivo su derecho al recurso. Allí ha invocado que deberían aplicarse los criterios de revisión establecidos en la jurisprudencia citada en el párrafo anterior, no obstante la inexistencia de una vía recursiva local prevista expresamente para regular un caso como el presente. En ese recurso no hay ningún capítulo destinado a demostrar el error de la sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal al establecer la subsunción legal de la forma de participación del acusado. Sólo hay ciertas alusiones a la falta de imparcialidad de dos de los jueces que intervinieron en esa sentencia, y una crítica a las razones por las que habían declarado inadmisibles por extemporánea una recusación deducida contra ellos en el plazo de oficina.

Esta pretensión *sui generis* de la Defensa Pública, de reconducción del recurso extraordinario como recurso de casación, no puede ser de recibo por dos órdenes de razones. Por un lado, porque el escrito de interposición del recurso extraordinario de fs. 1326/1336 vta. no presenta ninguna crítica sustantiva concreta a la sentencia que reformó la calificación jurídica y atribuyó el homicidio agravado a Carlos Ignacio Arancibia a título de partícipe primario. En defecto de motivo de agravio no hay materia que revisar, atendiendo a que no procede una revisión de oficio de la sentencia, sino por vía de recurso. De modo que las particulares vicisitudes del caso, y sin abrir juicio sobre si la jurisprudencia que la defensa invoca sería aplicable en la especie, en defecto de un motivo de agravio sustantivo contra la sentencia la “reconducción” que pretende es impracticable.

Por otra parte, una revisión de la sentencia podría ser todavía practicable a la luz de los motivos de casación definidos en el art. 456, inc. 2, CPPN, tan pronto se toma nota del derecho del imputado a ser oído por un tribunal imparcial, y de la pretensión de desconocer la imparcialidad de dos de los jueces de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal que dictaron la sentencia de fs. 952/954. A este respecto, el defecto de imparcialidad podría poner en crisis la sentencia. Sin embargo, se observa que en el escrito de interposición del recurso extraordinario de fs. 1326/1336 la defensa ha empleado su mejor esfuerzo en discutir una decisión que había declarado inadmisibles por extemporaneidad una

recusación deducida durante el trámite del recurso de casación, pero ese escrito no permite conocer, al menos con alguna indicación concreta y razonada de lo sucedido en el proceso, cuál sería la razón sustantiva que habría inhabilitado a dos de los jueces de aquel tribunal a conocer del recurso de casación concedido y pendiente ante ellos y a dictar sentencia. De modo que tampoco desde esta perspectiva podría tomarse al escrito de fs. 1326/1336, no obstante su título, como un recurso de casación.

Dicho esto, observo que si algo caracteriza a las impugnaciones del presente caso, es el poco rigor de las argumentaciones. Porque, por un lado, la defensa cita el caso “*Mohamed v. Argentina*”, en sustento de su pretensión de que debe asegurársele un recurso contra la sentencia que modificó en perjuicio del acusado el título de la condena, y al mismo tiempo afirma, de manera no razonada, la existencia de una infracción a la prohibición *ne bis in idem*. Esta afirmación está totalmente desprovista de fundamento, porque no sólo no se hace cargo de demostrar cuál sería el sentido y alcance del principio, sino que además ignora que en la misma sentencia que cita la Corte IDH declaró que el principio sentado en el art. 8.4 CADH aplica a los casos en los que “la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia *firme* de carácter absolutorio” y que “el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia” (párr. 122), de modo que una sentencia de condena, revocatoria de una absolución, emitida en la segunda instancia del proceso penal “no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado contra el [acusado]” (párr. 123). La Corte IDH tomó nota del debate jurídico que tenía lugar en el ámbito de la doctrina argentina sobre la existencia de un estándar más generoso que -según una interpretación más amplia del principio *ne bis in idem*- impediría recursos del acusador contra la sentencia de absolución, lo que eventualmente suscitaría la aplicación de la disposición interna más favorable y observó que “no había sido probado [...] que en Argentina el principio de *ne bis in idem* está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la

Convención” (párr. 124), por lo que concluyó que no se había incurrido en infracción al art. 8.4 CADH, según el alcance que le asignó (párr. 125).

De modo que, en defecto de una argumentación más exhaustiva, no encuentro que la alegación de infracción a la prohibición *ne bis in ídem*, esté mínimamente sustanciada con una presentación razonada sobre su alcance en el derecho argentino y puntual sobre las circunstancias del presente caso.

Abordaré a continuación los restantes motivos de impugnación traídos en el escrito de interposición de los recursos de casación e inconstitucionalidad (fs. 1395/1406), en la medida en que han sido concedidos (fs. 1409).

3. En la audiencia llevada a cabo ante el Tribunal Oral de Menores n° 2 (fs. 1386/1387), el Defensor Público había tachado de inconstitucional la pena de prisión perpetua. Según se desprende del acta había afirmado la existencia de una tendencia a nivel regional de la proscripción de la prisión perpetua, afirmado que la prisión perpetua es una pena de muerte encubierta, señalado que es inconciliable con el principio de culpabilidad, violatoria del “mandato resocializador”, violatoria de la división de poderes. Afirmó también que la prisión perpetua “viola la condición de ser humano de cualquier persona”, es más grave que la pena que corresponde al delito de genocidio, y pidió se aplicase una pena de prisión dentro de la escala de ocho a veinticinco años del art. 79 CP (fs. 1387).

El tribunal oral rechazó la articulación de inconstitucionalidad (dispositivo II de la sentencia de fs. 1388/1389). En los fundamentos (fs. 1390/1394) sostuvo que de la pena de prisión perpetua no es inconciliable ni con la Constitución Nacional ni con las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos invocados por la defensa.

Con cita de diversos precedentes, estimó que la prisión perpetua no es “verdaderamente perpetua por no ser vitalicia” y porque permite, oportunamente, el acceso a la libertad condicional, por lo que la finalidad resocializadora queda incólume.

En particular, en sustento de su concepción, citó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Salta (“S.,R.A. s/recurso de

casación”, sent. de 20/04/2015) que ha declarado que “[l]a pena de prisión perpetua no viola el art. 18 de la C.N., ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía. En efecto, dicha pena, predeterminada en el artículo 80 del Código Penal, como sanción establecida por el legislador en proporción a la incuestionable gravedad de la infracción penal allí tipificada no resulta inconstitucional, en tanto no es infamante, cruel ni inhumana y tampoco es verdaderamente perpetua por no ser vitalicia, ya que admite la posibilidad -transcurrido determinado tiempo de su cumplimiento- de obtener la libertad condicional, art. 13 y cc. del C.P. [...]”.

”El régimen del Código Penal argentino no resulta -en lo sustancial- diferente al sistema que establece el Estatuto de Roma, pues ambos prevén la pena de prisión perpetua y también admiten el acceso al beneficio de reducción de la pena después de transcurrido un período de tiempo y, en consecuencia, resultan concordantes con el criterio de la invalidez constitucional de la pena privativa de libertad realmente perpetua, que fue adelantado por la CSJN al admitir el recurso de hecho deducido en el caso “Jiménez Ibáñez” (Fallos, 329:2440)”.

