

**SENTENCIA N° cincuenta y tres /2017.-** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los *cuatro días del mes de julio del año 2017*, se constituye la **Sala del Tribunal de Impugnación** integrada por los Señores Magistrados **Dres. Andrés Repetto, Florencia Martini y Richard Trincheri**, presidido por el primero de los nombrados, con el fin de dictar sentencia en instancia de impugnación en el caso judicial denominado "**CALELLO, Juan Ernesto s/Homicidio doloso agravado (Art. 80 del CP)**", identificado bajo el Legajo MPFNQ 77.556 Año 2016, y seguido contra **Juan Ernesto Calello, D.N.I. N° .....**, nacido el 1 de julio de 1992, actualmente detenido, con domicilio previo en barrio ..., manzana "...", lote ...de esta ciudad capital; hijo de ..... y de .....  
....., quien llegó a juicio acusado del delito de Homicidio Calificado (Art. 80 inc. inc. 12 del CP).

Intervinieron en la instancia de impugnación los Dres. Agustín García y Pablo Vignaroli en representación del Ministerio Público Fiscal, Nahuel Urra y Gustavo Lucero por la querrela particular y Laura Giuliani por el Ministerio Público de la Defensa.

**ANTECEDENTES:**

I. Por sentencia dictada el 11 de abril del año 2017, el Tribunal de Jurados Populares dictó el

siguiente veredicto: "...A- El Jurado declara en nombre del Pueblo a Juan Ernesto Callelo culpable del **DELITO DE HOMICIDIO COMETIDO CON EL PROPÓSITO DE CAUSAR SUFRIMIENTO A UNA PERSONA CON LA QUE SE MANTIENE O HA MANTENIDO UNA RELACIÓN DE PAREJA "TRANSVERSAL" (ART. 80 INC. 12 CP)...**".

El Juez Mario Rodríguez Gómez como consecuencia de dicho veredicto dictó, por sentencia del 9 de mayo de 2017, el siguiente fallo: "... 1. Declarando a Juan Ernesto Calello, autor penalmente responsable de homicidio cometido con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja "transversal" (art. 80 inc. 12 del C.P.). 2. Condenar a Juan Ernesto Calello a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (inc. 12 del art. 80 del C.P.)...".

La defensa impugnó ambas sentencias, mencionando como agravios en el escrito recursivo la incorporación a juicio de elementos probatorios nulos, la inclusión de un hecho sobre el que nunca se le formularon cargos al imputado, la ausencia de control constitucional sobre el hecho traído a juicio y su calificación jurídica al aplicarse una interpretación extensiva de la ley penal por atribuírsele la figura de femicidio transversal sin prueba que lo sustente.

También impugnó la sentencia por considerar que se arribó a un veredicto irrazonable, el que se apartó del principio de duda razonable al llegar a una decisión condenatoria por un hecho y una figura jurídica que no se acreditó en autos, refiriéndose al femicidio transversal previsto en el artículo 80 inc. 12 del CP, y al valorar un plexo probatorio que no acreditó que la muerte de Patricio Escudero, víctima de autos, se produjera con el propósito de hacer sufrir a D..... B....., resultado por tanto, a su modo de ver, una resolución arbitraria.

Cuestionó además que la pena aplicada (prisión perpetua) resulta inconstitucional por violación al principio de readaptación social del condenado, y que el cumplimiento de 35 años de encierro, conforme el artículo 13 del CP, se encuentra en contradicción con disposiciones convencionales, sin aclarar a cuales se refiere. Consideró por ello que se aplicó a Calello una pena cruel, inhumana y degradante, y que además resulta más grave que aquella que corresponde por la comisión de delitos de lesa humanidad.

Por todo ello solicitó se declare la nulidad de veredicto emitido por el jurado popular, de la sentencia de responsabilidad oportunamente dictada, así como la de cesura, nulificando en definitiva el juicio sustanciado en contra de Juan Ernesto Calello.

Solicitó además se declare la inconstitucionalidad del artículo 80 inc. 12 del CP y subsidiariamente se declare la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, así como el régimen legal que prevé el CP para esta pena, y la nulidad del juicio de cesura y la pena aplicada.

**II.** En función de lo dispuesto por el artículo 245 del CPP se convocó a las partes a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos contra sendos pronunciamientos jurisdiccionales, los cuales a mayor abundamiento se encuentran disponibles en los soportes audiovisuales respectivos.

Habiendo sido escuchadas todas las partes, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia (Artículo 246 del CPP), por lo que cumplido el proceso deliberativo y efectuado sorteo entre los Magistrados resultó que los Sres. Jueces debían observar el siguiente orden de votación: En primer término el **Dr. Andrés Repetto**, en segundo lugar el **Dr. Richard Trincheri** y finalmente la **Dra. Florencia Martini**.

**CUESTIONES:** I.- ¿Es formalmente admisible el recurso interpuesto por la defensa?, II.- ¿Es procedente el mismo?; en su caso, III.- ¿Qué solución corresponde

adoptar? y, por último, **IV.- ¿A quién corresponde la imposición de las costas?.**

**VOTACIÓN:**

**I.- A la PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Andrés Repetto, dijo:**

En lo que a la admisibilidad formal de la presente impugnación respecta, la defensa sostuvo que dedujo el recurso por escrito, dentro de los diez días contados a partir de que la sentencia le fue notificada, contra las sentencias de responsabilidad y pena dictadas en perjuicio de su pupilo.

En función de ello considero que el recurso fue presentado en término, por parte legitimada para ello, revistiendo los pronunciamientos carácter definitivo pues las sentencias atacadas ponen fin al caso judicial.

A lo expuesto debe sumarse que en su libelo impugnativo el letrado defensor expresó los motivos del uso de la herramienta procesal escogida, resultando ser una presentación autosuficiente porque, además, se desprende de ella y de lo expuesto en audiencia del art. 245 del CPP cuál es la solución propuesta.

