

Causa n° 26.350; “**Roman, Edgardo Omar y Soto, Justo Emiliano s/ Homicidio Calificado**”. Sala III.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 23 días del mes de marzo de dos mil seis, se reúne la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Deptal. en acuerdo ordinario, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 26.350, caratulada “**Román, Edgardo Omar y Soto, Justo Emiliano s/ Homicidio Calificado**”, y habiéndose efectuado el sorteo correspondiente, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Señores Jueces Daniel Mario Laborde y Marcelo Alfredo Riquert.

El Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

1).- En el caso: ¿Resulta inconstitucional la aplicación de la reclusión por tiempo indeterminado prevista en el proemio del artículo 80, en su remisión al art. 52, del Código Penal?

2).- En el caso: ¿procede de oficio la declaración de inconstitucionalidad de las accesorias legales que fueran impuestas?

3).- ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR

JUEZ LABORDE DIJO:

1- Cuatro postulados de la moderna Dogmática -en lo que al Derecho Penal nuclear se refiere- y una consecuencia común, principian y guían este voto.

Primero, que el devenir jurídico conjetural arroja constantemente, en simbiosis y sincronía, renovadas razones fundamentadoras que, por lo general, no son inmediatamente incorporadas a la aplicación del Derecho Penal en el hecho concreto. Como un permanente proyecto inacabado, cada peldaño ofrece visiones diversas que no resultan prontamente reconducidas a soluciones concretas, "...Porque la praxis y también la ciencia orientada a la praxis, bajo la inercia de la tradición, tienden a quedarse a la zaga de las pautas político criminales de la ley y la Constitución. Sin embargo, según

entiendo, el progreso de la dogmática reside en su desarrollo. Puesto que el legislador ha dejado (y necesariamente tiene que dejar) muchos ámbitos -sobre todo en la Parte General- a la interpretación concretizadora de la doctrina y la jurisprudencia, la dogmática cuenta con muchas posibilidades de desarrollo, que no tiene, por ejemplo, un modelo ontológico, basado en supuestas estructuras legales eternas..." (ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 63).

Segundo, el reconocimiento de la función teórica como "... la creación de una 'gramática internacional'... de la imputación penal..." (MUÑOZ CONDE, Francisco, "Dogmática penal afortunada y sin consecuencias", trad. del autor, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt, Francisco Muñoz Conde, coord., tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 229). Conforme allí se cita, el autor de la expresión remarcada entre virgulillas es Claus ROXIN, quien refiere la

globalización del Derecho penal en hipótesis futurable: "... la cooperación científica que existe entre los países individuales en el campo del Derecho penal, llevará a un mayor acercamiento entre los diferentes ordenamientos penales. Pues la reflexión común sobre nuestros problemas conduce, en muchos casos, a soluciones comunes... basadas en un consenso internacional y por ello más sólidas ..." (*Dogmática Penal y Política Criminal*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, pág. 447).

Luego, en esa proyectiva, señalo la sólida tendencia, cada vez más revitalizada e inherente a los Estados de Derecho, que incorpora a las garantías individuales como límite infranqueable de la respuesta estatal hacia el delito. "...la antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión entre prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal), empieza a no ser resuelta automáticamente a favor de la seguridad, de la prevención... Una evolución que, a mi entender, muestra rasgos significativamente dialécticos, y se plasma en *síntesis* sucesivas de signo ascendentemente humanitario y garantístico..." (SILVA

SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, págs. 13/4. (Cursiva en origen).

Como último pilar, aludo al rol del Derecho Penal como tenor de dichas garantías. “Este papel del Derecho como sistema de garantías... se funda en una característica estructural propia del actual Estado constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho de la producción del Derecho mismo... no sólo es producido por fuentes y en formas cuyo carácter democrático-representativo es posible garantizar, sino que también está programado en su contenido por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respeto y a la satisfacción de los derechos fundamentales. Gracias a esta característica, es el mismo «deber ser» del Derecho y no sólo su «ser» -su modelo axiológico y no sólo su existencia- el que ha sido positivizado como *Derecho sobre el Derecho*, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica (FERRAJOLI, Luigi, “El estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad”, en AA.VV.,

Corrupción y Estado de Derecho, El papel de la jurisdicción, trad. Perfecto Andrés Ibáñez [ed.], Madrid, 1996, págs. 22/3. Cursiva en la fuente).

Si las estructuras legales no son eternas, si el alcance de las mismas se mide hoy en la reflexión de alcance cosmopolita, si esa meditación va orientada a la perspectiva garantística y si las normas se renuevan en esa dirección valorativa, el unísono corolario que hoy se impone es el reexamen del encerramiento atemporal que en estos autos ha sido establecido. No adoptar esta actitud, importa la permanencia a la zaga de las pautas político-criminales que informa la Constitución. La reclusión por tiempo indeterminado, en cuanto disposición estatal coercitiva, restrictiva de derechos individuales y de contenido aflictivo, que el condenado Soto Preti debería -conforme a la decisión en la que he participado- comenzar a cumplir en el presente inmediato, debe ser nuevamente sometida al test de constitucionalidad, en las condiciones a que ha llegado la crítica nomológica. Adelanto que es para mí tiempo de cambios: habré de rectificar la opinión

que entonces he vertido, porque en los años transcurridos desde el dictado de la condena, las nuevas ideas y las nuevas palabras con que inicié estos fundamentos han ido ocupando nuestra experiencia sensible.

2- El camino procesal se encuentra en el artículo 315 inc. 5 del C.P.P. (t.o. ley 3589), en cuanto la sanción de una ley posterior al hecho juzgado pudiera disminuir su penalidad.

3- Previo al meollo sustantivo, otra consideración resulta menester. Versa sobre la naturaleza jurídica de la manda establecida en los artículos 80, proemio, y 52/3 del Código Penal.

La doctrina nacional se halla dividida en los alrededores de su medianía cuantitativa. Buena cuenta de ello ha dado ya el estimado colega Dr. Ricardo S. Favarotto ("La reclusión accesoria e intemporal a los pluriincidentes [del art. 52, CP], frente a las normas internacionales sobre Derechos Humanos" en *Revista Jurídica de Mar del Plata*, nº 2, 2003, Universidad FASTA, ed. 4º Milenio, págs. 231/5).

Sólo se trata, entonces, de tomar partido entre aquellos argumentos por los que se considera que la reclusión por

tiempo indeterminado es una pena, los que le atribuyen el carácter de medida de seguridad, y la posición ecléctica que sostiene que es una medida de seguridad que se cumple como pena.

Lo haré con la mirada puesta en la realidad que toca juzgar, valiéndome prioritariamente de una de las razones que se brinda como descripción de la ralea punitiva. Soto Preti cumple la sanción en la Unidad Penal XV. El día en que su reclusión perpetua se convertiría en reclusión por tiempo indeterminado, nada diferente sucedería en su vida de interno. Le acecharían los mismos peligros, y mantendría las mismas necesidades, que adjetivizan la forzada convivencia en prisión. Sustentaría los mismos vínculos propios: los mismos guardiacárceles le brindarían el mismo trato, y no cambiarían las pautas sobre liderazgo y actuación intersubjetiva por detrás de la última reja. Hoy, como ayer, nada útil haría el Estado por -siquiera- morigerar su presunta peligrosidad social. Manteniendo la esencia y el modo exteriorizado de la pena, si nada va a cambiar, el poder punitivo no puede pretender cambiarle el

nombre. Seguiría siendo una pena, y quien mejor lo sabría es Soto Preti. Nada menos que el destinatario de lo que aquí se decide.

Y tampoco existen, en Argentina, tratamientos individualizados para las modernas penas que requieren una ejecución especial, tal como parece ocurrir en algunos sitios extranjeros (ZAFFARONI, Eugenio R.- ALAGIA, Alejandro- SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., Ediar, Bs. As., 2002, pág. 949).

4- La reforma a la Ley fundamental, operada en 1994 (publicación por ley 24.430), incorporó al artículo 75 inc. 22 algunos tratados de Derechos Humanos, cuya mayor jerarquía respecto a las leyes comunes locales no se discute (GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 2da. ed., L.L., Bs. As., 2004, págs. 294 y 592). Esa expresa mención ha potenciado la voluntad legislativa de respetar las garantías consagradas en los conciertos internacionales, según el grado de desarrollo político- criminal allí alcanzado. De esta manera, nuestro país participa en aquella

gramática internacional de signo ascendentemente humanitario y garantístico.

Por su orden, figuran como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por ley 23.054) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*ídem*, ley 23.313). “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” reza el inciso 6 del artículo 5° de la primera disposición. “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” agrega el numeral 10.3 de la restante.

Pasados ya muchos años con Soto Preti en prisión, no se vislumbra, por lo ya dicho, que el cumplimiento de esa finalidad opere realmente en el régimen de reclusión por tiempo indeterminado que le hemos impuesto. Así, el alongamiento de su privación de libertad aparece como una accesoria vacua de contenido y por tanto del valor jurídico

necesario para justificarla. La norma (C.P., 80, proemio; 52) - deber ser sin modelo axiológico- queda aislada con su tinte mítico, opuesta a las imposiciones de mayor jerarquía que le asignaran su campo de aplicación y alterando el principio de culpabilidad como sustento y límite del poder coactivo.

Por lo expuesto, citas legales vertidas y de conformidad a lo prescripto en los artículos 316/8 del C.P.P. (t.o. L. 3589), propongo la declaración de inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado que le fuera impuesta en estos obrados a Justo Emiliano Soto Preti, disminuyendo su pena en tal dimensión.

Voto por la afirmativa.

A la primera cuestión planteada el Doctor

Riquert dijo:

1. Que, por compartir sus fundamentos y ser mi sincera y razonada convicción, adhiero al voto que antecede.

Sin perjuicio de ello, tratándose de la primera ocasión que tengo de expedirme sobre la cuestión traída a conocimiento, me permito adicionar unas breves

consideraciones personales que precisarán los alcances de mi opinión sobre el asunto.

Con relación a lo afirmado por el Dr. Laborde en su primer considerando, sólo puedo agregar que la postulación enlaza coherentemente con algunos de los precedentes que, aún cuando no se refieran a la cuestión aquí estrictamente ventilada, marcan una tendencia revisionista de esta Alzada que llevó al encausado por propia iniciativa (luego acompañada y fundada jurídicamente por su defensa técnica), con algún grado de confusión, a requerir este pronunciamiento (ver fs. 676/vta).

En efecto, el encartado (quien conforme cómputo de fs. 595/vta. se encuentra detenido ininterrumpidamente desde el día 15 de mayo de 1988), mezclando conceptos vertidos oportunamente por la Cámara en las causas Nros. 51.840 "*Prado, Javier Alejandro. Priv. Ileg. Lib. en conc. ideal.etc.*" (Sala 3, Reg. S 18/2004, fallo del 16/03/04, donde se resolvió revocar parcialmente la sentencia que con nota de automaticidad imponía las accesorias legales previstas en el art. 12 del Código Penal) y 40.224 "*Melchiori, Daniel O. s/homicidio*

calificado" (Sala de ferias, Reg. 66 R, fallo del 14/01/05., donde se decidió rever el cómputo de la pena impuesta al nombrado siguiendo la pauta fijada para la pena privativa de libertad de prisión en el art. 24 del C.P. atento la tácita derogación de la pena de reclusión según arts. 1, 16, 28, 75 inc. 22 de la C.N., XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8, 57, 107 inc. 2 y cctes. de la Ley 24.660), insinúa y, después, la Dra. Stadler perfecciona el reclamo de inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado accesoria de última condena en caso de reincidencia múltiple del art. 52 del C.P., que le fuera impuesta por sentencia del 6 de octubre de 1989 (firme desde el 18 de marzo de 1992, ver fs. 473/vta.).