”Ello permite afirmar que no existe contradicción entre el régimen de prisión perpetua establecido en el artículo 80 del Código Penal y el sistema constitucional, ni vulneración de los tratados internacionales que la República Argentina ha suscripto y se encuentran incorporados a nuestra Constitución Nacional (arts. 31 y 75 inc. 22), en tanto aquella no es realmente perpetua porque admite obtener la libertad condicional y acceder a regímenes de salidas transitorias y de semilibertad anticipada, con lo que resulta que, además, la finalidad resocializadora de la pena se cumple igualmente porque esos beneficios permiten al condenado mantener viva la esperanza de volver a obtener su libertad, cumpliendo las condiciones establecidas en la ley”.

Asimismo, el tribunal oral recogió la opinión del dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “*Bachetti, Sebastián Alejandro*” (exp. 57/10, B. 327 XLVII), que argumentó que “[l]a pena de prisión perpetua no vulnera per se la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa, sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitida. En este

sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño admite expresamente la imposición de prisión perpetua si se cuenta con la posibilidad de excarcelación (art. 37, inc. "a"). Esta circunstancia permite razonablemente sostener que si allí se ha efectuado esa salvedad, resulta difícil concluir que en el ámbito de la comunidad internacional esa pena se encuentre vedada para los mayores”. Dejó a salvo que el recurso extraordinario fue declarado inadmisibile por la Corte Suprema por aplicación del art. 280 CPCCN, por decisión de 20 de agosto de 2014.

Rescató también el tribunal oral de ese dictamen que “la proporcionalidad de la pena, que se trasunta en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar del mismo, ni imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla”.

En refuerzo de su conclusión afirmó que ni la Constitución Nacional, ni los tratados internacionales de derechos humanos que complementan su primera parte, prohíben la prisión perpetua, y sólo vedan “las penas degradantes, crueles e inhumanas que afecten la dignidad inherente a la persona humana”. Afirmó, asimismo, que la pena de prisión perpetua impuesta a Carlos Ignacio Arancibia “no deviene desproporcionada en relación a la magnitud del injusto y a su grado de culpabilidad conforme surge de la sentencia recaída en autos que supuso la irreversible afectación del bien jurídico conculcado”.

Por la vía del recurso de inconstitucionalidad la Defensa impugna la imposición al condenado de una pena de prisión perpetua alegando que es inconciliable con los arts. 16 y 18 CN; 5.2 y 5.6 CADH; 7 y 10.3 PIDCP; y 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.

Afirma que la pena a perpetuidad “colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, con el mandato resocializador de las penas privativas de libertad, con el principio de estricta legalidad y con la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes -todos ellos inherentes al estado democrático y republicano de derecho-”, y a partir de allí pretende que corresponde imponer a Carlos Ignacio Arancibia una pena dentro de la escala del art. 79 CP.

La argumentación de la defensa se articula, de modo central en un voto de una decisión de la jurisprudencia de un tribunal inferior de la Provincia de Buenos Aires, (confr. caso “*Etcheverry, Daniel Ricardo y otros s/art. 80, inc. 6º, CP*”, Tribunal Oral en lo Criminal nº 1 de Necochea, TC Nº 4850-0039, sent. de 13/05/2013, voto del juez Mario Juliano). Aunque la defensa no se hace cargo de que la decisión que cita fue contestada y revocada por la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (acuerdo de 03/06/2014), y tampoco se hace cargo de los fundamentos de la revocación, ello no libera a esta Sala de examinar los fundamentos que trae, porque no se trata aquí de un sistema que sigue la regla del *stare decisis*, sino del control difuso de constitucionalidad inherente a la función judicial en el sistema de la Constitución, cuyo único presupuesto es la relación directa de la regla aplicada con la disposición de la Constitución, y el límite es el requisito de identificación de la disposición fundamental, la exposición de su alcance y una fundamentación seria y razonada de la alegada incompatibilidad entre la ley aplicada y la disposición de orden superior.

Varias de las afirmaciones del recurrente se reducen sólo a eso, y carecen de la seriedad para justificar su abordaje, otras requieren de un escrutinio de sus fundamentos.

Por lo pronto, adelanto que la pena de prisión perpetua no está prohibida -en general- por el derecho internacional de los derechos humanos, aunque existen varias limitaciones de derecho internacional en la práctica; así, por ejemplo, esas limitaciones se infieren de los arts. 10.3 PIDCP y 5.6, CADH, en la medida en que una pena de prisión que -por razones jurídicas o de hecho- se ejecute realmente de por vida sería inconciliable con la finalidad esencial de reforma y readaptación social que esas disposiciones asignan ora al sistema penitenciario, ora a las penas privativas de libertad. Una pena de prisión perpetua, que no permita en algún momento recurrir a una autoridad para discutir la posibilidad de obtener la liberación, es decir, una pena fácticamente de por vida, podría ser también contraria a la prohibición de imposición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibición que tiene base, por ejemplo,

en los arts. 7 PIDCP, 5.2 CADH, y 16.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Una regla especial del derecho internacional de los derechos humanos de alcance universal se encuentra en el art. 37, letra a, segunda frase, CDN, que declara que “[n]o se impondrá la pena capital *ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación* por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”. En el texto en inglés se expresa de modo más claro: “Neither capital punishment nor *life imprisonment without possibility of release* shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age”. Del propio texto se sigue que lo prohibido es la imposición de encarcelamiento de por vida, sin posibilidad de liberación, y no la prisión perpetua. De modo que si la prisión perpetua no está definitivamente prohibida respecto de niños, aunque sujeta a restricciones específicas, ello implica que tampoco está en general prohibida respecto de adultos.

De modo que puede afirmarse, de modo sintético, que esas penas deben regularse jurídicamente y ejecutarse, en la práctica, de modo que el condenado a la pena perpetua pueda guardar alguna esperanza de liberación.

3.1. Reproduciendo la opinión del tribunal inferior provincial en la sentencia que cita, pretende la defensa que una pena de prisión perpetua colisiona con el principio de culpabilidad por el acto. Sostiene que la imposición mecánica de una pena afecta al *principio de culpabilidad* porque se omiten “las circunstancias particulares que impliquen un agravamiento o morigeración del reproche que debe dirigirse al individuo por su injusto, en violación del artículo 19 constitucional...”.

En término de oficina la Defensa Pública alegó que la pena impuesta a su asistido resultaba desproporcionada en razón de que el tribunal oral lo había condenado a siete años de prisión, y la reforma de la decisión adoptada por la Cámara Federal de Casación Penal la había transformado en una pena perpetua, a la que consideró una “diferencia abismal”. Asimismo, se quejó de que el *a quo* no haya tenido en consideración como atenuante la edad de su asistido, “quien -al momento del suceso- hacía apenas ocho meses que había cumplido dieciocho años”, lo que a su criterio torna arbitraria la sentencia impugnada.

La alegación traduce implícitamente una confusión entre el principio de culpabilidad por el acto, y la culpabilidad en la medición de la pena.

El principio de culpabilidad por el acto es consecuencia de una elección constitucional por el derecho penal de acto, y una exclusión del derecho penal de autor, que predica que la pena ha de imponerse por lo que la persona hace, y no por lo que la persona es. Aquél se infiere del art. 18 CN.