Asimismo, recabada que fue opinión de la fiscalía y la querrela sobre la viabilidad formal de la impugnación, no opusieron reparo alguno.

Por las consideraciones efectuadas, soy de opinión que debe declararse la admisibilidad formal del recurso de impugnación deducido (arts. 227, 233 y 236 del CPP).

El **Dr. Richard Trincheri**, manifestó: Comparto lo manifestado en el voto del vocal preopinante.

La **Dra. Florencia Martini**, expresó: Hago propio lo expuesto en el primer voto.

**II.-** A la **SEGUNDA CUESTIÓN** el **Dr. Andrés Repetto**, dijo:

**A)** Durante la audiencia llevada a cabo en la instancia de impugnación (artículo 245 del CPP), la Sra. Defensora del imputado Calello, Dra. Laura Giuliani, manifestó que si bien no agregaría ningún nuevo agravio a los oportunamente sostenidos en el escrito de impugnación, sí desistiría de alguno de ellos, por lo que solicitó se valoren únicamente los agravios sostenidos oralmente a lo largo de la mencionada audiencia. Ello fue así indicado luego de que el fiscal y la querrela remarcaran que algunas de las cuestiones tratadas en el escrito impugnativo no habían sido luego fundadas por la defensa durante la

audiencia, por lo que se debía entender como un desistimiento de todo aquello que no fue oralizado. Resulta evidente que existe un acuerdo entre todas las partes relativo a que sólo deben ser tratados los agravios fundados oralmente por la defensa en el marco de la audiencia.

En su alegato la Sra. Defensora enumeró cinco agravios a considerar.

A modo de introducción solicitó la revisión integral de la sentencia con el máximo esfuerzo que pueda este Tribunal realizar, tanto respecto de las cuestiones de derecho, como de hecho y prueba. También solicitó la revisión de los actos previos al juicio que dieron lugar a la reserva de impugnación por la incidencia que estos tuvieron en la decisión del jurado, sobre lo que luego ampliará.

Como primer agravio sostuvo que el veredicto es nulo porque durante el juicio se incorporó como prueba un hecho anterior al homicidio, y por el cual no se le habían formulado cargos a su defendido -ocurrido el día 2 de octubre de 2016, es decir 28 días antes del homicidio- el que determinó que, según in interpretación, se aplicara la interpretación extensiva de la ley penal, atribuyéndole al acusado la figura del homicidio

transversal sin pruebas que lo sustenten, provocando por ello una violación al debido proceso, en razón de que en ese legajo el imputado no pudo ejercer su derecho de defensa en juicio pues, reiteró, no se le formularon cargos.

Consideró que por ello el jurado se apartó del principio de duda razonable al llegar a una decisión condenatoria por un hecho que no se acreditó, pues para esa defensa no se probó que la muerte de Patricio Escudero se produjo para provocar sufrimiento a D..... B... -

Como segundo agravio sostuvo que el juez aplicó la pena de prisión perpetua a pesar de que, para la defensa, resulta inconstitucional, pues no sigue el principio de reforma y readaptación social del condenado contemplado por los pactos incorporados a la Constitución por el artículo 75 inc. 22 de la CN. La posibilidad de salir con libertad condicional a los 35 años de cumplimiento de pena es relativa para Juan Calello, debido a la discrecionalidad del sistema penitenciario. Por ello consideró que esa pena se transforma en cruel, inhumana y degradante.

Citando lo resuelto en el precedente "Díaz" manifestó que se le impuso a Juan Calello una pena

más grave que la que le correspondería por la comisión de un delito de lesa humanidad.

Como tercer agravio consideró que el jurado estuvo condicionado en su decisión respecto de la agravante que se le aplicó al acusado (prevista en el inc. 12 del art. 80 del CP) porque, a su modo de ver, el marco probatorio de los acusadores tenía defectos legales, y fueron cuestionados por la defensa desde el control de la acusación, habiéndose efectuado oportunamente la correspondiente reserva legal. Reiteró lo dicho antes respecto de la incorporación de un legajo por un hecho de prohibición de acercamiento por el cual no se le habían formulado cargos.

Consideró que la audiencia del artículo 168 del CPP no se llevó a cabo adecuadamente y se juzgó a Juan Calello por la figura calificada de femicidio transversal con un marco probatorio irregular, en razón de que se incorporó ese legajo como elemento probatorio para poder sostener la agravante por una acusación que no se le había formulado. La importancia de ello para la defensa radica en que los jurados son jueces de los hechos, y esos hechos, a su modo de ver, fueron tergiversados por los acusadores. Como ejemplo cito que en el legajo del 2 de octubre, anterior al homicidio, se incorporó al juicio el

testimonio de la cabo Mardones, policía que había actuado en dicho legajo, y ella puso la impronta que buscaban los acusadores de que se trataba de hechos de violencia de Calello a B....., cuando en ese hecho también resultó herido el imputado. De allí que se tomó la muerte de Escudero como producto de querer causarle daño a B....., es decir no del propio hecho, sino del legajo anterior y de los dichos de la propia señora B..... Manifestó que en la audiencia de control de la acusación del día 30 de octubre de 2016 el fiscal Breide Obeid al formularle cargos a Calello mencionó el legajo del 2 de octubre y mencionó los dichos de D... B....

Desistió del pedido de nulidad solicitada en el escrito impugnativo del expediente de familia a partir del que nació el legajo del 2 de octubre de 2016.

Respecto de la figura legal de femicidio transversal consideró que no se acreditó el elemento volitivo del autor, no se probó, y como dijo antes, se tomó una situación de violencia familiar en el marco de un legajo por el que no le fueron formulados cargos criminales. Consideró que al no haberse podido acreditar el dolo del femicidio transversal se debió haber aplicado la figura del homicidio simple.

