

En la ciudad de Neuquén Capital a los 25 días del mes de agosto de 2023, **Richard Trinchero**, en mi carácter de Juez profesional procedo a dictar sentencia de **determinación de pena** en los casos "**Hernández Hernán Juan Evangelista s/ Homicidio agravado por el uso de arma de fuego...**" Legajo **Nro.217395/2022** y "**Hernández Hernán Juan Evangelista s/ Homicidio simple**", legajo **222395/2022**, respecto a la situación de **Hernán Juan Evangelista Hernández** DNI ..., con domicilio en Mza ... Casa ... del Barrio ... de Neuquén Capital. El día 3 de julio de 2023 resolví: "**Declarar a Hernán Juan Evangelista Hernández**, autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por alevosía y por el uso de arma de fuego en concurso real con homicidio simple (arts. 79, 80 inc. 2do., 41 bis, 45 y 55 del Código Penal), en perjuicio de Alberto Rubén Abasto (legajo 217395/22) y Jonhatan Díaz Umanzon (legajo 222395/22) y respectivamente", luego del veredicto del Jurado Popular que así se pronunció por un total de doce (12) votos.

El día 18 del corriente mes y año se realizó audiencia conforme lo establece el art.179 del CPP, participando por la acusación el fiscal jefe Dr. Agustín García y asistente letrado Dr. Pablo Jávela y por la defensa técnica la Dra. Eliana Lazzarini.

Convenciones Probatorias: las partes expresaron que no discutirían: 1) que de acuerdo al informe del Registro Nacional de Reincidencia Hernán Juan Evangelista Hernández registra múltiples condenas y ha sido declarado reincidente por segunda vez y 2) que conforme la historia clínica del paciente Hernán Juan Evangelista Hernández, y como fuera dictaminado por el médico neurólogo Dr. Juan López Cormenzana, profesional tratante del precitado Hernández, este último padece epilepsia focal con medicación permanente y estudios continuos de seguimiento hasta el día de la fecha. Las partes **no** produjeron alegatos iniciales.

En relación a la producción de prueba declaró **Sol Hernández**, ofrecida por la defensa que dijo: ser sobrina del imputado, estudiante universitaria de la carrera de trabajadora social. Expresó que siempre ha tenido contacto con su tío, que estuvo siempre presente y que se comunicó con ella de alguna manera cuando ha estado detenido. A diferencia de varios de sus familiares considera que no hay que tener prejuicios con personas que pagaron por hechos delictivos cometidos. En cuanto a la cuestión médica su tío siempre padeció epilepsia crónica, la misma no se puede revertir, la debe padecer de por vida, le afecta en su vida cotidiana a pesar de tomar medicación y puede tener episodios de convulsiones, como le ha pasado últimamente en la Comisaría de Valentina Sur.

ALEGATOS FINALES: el **Dr. Agustín García** inició su alegación final recordando el fallo del Jurado Popular y la tipificación correspondiente. Manifestó el fiscal jefe que el legislador, en relación al homicidio agravado por alevosía, optó por la pena única e indivisible de prisión perpetua (art.80 inc.2 del Código Penal), sin perjuicio que Hernández también fue declarado culpable por el homicidio simple de Díaz Umanzor.

Señaló el acusador que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en coincidencia también con fallos del Tribunal Superior de Justicia, ha determinado que la pena de prisión perpetua ya ha sido fijada por el legislador y que no se hace referencia a los agravantes y atenuantes como si se tratara de una pena divisible. La CSJN (324:4343) ha dicho que todo descargo sobre el particular resulta irrelevante, tratándose de delitos tan graves que no admiten atenuación alguna (considerandos 13 y 14).

Por lo expuesto, el fiscal jefe entiende que no tiene incidencia, en el monto de pena a imponer, ninguna de las circunstancias sobre las que declaró la testigo Sol Hernández. A la inversa, tampoco tendrían ninguna influencia las pautas agravantes que la fiscalía podría aducir, principalmente relacionadas con la muerte de Abasto.

Peticiona la imposición de prisión perpetua más la accesoria legal del art. 12 del Código Penal y la declaración de tercera reincidencia (art. 50 Código Penal).

La **Dra. Eliana Lazzarini**, a su tiempo, manifestó que la pena a imponer debe ser razonable y adecuada a las particularidades del imputado. Agregó que no desconoce los precedentes dictados en relación a la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua y por ello no hará tal planteamiento sin perjuicio de su opinión particular al respecto.

Considerando la convención probatoria a la que se arribó sobre la condición de salud de su defendido, más la declaración de Sol Hernández, la situación de salud de Hernán Juan Evangelista Hernández debe considerarse porque la condición médica no es una condición menor.

Debido a lo anterior, peticionará la aplicación del art.110 del Estatuto de Roma, recordando que existe jurisprudencia local que ha puesto el acento en el tope máximo de la prisión perpetua (casos "Díaz" y "Calello"). Entiende la defensora que el instrumento internacional mencionado representa un baremo, un límite, para fijar un plazo de revisión de la condena; hay que tener en cuenta que dicho Estatuto contempla elementos de mucha gravedad (como el genocidio) y, entonces, puede tener aplicación para delitos comunes como los que nos

ocupa más allá que sean casos graves. Cita las leyes nacionales 25390 y 26200. Expresa la funcionaria que de acuerdo al art.110 inc. 3 de dicho instrumento, una vez cumplidas las dos terceras partes de condena o 25 años en caso de prisión perpetua, la Corte revisará para evaluar si puede reducirse. En este caso, sería a los 25 años que debería producirse tal examen. Aclara que no tendría como objeto cambiar ni hacer cesar la pena ni su monto sino que se evaluaría la necesidad de la condena.

La defensora trae a colación una resolución de la jueza Leticia Lorenzo (legajo 92.782/2018) y otra del juez Mario Juliano (legajo 5787 del 8/6/2018) en donde se determinó que transcurridos 20 años se revise si resulta conveniente mantener en prisión al condenado, esto por aplicación del art.18 de la Constitución Nacional, que prohíbe los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La Dra. Lazzarini pide la declaración de inconstitucionalidad del art.14 del Código Penal y el 56 bis de la Ley de Ejecución Penal (24660) en cuanto obstaculizan el acceso a la libertad condicional a las personas que-como Hernández- han sido condenados por alguno de los delitos previstos en el art. 80 del Código Penal y además (esto el art.14 CP) niega la aplicación de tal instituto a los reincidentes, situaciones ambas en las que se encuentra Hernández. Al

impedirse que el penado ingrese en ese período de prueba en la ejecución de la pena, no le permiten a los internos tener ninguna proyección en el cumplimiento de su condena, es casi equiparable a una pena de muerte, sin expectativa de vida en libertad. Ello se opone a previsiones de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art.75 inc.22 CN) como la CADH y el PIDCP), contrariando principios de resocialización como fin de la pena y a los principios de racionalidad y progresividad.

En consecuencia, la defensora peticiona que sin perjuicio de la prisión perpetua se disponga la aplicación del art.110 del Estatuto de Roma y se revise la pena a los veinte (20) años. Asimismo, dado que el imputado Hernández no cuenta con bienes, solicita que sea eximido del pago de las costas procesales, concediéndosele el beneficio de litigar sin gastos.

En la **réplica** el fiscal jefe expresó: en relación al primer pedido de la defensa, esto es, que se revise la condena por aplicación del art.110 del Estatuto de Roma a los veinte (20) años, postula su rechazo atento que ya ha sido resuelto en varios casos por la jurisprudencia local, mencionando el fallo "Muñoz Tapia" (sentencia 53 del Tribunal de Impugnación del 8/8/2018). Igualmente, en la visión del Dr. Agustín García, dicho instrumento internacional no es aplicable al

caso porque -entre sus condiciones- tiene previsto que el imputado haya colaborado en la investigación de delitos de lesa humanidad, algo sin relación con lo tratado en estos legajos. En referencia al segundo pedido de la contraparte, es decir, al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art.14 CP y 56 bis de la Ley 24660, peticiona su rechazo porque resulta competencia del juez de ejecución, no es este el momento de realización del planteo, habría que analizar la legislación en la oportunidad que se den las condiciones de ingreso a tal etapa de la ejecución de la pena. Cita "Calello" y "Miranda" del TI confirmado por el TSJ, estableciéndose que tales cuestionamientos deben ser resueltos en ejecución. Menciona también los precedentes "Álvarez" de la CSJN y "Aboy" del TSJ(año 2021).

La Dra. Lazzarini no quiso agregar nada y dada **la última palabra** al imputado manifestó que no tiene nada para decir.

El día 22 de agosto de dos mil veintitrés emití el **veredicto** imponiendo a Hernán Juan Evangelista Hernández la pena de prisión perpetua más accesorias legales y costas procesales (art.80 inc.2, 79 , 55, 12 del CP y 268 del CPP), además de declarar su tercer reincidencia (art. 50 CP). En relación a la eximición de costas procesales solicitada, la Dra. Lazzarini señaló que no contaba con el Formulario de declaración jurada de bienes e ingresos, necesario para el

trámite de solicitud de beneficio de litigar sin gastos, establecido por Acuerdo 6196 Punto 15 del 23/11/2022 del Tribunal Superior de Justicia, pero que procuraría adjuntarlo por intermedio de la Oficina Judicial en las siguientes veinticuatro horas. Transcurrido dicho plazo la misma defensora comunicó por mail que no contaba con dicho formulario.

Fundamentos: siendo la imposición de la pena de prisión la más violenta de las facultades punitivas con las que cuenta el Estado, resulta menester tener en cuenta los límites constitucionales existentes, tantos materiales (principio de legalidad y de culpabilidad) como formales (juicio previo, debido proceso).

Entiendo que aquella exigencia siempre reclamada, esto es, "la culpabilidad es la medida de la pena", aparece ya consagrada por el propio legislador al imponer la pena de prisión perpetua (art.80 inc.2 CP) en los delitos que ha considerado más graves. Como señaló el fiscal jefe en la audiencia, la indivisibilidad de tal pena no permite considerar ni atenuantes ni agravantes, lo cual sí es obligación en la determinación judicial de la pena, en el supuesto de previsión de penas divisibles, a la luz de lo dispuesto en los art.40 y 41 del Código Penal, y de acuerdo a las pautas que aquellas normas entregan.

Va de suyo que en nada modifica la situación el aporte de la testigo Sol Hernández. Como también resaltó el acusador, hubiera ocurrido lo mismo si, al revés, él hubiera introducido alguna pauta agravante referida a los hechos por los cuales fue condenado Hernández, principalmente el que tuvo como víctima a Alberto Rubén Abasto.

En mi particular impresión, en caso de quedar firme esta sentencia, y a la vez continuar Sol Hernández con sus estudios para acceder al título universitario de Trabajadora Social, será seguramente un apoyo relevante desde lo afectivo pero también desde lo profesional para su tío, habida cuenta del marcado protagonismo de trabajares/ras y asistentes/tas sociales en el período de ejecución de la pena, en el ámbito de la Dirección de Población Judicializada, con cuyo personal Sol Hernández podría interactuar pero, se repite, ello no modifica la dosificación penal a realizar.

Debe quedar también sentado que la defensa desistió de plantear la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, reconociendo la existencia de consolidada jurisprudencia en contrario, provincial y nacional, a pesar de su opinión personal sobre el tema.

Asimismo, atento la convención probatoria realizada debe declararse la tercera reincidencia de Hernán Juan Evangelista Hernández.

A continuación daré respuesta a los dos planteos de la defensora y que fueron litigados en la audiencia, los cuales invertiré en su orden debido a que el primero debe ser rechazado rápidamente: 1) El planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal y del art.56 bis de la Ley de ejecución penal 24660 y 2) La aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a la situación que me ocupa.

1) El planteo de inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal y del art.56 bis de la Ley de ejecución penal 24660:

Aunque como juez del Tribunal de Impugnación he rechazado planteos de este tipo y han sido confirmados por el Tribunal Superior de Justicia, por ejemplo en "Aboy Luis Alberto s/ejecución de pena, legajo 1216/2014" (la resolución del TI el 17/8/2021 y confirmada por la Sala Penal del TSJ el 29/11/2021 mediante Resolución Nro.69), lo cierto es que dicho pronunciamiento tuvo lugar en la etapa que corresponde, esto es, durante la ejecución de la pena, no en esta oportunidad donde solamente se determina el quantum punitivo. Tanto el cumplimiento de los requisitos para acceder a la aplicación de los distintos institutos previstos en la Ley 24600 como asimismo todos los planteos que se puedan realizar, entre ellos los de inconstitucionalidad de alguna norma como pretende la defensa, deben realizarse oportunamente y ante el juez o jueza competente en la

instancia de ejecución. Por ello debe rechazarse dicha petición.

2) La aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a la situación que me ocupa: la defensora echó mano a distintos fallos para solicitar finalmente que -amen del dictado de la prisión perpetua- su defendido acceda a una revisión de la condena a los 25 años estimando de aplicación el art. 110 inc.3 del Estatuto de Roma. En otra parte de su alocución, la Dra. Lazzarini trajo en su apoyo una resolución de la Dra. Leticia Lorenzo (siguiendo una decisión del ex juez penal de Necochea Dr. Mario Juliano) que, en una particular interpretación del Código Penal y el Estatuto de Roma resolvió que el guarismo a observar era de 20 años tomando el art.13 del Código Penal previo la reforma operada por Ley 25892(26/5/2004) que exige 35 años al condenado a perpetua para acceder a la libertad condicional.

Este último temperamento fue tratado a pedido de la defensa y rechazado en "Tolaba Diego Antonio s/ Homicidio", legajo Nro. 125912/2018, sentencia de cesura del 6/12/2019 a cargo de la jueza Dra. Carina Álvarez: **"...La respuesta a dicho planteo es simple y sencilla: la solicitud del Curial Público no se encuentra tipificada legalmente; y como bien señaló la Fiscalía la Magistrada de mención se apartó de la ley vigente no sólo aplicando un texto normativo derogado (al antiguo**

art. 13 del Código Penal que fue sustituido por el art. 1° de la Ley 25892 de 26/05/2004) sino que creó una norma especial para el caso concreto, vedado absolutamente a la judicatura, porque importa vulnerar la división de poderes de nuestro sistema constitucional. Este único y simple argumento obsta a que se considere como viable la pretensión defensiva..." (p. 12 penúltimo párrafo).

Respecto a lo solicitado sobre el Estatuto de Roma, considero que resulta menester resolver esta petición de la defensa ahora y no diferirlo porque- de obtener una respuesta positiva y adquirida firmeza- podría el condenado solicitar la aplicación de la libertad condicional diez años antes a lo establecido en el art.13 CP, sin perjuicio que debería superar el valladar del art.14 CP y el 56 bis de la Ley 24660 (esto porque Hernández, al ser reincidente, enfrenta una doble prohibición). Hacerlo al imponer la pena y no diferirlo, además, es lo que ordenó el Tribunal de Impugnación en "Callelo" (y fue cumplido por el ex juez Dr. Piedrabuena) y pronunciarse sobre ello en el dictado de la cesura es también lo que se resolvió en "Díaz" (por el juez Dr. Andrés Repetto) aunque el primero de los jueces nombrados no hizo lugar y el segundo, por el contrario, aplicó el Estatuto de Roma (cronológicamente primero se falló en "Díaz" y luego en "Callelo").

A riesgo de extenderme, primero sintetizaré lo resuelto en los precedentes mencionados por la Dra. Lazzarini y luego daré la respuesta al pedido que, adelanto, será negativo.

El Estatuto de Roma aparece en nuestra jurisprudencia local- como novedad en resoluciones con imposición de prisión perpetua- con el dictado del fallo "Díaz Pablo Rudecindo s/homicidio..." (legajo 20331/2014), del día 9/6/2017, en donde se impuso prisión perpetua pero **"...dejando expresa constancias que en el presente caso la prisión no podrá exceder, bajo ninguna circunstancias, la pena máxima prevista en el Estatuto de Roma, ello por considerarlo autor del delito de homicidio calificado por el vínculo y agravado por la utilización de un arma de fuego (Arts. 45, 80 inc. 1 y 41 bis del CP)..."** (p.30). Más arriba el magistrado aclaró que dicha "pena máxima" es de 30 años y fundó dicho guarismo en que es el que surge del art.77 linc.a) del Estatuto de Roma el cual, en su visión, colisiona con el art.13 CP (35 años para acceder a la libertad condicional), prevaleciendo el primero porque-dice- los delitos son más graves que el cometido por Díaz. En otra parte de su resolución, el juez expresa que también coadyuva a tal solución el pedido del fiscal en la audiencia y entonces resulta de aplicación el art.196 CPP (impide a la judicatura aplicar una pena más grave que la peticionada por el acusador). Acá hay algo para observar, el

fiscal petitionó la aplicación de la Ley 26200 y pidió 25 años y no 30 años (p. 6 y 7).

El caso "Calello Juan Ernesto S/ Homicidio.." (legajo 77556/2016) tuvo "doble vuelta" . Luego de ser declarado el imputado culpable por un jurado popular el juez profesional (Dr. Rodríguez Gómez) lo condenó a prisión perpetua el 9/5/2017 pero no se pronunció sobre el Estatuto de Roma como pidió la defensa, parte que impugnó. El Tribunal de Impugnación (sentencia 53 el 4/7/2017) anuló parcialmente - por mayoría- la sentencia de cesura porque el magistrado no había dado respuesta a lo pedido en relación al Estatuto de Roma. El voto disidente postuló la aplicación de dicho instrumento internacional en coincidencia con "Díaz" (se trató del mismo juez que falló en "Díaz", el juez Dr. Andrés Repetto, p.33/34).

Una vez vuelto "Calello", por sentencia del 15/9/2017, un juez distinto, el Dr. Piedrabuena, dando tratamiento a lo resuelto por el Tribunal de Impugnación, rechazó enfáticamente aplicar el Estatuto de Roma al caso. Lo que sigue son algunos de los fundamentos: **"...la Ley Nacional 25.390 aprobó e incorporó a nuestra legislación el instrumento internacional que adoptó en el año 1998 Naciones Unidas, conocido como "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", estableciendo una competencia a la Corte**

Internacional complementaria a las jurisdicciones nacionales, destinada a juzgar "crímenes internacionales", a los cuales enumera como: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión (que son violaciones manifiestas de la Carta de Naciones Unidas). Este Estatuto establece en el punto a) del inciso 1° del artículo 77 que la Corte Penal Internacional puede imponer como pena: "la reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años", y, excepcionalmente, "La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado..". También:" "...Por su parte, la ley 26.200, de implementación de dicho instrumento internacional, dice en el artículo 2 expresamente que el Sistema Penal es de aplicación exclusiva para los delitos de Competencia de la Corte Penal Internacional, con lo cual, queda claro que no lo es para los delitos de competencia nacional, por exclusión..." (p.4/5). Más adelante agrega el juez: "...la Ley 26.200 de implementación establece las penas en concreto que corresponden para los hechos que son competencia de la Corte Penal Internacional en los artículos 8, 9 y 10, dejando en claro que en todos los casos que ocurre la muerte de una persona, la pena será de prisión perpetua, lo cual da precisión respecto a cuándo la pena es

temporal y cuando no. De esta manera, es discutible la posición dogmática que sostiene la defensa respecto de que la gravedad de los hechos en nuestro caso sería menor que en los casos de competencia de la Corte Internacional donde se aplica el límite temporal de 30 años del Estatuto de Roma, por la simple razón que para que ello se aplique no debe haber ninguna muerte...". Finalmente: "...De esta manera, personalmente, entiendo que no es cierto que el régimen establecido en el Estatuto de Roma es más benigno que la ley penal de fondo común, a no ser que alguien la examine en forma parcializada y descontextualizada como aquí se pretende, donde se nos habla solo del punto a del inciso 1° del artículo 77 del Estatuto, omitiendo considerar que ese límite no se aplica cuando existe la muerte de alguien como consecuencia de esos delitos, sino una pena perpetua, que no tiene límites temporales, siendo realmente perpetua, como claramente surge del inciso 1° del artículo 110 de ese instrumento internacional, y, no creo que los tipos penales comunes que reprimen conductas que tienen como resultado la muerte de una persona que por sus circunstancias y modos tienen prevista reclusión perpetua, resulten ser menos graves que los delitos contemplados en el Estatuto de Roma que no implican la muerte de una persona. Por esta razón, no considero que hay una contradicción, porque no es cierto, a

mi entender, que el Estado Argentino se haya comprometido, o le dé un trato más leve a delitos más graves como los que se contemplan en el Estatuto de Roma..." (p.6). Por último, refiriéndose al caso "Díaz", el juez conjetura que el fiscal pidió 25 años tal vez extrayéndolo de los art.8,9 y 10 de la Ley de implementación y, en cambio, el juez deslizó 30 años en los considerandos refiriéndose al inc.1 del art.77 del Estatuto de Roma, advirtiéndole un yerro del colega (p.7).

Otro rechazo categórico a la aplicación del Estatuto de Roma a los delitos comunes estuvo a cargo de la jueza Dra. Carina Álvarez en el precitado caso "Tolaba": (la Ley 26200) **"...sólo es aplicable ante la comisión de los llamados "crímenes internacionales": a) El crimen de Genocidio; b) Los crímenes de Lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; y d) El crimen de agresión (que son violaciones manifiestas de la Carta de Naciones Unidas); pero bajo ningún punto puede alcanzar los delitos comunes del ámbito nacional, los tipificados en el Código Penal, como el que hoy se está penando. De allí su inaplicabilidad, aún por analogía in bonan parte..."** (p.13 penúltimo párrafo), luego puntualiza argumentos similares a los del Dr. Piedrabuena en "Calello" (p.13/14) y culmina señalando otro déficit de la defensa respecto a la Ley 26200: **"...omite considerar el condicionamiento normado en el Art. 12 de dicha ley, que prescribe que la pena aplicable a los**

delitos previstos en los artículos 8°, 9° y 10 de la misma, en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación..."(p.14/15).

En relación al derrotero posterior de los casos comentados, hay que decir que "Tolaba" reconoce solamente el fallo de la jueza Álvarez, por cuanto el imputado falleció a los pocos días de emitida la referida sentencia de cesura.

"Calello", impugnada que fue la decisión del ex juez Dr. Piedrabuena -reseñada más arriba- fue confirmada por unanimidad por el Tribunal de Impugnación (sentencia Nro.86 del 30/10/2017); presentando luego la defensa impugnación extraordinaria y declarada aquella inadmisibile en el Tribunal Superior de Justicia (Resolución Nro. 180 del 26/12/2017).

El fiscal jefe alegó en su apoyo el precedente "Muñoz Tapia Christian Manuel s/homicidio agravado", mencionando la sentencia Nro. 53 del 8/8/2018 del Tribunal de Impugnación. Por medio tal decisión judicial, por unanimidad, se rechazó una impugnación de la defensa que se agraviaba de una sentencia de la jueza Dra. Carina Álvarez que no hizo lugar a la aplicación subsidiaria del Estatuto de Roma, habiendo resultado la solicitud principal la declaración de inconstitucionalidad de la prisión perpetua. Posteriormente,

la Sala Penal del TSJ declaró inadmisibile la impugnación extraordinaria planteada (Resolución Nro. 112 del 4/10/2018). En definitiva, de todos los precedentes citados por las partes en la audiencia, más "Tolaba", la aplicación del Estatuto de Roma solo tuvo lugar en el precedente "Díaz" y a instancias del fiscal jefe (sin perjuicio que solicitó la pena de 25 años, autorizado por la Ley 26200 y no 30 años como lo decidió el magistrado apoyándose en el Estatuto de Roma).

La Ley 26200 aparece interpretada en el voto de E. Raúl Zaffaroni en el caso "Estévez" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 8 de junio de 2010. Llegó al más alto Tribunal Federal una queja de la defensa de Estevez, quien había sido condenado a 34 años y 6 meses de prisión, por la Sala IV de la Cámara de Casación Penal, en pena única por varios delitos en concurso real. El agravio aducido por el quejoso fincaba en la atribución de arbitrariedad en la interpretación del art.55 del Código Penal (anterior a la reforma de Ley 25928), sintiendo conculcado el principio de legalidad (art.18 CN) dado que entendía que la Sala IV de la Cámara de Casación Penal había fijado tal monto en violación a la ley de analogía, esto porque la sentencia aplicó el art. 227 ter CP introducido por la Ley 23077, alegando la defensa de Estevez que los efectos

agravatorios de dicho art.227 ter CP están destinados exclusivamente para hechos vinculados a los atentados en contra de la Constitución Nacional y que no podía ser utilizado para influir sobre la construcción de la escala penal del concurso real.

La CSJN desestimó la queja, sostuvo que el a quo había realizado una de las dos alternativas interpretativas posibles respecto al máximo legal previsto para el art.55 CP, observando que la sentencia se adoptó con fundamentos de derecho común suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido. Así lo decidieron los Ministros R.Lorenzetti, E.Highton de Nolasco- C.Fayt- S. Petrachi- J.C.Maqueda y C.Argibay (los dos últimos según sus votos).

Por el contrario, el séptimo integrante, E. Raúl Zaffaroni, entendió que debía hacerse lugar a la queja y declarar procedente el recurso extraordinario, siendo su criterio que los autos debían volver a origen y el tribunal debía dictar un nuevo pronunciamiento, unificándose penas en un monto que no podrá exceder del máximo de 25 años repuesto por la Ley 26200.

Zaffaroni describe lo que considera "el desmoronamiento de la certeza histórica", trazando la evolución de lo ocurrido entre el Código Penal de 1921, las normas especiales dictadas con posterioridad y las reformas introducidas, aunque

puntualiza su crítica en la ley 23077 (posibilitaba imponer como pena máxima de prisión temporal del art.55 el monto de 37 años y medio e incluso 50 años), la ley 25892 (elevó de 20 a 35 años el requisito temporal para que el condenado a perpetua pudiera acceder a la libertad condicional, reformando el art. 13) y la ley 25928 (estableció en 50 años el máximo de pena en el art.55 CP).

El Dr. Zaffaroni postula volver a tal "certeza histórica", es decir que la pena máxima de pena temporal no sobrepase la pena temporal más grave de la parte especial, esto es, los 25 años previstos en el art.79 CP. A fin de encarar esta empresa afirma que, cuando el mandato de certeza constitucional ha sido abandonado por el legislador, es deber del juez repararlo en la medida de lo posible. Agrega que descartada la declaración de inconstitucionalidad, por inviable e imprudente, al magistrado le queda realizar una reconstrucción técnica o dogmática de las disposiciones legales en forma armónica y compatible con la jerarquía de valores que impone la Constitución. Entonces, asigna un papel fundamental a la Ley 26200, a la que considera "Ley base" para reconstruir el precitado mandato de certeza. Es una "Ley superior" y se impone reconstruir el sistema en base a la necesaria compatibilización de sus disposiciones con el conjunto en forma armónica y ordenada.

Escribe en su voto el Dr. Zaffaroni: "...Entre las normas posteriores a las leyes que introdujeron o dieron motivo a la lesión al mandato constitucional de certeza en el momento legislativo (23.077, 25.892 y 25.928), la ley 26.200 es la que debe considerarse como la ley ordenadora de base para la reconstrucción dogmática del sistema, por las siguientes razones: (a) tipifica los delitos de mayor contenido injusto de toda la legislación penal; (b) adecua las penas del Estatuto de Roma para los delitos más graves a las penas nacionales; (c) precisa el alcance de las penas máximas para esos delitos, modificando las indicadas en el Estatuto de Roma; (d) expresa con entera certeza la consecuencia penal que corresponde al máximo desvalor jurídico; (e) responde a la exigencia de un compromiso internacional asumido por la Nación; (f) por la formidable gravedad de las lesiones jurídicas que tipifica, debe ocupar el primer lugar en cualquier análisis sistemático de la parte especial, prioritario al que hasta 2007 ocupaban los delitos contra la vida desde el código de Tejedor; (g) no es admisible ninguna contradicción que subestime la magnitud del reproche correspondiente al enorme desvalor jurídico que expresa..." (p.19).

Seguidamente, el Dr. Zaffaroni describe las penas que establece la Ley 26200 para los delitos tipificados en el

Estatuto de Roma, elogia que dicha Ley no incorpora el máximo de 30 años del Estatuto a la prisión temporal, sino que lo reduce a 25 años. Esto importa - según su entendimiento- que regresa al máximo tradicional de la especie de pena, conforme lo establecía la versión original del art.55 del Código Penal. En definitiva, sostiene que la Ley 26200 introdujo una reforma estructural en nuestra legislación penal y con ella restableció, mediante la fijación de las penas para los delitos con el máximo de ilicitud concebible- y en particular el genocidio- las escalas tradicionales del Código Penal: 25 años de pena máxima en el art.55 CP y 20 años para el pedido de libertad condicional en el caso del art.13 CP y sin necesidad de declarar ninguna inconstitucionalidad (p.22). Según su parecer, cualquier solución contraria importaría admitir que la pluralidad de cualquier delito es más grave para la ley argentina que la destrucción de millones de vidas humanas (p.23). Como remate de todo lo antedicho, manifiesta que la Ley 26200 es derogatoria y se aplica por el principio de retroactividad más benigna.

Con todo el respeto que merece un penalista y criminólogo de la talla de Zaffaroni, y obviamente guardando las correspondientes distancias, le cabe el mismo reproche realizado por la jueza Carina Álvarez en "Tolaba" al temperamento volcado por la Dra. Lorenzo en "Marillán" y cuya

aplicación pidió la defensa: un juez fallando bajo esos parámetros está legislando. A lo que nos interesa, Zaffaroni y Lorenzo ignoran la Ley 25892 que modificó el art.13 CP el 26/5/2004 y no conceden la libertad condicional al condenado a perpetua a los 35 años sino a los 20 porque la Ley 26200 la habría derogado.

Hay cierta mezcla en la respuesta a dar al pedido de la defensa de Hernández. Así porque ha sido la misma defensora la que traído confusión. Lo que sostienen Lorenzo/Zaffaroni, el fallo "Díaz" y lo que terminó solicitando la Dra. Lazzarini son tres soluciones distintas: los primeros peticionan una libertad condicional a los 20 años, la sentencia "Díaz" a los 30 años y, la defensora, pide que a los 25 años se revise la condena (tomando el art.100 inc.3 del Estatuto de Roma). En cierta forma, como critica también Piedrabuena en el voto comentado, la Dra. Lazzarini (aunque utiliza otras palabras) traza una equivalencia entre la revisión dispuesta en el Estatuto de Roma y el instituto de la Libertad Condicional. Esto es así porque de lo contrario no peticionaría la declaración de inconstitucionalidad del art.14 CP y de la Ley 56 bis de la Ley 24660.

La defensora también se apoyó en "Calello" pero este fallo es contrario a sus intereses y deniega el pedido de aplicación del Estatuto de Roma y de la Ley 26200. .

A pesar de lo anterior, y para ir concluyendo, se impone el rechazo a la aplicación de la Ley 26200, de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que fuera aprobado e incorporado a nuestra legislación por la Ley 25390, a la situación de Hernán Juan Evangelista Hernández.

De todas las razones entregadas en sus fallos por el ex juez Diego Piedrabuena (confirmado por unanimidad por el Tribunal de Impugnación) y por la jueza Carina Álvarez, en "Calello" y "Tolaba", respectivamente, quiero resaltar la razón más contundente y que es ignorada tanto en "Estévez" como en nuestro "Díaz": lo que expresamente dice la varias veces citada Ley 26200 en su artículo 2.

Un profesor de la Universidad de Buenos Aires, Alexis Rodrigo Laborías, analiza la implementación en Argentina del Estatuto de Roma, describiendo todo el proceso que va desde el año 1998 en que se celebró la Conferencia de Roma (incluso menciona que en 1996 y 1997 trabajó un Comité Preparatorio con activa intervención de nuestro país) hasta la sanción de la Ley 26200 el 13/12/2006, realizando un prolijo repaso de los anteproyectos que sucedieron a la sanción de la Ley 25390, en noviembre de 2000, que aprobó el texto del Tratado para luego producirse el depósito del instrumento de ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas el 8/2/2001.

Alexis Laborías analiza la estructura de la Ley 26200 y realiza un estudio particularizado de la misma y, lo que me interesa resaltar, es lo que señala como "objeto de la Ley" en el comentario al **art.2: "...el art.2 da un criterio de especificidad, determinando que el sistema penal que se prevé en el Estatuto y la Ley solo se aplica a los delitos que sean competencia de la Corte Penal Internacional. Sus disposiciones, por tanto, no pueden extenderse, mediante la analogía u otro procedimiento similar, a los que podríamos llamar delitos comunes, que siguen regulados por el Código Penal y sus leyes complementarias..."** ("Lecciones y ensayos, nro. 88, 2010, www.derecho.uba.ar/publicaciones p.57).

Por todo lo antes expuesto y habiendo escuchado a las partes corresponde dictar la prisión perpetua de Hernán Juan Evangelista Hernández, juntamente con la accesoria legal (art.12 CP), la declaración de tercera reincidencia (art.50 CP) y la imposición de las costas procesales, además de rechazar la aplicación del Estatuto de Roma y la Ley de implementación 26200 y la petición de declaración de inconstitucionalidad de los art.14 del CP y 56 bis de la Ley 24660; por todo ello,

RESUELVO:

I. Imponer a Hernán Juan Evangelista Hernández la pena de Prisión Perpetua (art. arts. 79, 80 inc. 2do., 41 bis, 45 y

55 del Código Penal y art.179 y 202 del CPP) y la accesoria legal del art. 12 del Código Penal y **Costas** (art. 268 CPP).

II. Declarar la tercera reincidencia de Hernán Juan Evangelista Hernández, de acuerdo a lo establecido en el art. 50 del Código Penal.

III. No hacer lugar a la aplicación del Estatuto de Roma y la Ley de implementación Nro. 26200.

IV. No hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal y del art.56 bis de la Ley 24.600.

V. Firme que sea, notifíquese por intermedio de la Oficina Judicial, a las víctimas, en los términos del Art. 11 bis de la Ley 24.660, consultándole si desean ser informadas acerca de los planteos referidos a la ejecución penal del condenado, haciéndole saber que en su caso deberán fijar un domicilio, podrán designar representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirán las comunicaciones.

VI.- Regístrese, notifíquese y protocolícese. Requiérase a la Oficina Judicial para que, firme que sea, se practique cómputo de pena y planilla de costas, dándose debida intervención a la Sra. Juez de Ejecución Penal.