Aquí no está en cuestión que se ha decidido imponer la pena de prisión perpetua a Carlos Ignacio Arancibia por lo que él ha hecho, y no por lo que es, o por sus cualidades o características personales. Eso no puede estar en cuestión. Lo que se cuestiona es que una pena fija, que no permite graduación, sería inconciliable con la Constitución. La pretensión está, sin embargo, infundada, pues no tiene ningún sustento argumental que permita identificar cuál sería la disposición constitucional que declara, o de la que se infiere de alguna manera razonable e incontestable, que un sistema de penas fijas es inconciliable con ellas.

Por cierto, no paso por alto que una pena fija podría ser objeto de cuestionamiento, si ella fuese incontestablemente desproporcionada con el injusto culpable al que responde. Una cuestión de tal tipo requeriría demostrar la existencia de una evidente desproporción entre la pena y el injusto culpable.

Carlos Ignacio Arancibia ha sido declarado culpable como partícipe primario de uno de los delitos más graves del catálogo del Código Penal argentino, a saber, el homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80, inc. 6, CP). La defensa no ha ofrecido ningún argumento sustancial para demostrar la existencia de una desproporción evidente entre la gravedad del injusto culpable y la pena fija amenazada por el legislador.

Concluyo, pues, que la pretensión de inconstitucionalidad de la defensa bajo la alegación de infracción al principio de culpabilidad está manifiestamente mal fundada.

3.2. Igualmente desprovista de fundamentos aparece la alegación de que la pena de prisión perpetua es irreconciliable con el art. 16 CP.

Arguye que “la diferenciación establecida en el Código Penal en relación a la fijación de las penas, por un lado estableciendo penas mínimas y máximas y por otro penas de prisión perpetua, evidencia que Arancibia se halla en una situación de desigualdad ante quienes resultan autores de ilícitos reprimidos con penas mensurables en el tiempo, vulnerándose así la igualdad ante la ley, establecida en el art. 16 de la Constitución Nacional”.

En rigor, la alegación trasunta una confusión entre discriminación personal y diferente tratamiento según la naturaleza del delito. De lo que se trata es de examinar si la decisión del legislador de conminar ciertos delitos mediante penas cuya fijación temporal es diferida al juez que tiene una cierta discreción en el marco de una determinada escala penal, y de conminar otros con penas fijas, que no son susceptibles de medición, tiene una base objetiva y razonable, o si configura una diferencia de tratamiento irracional, discriminatoria, y por ende injustificada e ilegítima. La pretensión de la defensa no pasa de la nuda afirmación de tratamiento desigual, y no se hace cargo de que -en el caso que aquí se impugna- la figura legal aplicada refiere a uno de los delitos más graves imaginables, tanto desde el punto de vista del bien jurídico lesionado, como de la conexión final del homicidio con otro delito. Ningún esfuerzo hace la defensa para abordar este punto y demostrar la irrazonabilidad que se afirma.

En defecto de toda mínima argumentación razonada, el recurso tampoco debería ser de recibo en lo que a este argumento concierne.

3.3. Pretende la defensa que la conminación de la pena de prisión perpetua acarrea una violación a la *división de poderes* ya que “una única pena posible estandarizada” veda “al juez la posibilidad de conocer en la resolución de un pleito (y específicamente, conocer nada más y nada menos que en la individualización de la pena aplicable)”, arrogándose el legislador “el conocimiento de las causas pendientes, en transgresión a la

división republicana de los poderes y lo previsto por el artículo 116 de la Constitución Nacional”.

Esta pretensión, además de desprovista de toda fundamentación encierra cierta tautología.

Afirma, pero no desarrolla, que es inherente a la función jurisdiccional de “conocer causas pendientes” la discreción para la individualización de la pena, pero no demuestra que la “individualización” de la pena sea “inherente” a esa función. En rigor, omite que la disposición de la Constitución que cita declara que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por la Constitución, *y por las leyes de la Nación* [...]”, donde la función jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución y la ley. Afirmando que es una tautología porque la recurrente pretende que el Congreso no podría sancionar leyes con penas fijas, porque infiere de las palabras del art. 116 CN que la medición de la pena es inherente a la función jurisdiccional de conocer y decidir casos, pero la decisión de los casos no está sujeta a la prudencia y libre discreción de los jueces, sino que el ejercicio de su poder jurisdiccional debe ser conforme a la ley, ley que en la especie conmina una pena fija de prisión perpetua.

En rigor, debería demostrar por qué el legislador no podría limitar a los jueces en la elección de la pena.

3.4 Arguyó, además, la defensa, siguiendo la sentencia citada del tribunal inferior provincial, que la pena de prisión perpetua acarrea afectación de lo que llama “*mandato resocializador*”, que, según afirma “implica que el condenado, en un momento determinado de cumplimiento de la pena, tenga la posibilidad de recuperar la libertad para confirmar el ideal de la reinserción, lo que virtualmente se imposibilita con una pena de duración inusitada”.

Antes de ahora, y en variadas ocasiones, he advertido sobre el abuso retórico de la idea de resocialización, y del poco rigor con el que se abordan las disposiciones de tratados de derechos humanos que declaran que la reforma y readaptación es la finalidad esencial del sistema penitenciario, o de la pena (arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH,

respectivamente), que no es equivalente a un “mandato” resocializador (*vide*, p. ej., “*Giménez, José Santiago*”, Sala 1, causa n° 25.999/2014, sent. de 10/07/2015, reg. n° 238/2015; “*Tolaba, Brian Nabuel s/legajo de ejecución*”, Sala 1, causa n° 500.000.185/2011, sent. de 15/02/2018, reg. n° 80/2018; “*Losio, Leandro David s/inconstitucionalidad art. 56 bis de la ley 24.660*”, Sala 1, causa n° 50.310/2007, sent. de 14/03/2018, reg. n° 200/2018).

La determinación del sentido y alcance de esas disposiciones ofrece un punto de partida relevante para examinar la queja de la defensa.

Mientras que el art. 10.3 PIDCP declara que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”, el art. 5.6 CADH declara que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Una comparación del lenguaje de ambos textos pone en evidencia que sus proposiciones no son idénticas. Mientras que el art. 10.3 PIDCP se refiere al *régimen penitenciario*, que consiste en un “tratamiento” con finalidad esencial de reforma y readaptación social, el art. 5.6 CADH se refiere a la finalidad esencial de las *penas*. En la primera disposición es clara la relación con la etapa de ejecución de las penas, en el segundo queda abierta la pregunta acerca de si se refiere a la finalidad de la imposición de las penas privativas de libertad, o a la de su ejecución.

He observado también que el texto del Pacto en inglés alude a “reforma y rehabilitación social” (*reformation and social rehabilitation*), y en francés a “enmienda y reinserción social” (*amendement et reclassement social*) donde no es claro si enmienda y reforma por un lado, y rehabilitación, readaptación y reinserción, por otro, son sinónimos exactos. Parejos interrogantes suscita el texto del art. 5.6 CADH, cuyos textos en portugués e inglés coinciden a la letra con el español, pero cuyo texto en francés se refiere a la “enmienda y reinserción social” (*amendement et reclassement social*).

