

SENTENCIA nº 3/2023. IMPOSICIÓN DE PENA.

En la ciudad de Santa Rosa, capital de la provincia de La Pampa, a los 17 días del mes de febrero de dos mil veintitrés, en la sede de la Audiencia de Juicio de Santa Rosa, se constituye el Tribunal conformado por la jueza Alejandra Ongaro -Presidenta-; y los jueces Daniel Sáez Zamora y Andrés Olié, a fin de resolver la imposición de pena de la sentencia nº 3/2023.

1. El día 2 de febrero se dictó el auto interlocutorio de culpabilidad nº 3/2023, en el cual se declaró la autoría y responsabilidad penal de Magdalena Espósito Valenti por la comisión del delito de homicidio triplemente calificado por el vínculo, alevosía y ensañamiento (artículos 80.1 y 80.2 del C.P.), en perjuicio de Lucio Dupuy (punto segundo); y de Abigail Páez por la comisión del delito de homicidio doblemente calificado por alevosía y ensañamiento, en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal por vía anal, ejecutado con un objeto fálico, agravado por tratarse de la guardadora y por haberse cometido contra un menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente, como delito continuado (artículos 80.2, 55, 119 primer y tercer párrafo e incisos b) y f) del cuarto párrafo y 55 – a *contrario sensu*-, ambos del C.P.), en perjuicio de Lucio Dupuy (punto tercero).

2. Conforme lo dispuesto en el punto quinto del resolutivo aludido, con fecha 13 de febrero se realizó la audiencia de debate sobre la pena, en la que participaron en representación del Ministerio Público Fiscal la Dra. Verónica Ferrero y el Dr. Maximiliano Paulucci; como Querellante Particular lo hizo el Dr. Mario Aguerri; por la defensa de Abigail Páez lo hizo la Dra. Blanco Gómez; Magdalena Espósito Valenti contó con la defensa técnica de Pablo De Biasi y, la Asesoría de niños, niñas y adolescentes lo hizo con la intervención de la Dra. Graciela Masara.

3. Las partes ofrecieron la prueba de la que se valdrían en esta ocasión.

3.1 El Ministerio Público Fiscal, en actuación 3273072 solicitó que para esta audiencia “se integre la totalidad de la prueba documental, testimonial y jurisdiccional producida en la primera etapa del debate ya sentenciado”.

3.2 Por su parte el querellante particular, en actuación nº 3281863, solicitó que se integre la totalidad de la prueba ya producida.

3.3 La defensa de Abigail Páez, en actuación nº 3274827, refirió que se valdría de la ya producida durante el debate, como asimismo, de lo informado por el Servicio Penitenciario de San Luis respecto de las circunstancias y condiciones personales de su asistida, documento que se encuentra agregado en actuación nº 3282391.

3.4 Lo propio realizó la defensa de Magdalena Espósito Valenti, en actuación nº 3276721, habiéndose acompañado el documento pertinente en actuación 3284079.

4. Iniciada la audiencia se tuvo por incorporada y producida la totalidad de la prueba ofrecida.

5. Al momento de realizar los alegatos las partes formularon las siguientes pretensiones.

5.1 La representante del Ministerio Público Fiscal requirió que, en base al auto interlocutorio de responsabilidad del 2 de febrero de 2023, se condene a las acusadas a la pena de prisión perpetua, con más las accesorias de los artículos 12 y 52 del Código Penal. Asimismo, que se registre la sentencia conforme al artículo 5º de la Ley 2547.

5.2 El Dr. Aguerrido hizo una genérica adhesión a la pretensión fiscal, ampliando los argumentos que –en su opinión- tornan aplicable al caso la reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del C.P. Señaló los antecedentes de aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado (Puccio y el caso de los doce apóstoles)

Indicó también que la reclusión por tiempo indeterminado fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, únicamente con relación al supuesto de multirreincidencia (artículo 52 C.P.).

Sostuvo que esta pena se impone no como una situación vinculada a la personalidad del acusado, sino en casos extremadamente graves, en los que el grado de reproche y culpabilidad son muy altos. Indicó al respecto varios párrafos del auto interlocutorio de culpabilidad que denotan precisamente esta situación (párrafos 53, 61, 65, 69, 70, 81, 82, 83, 85, 87, 90, 91 y 93).