2. Creo que, más allá de su carácter lego, la aludida "confusión" del encartado tiene su razón de ser, su lógica que, de algún modo patentiza en el considerando 4 del voto de mi distinguido colega. En efecto, allí, en síntesis dotada de suficiencia fundamenta su postulación por la favorable recepción al planteo, articulándola básicamente sobre la misma

columna vertebral analítica de los otros precedentes mencionados, cual es la relación entre el orden constitucional y el infraconstitucional, así como la trascendencia hacia este último (en el caso concreto, las regulaciones de naturaleza penal puestas en crisis) del “bloque constitucional” conformado por la propia Carta Magna y el sistema internacional tutelar de los derechos humanos, que participa de su jerarquía conforme el art. 75 inc. 22 de la primera. La cuestión ha sido sintetizada habitualmente bajo la conclusión de que el derecho penal argentino no puede ser distinto del que manda el orden constitucional argentino o, como mejor dicen los profesores Spolansky, *“la Constitución Nacional le pone un límite no negociable al legislador para organizar el sistema de la ley penal”* (en *“Contrabando, divisas y robo. Aspectos comunes: el bien jurídico protegido y la Constitución Nacional”*, pub. en L.L., T. 1991-A-1985), y Zaffaroni, Alagia y Slokar, *“el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional”* (en su obra *“Derecho Penal. Parte General”*, Ediar, Bs. As., 2000, pág. 183). Esto es claro porque,

como señalaba el querido maestro Germán Bidart Campos, “Una constitución es la **f fuente primaria y fundante del ordenamiento jurídico del estado**” (así, en “¿Qué es una constitución?”, pub. en la “Revista Argentina de Derecho Constitucional”, Año 1, N° 1, Ediar, Bs.As., 2000, pág. 7).

En esta dirección, he señalado antes que “Nuestro sistema jurídico se organiza con base en un ordenamiento constitucional rígido (cf. art. 30 C.N.): la Constitución es ley suprema y todas las demás normas jurídicas se le deben adecuar. A su vez, el concepto de supremacía de la Constitución se complementa con el de “control de constitucionalidad” pues sin este último, quedaríamos atados al romántico ideario revolucionario francés: concebir que la sola enunciación de un principio en el texto supremo garantiza su cumplimiento. La realidad demuestra que la efectiva vigencia, la operatividad de los derechos humanos transita por su garantía mediante un eficaz sistema de controles institucionales que permitan la supervivencia de la regla de la supremacía constitucional” y que “...la ambigüedad o quizás defectuosa

redacción del art. 75, inc. 22 C.N., que genera un esfuerzo interpretativo para definir el lugar de esos instrumentos en él enunciados conforme la reforma constitucional. Con Eduardo P. Jiménez, siguiendo una línea de pensamiento extendida en Alemania y España frente a circunstancias similares (Cf. Klaus Tiedemann, "Lecciones de Derecho Penal Económico", Ed. PPU, Barcelona, 1993, cap. III "Marco e Influencia Constitucional"), entendemos que los Tratados sobre Derechos Humanos no integran la Constitución, sino que solo tienen su jerarquía, en los términos del "test" propuesto por la propia Carta Magna, que los invita a actuar desde un escalón superior, complementando su articulado, a modo de pauta valorativa, que -por su jerarquización- resulta ser de interpretación obligatoria para los poderes públicos que los apliquen (me remito en cuanto a la fundamentación y explicación de los alcances de esta propuesta a lo expuesto en "Teoría de la Pena y Derechos Humanos", ya citada, cap. II, pto. G, págs. 105/119). Este modo de viabilizar a la nueva formulación normativa del texto supremo resguarda la regla originaria de la "supremacía de la constitución

textual", sintetizada por el art. 27 C.N. aún hoy vigente. En definitiva, los Tratados irradiarán toda su eficacia, como pauta directriz obligatoria, a los poderes públicos, aunque no podrían, en caso de confrontación, superar el mandato de la constitución textual. Asimismo, el Estado tendrá a partir de ahora no solo el deber de evitar que los Derechos Humanos sean violados por los poderes públicos -con expresa obligación para el legislador de respetar su contenido esencial-, sino que está obligado a establecer las condiciones para ello (deberá dictar y ejecutar las normas y políticas que posibiliten que las libertades públicas sean reales y efectivas)" (así, en "Justicia de Garantías, de Ejecución y Ministerio Público", Ediar, Bs.As., 2001, págs. 310/311; previo, en la obra con Jiménez ya citada).

3. De tal suerte, estas son las reglas que presiden la verificación requerida sobre el posible pasaje de lo normado por el art. 52 del CP a través del "cedazo" constitucional. Según ya ha explicado el preopinante, superado el discutido problema de la naturaleza del instituto, vale decir, si es "pena", "medida" o "algo mixto" (cuestión sobre la que el colega Dr. Favarotto se ha

explayado exhaustivamente en el trabajo de doctrina citado, donde además abundan las referencias jurisprudenciales y al que, sin dudas, remito por elementales razones de economía procesal), lo que concluye desde una perspectiva absolutamente realista en el primer sentido que, sin más, denuncia en todo caso un “*fraude de etiquetas*”, la respuesta es negativa.

Es que, como dicen los citados Zaffaroni, Alagia y Slokar, *“esta pena accesoria, que no guarda ninguna relación con el contenido injusto ni con la culpabilidad del delito a cuya pena acompaña como accesoria... no sólo es inconstitucional por violar el principio de mínima irracionalidad, sino también por su genealogía antirrepublicana e incompatible con la antropología constitucional, pues no es más que una síntesis de las viejas penas de deportación y de relegación”* (ob.cit., pág.904), *“...su origen es el de la pena de deportación y..., en realidad, es el resabio de la relegación eliminatoria, quedando identificado sólo nominalmente como reclusión, por el mero hecho de obviar el nombre poco presentable de **deportación**.*

*Todas sus características legales ratifican su naturaleza eliminatoria, tales como el originario cumplimiento en un **paraje de los territorios del sur...** (se refieren al tristemente famoso penal de Ushuaia, del que sólo se volvía por indulto presidencial)... y el sometimiento a un régimen especial” (ídem., págs. 905/906).*

En definitiva, como resalta el Dr. Laborde, la finalidad de “eliminación” no es compatible con la que las normas del bloque constitucional asignan a las penas (así, de la armonización de las previsiones de los arts. 1, 17, 18, 19, 27, 31, 33, 75 incs. 12 y 22, 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, y los arts. 3, 5, y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948); 1, 6, 7, 10, 11 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 23.313; 1 y 11 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Ley 23.338; 19, 37 y 40 numerales 1 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 23.849; y 4, 5, 6, 7 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, Ley 23.054), pudiéndose agregar que ni siquiera lo es con las de orden infraconstitucional que presiden la ejecución de

la pena privativa de libertad. En efecto, el art. 1º de la Ley N° 24.660 reza: *"La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada"*.

En el ámbito bonaerense, rigen los arts. 4 y 5 de la Ley de Ejecución de la pena privativa de libertad N° 12.256, que integran el cap. II del Título Preliminar bajo el rótulo de "Fines y Medios". El primero dice: *"El fin último de la presente Ley es la adecuada inserción social de los procesados y condenados a través de la asistencia o tratamiento y control"*, mientras que el art. 5 indica que *"La asistencia y/o tratamiento estarán dirigidos al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias inherentes a su condición de ser social, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus*

potencialidades individuales". A su vez, tiene correlación con lo establecido por el inc. 10 del art. 25 del CPPBA que dice: "El Juez de Ejecución conocerá... 10.- En la reeducación de los internos, fomentando el contacto del penado con sus familiares, y dando participación a entidades públicas y privadas que puedan influir favorablemente en la prosecución de tal fin; propendiendo a la personalización del tratamiento del interno mitigando los efectos negativos del encarcelamiento".

El contraste entre tales finalidades y el instituto criticado pone en evidencia su disfuncionalidad. Como apuntan Zaffaroni y Sal Llargués, *"la validez positiva no confiere per se razonabilidad o legitimidad material a los institutos de la ley vigente"* (cf. su comentario a los arts. 50/53 del código fondal en la obra de AAVV "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Zaffaroni y Baigún, ed. Hammurabi, Bs.As., 2002, tomo 2, pág. 215) y, en consecuencia, la solución propuesta por el Dr. Laborde se impone.

4. Finalmente, no paso por alto que, conforme mi anticipada adhesión a la propuesta del voto precedente, este resolutorio se aparta de lo sostenido por el más Alto Tribunal de la Nación in re “*Sosa, Marcelo C.*”, fallo del 9 de agosto de 2001, donde siguiendo el dictamen del entonces Procurador General, Dr. Nicolás E. Becerra, confirmó el criterio de la Sala 2º de la Cámara Nacional de Casación Penal (fallo del 14/5/98, pub. en J.A., 1999-II-517/523, por el que revocó la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 del C.P. declarada por el T.O.C. Nº 9 del fuero ordinario nacional).

No obstante la alta procedencia del precedente, debo resaltar que aparece oportuno el eventual nuevo test de constitucionalidad habida cuenta de la renovada conformación de la Corte Suprema. Téngase presente que ninguno de los jueces signantes del fallo *Sosa* la integra actualmente (fueron los Dres. Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez y, por su voto, Nazareno) y, además, que la línea interpretativa que esta instancia propiciara en la citada causa “*Melchiori*” se ha visto a posteriori corroborada por

la actual Corte in re “*Méndez, Nancy s/homicidio*” (causa N° 862, M.447.XXXIX, fallo del 22 de febrero de 2005).

Aprovecho esta última mención para contestar brevemente la objeción del Ministerio Público Fiscal a la procedencia del recurso extraordinario de revisión. El apego a la literalidad del inc. 5° del art. 315 del ritual adjetivo aplicable, aún coincidiendo con la tesis mayoritaria que es restrictiva en orden a las condiciones de interposición e interpretación (cf. Bertolino, “*Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*”, Depalma, Bs.As., 4° edición, 1993, pág. 429, con cita concordante a Vázquez Rossi), no puede ignorar que un precedente de la Corte Suprema nacional como el citado, si bien no es “*una ley posterior*” que disminuya la penalidad, está afirmando que la ley en función de la que se impuso una modalidad de pena no rige por tácita derogación. Sin dudas, no atender so pretexto de formalidad este orden de supuestos, es contradictorio con el propio sentido del recurso y únicamente funcional al sostenimiento de una injusticia material. No es a otra cosa a la que ha atendido el nuevo ritual provincial, Ley 11922,

cuando en la acción de revisión incorpora en el art. 467 (Procedencia), en el inc. 8º, el siguiente texto: *“Si la sentencia se funda en una interpretación de la Ley que sea más gravosa para el condenado que la sostenida por el Tribunal de Casación o la Suprema Corte de Justicia de la Provincia al momento de la interposición de la acción de revisión”*. La aplicación analógica in bonam partem luce ineludible.

Retomando la hilación, a todo ello debe adicionarse que también ha variado de titular la Procuración General y que el actual, Dr. Esteban Righi, ha expuesto en su obra *“Teoría de la Pena”* con relación a la norma del digesto sustantivo puesta aquí en crisis que *“consagra un aumento de punibilidad para los casos de reincidencia múltiple, es decir una consecuencia jurídica más gravosa para el condenado, a la que pueden formularse reparos desde la perspectiva del respeto al principio **ne bis in idem**”* (Hammurabi, Bs.As., 2001, pág. 221).

5. En función de lo expuesto, comparto la propuesta de declaración de inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado oportunamente impuesta al

condenado Soto, debiéndose ajustar su cómputo de pena en función de la que quedará vigente, vale decir, la de prisión perpetua (arts. 315 inc. 5º, 316 y cctes., Ley 3589).

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR

JUEZ DOCTOR LABORDE DIJO:

A la luz de lo resuelto por esta Sala en “Prado, Javier” (RS 2004-1-18), sin perjuicio de las más abundantes consideraciones allí realizadas y a las que -a todo evento- me remito, puede concluirse que las accesorias legales que han recaído sobre Soto Preti le conculcan derechos civiles cuyo ejercicio cooperaría fielmente en la hipótesis de su libertad. Dicha accesoria no guarda relación alguna con la índole del delito por el que fuera condenado. Fluye, por tanto, evidente su infranqueable contraposición a la Carta Magna. En orden a lo normado en su art. 75 inc. 22, 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 3 y 5 ap. 2, segunda parte, 3 y 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 aps. 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, propongo,

en alcance limitado al supuesto bajo examen, el dictado de oficio de la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal, lo que conlleva la correspondiente morigeración de la pena.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el Doctor

Riquert dijo:

1. Debo asimismo adherir en iguales términos a la postulación del preopinante a esta cuestión. Sin embargo, corresponde que aclare las razones por las que entiendo que ello no contradice lo oportunamente dispuesto en la citada causa "Prado".

En aquel precedente, al igual que aquí, en el primer voto el Dr. Laborde se inclinó por la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 del C.P. La mayoría, integrada por quien suscribe y el Dr. Fortunato, luego de admitir la posibilidad de tal declaración en forma oficiosa, concluyó en la innecesariedad en el caso concreto de la apelación en tratamiento, optando por la directa revocatoria de la sentencia considerada habida cuenta la automaticidad con que se

impusieran tales accesorias legales, prescindiendo de la justificación de su procedencia. Me remito a los extensos votos citados en los que se explican las razones de lo sintetizado, economizando su reproducción.

En lo que aquí interesa, la diversidad recursiva hace que no nos encontremos frente a situación análoga. Así, sin cambiar mi opinión vertida en "Prado", no advierto en el caso que ahora nos ocupa otro camino que consagre la igualdad de tratamiento de condenados que la declaración de inconstitucionalidad singularmente respecto de Soto, ya que las penas accesorias del art. 12 del código sustantivo importan un irrazonable ejercicio de poder punitivo impuesto sin atender el debido proceso de individualización de la pena, que provoca que en la situación concreta se violente los dispositivos constitucionales ya individualizados en el voto anterior.

2. Conforme lo expuesto y con el particular alcance indicado, entiendo debe morigerarse la pena oportunamente impuesta a Soto excluyendo también las accesorias legales del art. 12 del C.P., inconstitucionalmente

aplicadas en el caso analizado. El encuadre de la situación en las previsiones del art. 315 del rito se sustenta del mismo modo que explicara en el considerando 4 de la primera cuestión.

Así lo voto.

Con lo que finalizó en Acuerdo, en mérito a cuyos fundamentos el Tribunal **RESUELVE:**

1º) Declarar *la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado, prevista en el proemio del artículo 80 en su remisión al art. 52 CP., que le fuera impuesta en estos obrados a Justo Emiliano Soto Preti (Artículos 1, 17, 18, 19, 27, 31, 33, 75 incs. 12 y 22, 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, Artículos 3, 5, y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1.948); 1, 6, 7, 10, 11 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , Ley 23.313; 1 y 11 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Ley 23.338; y 4, 5, 6, 7 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica-, Ley 23.054). Sin costas, cf. art. 70 CPP.*

2º) Declarar, de oficio, la inconstitucionalidad del Art. 12 del CP. y, en función de ello, revisar la citada sentencia excluyendo la imposición de accesorias legales al condenado Soto Preti (Artículos 75 inc. 22, 27 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 aps. 1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

3º) Y regular los honorarios profesionales de la Dra. Eva María Patricia Stadler en esta instancia, en la suma de 4 (cuatro) Jus, atendiendo la calidad del escrito de fs. 698/699vta. y la presentación de fs. 693 (Dec. Ley 8.904/7; 1, 9, l-16, 16, 22, 28).

Notifíquese, Regístrese.

DANIEL MARIO LABORDE

MARCELO ALFREDO RIQUERT

Ante mí:

Marcelo Esteban Zarlenga

Secretario