Frente a un texto convencional de un tratado en varios idiomas, que no tiene una regla de conflicto o preferencia por uno de los idiomas, todos los idiomas constituyen un único texto, cuyo sentido exacto debe ser establecido, en defecto de regla de colisión expresa, considerando los términos de todos los idiomas de celebración, buscando el resultado que

más se adecue al objeto y fin del tratado (confr. mi ensayo: *Escenas de un centro comercial. Sobre el insulto racista o de odio, el insulto periodístico y las relaciones entre la retractación de la injuria y el derecho de rectificación o respuesta*, en JA 2004 I 270). No de tratados celebrados para el intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados, sino de tratados cuyo objeto y fin son la protección de los derechos humanos, por los cuales se crea un orden legal objetivo dentro del cual los Estados, por el bien común, asumen obligaciones, no en relaciones con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción de tratados orientados a reconocer y garantizar derechos de la persona humana (confr. Corte IDH, Opinión Consultiva n° 2/1982, sent. de 24/09/1982, Serie A, n° 2, párr. 29). Esta naturaleza ofrece la guía para la interpretación de términos *prima facie* diferentes de los respectivos idiomas en que se celebró el tratado, indicando buscar una interpretación según su objeto y fin más favorable al reconocimiento y protección de los derechos y libertades de la persona humana.

Desde esta perspectiva, el término “reinserción” social en francés, otorga más precisión a los términos “readaptación” o “rehabilitación”, porque el primero es claramente antónimo del término “exclusión social”. De modo que ninguna pena privativa de libertad será compatible con las disposiciones convencionales que se examinan si persiguiese la exclusión definitiva e irrevocable de la vida social libre. En cambio, una exclusión temporaria de la vida libre en sociedad es inherente a la ejecución de cualquier pena privativa de libertad, y esta consecuencia es inevitable.

Las penas de reclusión o prisión perpetuas, reguladas por los arts. 5, 6, 9 y concordantes del Código Penal, han sido concebidas, en general, de un modo que, desde un punto de vista jurídico, no son en rigor “a perpetuidad”, pues permiten solicitar la libertad condicional satisfechos los 35 años de cumplimiento (art. 13 CP), y si no fuesen revocadas dentro de los cinco años de obtenida la libertad condicional se tienen por extinguidas (art. 16 CP). De modo que, al menos desde su configuración jurídica, no puede racionalmente predicarse que esas penas persiguen la exclusión social de modo definitivo, y por ende serían contrarias a los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH.

Un problema especial podría plantearse en la eventualidad de que la libertad condicional concedida durante la ejecución de una pena de prisión o reclusión perpetuas fuese revocada por alguna de las causales del art. 15 CP, en cuyo caso no podría el condenado volver a pretender una nueva liberación condicional, según lo prohíbe el art. 17 CP. En este caso, sin embargo, no sería la pena perpetua la que entraría en colisión con las disposiciones convencionales citadas, sino, eventualmente, el art. 17 CP. Sin embargo, en el recurso traído ante esta Cámara, no ha sido puesta en tela de juicio la constitucionalidad de esta disposición, materia que, por lo demás, referiría a un agravio conjetural y no actual, porque presupondría que el condenado a pena de prisión o reclusión hubiese satisfecho los requisitos para la obtención de la libertad condicional, que la hubiese promovido y le hubiese sido concedida, y que hubiese cometido un nuevo delito o incurrido en alguno de los incumplimientos que autorizan a su revocación. Sobre tal base conjetural que requiere de presupuestos de hecho que no han ocurrido, y que son eventuales, no puede juzgarse que la prisión perpetua, tal como está concebida en el Código Penal, es siempre y en todo caso inconciliable con las disposiciones que enuncian la finalidad esencial de reinserción social y proscriben la posibilidad de que persigan la exclusión social de modo definitivo e irrevocable.

También podrían plantear un problema jurídico especial las disposiciones que excluyen toda posibilidad de obtención de la libertad condicional a los condenados que han sido declarados reincidentes o que han sido condenados por ciertos delitos especialmente graves (art. 14, frases primera y segunda, CP). Si esa disposición se aplicase a los condenados a penas de prisión o reclusión perpetuas, tendría el efecto de exclusión de la vida social libre de modo definitivo, lo que sería difícilmente conciliable con la finalidad esencial de reinserción social que se declama en los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH. Aquí, nuevamente el conflicto sería el resultado de la disposición particular que establece la excepción a la posibilidad de obtener la libertad condicional, y no de la regulación general de las penas de prisión o reclusión perpetuas. Tal conflicto no es en la especie ni siquiera eventual, porque el condenado no ha sido declarado reincidente, ni lo ha sido por alguno de los delitos comprendidos en el

catálogo del art. 14, segunda frase, CP, según el texto según ley 25.498 vigente al momento del hecho.

Tampoco es del caso examinar aquí si otras razones fácticas, vinculadas con la edad y circunstancias del condenado, influirían, de hecho, y no por razones jurídicas, a concluir que la pena perpetua será de hecho una pena por el resto de su vida antes de que pueda promover un pedido de libertad condicional.

La cuestión de la alegada duración inusitada que resultaría de la regulación legal que requiere que el condenado hubiese satisfecho un tiempo de treinta y cinco años cumpliendo su pena la abordaré más adelante por su estrecha conexión con otras líneas argumentales intentadas.

3.5. La alusión a la extensión aparece en el recurso conectada con la afirmación de que la pena de prisión perpetua, tal como está regulada en el Código Penal argentino, infringe la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 18 CN, y arts. 5.2 CADH, 7 PIDCP y 16.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes).

Afirma la defensa que, al considerar que “una pena de, por lo menos, treinta y cinco años de duración, período al cabo del cual no se tiene la certeza de recuperar la libertad, es claramente atentatoria de la dignidad humana y violatoria de los artículos 5 de la Convención Americana y 16 de la Convención contra la Tortura y otros actos crueles, inhumanos y degradantes...”.

Siguiendo nuevamente la argumentación del tribunal de provincia, la recurrente transcribe partes de la sentencia evocada, según la cual “[l]a pena de prisión perpetua prevista por el artículo 80 del Código Penal es conceptual y realmente indefinida y, eventualmente finita, para el hipotético caso de que el condenado reúna los requisitos previstos en el artículo 13, circunstancia que no puede ser asegurada apriorísticamente”. Continúa su paráfrasis: “El razonamiento de quienes sostienen la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua encierra una inusual paradoja: la pena perpetua no es una pena cruel, inhumana y degradante porque existe la posibilidad de que no sea cruel, inhumana y degradante por el otorgamiento de la libertad condicional, instituto que no sólo demanda

requisitos temporales para su concesión sino que además exige la observancia con regularidad de los reglamentos carcelarios y un informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social” a diferencia de las penas divisibles en las que “aun cuando una persona no reúna los requisitos para acceder a la libertad condicional quedará liberada el día en que cumpla la totalidad de la condena”.

La frase transcrita no es, en rigor, una argumentación sino pura retórica, porque tanto da afirmar que la pena de prisión no es perpetua, porque el condenado a partir de cierto tiempo podría acceder a la libertad condicional, que afirmar que la pena es perpetua porque no obstante el cumplimiento de cierto tiempo la libertad condicional le podría ser denegada por no haber satisfecho los requisitos del art. 13 CP. Además de puramente retórica la afirmación no contempla que, en el eventual caso de que un pedido de libertad condicional le fuese denegado, la reglamentación autoriza a renovar la solicitud de libertad condicional después de transcurridos seis meses de cada denegación (art. 46 del decreto 396/1999).