En definitiva solicitó la nulidad de la sentencia por la prueba que, desde su punto de vista, fue incorporada ilegalmente (testimonios surgidos del legajo por el que no se le formularon cargos), ello en los términos del artículo 95 y 96 del CPP.

Como cuarto agravio, sostuvo que en el juicio de cesura la defensa aportó testigos para morigerar la prisión perpetua, y que luego esos testimonios fueron valorados por el juez Rodríguez Gómez como un agravante y no como una atenuante. Mencionó los testimonios de los padres de Juan Calello y el de una asistente social.

El quinto agravio se relaciona a la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, en razón de que, según interpreta, es contraria al principio de culpabilidad por el acto, al principio de división de poderes, al mandato resocializador de la pena y la aplicación del artículo 13 del CP está sujeta a la discrecionalidad del servicio penitenciario, siendo además una pena cruel, inhumana y degradante. Mencionó el tratado de Roma de la Corte penal Internacional, en el que se pone un tope de 30 años para la imposición de penas por delitos de lesa humanidad, conforme el cual se podría acceder a la libertad condicional a los 25 años.

Consideró que la pena impuesta fue arbitraria porque el juez en la cesura no efectuó el control de constitucionalidad tal como se solicitó.

Citó como precedente la sentencia en el caso "Díaz", en el que se aplicó el límite de 30 años de prisión como máximo, previsto por la legislación penal argentina para los delitos más graves, como los delitos de lesa humanidad.

En conclusión solicitó la nulidad del veredicto emitido y la sentencia de responsabilidad dictada en el presente caso, así como la sentencia de cesura, y se dicte la absolución sin reenvío. Además se declare la inconstitucionalidad del artículo 80 inc. 12 del CP, y subsidiariamente la inconstitucionalidad de la prisión perpetua impuesta, y su régimen legal fijado en el código penal. Subsidiariamente se imponga la pena del homicidio simple -18 años de prisión-, o, en su caso, se apliquen las mismas condiciones que se aplicaron en el caso "Díaz".

**B)** A su turno la fiscalía respondió los agravios sostenidos por la defensa.

En lo que respecta al supuesto condicionamiento al jurado, a partir de la aceptación en calidad de prueba del expediente de familia y del legajo de incumplimiento a la restricción de acercamiento, por el que

no se le formularon cargos, manifestó que esa prueba se ofreció para acreditar que existió un contexto de violencia de género anterior al homicidio, y que solo tuvo por finalidad acreditar ese contexto, no existiendo ninguna intención de tergiversar los hechos, ni de influenciar al jurado.

Manifiesto que tampoco estamos en presencia de prueba obtenida ilegalmente, en razón de que la misma solo tuvo por finalidad acreditar el extremo señalado, que no era ni más ni menos que la teoría del caso de la fiscalía.

En lo que respecta a la supuesta falta de evidencia que permita tener por acreditado el tipo penal de femicidio transversal, relativo a la no acreditación del elemento volitivo en la intención de Calello de matar a Escudero con el fin de dañar en realidad a B....., en los términos del artículo 80 inc. 12 del CP, refirió que existió un contexto de violencia de género, debidamente acreditado, con restricciones de acercamiento del imputado hacia B..... dictadas por la justicia de familia, sumado a los dichos de D..... B....., a quien le había dicho que si la veía con otra persona mataría a esa persona, siendo esto lo que finalmente sucedió. Refirió que Calello no lo conocía a Escudero, que lo vio por primera vez cuando

ingresó al domicilio a las 3 de la madrugada, atacándolo con una puñalada en el pecho sin previo aviso.

En lo que a la alegada inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua respecta, manifestó que conforme la doctrina de la CSJN la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional.

Que tanto la calificación legal como la pena fueron impuestas por el juez en la cesura.

Manifestó que la pena perpetua no es contraria a la división de poderes. Que lo sería si fuera al contrario, es decir si el juez no aplicara la ley tal como fue sancionada por el legislador. Tampoco es cierto que se violente el principio resocializador de la pena, en razón de que el condenado sí podrá recuperar la libertad luego de cumplido el plazo de 35 años, en los términos del artículo 13 del CP, accediendo a la libertad condicional.

Respecto de la aplicación del Estatuto de Roma para el cómputo de la pena en los casos de penas perpetuas manifestó que el precedente "Díaz" resulta excepcional, en él el fiscal erróneamente lo solicitó, no siendo esa la política criminal que sostiene la fiscalía. Que el juez de ese caso -el suscripto- aplicó las disposiciones del Estatuto de Roma por disposición del

artículo 196 del CPP, en razón de que se ve impedido de aplicar penas más graves a las solicitadas por el fiscal. Consideró que se deben aplicar las normas previstas en el código penal, específicamente el artículo 13, así como el 55, en los que se establecen las penas de 35 años para los delitos que prevén prisión perpetua y 50 años para la pena máxima prevista en el caso del concurso de delitos.

En función de todo ello solicitó se confirme la sentencia condenatoria y la imposición de la pena perpetua.

**C)** La querrela a su turno adhirió a lo manifestado por la fiscalía, reiterando los fundamentos sostenidos por el ministerio público.

**D)** Habiendo quedado en claro cuáles son los agravios de la impugnante, cuál es la respuesta de los acusadores a dichos agravios, cuáles son los hechos reprochados y cuál es la prueba producida en juicio, sólo resta ahora dar respuesta al fondo de las cuestiones planteadas.

Entrando al análisis de cada uno de los agravios enunciados considero que existe identidad de argumentación entre los fundamentos utilizados para sostener el primero y el tercero de los agravios, en razón de lo cual le daré a ambos un tratamiento unificado. Ocurre

lo mismo entre el segundo y quinto agravio, sin perjuicio de lo cual les daré tratamiento por separado.