Refirió las circunstancias que deben valorarse para imponer la reclusión por tiempo indeterminado. Considero que se debe tener en cuenta la personalidad moral de las condenadas; su actitud posterior al delito en la que Abigail Paez sostuvo una estrategia basada en la mentira; su declaración en la audiencia que obedeció simplemente una estrategia y no a un arrepentimiento concreto y en igual sentido lo actuado por

Magdalena Espósito Valenti, en cuanto a sus dichos y a los que refirió puntual en su declaración y en el ámbito del debate oral y en lo que hace a su actitud posteriores al delito que incluso la sentencia se encarga de relatar los distintos momentos dónde lo único que se verifica especialmente Espósito es una reacción de mucha frialdad absolutamente carente de emoción.

También los motivos que la impulsaron a delinquir; la naturaleza del hecho y sin duda todas las circunstancias que lo rodean, que si bien hablamos de un hecho ocurrido el 26 de noviembre del 2021, no puede negarse que se trata de un maltrato que por lo menos se extiende desde noviembre del 2020 hasta noviembre del 2021 para terminar completamente en la muerte de Lucio Dupuy.

Finalmente, la extensión del daño que excede la persona de Lucio Dupuy y se manifiesta en toda la familia, como asimismo la conmoción que el hecho ha generado a partir de las características particulares de víctima y victimario.

Estimó que están dadas las condiciones, de acuerdo a la naturaleza del hecho a la forma de comisión a los intervinientes, para que se aplique también lo dispuesto por el artículo 52 del C.P.

5.3 La defensora de Abigail Paez estimó que la pena solicitada por los acusadores es una pena que el tribunal por disposición convencional y constitucional no puede aplicar. Indicó que debe determinarse una pena cuantificada en tiempo, conforme la escala penal del artículo 79 del Código Penal.

Hizo un repaso por las sucesivas modificaciones sufridas por el código penal en sus artículos 13 y 14, que han provocado un endurecimiento de cumplimiento de las penas, particularmente de la pena perpetua.

La ley 27375 de 2017 estableció que todos los supuestos del artículo 80 quedarán excluidos de la posibilidad de obtener la libertad condicional; es decir que una persona condenada por un homicidio calificado no puede acceder a la libertad condicional. Tampoco puede acceder al régimen progresivo de la pena por disposición del 56 bis de la ley 24660, reformada por la misma ley 27375.

Señaló que, actualmente, una persona condenada a pena perpetua no tiene tratamiento penitenciario progresivo que le permita su resocialización, por otro lado tampoco está determinada la extinción de la pena como lo disponía el artículo 15 del Código Penal.

Se preguntó ¿cuál es el tiempo mínimo de cumplimiento de pena para que en este caso Abigail Páez pueda hacer sus peticiones a los efectos de poder volver al medio libre?. La prisión perpetua es una pena literal, material y realmente perpetua que a partir de la reforma de la ley 27375 ha dejado de ser una pena indeterminada cómo lo entendía Zaffaroni y toda la doctrina y ha pasado a ser una pena material y realmente perpetua donde la única posibilidad de extinción de la pena y de poder la persona salir de la cárcel es con su muerte.

El artículo 18 de la C.N. prohíbe los tormentos y entiende que hoy la pena perpetua tal cómo se encuentra legislada es una pena tormentosa.

Mencionó el fallo Giménez Ibañez en el cual la Corte dice que la pena privativa de libertad realmente perpetua viola la intangibilidad de la persona, en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Sostuvo que en el fallo Gramajo, el voto del Dr. Petracchi afirma que la prisión perpetua se justifica si en el tramo de ejecución el individuo puede volver al medio libre.

En el precedente Álvarez Ordóñez, el voto del Dr. Zaffaroni dice que el objetivo de la pena privativa de libertad es la reincorporación social; si la pena se agota irremediabilmente con la muerte, entonces no se cumple el objetivo y viola las disposiciones constitucionales.

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional y el artículo 15 de la Constitución Provincial son claros en cuanto a la responsabilidad funcional que le cabe a quienes sancionan con penas que sean inhumanas crueles y degradantes y esta calificación no es de esta defensa, sino acreditada doctrina.

La pena perpetua no puede ser aplicada a Abigail Páez por expresa disposición convencional (artículo 5.3 Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Citó también el fallo del Dr. Rebechi en los casos Castillo y AMC, en la cual declaró de oficio la inconstitucionalidad.

Atento que su asistida carece de antecedentes penales, su juventud, su comportamiento inmediato posterior al delito y el informe del Servicio Penitenciario

de San Luis, en relación al cumplimiento de las pautas de conducta, que se encuentra trabajando y estudiando, su comportamiento ante agresiones recibidas; solicitó que se le imponga el mínimo penal.