Alega también la defensa que el condenado tenía dieciocho años al momento de los hechos, y que “de subsistir la tremenda sanción”, podría eventualmente acceder a los cincuenta y cinco años a la obtención de la libertad condicional, lo que a su juicio evidencia “desmesura, irracionalidad y tormento”.

Es pertinente evocar aquí las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre el art. 7 del Pacto, en el caso “*Bronson Blessington and Matthew Elliot v. Australia*” (Com. nro. 1968/2010, de fecha 22/10/2014, doc. UN CCPR/C/112/D/1968/2010; en adelante se cita traducción no oficial del texto de la observación que fue emitida en inglés). Se trataba allí de penas de prisión perpetuas (*life sentence*) impuestas a dos condenados por hechos cometidos como menores de edad, a los catorce y quince años de edad, por haber sido hallados culpables de haber raptado a una mujer a punta de cuchillo, en cooperación con otros tres niños en situación de calle, en ocasión de sorprenderla cuando estaba en el estacionamiento de ferrocarril, de haberla llevado a otro lugar, de haberla

violado y después de ello de haberla llevado a un lago próximo y de haberla matado ahogándola por inmersión. El Comité declaró que “la imposición de penas perpetuas a los autores (*life sentences*), como menores, sólo podría ser compatible con el art. 7, leído conjuntamente con los arts. 10.3 y 24 PIDCP, si hay una posibilidad de examen y perspectivas de liberación, no importa cual fuese la gravedad del crimen cometido y sus circunstancias”. Declaró que “esto no significa que la liberación deba ser necesariamente concedida. Más bien significa que la liberación no debería ser una mera posibilidad teórica y que el procedimiento de examen debería ser exhaustivo, permitiendo a las autoridades domésticas evaluar el progreso concreto hecho por los autores hacia la rehabilitación y la justificación para continuar la detención, en un contexto que tome en consideración el hecho de que tenían al momento de cometer el crimen catorce y quince años de edad, respectivamente” (confr. párr. 7.7).

En ese caso el Comité observó que la legislación doméstica no satisfacía ese estándar, porque el procedimiento de examen de la detención “esta[ba] sujeto según varias reformas a la legislación aplicable, a condiciones tan restrictivas que las perspectivas de liberación aparec[ían] extremadamente remotas”, teniendo en cuenta también una recomendación de un juez de que jamás fuesen liberados (*never to be released*). Consideró, además, el Comité que “si eventualmente la liberación tuviese alguna vez lugar, ella estaría basada en la inminente muerte o en la incapacidad sobreviniente de los autores, y no en los principios de reforma y rehabilitación social contenidos en el artículo 10, párrafo 3, del Convenio [...]” (*ibidem*, párr. 7.8). El Comité concluyó que en esas condiciones, las penas perpetuas, del modo que eran aplicadas a los autores, no eran compatibles con las obligaciones asumidas por el Estado parte según el art. 7, leído en conjunto con los arts. 10.3 y 24 del Pacto (párr. 7.12). En esa observación se dio especial importancia a que se trataba de penas impuestas a menores, que la ley doméstica requería que transcurriese un prolongado período antes de que pudieran promover el examen de su petición de liberación, que las causas por las que podían ser liberados se referían a inminencia de muerte o incapacidad sobreviniente, y había señalado que según el art. 10.3 el sistema penitenciario no debería ser “estrictamente

retributivo” y que debería perseguir esencialmente la reforma y rehabilitación social del condenado.

Aunque la observación se refiere a la condena de niños, que requiere una justificación más estricta de la aplicación de penas y de la supervisión de su ejecución y duración, ella permite, sin embargo, extraer algún criterio general, que puede resumirse en que una pena perpetua sea esta impuesta a adultos o a niños no es inconciliable con el art. 7 PIDCP si: a) ofrece una perspectiva de liberación; b) la legislación doméstica ofrece un procedimiento de examen exhaustivo que permita evaluar el progreso concreto hecho por el condenado hacia la rehabilitación y, en su caso, la justificación para continuar la detención; c) la perspectiva de liberación no se restringe a casos *in extremis* o incapacidad sobreviniente.

Aunque se refiere a un tratado regional del que la República Argentina no es parte, desde puntos de vista argumentales es útil hacer una somera revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 3 de la Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre que prohíbe la tortura y los tratos y penas crueles o inhumanas (en adelante TEDH y CEDH, respectivamente). Para decidir si la pena perpetua es compatible con el art. 3 CEDH el abordaje del TEDH ha centrado el análisis del marco legal de cada caso. En “*Kafkaris v Chipre*” un condenado a pena de prisión perpetua por homicidio alegaba que su pena equivalía a una prisión indefinida. El TEDH declaró que la pena de prisión perpetua impuesta a un adulto no era en sí incompatible con el art. 3 CEDH, no obstante, que si ésta fuse irreductible podría ser incompatible con éste. Al respecto declaró que para decidir si era compatible con aquél, en el nivel doméstico debería haber algún procedimiento que permitiese la consideración de su liberación (“*Kafkaris v, Chipre*”, Petición No. 21906/04, Gran Cámara, sent. de 12/02/2008, párr. 98). Afirmó allí que era necesario examinar si la pena perpetua era pasible de ser reducida *de jure* y *de facto*, y se satisfizo con la posibilidad de obtener gracia o perdón (*ibídem*).

En “*Vinter v Reino Unido*” (TEDH, Gran Cámara, peticiones nros. 66069/09, 130/10 y 3896/10, sent. de 09/07/2013) se trataba específicamente en el examen de las penas perpetuas y la posibilidad de una

liberación anticipada en el sistema legal del Reino Unido. Los peticionarios habían sido objeto de “órdenes de por vida” (*whole life orders*), lo que significaba que la única vía para obtener su liberación estaba sujeta a la discreción del Secretario de Estado de Justicia del Reino, y sólo por razones humanitarias, por ejemplo en caso de enfermedad terminal (párr. 12). La Gran Cámara del TEDH adoptó un criterio más estricto que el anterior, mediante un escrutinio del procedimiento de examen de las penas de por vida, y declaró la existencia de violación al art. 3 CEDH debido a la irreductibilidad de hecho de tales penas. En particular declaró necesaria la existencia de una perspectiva de liberación para que la pena perpetua fuese compatible con el art. 3 CEDH y que el poder de revisión del Secretario de Justicia era poco claro. Al respecto la Gran Cámara del TEDH fijó un estándar según el cual debe haber “un examen que permita a las autoridades domésticas considerar si los cambios en la vida del condenado son tan significativos, y si durante la ejecución de la pena ha hecho tal progreso en dirección a la rehabilitación que signifique que la continuación de la detención no puede ser ya justificada por razones penológicas” (párr. 119), varias de esas razones, que comprenden el castigo, la disuasión, la protección pública y la rehabilitación estarán presentes al momento de la imposición de la pena, pero no son estáticas y pueden variar en el curso de ejecución de la pena (párr. 111). El TEDH destacó que no tenía autoridad para prescribir la forma de examen, y que correspondía a los tribunales nacionales determinar la forma y los tiempos; sin embargo comparó legislaciones del ámbito europeo y del Estatuto de Roma que permitían la revisión a partir de los veinticinco años de ejecución de la pena, y después de ello periódicamente (párr. 118) y consideró injustificado que la ley no hubiese establecido un plazo para promover la revisión (párr. 129). En un voto concurrente, la jueza del TEDH Ann Power-Forde afirmó que los condenados deberían tener un “derecho a la esperanza” y debería dárseles la oportunidad de rehabilitarse mientras cumplían sus condenas, pues negarles “la experiencia de la esperanza” sería negarles un aspecto fundamental de su humanidad, y hacer eso sería degradante. Según esta idea la rehabilitación no es posible sin una perspectiva de liberación lo que concuerda con la observación de la Gran Cámara según la cual sería

irrazonable esperar que el condenado trabaje en pro de su rehabilitación sin saber que debería hacer para ser elegible para la liberación, ni bajo qué condiciones. (párr. 122).