En primer término se sostuvo que el veredicto del jurado popular es nulo en razón de que en el juicio se incorporó prueba ilegal. La ilegalidad de la prueba alegada estaría dada en razón de que se valoraron hechos ocurridos en fecha 2 de octubre de 2016 y que fueron investigados en el marco de un legajo fiscal por el cual al imputado nunca se le formularon cargos. A pesar de no haber sido legalmente acusado por esos hechos (relativos a un caso en el que se habría presentado una situación de violencia entre el acusado y D.... B....., su ex pareja), sí fueron mencionados en el juicio y tenidos en cuenta por el jurado al momento de dictar el veredicto. A su vez la defensa afirmó que la utilización de esos hechos como argumentos de la acusación para fundar la figura legal de femicidio transversal (Art. 80 inc. 12 del CP) influyó en el ánimo del jurado, el que los dio por verdaderos, a pesar de que respecto de los mismos no se formularon cargos, considerando la defensa que de esa manera se le prohibió al imputado ejercer su derecho de defensa en juicio.

La defensa sostuvo que todo ello llevó al jurado a apartarse del principio de duda razonable y, en

consecuencia, el veredicto emitido por éste se encontraría viciado de nulidad.

Consideró que tampoco se acreditó el elemento subjetivo del tipo penal pues para esa defensa no se acreditó que la muerte de Patricio Escudero fue causada para provocar sufrimiento a D... B...-

En el tercer agravio manifestó, en esencia, lo mismo, al sostener que el jurado se vio condicionado en su decisión de considerar a Juan Calello culpable de femicidio transversal porque, a su modo de ver, el marco probatorio de los acusadores tenían defectos legales ya que se utilizó para acreditar la situación de violencia de género un hecho respecto del cual Calello no fue acusado.

De igual modo reiteró que en la figura legal de femicidio transversal no se acreditó el elemento volitivo del autor, ya que no se probó el dolo, es decir que mató a Escudero para hacer sufrir a B...-

A mi modo de ver la defensa parte de lo que considero un error de interpretación de las normas que emergen del sistema procesal, en razón de que considera ilegal que la fiscalía utilice circunstancias o hechos sucedidos con anterioridad al hecho objeto del ilícito juzgado, cuando esos hechos o circunstancias pudieron ser

también ilícitos, y respecto de los cuales no se formularon cargos. No considero que exista tal impedimento en la ley procesal, tratándose, en todo caso, de una cuestión propia de la estrategia elegida por la parte acusadora para sostener su teoría del caso.

Las circunstancias en cuestión, según informaron las partes durante la audiencia, se trataría de un incumplimiento a una orden de un juez de familia de no acercarse por parte de Calello a B..... Si bien es cierto que ello podría eventualmente constituir el delito de incumplimiento de una orden judicial, no es menos cierto que el fiscal se encuentra legalmente legitimado a no presentar cargos por ese hecho, en los términos del artículo 106 inc. 4 del CPP.

Ahora bien, el hecho de que el fiscal pueda no formular cargos por una conducta determinada no se contrapone en lo absoluto con la posibilidad de utilizar ese hecho para pretender acreditar una circunstancia puntual del hecho por el que sí decidió formular cargos: la existencia de situaciones de violencia anteriores, producidas por el imputado en contra de su ex pareja. Esa circunstancia puntual, como cualquier otra que pretenda utilizar el fiscal como parte de su teoría del caso, deberá ser acreditada luego en el debate, pudiendo la contraparte

producir prueba en sentido contrario a lo pretendido por el fiscal. En cualquier caso lo que podrán hacer las partes es discutir y cuestionarse mutuamente si esos hechos o circunstancias existieron o no, probando y luego alegando sobre esos hechos o circunstancias, pero de ninguna manera resulta lógico pretender que esa estrategia del fiscal sea declarada ilegal sólo porque, pudiendo haberle formulado cargos al imputado por un hecho distinto al principal decidido, por alguna razón, no hacerlo.

Mal puede afirmarse que el imputado se vio impedido de defenderse respecto de ese hecho por el que no se formularon cargos, cuando la defensa conocía que la fiscalía pretendía acreditarlo en el juicio para así probar los actos de violencia de género preexistente a través de testigos. Nada impidió a la defensa producir prueba que contrarrestara la que utilizaría el fiscal, si es que existía prueba en contrario. En cualquier caso no es ilegítimo, como ya dije, que el fiscal pretenda utilizar esa línea de argumentación. Lo que la defensa en realidad pretende cuestionar es la estrategia utilizada por el acusador para acreditar su teoría del caso y ello no puede admitirse en el presente, porque esa estrategia resultó perfectamente legítima y a la luz de los resultados, adecuada para acreditar su teoría del caso.

No puede afirmarse que se trate de una prueba ilegal sólo porque resulta inconveniente para la teoría del caso de la contraparte. La ilegalidad de una prueba es algo mucho más serio que ello. Una prueba es ilegal cuando se ha obtenido violando la ley o la constitución, y la defensa no ha acreditado qué norma legal o constitucional violentó la fiscalía. Como dije, no se vio afectado el derecho de defensa en juicio en razón de que nada impidió a la defensa producir prueba en contrario.

Tampoco considero que se haya violentado el principio de duda razonable fundado en que el jurado se vio de alguna manera influenciado al valorar prueba "ilegal", en razón de que los hechos sobre los que declararon los testigos, y los testimonios en sí mismos, no pueden ser considerados pruebas ilegal porque ninguna norma legal fue incumplida para su obtención.

En función de todo ello ese agravio debe ser rechazado sin más.