5.4 En esta misma línea se pronunció el Dr. De Biasi, ejerciendo la defensa técnica de Magdalena Espósito Valenti.

Solicitó la cuantificación de la pena, por cuanto resulta inconstitucional la imposición de la pena de prisión perpetua, en tanto el artículo 14 del C.P. impide el acceso a la libertad condicional. Sostuvo que ello viola el principio de readaptación social, el principio de humanidad de las penas, la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes y el Estatuto de Roma.

Indicó que la prisión perpetua viola el principio de culpabilidad porque impide graduar la pena en orden a la gravedad del injusto, como también la división de poderes, por cuanto el legislador se arroga esta facultad de los jueces.

Viola el mandato resocializador porque impide el retorno al medio libre que no solo es un derecho del condenado, sino una obligación del estado.

La prisión perpetua, tal como actualmente se encuentra regulada no se adecúa a las normas constitucionales y convencionales, en tanto genera un deterioro en la persona que atenta contra su dignidad, es una pena totalmente degradante.

A raíz de la modificación del artículo 14 (ley 27375), se trata de una pena que es materialmente perpetua.

Aludió al voto del Dr. Zaffaroni en la causa Estévez, en la cual se marca la contradicción con el Estatuto de Roma, en la que para delitos de lesa humanidad se fijan penas que no superan los 25 años de duración; mientras que para un homicidio calificado tenemos una pena perpetua.

Sostuvo que debe fijarse una pena conforme las reglas de los artículos 40 y 41 del C.P., conforme la escala prevista por el artículo 79 del mismo ordenamiento.

En conclusión solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, en tanto genera una pena de prisión materialmente perpetua; se fije la pena en el mínimo de la escala penal del artículo 79 C.P., conforme las pautas de los artículos 40 y 41.

Finalmente, también indicó la improcedencia de la pena prevista por el artículo 52 del C.P. en tanto se trata de una norma de naturaleza peligrosita y no de acto.

5.5 La representante del Ministerio Público Fiscal hizo uso del derecho de réplica.

Indicó que el agravio de la defensa no era actual, porque se están refiriendo a la imposibilidad de obtener la libertad condicional que es una circunstancia que eventualmente podría acarrearle perjuicio una vez que la sentencia quede firme y haya transcurrido el plazo del artículo 13 del C.P. para efectuar el pedido.

Hizo también hincapié en la división de poderes y la competencia del legislador para fijar la pena de prisión perpetua y las condiciones para obtener la libertad condicional. Sostuvo entonces la aplicación de la pena de prisión perpetua con la accesoria del artículo 52 del C.P.

5.6 En igual sentido, el representante de la querella sostuvo que resulta paradójico plantear que estamos frente a una pena de carácter tormentoso si tenemos en cuenta lo que hemos investigado y el interlocutorio responsabilidad respecto de el verdadero tormento que tuvo que pasar Lucio Dupuy hasta su muerte.

Señaló varios precedentes judiciales que confirman la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, siempre según su propia interpretación.

5.7 La Asesoría de niños, niñas y adolescentes sostuvo que conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 120) y a las funciones protectivas que ha tenido durante todo el desarrollo de este proceso respecto del bien jurídico tutelado (valor vida de Lucio Abel Dupuy) ha podido realizar el contralor en este juicio de cesura conforme a lo solicitado tanto por la señora fiscal como por el querellante particular, indicando que no tiene observaciones legales que formular a los planteos realizados y a las solicitudes efectuadas.

6. Preguntadas las acusadas si deseaban manifestarse ante el Tribunal, ambas indicaron que no.

7. Finalizado el debate y cumplido el proceso de deliberación, se mantiene el orden correspondiente al sorteo oportunamente efectuado, de modo que corresponde emitir el primer voto al Sr. Juez Andrés Aníbal Olié y luego al Juez Daniel Sáez Zamora y la Jueza Alejandra Ongaro.

9. El Juez Andrés Aníbal Olié dijo: atento la forma en que han sido plateadas las proposiciones en el contradictorio, resolveré lo atinente a la pena que corresponde aplicar, conforme el auto interlocutorio de culpabilidad nº 3/2023.

Comprensión de la criminalidad.

10. Conforme las reglas del artículo 34.1 del C.P. la imposición de una pena en el caso concreto se encuentra supeditada al reconocimiento de la capacidad de culpabilidad del condenado/a, que se manifiesta como *comprensión de la criminalidad*.

Al respecto, más allá de las características de la personalidad de las acusadas (apartados 69/72 del interlocutorio de culpabilidad), ambos psiquiatras indicaron que no se encontraban abarcadas en las previsiones del artículo 34.1 del C.P.

Por una parte, el Dr. Camilo Muñoz, en relación a Abigail Páez, refirió que “tiene nociones claras sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito, sabe que el hecho imputado constituye delito y conoce las responsabilidades que le corresponderían, es decir, comprende la criminalidad de sus actos y puede dirigir sus acciones” (prueba 41).

En el mismo sentido lo hizo el Dr. Telleriarte (prueba 42), en relación a Magdalena Espósito Valenti, quien concluyó que “no presenta signos ni síntomas de patología psicótica alguna o de haberla padecido en época reciente (demencia en sentido jurídico)”, concluyendo entonces que la misma comprende la criminalidad de sus actos y puede dirigir sus acciones.

Ambos confirmaron estas apreciaciones en sus declaraciones durante el debate oral.

En conclusión, ambas acusadas se encuentran en condiciones de ser sometidas a la imposición de una pena (artículo 34.1 parte final, en sentido contrario).

Prisión Perpetua

11. Las defensas solicitaron que no se imponga la pena de prisión perpetua, sino que se cuantifique la misma conforme la escala penal prevista en el artículo 79 C.P., aludiendo a la inconstitucionalidad de la misma, en razón de: a) la violación del principio de resocialización y progresividad de la pena, en tanto no admite la libertad condicional, lo cual constituye una pena cruel, inhumana y degradante; b) viola la división de poderes, en tanto impide a los jueces la individualización de la pena y c) viola el principio de proporcionalidad, ya que no permite a los jueces ajustar la pena a la gravedad del injusto.

12. Es oportuno resaltar la recurrente e inveterada posición de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, ya que las normas debidamente sancionadas y promulgadas, gozan de una presunción de legitimidad (Fallos 226:688;

242:73; 285:369; 300:241; 314:424); mas allá de las apreciaciones de mérito, oportunidad y conveniencia que sobre ellas se pueda hacer, o sobre su corrección técnica o jurídica. De este modo, la declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo puede admitirse como la *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos 247:387; 249:51; 303:248; 304:849, entre otros).

Además, para un debido y adecuado control de constitucionalidad, el máximo Tribunal de la Nación tiene fijado determinados estándares mínimos: a) clara individualización al caso o controversia (Fallos 301:911); b) contradicción manifiesta e irreconciliable con la Constitución Nacional (Fallos 322:842); c) irrazonabilidad evidente (Fallos 323:2409), d) sólidos fundamentos y desarrollo argumentales (Fallos 325:1201) y e) existencia de gravamen concreto y actual (Fallos 345:1325).

En el caso de marras, no se advierte la producción de ninguno de los presupuestos formales antes enunciados, especialmente la existencia de un agravio actual.

Adelanto que no habré de hacer lugar a la petición de las defensas por los siguientes fundamentos.

13. En primer lugar, la pretensión de trocar la pena de prisión perpetua en una temporal deviene improcedente, en tanto convertiría la actividad jurisdiccional en una pura creación de derecho, lo cual se encuentra constitucionalmente prohibido a los jueces, por cuanto es el Congreso de la Nación quien exclusivamente posee competencia para dictar el código penal, correspondiendo a los tribunales sólo la aplicación de tales normas (artículo 75.12 C.N. y 96 de la Constitución de La Pampa).

Por otra parte, si consideramos que ambas defensas han solicitado la individualización de una pena en la escala del homicidio simple, fácil es advertir que proceder de esta forma violaría palmariamente el principio de culpabilidad penal, en tanto el mismo exige proporcionalidad entre pena y gravedad del injusto; de modo que si a un homicidio agravado como el que aquí se juzga, pudiera corresponderle pena conforme la escala del homicidio simple, es evidente que la magnitud de la pena no representaría la del injusto cometido.

Este mecanismo ha sido intentado al momento de la ejecución de la pena, ya incluso habiendo adquirido firmeza la sentencia, habiendo sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia en agosto de 2019, en la causa Álvarez (Fallos 342:1376), mediante el rechazo de este tipo de procedimiento.

Allí el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n°4 resolvió que por imperio constitucional correspondía fijar un límite temporal a la pena única de reclusión perpetua y reclusión por tiempo indeterminado recaída respecto de Álvarez, a fin de que pudiera acceder a la libertad condicional. Lo hizo primero en treinta y siete años y seis meses de prisión (interpretación conforme el fallo Estévez -Fallos 333:866-) y luego, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, a partir del recurso de la defensa, la fijó en veinticinco años.

La Corte hizo lugar a la queja y revocó esta decisión, con expresa remisión a los argumentos del Procurador Fiscal, quien sostuvo –en lo que aquí resulta de interés- que si, en opinión del Tribunal “una pena realmente perpetua era inconstitucional, deberían haber declarado la invalidez de la regla del artículo 14 para, una vez liberados de ese obstáculo, haber aplicado las disposiciones de los artículos 13, 15, 16, 17 y 53 ...”.

Es decir, en cualquier caso, el mecanismo para salvar el agravio de las defensas nunca podría ser la transformación de una pena perpetua en temporal (lo cual, tal como dije afectaría la distribución de competencias constitucionales), sino la declaración de inconstitucionalidad de la norma que impide su revisión y el acceso al derecho a la libertad condicional.

14. El agravio siguiente se relaciona con la violación de principio resocializador que con jerarquía constitucional y convencional se impone en nuestro sistema jurídico, a partir del artículo 18 de la C.N., artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y artículo 10.3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

Este mandato resocializador implica que las penas privativas de la libertad deben propender a la reforma y readaptación social de los condenados, lo que denota la necesidad de que en algún momento el carácter perpetuo de la pena pueda ser revisado, usualmente mediante el mecanismo de la libertad condicional. Así sucedía en la sistemática originaria del código penal de 1921, con la única exclusión de los reincidentes (artículo 14 CP); excepción a la que luego se le sumaron varios delitos (entre ellos el artículo 80.7) y, finalmente, conforme la ley 27.375, la enumeración de las excepciones pasó a constituir la regla -negativa a obtener la libertad condicional- en los delitos que poseen pena de prisión perpetua. Solo quedaron al margen los tipos penales de traición a la patria (artículos 214 y 215), delitos también de suma gravedad

que –paradójicamente- admiten la libertad condicional a los 35 años de cumplimiento de la pena.

En el mismo sentido, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, al cual adhirió nuestro país (ley 25.390) y se dictó posteriormente la ley de implementación (ley 26.200), destinada a juzgar crímenes de lesa humanidad (artículo 5 del Estatuto), prevé la revisión de la pena de prisión perpetua a los 25 años (artículo 110 del Estatuto).

Es claro entonces que el mecanismo natural de revisión de la pena de prisión perpetua se materializa a través del instituto de la libertad condicional, amén de otras figuras que puedan aparecer reglamentados en el esquema progresivo de la ley de ejecución penal.

Sostuvo la Corte Suprema de Mendoza (en causa caratulada “incidente en auto FC/Ibañez Benavidez Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano E. P/homicidios calificados”, causa nº 159312, Plenario, de fecha 30 de diciembre de 2020) que “desde un punto de vista jurídico, no son en rigor “a perpetuidad”. 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 que la misma sea contraria a los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH”.

Dicho esto, se advierte en las fundamentaciones defensivas la ausencia de un agravio actual y concreto, dado que la cuestión planteada en cuanto a la imposibilidad de obtener la libertad condicional, en ésta instancia, resulta abstracta. La sentencia que se dicta solo será ejecutable una vez culminada la revisión integral del auto interlocutorio de culpabilidad por parte del Tribunal de Impugnación Penal; momento a partir del cual podrán articularse todas las cuestiones atinentes a la ejecución de la pena perpetua e incluso requerir el ejercicio de aquellos derechos que aparecen negados por disposiciones legales, si es que se sostiene su inconstitucionalidad (vgr. artículo 14 del C.P.), articulaciones que –por supuesto- no son ajenas al conocimiento de los defensores.

Solo allí el agravio que hoy exponen habrá adquirido actualidad. Por el momento se trata de expectativas futuras que -como tales- son mutables y por ende, existe la posibilidad de que llegado el momento se disipe el agravio que hoy se invoca, todo lo cual torna inadmisibles –por prematuro- su tratamiento.

En este sentido, el plenario de la Corte de Mendoza (ya citado en este apartado), sostuvo por una parte la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, mientras que también indicó que “los jueces en los casos concretos no pueden en el juicio o la revisión del mismo, bajo el argumento de analizar las consecuencias de la ejecución de la pena de prisión perpetua anticipar la competencia del juez de ejecución e introducirse indebida e inconstitucionalmente al tratamiento de su constitucionalidad o so pretexto de interpretarla y declarar por su forma de ejecución la inconstitucionalidad de la prisión perpetua o directamente declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P.”

15. No es correcto afirmar que la existencia de una pena única (prisión perpetua) para los supuestos del artículo 80 del C.P. viole la atribución de los jueces para individualizar la misma y el principio de culpabilidad penal.

Ya he resaltado que corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación el dictado de la legislación penal de fondo, lo que supone la competencia para determinar tipos penales y sus consecuencias jurídicas. Esa actividad es excluyente y se manifiesta mediante la creación de tipos penales, concretando el principio de legalidad en la materia.

Pero es claro también que no cualquier sanción puede vincularse con un tipo penal; este procedimiento requiere –en lo que aquí nos ocupa- que la máxima pena sea reservada para los delitos de mayor gravedad, o más técnicamente, al injusto culpable de mayor grado en la sistemática del código penal.

Al respecto ha sostenido la Suprema Corte de Mendoza (Plenario ya citado) que “... la determinación y previsión de la proporcionalidad genérica y abstracta de la pena - como respuesta estatal frente al delito- que se individualiza en la ley es de competencia exclusiva del legislador, resulta insoslayable que ese poder del Estado se encuentra plenamente habilitado para decidir ya sea conminar delitos mediante penas que sean de tipo divisibles o indivisibles. Es decir, sanciones penales cuya fijación temporal sea diferida al conocimiento y decisión del juez competente, quien asume cierto margen para determinar la pena aplicable al caso concreto, siempre dentro del límite legal definido por la escala penal respectiva; o, por otra parte, penalidades fijas que son insusceptibles, por su propia definición, de medición. En este último supuesto, es el legislador quien decide que determinados delitos -los más graves, en el caso de

nuestro Código Penal- sean amenazados con la respuesta estatal que aparece como la que concentra la mayor intensidad punitiva”.

Debe rechazarse entonces el cuestionamiento constitucional realizado a la prisión perpetua, en tanto pena indivisible o única, en tanto se trata de una potestad reconocida al legislador nacional.

16. Por supuesto que ello siempre a condición de que no se afecte el principio de culpabilidad, de modo que la sanción más grave del catálogo punitivo quede reservada para los injustos culpables de mayor intensidad.

Tal es el caso que nos ocupa, en tanto ambas acusadas han sido declaradas responsables del delito de homicidio triplemente agravado (en el caso de Magdalena Espósito Valenti) y doblemente agravado en concurso real con abuso sexual agravado (en relación a Abigail Paez). No sólo se trata del delito más severamente penado por nuestra ley sustantiva, sino que -además- fueron más de una las agravantes aplicables, lo cual denota una mayor carga de injusto.

Ese ha sido el temperamento seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Maldonado (Fallos 328:4343 -considerandos 13 y 14-) cuando sostuvo que “la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua”; agregando que esta pena “... se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible”.

17. En conclusión, estimo que la adopción de la pena de prisión perpetua, tal como se encuentra regulada en el Código Penal, independientemente de sus virtudes jurídicas -juicio de oportunidad o conveniencia que no corresponde a los jueces-, está dentro de las atribuciones de la potestad punitiva que la Constitución Nacional reserva exclusivamente al Congreso de la Nación. De esta manera, el Poder Legislativo Nacional ha determinado una pena fija para aquellos comportamientos delictivos de máxima gravedad, de modo que, ante su consumación y comprobada la autoría y

responsabilidad penal, la sanción penal ya se encuentra cuantificada y legalmente individualizada.

Por las razones indicadas, debe rechazarse el pedido de las defensas en orden a la inconstitucionalidad de la prisión perpetua.

Reclusión por tiempo indeterminado.

18. Las partes acusadoras reclamaron la imposición de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, prevista como posibilidad en el artículo 80 del C.P., cuando remite a lo dispuesto en el artículo 52 del mismo ordenamiento.

19. Al respecto corresponde señalar que tal pena no ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tribunal que en Gramajo (Fallo 329:3680) dejó expresamente aclarado que la inconstitucionalidad que allí declaró lo fue en relación a los casos de multirreincidencia y que “en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados ...” (apartado 29 del voto de la mayoría); reiterando más adelante que “La pena prevista en el art. 80 del Código Penal no está en cuestión en esta causa; lo que se cuestiona es la pena para multireincidencia por delitos menores del artículo 52” (apartado 30 p) del voto de la mayoría). Este criterio fue ratificado posteriormente en Álvarez (Fallos 342:1376 - considerando 10-).

20. Que el alcance estricto del fallo Gramajo -como precedente judicial- sea limitado a la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado, producto de la declaración de multirreincidencia, es consecuencia directa de que los tribunales judiciales solo resuelven ante la existencia de un *caso o controversia*; y precisamente éste era el caso de Marcelo Eduardo Gramajo quien fue declarado reincidente y se le aplicó la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del C.P.

Pero ello no impide tener en cuenta la doctrina que del fallo emana, no ya para examinar la constitucionalidad de la figura, sino la pertinencia de su aplicación, en tanto el artículo 80 del C.P. la refiere como una medida potestativa para los jueces, según su tenor literal.

En varios pasajes del extenso fallo, la Corte se refiere a la reclusión por tiempo indeterminado de un modo general, sosteniendo que “... la pena de reclusión indeterminada del art. 52 del Código Penal es una clara manifestación de derecho

penal de autor, sea que se la llame medida de seguridad o que se respete el digno nombre de pena, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad” (considerando 17).

El delito -por más grave que sea- no puede ser castigado con una pena de encierro perpetuo “un precio demasiado alto, que ni siquiera deben pagar quienes han cometido los delitos más graves de nuestro ordenamiento penal” (considerando 41 del voto concurrente del Dr. Petracchi).

Si el fundamento de la imposición de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado pretende ser hallada en la peligrosidad del condenado, choca evidentemente con el principio liberal que describe nuestro derecho penal como un derecho penal de acto (artículos 18 y 19 C.N., 9 de la CADH y 15 del PIDCyP), lo que naturalmente descarta la imposición de penas como manifestación del *derecho penal de autor*.

Pero aun considerando -tal como lo ha fundado el querellante en su alegato-, que se trata de un plus de pena, a imponer precisamente por la gravedad del delito (y entonces el fundamento es la culpabilidad), no es posible soslayar que posee un carácter *eliminatorio* o de *defensa social* que, en cualquier caso, pretende la extirpación del condenado de la sociedad; un ejemplo paradigmático de prevención especial negativa, como única finalidad. Ello, huelga decirlo, confronta con la finalidad de resocialización del condenado (artículo 18 de la C.N., artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos humanos y artículo 10.3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos).

Independientemente del nombre jurídico que se le asigne: sea medida de seguridad (Sosa, Fallos 324:2153-), o la más sincera de pena (Gramajo –Fallos 329:3680-, considerando 13); independientemente del fundamento que se le asigne (peligrosidad o culpabilidad), la consecuencia sigue siendo la misma: extender el período de privación de la libertad más allá del cumplimiento de la condena, imponiendo un plus de pena fijo, antes de acceder a la libertad condicional.

Al respecto sostuvo la Corte que “... fin de las medidas es preponderantemente de prevención especial negativa: evitar que en el futuro el sujeto siga cometiendo delitos. Pero no es posible justificar en la "prevención especial" una restricción genérica, tabulada, en la que la ley juris et de jure presume una peligrosidad cuya neutralización

requiere, por lo menos, cinco años de reclusión efectiva y cinco años más de sometimiento al control estatal de la conducta en libertad (Fallos 329:3680, considerando 28).

21. Por otro lado, la única consecuencia que posee la pena de reclusión por tiempo indeterminado (conforme la sistemática de los artículos 52 y 53 C.P.) -amén de su cumplimiento en establecimientos federales-, es que la libertad condicional solo podrá ser requerida luego de transcurrido 5 años del cumplimiento de la condena: se cumple la condena, luego cinco años más de la accesoria para quedar, en ese momento, en condiciones de obtener la libertad condicional, siempre que concurran las restantes condiciones del artículo 13 del C.P.

Con la redacción originaria de los artículos 13 y 14 del C.P., una persona condenada a la pena de prisión perpetua, con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado cumpliría veinte años (texto anterior a la ley 25892) o treinta y cinco años (artículo 13, según ley 25892), a continuación cinco años de la accesoria y recién luego estaría en condiciones de reclamar la libertad condicional.

Pero tal como ha sido reformado el artículo 14 del C.P. (ley 27375), en tanto niega la libertad condicional para la mayor parte de los delitos que merecen pena de prisión perpetua, en el plano estrictamente legal, la aplicación de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado no posee ninguna posibilidad de tornarse aplicable, por cuanto -insisto, dentro de la sistemática del código penal- nunca el condenado a prisión perpetua por el delito de homicidio agravado agotará su cumplimiento y, consecuentemente, nunca comenzará a transitar el encierro relativo a la accesoria del artículo 52 del C.P.

En conclusión, la reclusión por tiempo indeterminado, para los casos de multirreincidencia ha sido declarada inconstitucional en el precedente Gramajo; mientras que su aplicación a los supuestos del artículo 80 del C.P., ha quedado virtualmente derogada por la actual redacción de artículo 14 del C.P.

22. Concluyo entonces que la pena de prisión perpetua, más aún con la fisonomía que actualmente adquirió en el tramo de ejecución (ver apartado 14 de esta sentencia), es lo suficientemente representativa del gravísimo injusto cometido por las acusadas, debiendo imponerse la misma.

Concurso de delitos. Pena única.

23. En relación a Abigail Páez, en el punto tercero del interlocutorio de culpabilidad nº 3/2023, se resolvió su responsabilidad por el delito de homicidio doblemente calificado por alevosía y ensañamiento, en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal por vía anal, ejecutado con un objeto fálico, agravado por tratarse de la guardadora y por haberse cometido contra un menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente, como delito continuado (artículos 80.2, 55, 119 primer y tercer párrafo e incisos b) y f) del cuarto párrafo y 55 – a *contrario sensu*-, ambos del C.P.). A este respecto debe entonces resolverse lo atinente a la pena del concurso, conforme lo prescripto por el artículo 56, segundo párrafo del C.P., aplicándose únicamente la pena de prisión perpetua.

Acuerdo.

24. El Juez de Audiencia, Dr. Daniel Sáez Zamora, dijo: adhiero en un todo al análisis y valoración de las cuestiones de hecho y derecho efectuadas por el juez de audiencia Andrés Olié.

25. La Jueza de Audiencia, Dra. Alejandra Ongaro, dijo: adhiero en un todo al análisis y valoración de las cuestiones de hecho y derecho efectuadas por el colega preopinante.

En mérito del acuerdo que antecede, la Audiencia de Juicio de la ciudad de Santa Rosa, RESUELVE:

Primero: Rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua efectuado por las defensas técnicas.

Segundo: Condenar a Magdalena Espósito Valenti, de circunstancias personales ya referidas, a la pena de prisión perpetua con más la accesoria del artículo 12 del C.P., por la comisión del delito de homicidio triplemente calificado por el vínculo, alevosía y ensañamiento (artículos 80.1 y 80.2 del C.P.), por el que ya fue declarada autora penalmente responsable mediante interlocutorio de culpabilidad nº 3/2023, sin costas (artículos 346, 444 y 445 del C.P.P.)

Tercero: Condenar a Abigail Páez, de circunstancias personales ya referidas, a la pena de prisión perpetua con más la accesoria del artículo 12 del C.P., por la comisión del delito de homicidio doblemente calificado por alevosía y ensañamiento, en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal por vía anal, ejecutado con un objeto fálico, agravado por tratarse de la guardadora y por haberse cometido contra un menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente,

como delito continuado (artículos 80.2, 55, 119 primer y tercer párrafo e incisos b) y f) del cuarto párrafo y 55 –a *contrario sensu*-, ambos del C.P.), por el que ya fue declarada autora penalmente responsable mediante interlocutorio de culpabilidad nº 3/2023, sin costas (artículos 346, 444 y 445 del C.P.P.)

Cuarto: Firme o ejecutoria que se encuentre la presente, notifíquese al Registro de Procedimiento y Notificación de Antecedentes de condenados por Delitos contra la Integridad Sexual (artículo 346 del C.P.P.).

Quinto: Por intermedio de la Oficina Judicial, cítese al querellante particular a fin de cumplir con lo normado por el art. 11 bis, anteúltimo párrafo de la Ley nº 24660.

Sexto: Firme o ejecutoria que resulte la presente (artículo 381 CPP) ordénase la inmediata remisión de la sentencia al Juzgado de Ejecución Penal (artículos 427, 428 y concordantes del C.P.P.), a cuya disposición permanecerán las condenadas.

Séptimo: Integrar la presente sentencia de imposición de pena al auto interlocutorio de culpabilidad nº 3/2023, dictado con fecha 2 de febrero de 2023 (artículo 343 - último párrafo- del C.P.P.).

Octavo: Protocolícese, notifíquese y oportunamente cúmplase con la ley nº 22.117.