Más tarde, en “*Ocalan v Turquía (Nro. 2)*”, la Segunda Sección del TEDH sostuvo que el hecho de que el Presidente sólo tenía autoridad para ordenar la liberación de un condenado a pena perpetua si fuese anciano o estuviese enfermo no correspondía a su estándar de “perspectiva de liberación” por motivos legítimos de orden penológico y por lo tanto violaba el art. 3 CEDH (TEDH, “*Ocalan v Turquía (Nro. 2)*”, peticiones nros. 24069/03, 197/04, 6201/06 y 10464/07, sent. de 18/03/2014, párrs. 203 y 207).

Finalmente, en la sentencia emitida en el caso “*Hutchinson v. Reino Unido*” (petición No. 57592/08, sent. de 17 de enero de 2017), en Gran Cámara del TEDH destacó que, en el contexto del art. 8 CEDH, “el énfasis en la rehabilitación y reintegración se ha vuelto un factor imperativo que los Estados miembros necesitan tener en cuenta al diseñar sus políticas criminales (“*Hutchinson*”, párr. 43, con remisión a “*Khoroshenko v. Rusia*”, [GC], párr. 121, entre otros). Afirmó que análogas consideraciones aplican según el art. 3, dado que el respeto por la dignidad humana requiere de las autoridades de la prisión que se orienten a la rehabilitación de los condenados a penas perpetuas, de donde se sigue que la revisión de la pena perpetua “debe tomar cuenta del progreso que el penado ha hecho hacia la rehabilitación, evaluando si tal progreso ha sido tan significativo que la detención continua ya no puede ser justificada por razones penológicas legítimas, por lo que un examen limitado a razones humanitarias es insuficiente (“*Hutchinson*”, párr. 43, con remisión a “*Vinter y otros*”, cit., párrs. 113-116 y 127).

En “*Hutchinson*” el TEDH afirmó que los criterios y condiciones establecidos en el derecho doméstico concernientes a la revisión deben tener un grado suficiente de claridad y certitud, lo que no sólo es un requerimiento general del imperio del derecho, sino que se atraviesa con el proceso de rehabilitación, que corre el riesgo de ser impedido si el procedimiento de revisión de la condena y las perspectivas de liberación no son claras o certeras. Así declaró que “los condenados a

una pena perpetua tienen derecho a saber desde el principio qué es lo que deben hacer para ser considerados para la liberación y bajo qué condiciones” lo que incluye el tiempo en que la revisión tendrá lugar o puede ser pedida (“*Hutchinson*”, párr. 44, con remisión a “*Vinter y otros*”, párr. 122). Es relevante señalar aquí que el TEDH ha dejado a salvo que no le correspondía establecer el tiempo en que debería proceder la revisión, pues ha declarado que “[a] este respecto el tribunal ha notado que existe un claro apoyo en los materiales de derecho comparado e internacionales relevantes, a que la revisión tenga lugar no más allá de los veinticinco años después de la imposición de la condena, con ulteriores revisiones periódicas” [“*Hutchinson*”, párr. 44, con remisión a “*Vinter y otros*”, párrs. 68, 118, 119 y 120). Ha indicado, sin embargo, que esta es una cuestión que cae dentro del margen de apreciación que ha de acordarse a los Estados Contratantes en materia de justicia criminal y de condena (“*Hutchinson*”, párr. 44, cit., con remisión a “*Vinter y otros*”, párrs. 104, 105 y 120).

En el caso “*Hutchinson*” se trataba de la legislación del Reino Unido, que no fijaba un plazo cierto para promover la revisión de la duración de la condena a pena perpetua, aunque según las disposiciones domésticas el condenado podía recurrir al Secretario de Estado en cualquier momento. El TEDH recordó su decisión en “*Vinter y otros*”, según la cual el condenado no debería ser obligado a esperar y cumplir un *número indeterminado de años* antes de que se le permita confrontar la pena con el art. 3 CEDH y expresó que “en general, la provisión de una revisión automática de la condena después de un tiempo mínimo especificado representa una importante salvaguarda para el condenado contra el riesgo de violación del art. 3” (párrs. 66 y 67). Ahora bien, distinguió los casos en los que había sido llamado a examinar legislaciones domésticas que expresamente prohibían al condenado promover su liberación durante todo el curso de la condena, en los que declaró que correspondía al Estado establecer un procedimiento de revisión fijando el tiempo mínimo de años que debía cumplir de la pena (*Öcalan no. 2*), de los casos del Reino Unido y Chipre en el que el proceso de revisión podía ser promovido por el condenado en cualquier momento, sin necesidad de haber cumplido un tiempo mínimo, y finalmente lo distinguió de un tercer grupo de casos en

los que el sistema doméstico fijaba un tiempo a partir del cual el condenado tendría derecho a una revisión de la duración de la pena (“*Hutchinson*”, párr. 68, con cita de “*Čačko v. Slovakia*”, petición no. 49905/08, sent. de 22/07/2014, y de “*Bodein v. Francia*”, petición no. 40014/10, sent. de 13/11/2014) . El TEDH declaró que, en vistas de los hechos de ese caso, no encontraba reservas en punto a la indeterminación y a las repercusiones en toda la vida del condenado, porque éste podía ser liberado “en cualquier tiempo” y quedaba a disposición de éste instar el mecanismo de revisión en cualquier tiempo, y se excusó de examinar cuán eficiente sería ese mecanismo, en la medida en que el peticionario no había alegado que se le impidiera o disuadiera de usarlo. No obstante -sin fijar un estándar temporal- recordó que en el derecho comparado y el derecho internacional relevantes, se observa un “claro apoyo por la institución de un mecanismo especial que garantice que la revisión tenga lugar no más allá de los veinticinco años después de la imposición de la prisión perpetua, con ulteriores revisiones periódicas (párr. 69, con remisión a “*Vinter y otros*”, párr. 120).