En lo que a la alegada falta de prueba del dolo de la figura agravada del femicidio transversal - relativa a que el acusado mato a Escudero para causar sufrimiento en B....., su ex pareja-, corresponde decir que en ese punto no puede este Tribunal entrometerse en la decisión del jurado, el que dio por probado tal extremo. En

todo caso lo que si puede y debe valorar el Tribunal de Impugnación es si dicho veredicto resulta, en ese aspecto, contrario a prueba, es decir, si durante el juicio se produjo o no prueba que razonablemente permita llegar a la misma conclusión que llegó el jurado: que la muerte de escudero fue causada con la finalidad de provocar un sufrimiento a la ex pareja del acusado.

De lo alegado por los acusadores y de las pruebas producidas durante el juicio surge evidente que sí se produjo prueba en tal sentido, y de allí que resulta perfectamente razonable el veredicto emitido por el jurado. Tal como se acreditó el propio acusado había manifestado a B..... que mataría a cualquier otro hombre que pudiera acercarse o pretender tener una relación con ella, lo que efectivamente ocurrió. De hecho, y tal como lo reconoció la propia defensa, Calello ni siquiera conocía a Escudero antes de causarle la muerte, lo que indica que no tenía motivos objetivos distintos a los que él mismo enunció a su ex pareja de que mataría a cualquier otro hombre que se le acercara a ella, y que pudieran dar una explicación a su reacción. Ese es un elemento propio del femicidio transversal, el que el jurado consideró acreditado con los elementos de prueba producidos. En función de ello, considero que este agravio tampoco puede prosperar.

En lo que al segundo agravio respecta, relativo a la inconstitucionalidad alegada de la prisión perpetua, por afectación del principio de reforma y readaptación social del condenado, y por considerarla una pena cruel, inhumana y degradante sostengo, tal como ya lo afirmé en el precedente "Díaz", que de ninguna manera esa pena puede ser considerada inconstitucional.

En el precedente citado manifesté "...que la pena de prisión perpetua prevista por la ley para el presente caso no conlleva ningún cuestionamiento sobre su validez constitucional, por considerar que no se ve confrontada con ninguna norma de la Constitución, incluido en ello los tratados incorporados en los términos del artículo 75 inc. 22 de la CN.

Se ha alegado que el carácter de pena indivisible afectaría el principio resocializador de la pena, el que surge de la Constitución Nacional, de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. A mi modo de ver mal puede afirmarse que exista tal afectación cuando ninguno de los Tratados mencionados prohíbe expresamente la imposición de este tipo de penas. Por otra parte, y tal como se sostuvo, el hecho de que la pena perpetua legislada en nuestro Código Penal permita y posibilite la inclusión del

condenado al régimen de libertad condicional, impide seriamente considerar una verdadera y cierta afectación al principio resocializador de la pena.

No hay dudas de que la imposición de una pena perpetua debe estar solo reservada a los casos más graves previstos por el código penal, sin embargo debo remarcar que esa gravedad ya fue evaluada y considerada por el legislador al momento de sancionar los tipos penales específicos en la ley penal. Ello no implica admitir que no pueda existir algún caso en particular, en el que por razones objetivas y debidamente identificadas por el juez en un caso concreto, pueda aparecer como inhumano la imposición de una pena perpetua. Sin embargo esas circunstancias excepcionales no veo que se presenten en el caso de autos. La sola referencia a la edad del imputado - una persona joven que no ha cumplido los 40 años de edad (en el presente caso el imputado es aún más joven)- no es, a mi modo de ver, razón suficiente para afirmar la alegada inconstitucionalidad de la prisión perpetua, en razón de que al encontrarse en condiciones de acceder a la libertad condicional tendrá 65 o 75 años, según se considere o no de aplicación al presente caso las disposiciones del artículo 13 del CP o de la ley 26.200, a las que luego me referiré..”.

Tampoco puede la pena ser considerada como cruel, inhumana o degradante, al punto de asimilarla a una tortura. En el caso "Díaz" sostuvo que "...no hay dudas de que la pena prevista por el tipo penal (para el presente caso) es obviamente muy severa, pero está directamente relacionada con la importancia del bien jurídico afectado por el imputado... Todo ello debe ser meritudo para justificar la pena a imponer, lo que determina la existencia de una evidente proporción entre la pena impuesta, el bien jurídico tutelado que el condenado afectó, la extensión del daño causado y el peligro ocasionado con la conducta por éste desplegada. A mi modo de ver existe una proporcionalidad entre la gravedad del hecho reprochado y acreditado, y la gravedad de la pena impuesta... en el caso de autos, la pena de prisión perpetua (no puede ser considerada) como una pena cruel, inhumana o degradante.

A este respecto no puedo soslayar lo expresamente dispuesto por la Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la que establece en su artículo 1, luego de definir el término "tortura", que '*...no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas...*'.

Como dije, no hay dudas de la severidad de la pena prevista, la que está directamente relacionada y en proporción con el daño al bien jurídico que le fue reprochado. Y que el cumplimiento de esa pena seguramente implicará la existencia de dolores o sufrimientos en el ánimo y el espíritu del condenado. Pero ello, por ser propios al cumplimiento de una pena legítimamente impuesta, no constituye, ni puede ser asimilado, al delito de torturas como alega la defensa. De allí que dicho agravio debe ser descartado.

Se afirmó además la inconstitucionalidad de las penas indivisibles, particularmente la de prisión perpetua, en razón de que se afectaría el principio republicano de división de poderes, porque se le estaría impidiendo al juez valorar las condiciones particulares de cada caso para imponer la pena justa y adecuada que corresponda.

Considero que no se evidencia la inconstitucionalidad referida en razón de que no existe tal impedimento. Como ya afirmé, nada impide que un juez efectúe un análisis particular en algún caso concreto en el que pueda determinar que de acuerdo a las particulares circunstancias de ese caso la pena a prisión perpetua pueda efectivamente afectar alguna norma constitucional. En todo

caso considero que ello no ha ocurrido en este caso puntual. No hay razones graves y debidamente acreditadas que admitan la declaración de inconstitucionalidad tal como lo solicita la defensa. En función de ello este agravio también debe ser desechado”.

En lo que al cuarto agravio se refiere, relacionado con que en el juicio de cesura la defensa aportó testigos para morigerar la prisión perpetua, y luego fueron valorados por el juez Rodríguez Gómez como un agravante, lo cierto es que el juez no está obligado a valorar las pruebas que se le presenten en un sentido determinado. En todo caso la defensa podría haber intentado acreditar la arbitrariedad de los argumentos del juez si así los hubiera considerado, pero no lo hizo limitándose a afirmar que fueron valorados en un sentido opuesto al que la defensa proponía. Considero que este agravio tampoco puede prosperar.

Respecto del quinto y último agravio, en el que reitera la solicitud de inconstitucionalidad de la prisión perpetua, pero ahora por afectar las disposiciones legales vigentes en Argentina relativas a la aplicación de la pena máxima de 30 años de prisión para los delitos más graves previstos, cometidos contra la humanidad, y regulados por el tratado de Roma de la Corte Penal

Internacional, también me expedí sobre esta cuestión en el fallo "Díaz" citado por la defensa.

En ese caso la fiscalía, con un criterio justo y adecuado a la estricta aplicación de la ley vigente, consideró que sí corresponde limitar la extensión de la prisión perpetua a los límites establecidos por el Tratado de Roma, y no a los que establece el artículo 13 del CP. En el caso de autos, en cambio, la misma fiscalía, con un criterio restrictivo y una interpretación conservadora, considera que no resulta aplicable ese límite máximo de pena previsto para la duración de la prisión perpetua.

Como ya señalé en el caso "Díaz", el Estatuto de Roma dispone, en su parte pertinente, lo siguientes:

PARTE II. DE LA COMPETENCIA, LA ADMISIBILIDAD Y EL DERECHO APLICABLE. **Artículo 5** Crímenes de la competencia de la Corte 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

PARTE VII. DE LAS PENAS. Artículo 77

Penas aplicables 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

A su vez la ley 26.200 -Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional- en su artículo 3 determina lo siguientes:

Ámbito de aplicación: **ARTICULO 3º**- Esta ley se aplica:

a) A los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la República Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;

b) A los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo;

c) A los delitos cometidos fuera del territorio argentino por nacionales argentinos o por personas domiciliadas en la República Argentina, siempre

que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena;

d) En los casos previstos en convenios internacionales de los que la República Argentina es parte.

De ello se desprende que en función de dicha norma el Estatuto de Roma tiene plena vigencia en el territorio de la República Argentina. Siendo ello así surge una evidente contradicción entre lo dispuesto por el artículo 13 del CP y el artículo 77.1 inc. a) del Estatuto.

Mientras el artículo 13 del CP dispone que *el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena... podrán obtener la libertad por resolución judicial...*, el artículo 77.1 inc. a) del Estatuto establece que la Corte Penal Internacional podrá imponer la pena de "reclusión" (se debe entender "prisión", conforme el artículo 7 de la ley 26.200)... *por un número determinado de años que no exceda de 30 años...*

Si el sistema legal argentino reconoce expresamente una pena máxima de 30 años por la comisión de los delitos más graves cometidos en contra del género humano, como lo son los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, no puede admitirse una

pena aún mayor por la comisión de un delito que, si bien resulta muy grave, no puede ser equiparado a los crímenes previstos por el Estatuto de Roma, los que constituyen crímenes contra la humanidad.

Sobre esta cuestión destacadísima doctrina ha sostenido que "...el CP en su versión original y con las reformas de 1984 tenía un sistema de pena privativa de libertad bastante coherente. Este sistema se ha destruido como resultado de reformas coyunturales. No es posible ninguna interpretación racional del CP vigente en cuanto a los límites de esta pena, por lo cual es *absolutamente inconstitucional en su actual redacción*, producto de campañas de ley y orden y de *víctimas héroes*. Los restos del CP hoy vigente establecen que el condenado a esa pena a perpetuidad puede pedir la libertad condicional después de 35 años de encierro (art. 13 CP) (antes 20 años), pero no se alteraron las escalas para la tentativa y la complicidad secundaria (10 a 15 años, art. 43 y 46); tampoco le corresponde la libertad condicional si es reincidente (art. 14 CP), de modo que en definitiva no recuperaría nunca la libertad (igual antes, pero como el art. 52 estaba destinado a multireincidentes, procedía en las condiciones del art. 53, pues de otro modo habría que entender que el reincidente por primera vez debería cometer

una serie de delitos en el penal para que un día se le habilite la libertad condicional). A ello se suma que ni siquiera es claro cuál es el tiempo máximo de la pena privativa de la libertad temporal (antes 25 años, ahora 50 años por el máximo del concurso real, art. 55 CP; no falta quien aprovechando la violación de cuidado legislativa en la reforma al art. 227 ter del CP considere que es de 37 años y seis meses).

*(Normas internacionales)* Este caos se acrecienta con las leyes 25.390 del 2000 y 26.200 del 2006; la primera ratificó el tratado que establece el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y con ello incorporó al derecho nacional la norma que establece que *para los crímenes contra la humanidad la pena máxima es de treinta años de privación de la libertad* (art. 77 ER). Conforme al ER sólo puede establecerse pena perpetua cuando lo justifique *la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado* (obsérvese que se refiere a *extrema gravedad de crímenes muy graves por la ordinaria pluralidad de víctimas* y además requiere *circunstancias personales*, que obviamente se están refiriendo a la posibilidad de que el criminal conserve poder).

*(Inadmisibilidad de penas diferentes para los mismos delitos)*. Para introducir aún más confusión, la ley 26.200 (Art. 8, 9 y 10) establece que en los casos en que esos delitos deban juzgarse por tribunales federales nacionales en razón del principio universal (art. 118 CN; ER) la pena será de 25 años de prisión y si hubiera una muerte será perpetua, o sea que eleva la pena ordinaria de los delitos contra la humanidad volviendo perpetua lo que en el ER tiene un máximo de 30 años. Esta agravación establece una desigualdad de trato inexplicable (viola los arts. 1 y 16 CN). Si se reconoce una competencia internacional para crímenes que usualmente son masacres en la que sólo por excepción puede imponerse pena perpetua y normalmente pena de treinta años, no puede admitirse que cuando esos delitos deban ser juzgados por tribunales nacionales en virtud del mismo tratado las penas sean más graves y, menos aún, que para los delitos del orden común se puedan usar las mismas penas que para los más excepcionales crímenes masivos contra la humanidad.

*(Posible reconstrucción de un sistema racional)* Una forma de reconstruir racionalmente el sistema de la pena privativa de la libertad (prisión) en la actualidad es remitiendo al Estatuto de Roma (que es ley suprema en función del art. 31 CN) y concluyendo que la

pena máxima hoy vigente es de treinta años de prisión, que es el máximo usual reconocido por la ley nacional a la competencia internacional para el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. (La jurisdicción nacional sólo queda habilitada para imponer una prisión perpetua en el supuesto excepcional en que la habilita el ER). Deberá entenderse que la pena perpetua del CP tiene ese máximo y que la libertad condicional es procedente con los dos tercios de la regla temporal (20 años), siendo inconstitucional el término de 35 años que lo excede y que no guarda relación con el previsto para la tentativa y la complicidad, así como también el de 50 años para el concurso real (art. 55 CP), que debe entenderse también fijado en 30 años. Si se mantiene el criterio aún jurisprudencialmente dominante de constitucionalidad de la reincidencia y del art. 14 CP, se deberá admitir que la pena perpetua no admite libertad condicional en ese caso, pero se extingue a los 30 años. Igual solución correspondería darle a las disposiciones que impiden la libertad condicional a los condenados por ciertos delitos, en caso de considerar que esa reforma es constitucional (art. 14 CP según ley 25.892 de 2004)..."<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Zaffaroni, Raúl Eugenio, Estructura Básica del Derecho Penal, Ed. Ediar 2009, p. 244 y ss.

En función de los argumentos expuestos, considero que corresponde hacer lugar al planteo de la defensa respecto de este agravio puntual y, en consecuencia, establecer que el cumplimiento de la pena de prisión perpetua impuesta al condenado Juan Ernesto Calello por la comisión del delito de homicidio calificado en los términos del Art. 80 inc. 12 del CP, no podrá superar en ningún caso el límite máximo previsto por el artículo Art. 77 inc. a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998), en los términos de la ley 26.200, debiendo las accesorias legales (Art. 12 del CP) seguir la misma suerte de la pena principal.

A lo dicho debo sumar que corresponde establecer el límite de cumplimiento máximo de la prisión perpetua en esta instancia sin reenvío, en razón de que en la presente no se dispone nulificar la sentencia de grado en ninguno de sus puntos, sino simplemente establecer, en función de los argumentos expuestos y de las leyes penales vigentes en la República Argentina, cuál es ese límite legal máximo, sin que por ello se vea afectada la calificación jurídica o la pena oportunamente impuestas al acusado.

Tal es mi voto.

El **Dr. Richard Trinchero**, manifestó:

Coincido en su totalidad con cada uno de los argumentos, expuestos por el colega preopinante, en relación al tratamiento y respuesta que da a los agravios referidos a la sentencia de responsabilidad y parte de la sentencia de Cesura. A riesgo de ser reiterativo, quede claro que no tengo objeciones que realizar respecto a la culpabilidad de Juan Ernesto Calello, declarada por un Jurado Popular en nombre del Pueblo, por haberlo encontrado responsable penalmente de la comisión del Delito de Homicidio Cometido Con El Propósito De Causar Sufrimiento A Una Persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja (Transversal)previsto en el art. 80 inc.12 del Código Penal, de acuerdo a Veredicto del día 11 de abril del corriente año.

El Dr. Repetto ha rechazado todos los agravios invocados por la defensa, haciendo mías todas sus consideraciones en su relación.

También acuerdo con el juez que iniciara esta votación en lo relativo a lo escrito sobre la pretendida inconstitucionalidad de la Prisión Perpetua, a excepción de lo que argumenta respecto a la aplicación del Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional y por lo que paso a exponer.

Nuestro CPP, salvo la excepción establecida en el segundo párrafo del art. 120, no permite que incursionemos - los jueces del Tribunal de Impugnación- en cuestiones que no han sido resueltas en la instancia anterior. Nótese que el impugnante trajo a colación tal Estatuto ya en su alegato en la audiencia de imposición de pena ante el Juez Profesional. Surge de la sentencia que la defensa, en aras de argüir sobre la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, señaló: "...El Estatuto de Roma establece que una pena no puede exceder los 30 años para crímenes de Genocidio y de Guerra. Es irracional y desproporcionado, con la legislación vigente, que cometer un Genocidio tenga menos pena que un homicidio agravado..." (Sentencia de imposición de pena del 9/5/2017). Los acusadores, según la misma sentencia, respondieron: "...tampoco es feliz compararlo con el Estatuto de Roma...".

A su vez, y ya ante esta Sala, al fundar el agravio quinto, la defensa vuelve a mencionar dicho Estatuto, resaltando que el condenado podría acceder a la libertad condicional a los 25 años, considerando que el juez impuso una pena arbitraria porque no efectuó el control de constitucionalidad tal como se lo solicitó. Más aún, citó el caso "Díaz" en donde se aplicó como límite el tope de 30 años surgido de dicho instrumento internacional.

Dicho lo anterior, se advierte que el Juez Profesional, al imponer la prisión perpetua a Juan Ernesto Calello, omite completamente dar respuesta a la petición. No aborda ese importantísimo punto que- aun en forma escueta- fue contestado por los acusadores. En virtud de ello observo un vicio, por fundamentación omisiva, debido a que mal podríamos estar resolviendo la aplicación del Estatuto De Roma cuando el Juez de la instancia anterior lo ignoró olímpicamente en su sentencia.

La importancia de la aplicación o no de dicho instrumento queda patentizada en la solución que propone mi colega del voto anterior, aunque ello solo me releva de mayores comentarios es dable agregar que, al no pronunciarse, el magistrado no dio respuesta a un requerimiento puntual de la defensa y que incide directamente (tanto a favor como en contra) en la solución a dar al caso. No respondió ni en un sentido ni en otro y, esto último, torna antinormativo que lo haga esta Sala por las razones expuestas más arriba.

Por todo lo expuesto entiendo que debe declararse admisible formalmente la impugnación interpuesta, rechazarse los planteos primero a cuarto y, además, declarar la NULIDAD PARCIAL de la sentencia de imposición de pena dictada el día 9/5/2017 (art. 98 CPP),

correspondiendo devolver el legajo para que el mismo Juez Profesional, audiencia mediante, dicte nueva sentencia pronunciándose sobre la aplicación o no del instrumento internacional precitado. Es mi voto.

La **Dra. Florencia Martini**, expresó:

Adhiero a la solución dada al caso por el colega preopinante. Si bien la impugnante, en la crítica de la sentencia no se agravió expresamente por la fundamentación omisiva que emerge de la sentencia de cesura respecto de la petición subsidiaria realizada en la audiencia respectiva, lo cierto es que la nombrada solicita nuevamente en instancia de impugnación la adecuación de la pena a lo previsto por el convenio de Roma y por la ley 26200. De la lectura de la sentencia de cesura impugnada se advierte que el magistrado no dio respuesta alguna a este último planteo de la defensa, por lo que este Tribunal de Impugnación no se encuentra en condiciones de resolver sobre una petición que no fue tratada por el magistrado, debiendo declarar la nulidad de la sentencia por padecer del vicio insubsanable de fundamentación omisiva, reenviando a nuevo juicio de cesura con idéntica integración a fin de que se pronuncie al respecto. Ello en virtud de que los miembros del Tribunal de Impugnación nos vemos limitados a resolver la razonabilidad o arbitrariedad

de la decisión adoptada por el magistrado de grado relativa a cada una de los planteos alegados en el juicio, y en tal sentido no tenemos competencia para sustituir la omisión de tratamiento en alguno de ellos. El derecho al recurso y al doble conforme que asiste a la defensa impone que el Tribunal de Impugnación se pronuncie sobre las materias que fuesen tratadas en el juicio y resueltas por el magistrado que previno. Ello garantiza que la defensa tenga la posibilidad de presentar una impugnación ordinaria ante un Tribunal de Impugnación con distinta integración, en el caso que el magistrado de grado resuelva sobre este punto contrario a su interés, realizando una crítica razonada de los fundamentos dados por el sentenciante. Adoptar una decisión respecto de una materia sobre la cual no se dio respuesta, limita la amplitud de la revisión a la cual tiene derecho la defensa. Adviértase que en el supuesto de resolver esta integración del Tribunal de Impugnación contrario a la pretensión de la defensa, a la impugnante le restaría la limitada y restricta impugnación extraordinaria en los supuestos contemplados en el artículo 248 del CPP. Mi voto.

**III.- A la TERCERA CUESTIÓN el Dr. Andrés Repetto, dijo:**

Atento a la respuesta dada a las cuestiones analizadas en el punto precedente, ha surgido por mayoría durante el proceso deliberativo que debe nulificarse parcialmente la sentencia de cesura, en razón de que el a quo en ella no dio tratamiento a la cuestión relativa a la aplicación o no al presente caso de los extremos legales que surgen de las leyes 25.390 y 26.200, en virtud de lo cual debe remitirse al mismo juez a los fines de que se expida sobre tal cuestión, previo sustanciación de una nueva audiencia. Es mi voto.

El **Dr. Richard Trincheri**, manifestó: Que atento al resulta de la votación de la primera cuestión tratada, adhiero a lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

La **Dra. Florencia Martini**, expresó: Comparto lo expuesto en el primer voto.

**IV.-** A la **CUARTA CUESTIÓN** el **Dr. Andrés Repetto**, dijo: Sin costas (cfr. art. 268 y ccds. del CPPN.).

El **Dr. Richard Trincheri**, manifestó: Adhiero a lo manifestado en el voto del señor Vocal preopinante.

La **Dra. Florencia Martini**, expresó: Comparto lo expuesto en el primer voto.

De lo que surge del Acuerdo por mayoría se

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal el recurso de impugnación deducido por la defensa contra la sentencia declarativa de responsabilidad penal y de imposición de pena dictada en relación al imputado Juan Ernesto Calello.

**II.- NO HACER LUGAR** al recurso de impugnación interpuesto por la defensa en relación a los agravios identificados como uno a cuatro.

**III.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL DE LA SENTENCIA DE CESURA** dictada en el presente caso, y en consecuencia reenviarla ante el mismo juez, a los fines de que se sustancia el pedido de aplicación al presente caso de los extremos legales que surgen del Estatuto de Roma (leyes 25.390 y 26.200).

**IV.- Regístrese** y notifíquese por medio de la Dirección de Asistencia a la Impugnación. Firme que sea, líbrense las comunicaciones de rigor y cumplido, reenvíese.

**Reg. Sentencia N° 53 Año 2017.-**