Es útil destacar que en “*Bodein v. Francia*” (citado en la triple distinción de “*Hutchinson*”, párr. 68) se trataba de la aplicación de la ley francesa según la cual procedía el reexamen de la situación del condenado a pena de prisión de seguridad perpetua después de cumplidos treinta años de la pena, a instancias de aquél o del ministerio público, para acordar medidas de ajuste de la pena, en particular la liberación condicional. Ese reexamen tenía por objeto un pronunciamiento sobre la peligrosidad del condenado, que tomase cuenta de su evolución en el curso de la ejecución de su pena. La Quinta Sección del TEDH declaró que a diferencia del sistema británico, el sistema no ofrecía incertidumbre sobre la existencia de una “perspectiva de liberación”, y tomó nota de que incluso el juez de ejecución podría poner fin a la pena “en consideración al comportamiento del condenado y de la evolución de su personalidad” (“*Bodein v. Francia*”, párr. 60). El TEDH recordó que no ella tenía por función decir a partir de qué momento correspondería tal examen, en vistas del margen de apreciación que corresponde acordar a los Estados en esta materia (*ibidem*, con cita de “*Vinter y otros*”, párr. 120). Observó que “el plazo de treinta

años previsto [en la ley francesa] se ubica más allá de la “tendencia en favor de la instauración de un mecanismo especial que garantice un primer reexamen dentro de un plazo máximo de veinticinco años *después de la imposición de la pena perpetua*” (*ibídem*). Observó, no obstante, que la ley doméstica permitía computar el tiempo total de encarcelamiento, incluido el sufrido con anterioridad a la imposición de la pena, y así deducir la detención provisional de la pena a ejecutar por lo que, computando la prisión cautelar, en el caso el condenado podría petitionar el reexamen y eventualmente obtener la liberación condicional veintiséis años después del pronunciamiento de la sentencia firme de condena. Declaró así que “en vistas del margen de apreciación de los Estados en materia de justicia criminal y de determinación de penas, el Tribunal concluye que esta posibilidad de reexamen de la reclusión a perpetuidad es suficiente para considerar que la pena pronunciada contra el requirente es susceptible de reducción a los fines del art. 3 de la Convención” y que “por lo tanto no ha habido violación de esta disposición” (“*Bodein*”, párrs. 61 y 62).

Por cierto, el régimen legal de los arts. 13 y concordantes, CP, no establece una duración máxima de la ejecución de las penas de prisión y reclusión perpetuas, sino un tiempo mínimo de ejecución de treinta y cinco años. Esta indeterminación no permite sostener que la pena perpetua sea inhumana o degradante, porque el sistema legal ofrece una perspectiva de obtener la libertad condicional, de renovar el pedido periódicamente si fuese denegada, y de obtener la extinción al cabo de cinco años de obtenida.

El repaso de decisiones internacionales ofrece puntos para un examen crítico y permite sostener que ni la indeterminación en sí, ni una exigencia de un mínimo de ejecución de treinta y cinco años de pena - computando en ella el tiempo de prisión cautelar- conducen por sí solo a calificar a la pena perpetua regulada en el Código Penal argentino como inhumana o degradante.

Parafraseando insistentemente la decisión del tribunal provincial en la que ha articulado su recurso, afirma la defensa que “[l]a pena de prisión perpetua prevista por el artículo 80 del Código Penal es conceptual y realmente indefinida y, eventualmente finita, para el hipotético

caso que el condenado reúna los requisitos previstos en el artículo 13 [CP], circunstancia que no puede ser asegurada apriorísticamente”, y criticó el argumento de quienes defienden la constitucionalidad en cuanto “la pena perpetua no es una pena cruel, inhumana y degradante por el otorgamiento de la libertad condicional, instituto que no sólo demanda requisitos temporales para su concesión sino que además exige la observancia con regularidad de los reglamentos carcelarios, y un informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social”.

En cuanto a la indeterminación inicial es pertinente reproducir aquí lo declarado por el TEDH en el caso “*Bodein v. Francia*”, ya citado. Allí el TEDH expresó que lo que prohíbe el art. 3 CEDH “es que la pena sea de jure y de facto irreductible. En el caso contrario, no se plantea ninguna cuestión bajo el ángulo del art. 3 si, por ejemplo, un condenado a perpetuidad, en virtud de la legislación nacional, puede teóricamente obtener una liberación, y demanda ser liberado, pero es rechazado por razón de que constituye todavía un peligro para la sociedad”. Ha declarado el TEDH que “la Convención impone a los Estados contratantes tomar medidas orientadas a proteger al público de crímenes violentos y no prohíbe infligir una pena de duración indeterminada a una persona hallada culpable de una infracción grave, que permita mantenerla detenida mientras lo requiera la protección del público”. Ha declarado también que “por lo demás, para determinar si una pena perpetua puede ser tenida por irreductible, hay que indagar si puede decirse que el detenido condenado a perpetuidad tiene chances de ser liberado. Allí donde el derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar la pena perpetua con el fin de conmutarla, suspenderla, de ponerle fin o incluso de liberar al detenido bajo condiciones, están satisfechas las exigencias del art. 3” (párr. 54).

Establecido que la posible duración indeterminada de la pena no constituye en sí misma a la pena en inhumana o degradante, en la medida en que el condenado tenga una perspectiva de liberación, ha de destacarse también que, aunque el mínimo de treinta y cinco años de cumplimiento de la pena configura un tiempo de duración considerable, sería necesario demostrar que ese tiempo -de jure- es desproporcionado a la

infracción, o, en las circunstancias del caso y del condenado, de facto equivaldría con toda probabilidad a una pena de por vida. Ni lo uno, ni lo otro, se sustancia en el presente recurso.

El tiempo a partir del cual podría el condenado promover su libertad condicional, los requisitos que debe satisfacer, y las razones preventivas por las que le podría ser denegada, no son puramente discrecionales y están suficientemente indicados en el art. 13 CP, así como el procedimiento y la autoridad judicial competente para conceder o denegar la liberación están también regulados en los arts. 491 y 505 a 510 CPPN, y en particular en los arts. 7.IV.3, 28, 30, 31, 104, de la ley 24.660, y en los arts. 40 a 48 del decreto 396/1999.

Finalmente, tampoco se demuestra que el tiempo mínimo de treinta y cinco años de privación de libertad computable para la pena, exigido por el art. 13 CP, sea evidentemente desproporcionado a la gravedad de la infracción de homicidio premeditado por el concurso de personas por el que ha sido condenado Carlos Ignacio Arancibia. A este respecto, es de señalar que este tiempo es apenas superior al tiempo de los treinta y tres años y cuatro meses requerido para obtener la libertad condicional cuando se trata del máximo de la pena temporal de cincuenta años de prisión o reclusión que puede imponerse en los casos de concurso real de delitos, según el art. 55 CP. Aunque en otro contexto legal, la Corte Suprema ha desechado por falta de fundamentación la alegación de que una pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión fuese en sí una pena cruel, inhumana y degradante, y ha declarado que una pena de esa magnitud “resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico, sin que aquí se la haya descalificado constitucionalmente per se”, y señalando la “extrema gravedad de los diversos hechos por los que se condenara [al recurrente]” incumbía a la defensa exponer razonadamente por qué habría de admitirse la impugnación de inconstitucionalidad (Fallos: 333:866; “*Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel*”, sent. de 08/09/2010). De modo que se requiere que quien impugna la pena por desproporcionada al injusto demuestre de modo puntual y razonado con referencia a las circunstancias concretas del caso la desproporción que alega.

A este respecto no basta con afirmar que no resultaría “aceptable a la luz de cualquier parámetro de razonabilidad o de concepción de dignidad humana o de que la pena no es castigo que a [Carlos Ignacio] Arancibia, que -bien vale decirlo- a la fecha del suceso sólo tenía dieciocho años de edad, pueda imponérsele una sanción por la cual el período de readaptación social para lograr su derecho a la libertad condicional, sea en un mínimo de treinta y cinco años. No es razonable ese lapso de tiempo [sic] para lograr su readaptación, por lo que su aplicación es inconstitucional a la luz del fundamento de su imposición. Máxime, bien vale plasmar, [su] asistido habrá alcanzado los 55 años para entonces”. No basta porque esta es una afirmación de irrazonabilidad, no fornecida de una demostración de la irrazonabilidad con arreglo a las circunstancias del caso.

Así, por todas estas consideraciones, concluyo en este punto que la alegación de que la pena de prisión perpetua impuesta a Carlos Ignacio Arancibia sería inconciliable con la prohibición de aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes del art. 7 del PIDCP, 5.2 CADH, y 16.2 de la Convención contra la Tortura no se ha fundado con arreglo a los hechos del presente caso y de la ley que le es aplicable.

3.6. También alega la defensa que se encuentra afectado el *principio de estricta legalidad* “ya que no existe certeza que al cabo de los treinta y cinco años de encierro que prevé el artículo 13 del Código Penal el condenado pueda acceder a la libertad condicional, situación que podría extenderse de manera indefinida, en colisión con los artículos 5 y 7 de la Convención Americana”.

El argumento es insostenible desde el punto de vista del principio de legalidad, en su variante del principio de determinación. Primero porque el régimen legal aplicable establece expresamente el momento a partir del cual podría promover su libertad condicional el condenado a prisión o reclusión perpetuas; pues el art. 13 CP fija, treinta y cinco años de cumplimiento de pena, cumplimiento al que se computa el encarcelamiento cautelar según el art. 24 CP. Segundo, porque si obtiene la liberación condicional, y ésta no le fuese revocada, la pena se dará por extinguida a los cinco años, según el art. 16 CP. No existe, pues, la indeterminación legal, lo indeterminado es en todo caso si satisfará los

presupuestos para obtener la libertad condicional, y si le fuese concedida, si incurrirá en una infracción que dé sustento a la revocación. Por cierto, si la libertad condicional le fuese en el futuro concedida, y si eventualmente en un futuro ulterior le fuese revocada, es en este momento una cuestión conjetural, que no configura un agravio actual. En ese caso, por lo demás, se plantearía una cuestión distinta, cual es la de resolver si la limitación que establece el art. 17 CP, que obsta en ese caso a una nueva libertad condicional es todavía compatible con la Constitución Nacional, y con los arts. 7 CADH y 5.2 CADH, y 16.2 de la Convención contra la Tortura.

Más aún cuando, si no le fuese concedida la libertad condicional al cabo de los treinta y cinco años, el condenado tiene asegurada la posibilidad de revisión periódica después de transcurridos seis meses de cada denegación (art. 46 del decreto 396/1999).

4. En otro orden, en el recurso se pone en cuestión “la validez de lo argüido por el Tribunal Oral de Menores n° 2 en lo que atañe a la paradoja que importa haber analizado circunstancias agravantes y atenuantes propias de la mensuración de la pena, siendo que la escogida está sujeta a perpetuidad”. Arguye que la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes por parte del Tribunal Oral de Menores n° 2 fue paradójica y un sinsentido ya que “cualquiera hubieran sido las ponderaciones de los Jueces en el marco de las previsiones de los arts. 40 y 41 del C.P.” se habría arribado al mismo resultado de pena perpetua. La argumentación no aparece conectada con claridad con una pretensión, pues alega que “la pena prevista en el art. 80 inc. 6° del C.P. colisiona no sólo con la Constitución Nacional, sino incluso, con la letra de la propia ley que integra”, pero no explica de modo nítido si persigue algo distinto de la impugnación de constitucionalidad.

Si hubiera de entenderse que lo que sugiere es una nulidad por defecto de fundamentación de la pena, o por fundamentación aparente, dos observaciones contestan esa posibilidad. Por un lado, no se hace cargo de que el *a quo* tenía a mano elegir entre las penas de prisión y reclusión perpetuas conminadas en el art. 80, CP, elección cuya plausibilidad ni siquiera observa. A este respecto señalo que, sin perjuicio de que cierta jurisprudencia de la Corte Suprema ha considerado “virtualmente

derogadas” por la ley 24.660 las diferencias entre la prisión y la reclusión, esa jurisprudencia se ha ceñido a descalificar las diferencias de cómputo del art. 24 CP (confr. Fallos: 328:137, 330:4416; 330:4465, y causas G. 1711, L° XLI, “*Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel*”, rta. 11/09/2007; y B. 2164, L° XLI, “*Batista, Walter Hugo*”, sent. de 11/12/2007), pero no ha abordado otras diferencias que aún subsisten en el sistema legal, tales por ejemplo, las de los arts. 6, 7, 44, párrafo segundo, 46, última frase, 56, segundo párrafo, CP.

Por el otro, porque no demuestra de qué modo la asunción del examen de las circunstancias del hecho y del autor, y demás circunstancias del art. 41 CP, afectarían la validez de una sentencia que ha aplicado la pena de prisión perpetua, que resulta la menos grave de las dos conminadas en el art. 80, inc. 6, declarado aplicable al caso en la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal que obra a fs. 952/994 de la causa n° 8161.

La defensa no ha sustanciado, pues, la existencia de un defecto que afecte la validez de la sentencia en punto a la elección y determinación la pena a imponer.

5. Por las consideraciones y conclusiones expuestas en los números precedentes, propongo al acuerdo que se rechace el recurso de casación de fs. 1395/1406, se confirme la sentencia de fs. 1390/1394 en cuanto ha sido materia de impugnación, y se declare inadmisibile la pretensión introducida por la Defensa Pública en la audiencia realizada a tenor del art. 465 CPPN, con costas (arts. 470, 471, *a contrario sensu*, 474, 475, 530 y 531 CPPN).

Así voto.

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

La extensa reseña de precedentes jurisprudenciales realizada por el colega García, me exime de tener que efectuar mayores desarrollos. En lo puntual, adhiero a sus conclusiones en lo que se refiere a la adecuación convencional y constitucional de la pena de prisión perpetua, como fuera expuesto; por lo demás, el recurso debe ser rechazo como se propone.

Así voto.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébori** dijo:

Atento a que en el orden de deliberación los jueces García y

Bruzzone han coincidido en los argumentos y solución que cabe dar a cada una de las cuestiones objeto del recurso de casación, y en vista de la naturaleza de esas cuestiones, estimo innecesario abordarlas y emitir voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017).

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE:**

RECHAZAR el recurso de casación e inconstitucionalidad de fs. 1395/1406, **CONFIRMAR** la sentencia de fs. 1390/1394 en cuanto ha sido materia de impugnación, y **DECLARAR INADMISIBLE** la pretensión introducida por la Defensa Pública en la audiencia realizada a tenor del art. 465 CPPN, con costas (arts. 470, 471, *a contrario sensu*, 474, 475, 530 y 531 CPPN).

El juez Luis M. García participó de la deliberación y emitió su voto conforme lo aquí expuesto, pero no firma por encontrarse en uso de licencia.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

GUSTAVO A. BRUZZONE

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara