

## **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 4 de octubre de 2006, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Soria, Hitters, Pettigiani, de Lázzari, Negri, Kogan, Roncoroni**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 68.706, "N. , E. . Incidente. Cómputo de pena".

## **A N T E C E D E N T E S**

La Sala IV de la entonces Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de La Plata resolvió que la pena impuesta a E. N. en la causa 85.549 vence el día 7 de febrero de 2013.

El señor Defensor Oficial interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Procurador General, dictada la providencia de autos y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema corte decidió plantear y votar la siguiente

## **C U E S T I O N**

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

## **V O T A C I O N**

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:**

1. El señor Defensor denuncia que "N. fue condenado a 20 años de reclusión pero por aplicación del

art. 24 del C.P., deberá cumplir 21 años", al computarse por dos días de prisión preventiva uno de *reclusión durante los dos primeros años* (art. 7, ley 24.390), y que "[d]e esta manera" se "vulnera las garantías de igualdad y razonabilidad [de los] arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional", ya que se "desconoce el carácter de medida cautelar de la detención preventiva" (v. fs. 41 vta. y 42 v su vta.).

2. Nuestra legislación penal conoció diversas penas privativas de la libertad, que -se puede decir- arrancan en el Código Tejedor que en su art. 90 contemplaba las penas de *presidio, penitenciaría, prisión y arresto* y que se repiten en todos los proyectos posteriores hasta el Proyecto de 1917 y el Código Penal vigente de 1921 que las reducen a sólo dos: *reclusión y prisión*.

La diferencia entre las penas privativas de la libertad contenida en la legislación anterior al Código de 1921 radicaba en su modalidad de ejecución, es decir, la razón de ser de las mismas estaba en que se cumplían de modo diferente.

Así, la pena de *presidio* importaba la realización de trabajos públicos para el Estado en exteriores, duros y penosos, con cadena a la cintura, etc.

La pena de *penitenciaría* implicaba trabajos forzados pero dentro del perímetro y sin cadena.

Mientras que, la pena de *prisión* se cumplía en cárceles, y en general se trataba de penas que iban desde

uno a tres años, y que permitía a los internos ocuparse libremente en trabajos. Las mismas resultaban conmutables por servicios a las armas.

La pena de *presidio*, y en menor medida también la pena de *penitenciaria*, arrastra consigo el carácter de pena infamante. Con ella se buscaba evidenciar la infamia de quien había cometido un delito, exponiéndolo al público y sometiéndolo a trabajos durísimos, encadenado a la cintura y pies y recibiendo sanciones que podían implicar la reducción de la ración alimentaria.

Este carácter infamante y aflictivo de la pena de *presidio* hacía que los mismos Códigos y/o proyectos previeran normas mediante las cuales se establecía que esta pena no se podía aplicar a mujeres, ancianos, enfermos y niños.

La pena de *presidio* y la de *penitenciaria*, importaban en su ejecución y modalidad de cumplimiento una severidad e infligían un dolor mucho mayor que la que importaba la pena de prisión. Un día de prisión no era igual a un día de *presidio*. Esto era un dato de la realidad.

Esta mayor severidad en el cumplimiento de la pena de *presidio* explicaba la existencia en los proyectos anteriores al Código vigente de normas que contemplaban una forma de cómputo de la prisión preventiva diferenciada, según que la condena finalmente impuesta haya sido de *presidio*, *penitenciaria* o prisión.

Así, por ejemplo, el proyecto de Villegas Ugarriza y García (1881) decía: "Art. 50 ...en los casos

de aplicación de penas temporales o pecuniarias se tendrá en cuenta la detención sufrida durante la causa, imputándose a razón de 3 días de detención por 1 de presidio, 2 de detención por uno de penitenciaría y 1 por 1 de prisión o arresto, o por pesos fuertes en caso de multa" [...].

El carácter de pena infamante y aflictiva del presidio -y en parte de la penitenciaría- pasó a la pena de reclusión del Proyecto de 1917 y del Código Penal de 1921, actualmente vigente.

Ello se evidencia a partir de lo establecido en el art. 6 en cuanto sostiene que: *"la pena de reclusión, perpetua o temporal se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueran contratadas por particulares"*.

Reafirma la condición de pena aflictiva el art. 7° al establecer que: *"los hombres débiles o enfermos y los mayores de 60 años que merecieran reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento"* (conf. artículo publicado en la página web de la defensa pública:

[www.defensapublica.org.ar](http://www.defensapublica.org.ar) CEDEP/ Instituto de Ciencias Penales, Por José María Hernández-Agustín Matías Lavallo-Juan Pablo Gomara).

Históricamente, "La doctrina sobre el particular, no ha sido uniforme. Carrara refiere la

existencia de cuatro sistemas relativos, a la materia: uno, al que denomina político, que no consiente el cómputo de la prisión preventiva; otro, que llama jurídico, por el cual el cómputo *debe ser hecho siempre*; el tercer sistema, llamado empírico, por el cual se deja al arbitrio del juez la facultad de descontar o no de la pena, la prisión preventiva sufrida; el cuarto sistema, que es el ecléctico, divide la prisión preventiva en dos períodos, de los cuales uno es debido, y no ha de reputarse; y otro es indebido, por lo que es fuerza computarlo" (conf. Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, T. I, pág. 604).

El sistema vigente en nuestro país, es una modalidad del ecléctico, con origen en el Proyecto de 1881, adoptado con variantes en el Código de 1886, que tomando la totalidad de la prisión preventiva, la computa de distinta manera, según sea la pena de *prisión* o *reclusión*.

3. Ahora bien, puesta en crisis la constitucionalidad de la norma por el recurrente y teniendo en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos, el "[e]xámen [por vía de principio] no ha de incluir la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos o si debieron elegirse esos u otros procedimientos (199:483; 277:147, entre otros), sino [...] un pronunciamiento acerca de la razonabilidad de los medios empleados, es decir, si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, si es o no admisible la

consiguiente *restricción de los derechos individuales afectados*" (conf. C.S. "I. , J. M. " sentencia del 12 de septiembre de 1996).

Se establece en el art. 28 de la Constitución nacional: "[l]os principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

4. Indagando sobre los derechos fundamentales en juego, tenemos que el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a la Constitución nacional por el art. 75 *inc. 22 en la reforma del año 1994* en su art. 7 establece:

"[...] 5. -Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.- Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparencia en el juicio".

De este texto, entre otros, deriva la *naturaleza excepcional y cautelar de la prisión preventiva*, que podría estar justificada -mediando elementos adicionales-, para asegurar la comparencia del imputado a juicio en los casos que existan indicios de posible fuga o cuando la libertad durante la etapa preparatoria del juicio, importe un riesgo para la colecta de la prueba, ya que compromete la posibilidad misma de su realización.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo "[en este sentido, [que] la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica ("Fallos", 318:514, consid. 11 párr. 20)- ha consagrado, dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una *medida cautelar*, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación al principio de inocencia (8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1 del Pacto Internacional de *Derechos Civiles y Políticos* (conf. Caso S. R. , sentencia del 12 de noviembre del 1997, párr. 77)" (Nápoli, Erika E. diciembre 22-1998).

El principio fundamental que regula toda institución de la detención preventiva es *el principio de excepcionalidad*. En este punto, se ha afirmado que el principio intenta "evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo...con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es *propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia*". El carácter *excepcional* del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme

(principio de inocencia): "El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria".

El carácter excepcional de la detención procesal está expresamente establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9, n° 3, que dispone: "La prisión preventiva no debe ser la regla general". El conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en el párrafo 2 del principio 36, establece: "Sólo se procederá al arresto o detención... cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención...". La regla 6, n° 1, de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) destaca que "En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso..." En el mismo sentido, el principio 39 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: "Excepto en casos especiales indicados por la ley, toda persona tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a



la libertad en espera del juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho".

La doctrina de la C.I.D.H. destaca, en este punto, que el "interés del Estado ... no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona... En este sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica sólo en casos excepcionales..." (conf. Bovino, Alberto; "Problemas del derecho procesal penal contemporáneo", Editores del Puerto, pág. 149).

5. No está discutido en doctrina, que acreditada su necesidad, se compute el tiempo de la prisión preventiva en el monto de la pena privativa de la libertad. El problema se suscita cuando debido al régimen de penas paralelas el juez opta por la reclusión, y queda fuera de esta modalidad, parte del tiempo que el imputado estuvo cautelado sin sentencia.

En el **sub lite**, un año.

6. Ante la elección por parte del Juez del régimen de cumplimiento más severo, y la imposibilidad fáctica de aplicar retroactivamente lo dispuesto en los arts. 6° y 9° del Código Penal sobre las cualidades de los establecimientos, el legislador en el art. 24 del Código Penal decidió "*compensar*" o simplemente contar el periodo "no cumplido" de la prisión preventiva, computando por dos días de ésta, uno de reclusión.

La pregunta es entonces, si el principio de excepcionalidad, que representa la detención preventiva ha quedado o no alterado.

Siguiendo un itinerario lógico, deberíamos establecer previamente, cuál es el contenido inalterable o núcleo duro del derecho fundamental en cuestión, para luego examinar si la medida en cuestión interfiere o no en él. En especie, dicha operación puede obviarse, porque el derecho fue sencillamente mutado.

7. Sentado el indiscutible carácter excepcional y cautelar de la prisión preventiva, suprimir un período de su *cumplimiento -sea cual fuere su fin-*, excede el marco de razonabilidad antes señalado, pues en los hechos, se vacía de contenido el lapso de detención no computado.

El legislador al seleccionar el criterio del "no cómputo", o computar "1 x 2", hace que la detención pierda su naturaleza "excepcional y cautelar", y se convierta en un "plus de pena", para zanjar la estéril tarea de querer aplicar una modalidad de pena con carácter retroactivo.

Como "[l]a ejecución de la pena privativa de libertad, **en todas sus modalidades**, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad...", "... utiliz[ando], **de acuerdo con las circunstancias de cada caso** (condena ex post a reclusión), todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada" (art. 1 de la ley 24.660), sin pretender dar soluciones, no puedo dejar de advertir que

el problema es de lógica binaria: se recupera durante el tratamiento el tiempo innegablemente perdido en la prisión preventiva, o se compensa la menor aflictividad.

Además, tal pretensión legislativa, impide al imputado un adecuado ejercicio del derecho de defensa, ya que al prorrogar con su actividad recursiva la prisión preventiva, computada al "50 por ciento", se lo obliga a realizar antes, un balance de costos y beneficios incompatible con el debido proceso (art. 18 de la C.N.).

8. Denuncia finalmente el Defensor que los arts. 7 y 8 de la ley 24.390 violan el principio de igualdad cuando "a partir de los dos años se comput[a] un día de prisión preventiva como cumplimiento de dos días de prisión, al no regul[ar] tal ventaja para el condenado a reclusión" (fs. 25 vta.).

Pero, la queja en este tramo es insuficiente.

Computándose la prisión preventiva sufrida en el lapso indicado, y *habiendo un criterio político criminal objetivo* para otorgar el computo privilegiado, el recurrente no demostró, que la normativa genere desigualdades, ni que en los hechos, el imputado las haya sufrido (art. 355 del C.P.P., según ley 3589 y su modif.).

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al pedido de inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal, sólo, en cuanto dispone que por dos días de prisión preventiva se computará uno de reclusión.

Voto parcialmente por la **afirmativa.**

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor**

**Soria dijo:**

1. Adhiero al voto del doctor Genoud con el alcance que resulta del presente.

2. Contra el pronunciamiento de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Plata que aprobó el cómputo de vencimiento de pena practicado por el Actuario (v. fs. 35/36 vta.), el Defensor Oficial interpuso el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley bajo estudio (fs. 40/45).

a. Sostiene, en primer lugar, que "[a]l aplicarse el art. 24 del Código Penal [del modo en que lo hizo el **a quo**] a los fines del cómputo de la pena se han violado los arts. 16 y 28 de la Constitución nacional, al establecerse una desigualdad entre procesados detenidos sin razón alguna" (fs. 41 vta.). Pues, habiendo sido condenado E. N. a cumplir 20 años de reclusión, por aplicación del mentado art. 24 "deberá cumplir **21 años**" [destacado en el original]. Si bien reconoce que "el legislador puede -desde luego- establecer distintas especies de penas con diversos contenidos -v.g. que la reclusión no permita la condena de ejecución condicional, que se ejecute en lugares y con modalidades distintas, etc.- ...", afirma que "... no puede arbitrariamente decir que dos años de detención [cautelar] deban computarse como uno sólo a los fines del cumplimiento de la pena impuesta" (fs. cit. y 42, primer párrafo).

Arguye que tal diferenciación -"generada a partir de una condena a reclusión"- "viola los principios de igualdad y razonabilidad al establecerse una

distinción para personas que estuvieron detenidas en iguales condiciones", concluyendo que "[e]llo constituye un trato desigual para iguales" (fs. 42 vta.), a la par que "desconoce el carácter de medida cautelar de la detención preventiva y la prisión preventiva ..." (fs. 43 vta., último párr.).

b. De otro lado, refiere que otro tanto ocurre con los arts. 7 y 8 de la ley 24.390 al no otorgar al condenado a pena de reclusión la ventaja del cómputo privilegiado "dos por uno" que concede al que lo fuera a pena de prisión (fs. 44 y vta.).

Concluye peticionando la inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal en la parte cuestionada, y se disponga, en consecuencia, la realización de un nuevo cómputo de pena respecto de E. N. conforme a derecho (punto B.1 del petitorio; fs. 45).

3. En la especie, no corresponde examinar -pues no ha sido excitada en ese sentido la competencia de este Tribunal- la validez constitucional de la reclusión como especie diferenciada de pena, en tanto el planteo a dirimir estriba en la desigual imputación de la prisión preventiva establecida para esa modalidad (art. 24, C.P.).

a. Con ser cierto que por ser distintos los regímenes jurídicos de reclusión y prisión, también lo son, en principio, las consecuencias jurídicas que se derivan de imponer una pena u otra; no lo es menos que en atención a las garantías de igualdad, a la luz del derecho al recurso (arts. 8.2, h de la Convención

Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y de la presunción de inocencia, carece de razonabilidad el artículo 24 de la ley sustantiva en cuanto distingue el cómputo de la prisión preventiva del modo que sigue: "*La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión...*".

b. Lo relevante en la especie es que el sistema establecido en el citado artículo 24 reporta un trato desigual entre los procesados y los condenados a pena de reclusión, en perjuicio de los primeros, pese a que la presunción de inocencia (art. 18, C.N.) de que gozan que sólo debe ceder cuando exista una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada. Conforme a la norma censurada, a quien hubo de merecer pena de reclusión, mientras su sentencia no se halle firme, se le debería computar "por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión"; empero, una vez que su estado de inocente ha quedado definitivamente desvirtuado porque el fallo condenatorio adquirió firmeza, el cómputo será "por un día efectivo de cárcel, uno de reclusión".

Este incongruente modo de computar en forma más gravosa el tiempo asumido en prisión preventiva que el correspondiente al cumplimiento de pena, resulta irrazonable en función de la referida garantía constitucional (art. 18, C.N.).

c. Muy tempranamente este sistema de compensación ficta fue criticado por un amplio sector doctrinario. Peco, citando a Julio Herrera -quien se

opuso fervientemente a este régimen desde la aparición misma del Código (cf. su obra *La reforma penal*, Librería e Imprenta de Mayo, Bs. As., 1911, p. 242 y ss.)- observaba que "... sólo la deducción integral y obligatoria de la prisión preventiva, es el único sistema, justo y racional", debiendo descontarse la prisión preventiva por entero de toda pena privativa de libertad, cuando "el sufrimiento que entraña la privación de la libertad en la prisión preventiva, no difiere radicalmente del que presupone la pena definitiva" (cf. Peco, José, *La Reforma Penal Argentina de 1917-20*, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1921, págs. 237 y ss.).

Explicaba que como "... la prisión preventiva no importa una pena", sino que se trata de "... una simple medida de precaución para evitar la fuga del delincuente si fuese condenado, y de instruir mejor los procesos", afectando "por igual a inocentes y a delincuentes", aunque "en la realidad importa un verdadero sufrimiento" (cf. ob. cit., p. 238), nada hay que justifique ese trato desigual entre reclusos procesados y condenados, justamente en detrimento de los primeros, aún amparados por el *status* de inocentes.

Frente al indiscutible carácter *cautelar* y *excepcional* de la prisión preventiva, "suprimir un período de su cumplimiento -sea cual fuere su fin-, excede el marco de razonabilidad antes señalado, pues en los hechos, se vacía de contenido el lapso de detención no computado", convirtiendo el tiempo real de detención sufrido pero no computado en un "plus de pena".

Advertía también Peco otro inconveniente más de la solución contemplada en el art. 24 del Código Penal derivado del régimen de las penas paralelas. Con razón sostenía que del modo en que queda establecido el sistema "El juez queda facultado en los casos expresamente previstos para optar entre la reclusión y la prisión[,] [d]e suerte que el cómputo de la prisión preventiva, la mayor o menor duración de la pena queda librada al criterio del juez", lo que promueve el "arbitrio de la arbitrariedad" (cf. ob cit., p. 238 cit.).

d. De otro lado, el precepto en cuestión también mengua, sin justificación razonable (arg. art. 28, C.N.), el derecho del imputado a cuestionar la sentencia de condena ante un tribunal superior. Es que si aquél decide recurrir, el tiempo que insuma la tramitación de la instancia impugnativa será contado en forma más gravosa que si no hubiera recurrido y su sentencia hubiera quedado firme, pudiendo llegarse a situaciones paradójales cuando aun obteniendo éxito en su reclamo -v. gr.: alguna reducción del monto de la pena impuesta- por efecto del cómputo previsto en el artículo 24, la persona tenga que cumplir efectivamente más días de encierro que si no hubiera articulado impugnación alguna, conformándose con la pena mayor impuesta en primera instancia.

3. Por lo demás, coincido con el doctor Genoud en el rechazo del reclamo vinculado a la invalidez del régimen diferencial previsto en los arts. 7 y 8 de la ley 24.390, por los argumentos que expone, los cuales doy por



reproducidos.

Con el alcance dado, voto por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:**

Adhiero al voto del doctor Soria, por sus fundamentos, pues no es posible encontrar una explicación razonable a la regla del art. 24 del Código Penal -más allá de sus razones históricas referidas al modo de ejecución de la pena, que no subsisten en la actualidad- en tanto establece un tratamiento desigualitario para el cómputo del tiempo en que una persona permanece privada de su libertad, según ese tiempo hubiere transcurrido en prisión preventiva o luego de la firmeza de la condena a reclusión.

Así, la ausencia de una justificación suficiente para privar del cómputo íntegro del encierro cautelar a los penados a reclusión conduce a afirmar, por los motivos expuestos por el colega a quien adhiero, la incompatibilidad de esta regla con los arts. 16, 18 y 28 de la Constitución nacional, en tanto afecta los principios de igualdad, presunción de inocencia, razonabilidad y también el derecho al recurso regulado en el art. 8.2., h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inc. 22 de la C.N., arg. "C.S.J.N.", "H. , P. C. F. c/ Buenos Aires, Provincia s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, sentencia del 16-XI-2004, citada en la Corte y los Derechos, por Asociación por los Derechos Civiles [ADC], Siglo Veintiuno

Editores, 1ª. Edición, Bs. As., 2005, págs. 138 a 140).

El art. 24 del Código Penal, en el aspecto que aquí se analiza, "despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental" (para decirlo en términos de la C.I.D.H., en el caso "S. R. ", sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 71; serie núm. 35), en tanto conduce a que el paso del tiempo en el período en que el individuo todavía gozaba de la presunción de inocencia, sea computado de modo más gravoso que el que transcurre cuando aquélla ha sido desvirtuada por un fallo firme.

Por último, y sin perjuicio de que la misión de fijar la doctrina legal compete finalmente a esta Suprema Corte, corresponde señalar que una interpretación similar a la presente ya ha sido adoptada por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (Sala I, causa 19.858, sent. del 20-X-2005, entre otras) (art. 496 del C.P.P., ley 11.922 y sus modif.).

En consecuencia, con el alcance del voto que acompaño, doy el mío por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

1. Coincido con el voto del doctor Hitters.
2. Las circunstancias fácticas han sido detalladas de manera suficiente por quienes me han precedido a las que remito por razones de brevedad.
3. La temática quedó centrada en el modo en que el art. 24 de la ley sustantiva computa la prisión preventiva para quienes fueron condenados a la pena de

reclusión.

Dicha norma, en lo que resulta de interés, establece que "La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión".

Es que, sin abrir juicio en orden a las diferencias existentes entre las consecuencias jurídicas de la pena de prisión y reclusión (vgr. arts. 5, 7, 10, 13, 26, 44, 46 y 57, todos del C.P.), cierto es, que en lo estrictamente vinculado con el modo de computar el tiempo en cautelar preventiva no logran observarse hoy argumentos que permitan sustentarla.

Esto es así, por cuanto -como lo señalara- más allá de las divergencias jurídicas entre ambas especies de pena, no advierto como explicar de manera razonable y plausible que dos días de prisión preventiva no equivalgan a dos de reclusión a los fines del cómputo de la pena. Paréceme de Perogrullo y hasta de sentido común, que 2 días de encierro o si se quiere 48 horas, no sean siempre dos días privado legalmente de libertad. Máxime si hablamos aún de personas que gozan del estándar de inocencia (art. 18, C.N.).

A su vez, como bien reconoce la Defensa el "deber del Estado de computar como cumplimiento de pena el tiempo que lleva en prisión preventiva" (fs. 44) -circunstancia acogida por esta Corte en orden a que el tiempo padecido en prisión preventiva es considerado cumplimiento parcial de la pena a los fines de la reincidencia (P. 37.874, sentencia del 26-IV-1988; P. 40.285, sentencia del 18-X-1988; e.o.)-, debe ser guiado

por criterios de razonabilidad republicana (arts. 1° y 28, C.N.).

En este orden de ideas, el modo en que se presenta delineado el sistema aludido en el art. 24 no se compadece (lo que es más contradice) con los principios que informan los arts. 1°, 16, 18 y 28 de la Ley Fundamental, y de allí la necesidad de declarar su inaplicabilidad por vía de la inconstitucionalidad.

Esto es así, si tenemos en cuenta que el trato que recibe quien se encuentra en las condiciones en comento, resulta ser más gravoso que alguien que posee también condena a reclusión y no está ya en prisión preventiva, por encontrarse -sin importar a esta altura el motivo- dicha condena firme. Aquí lo paradójico del sistema, surge de las circunstancias de que mientras el primero aún conserva su inocencia recibe por parte del Estado un cómputo más gravoso de sus días reales de detención, que el que le corresponde cuando ya ese estadio procesal fue vencido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

4. A ello, no puedo dejar de aditar el evidente perjuicio que provoca al procesado en prisión preventiva que condenado por sentencia no firme a pena de reclusión decide hacer uso del derecho -de jerarquía constitucional- de recurrir la sentencia condenatoria ante un tribunal superior debido al dispar cómputo -por imperio legal- de esa cautelar preventiva que viene sufriendo con respecto de quien no decide recurrir la sentencia de condena con pena análoga. Esta situación, en

mi parecer, resiente el derecho a la doble instancia (arts. 75 inc. 22, C.N.; 8.2.h, C.A.D.H.).

No se me escapa que frente a este argumento de afectación del derecho constitucional de revisión de la sentencia condenatoria ante un tribunal superior, válidamente puede alegarse que la puesta en marcha de este derecho de recurrir es de carácter eventual -ya que se excita a instancias de los interesados-, y que quien fue condenado a pena de reclusión sabía previamente a su ejercicio el carácter diferenciado de la sanción (art. 5, C.P.). Además, que según el principio de legalidad (art. 18, C.N.) también conocía que cuanto más tiempo esté en prisión preventiva, mayor sería el tiempo que ésta se le computaría según los parámetros que informan el mencionado 24 -esto es, la mitad del tiempo real-; y que todos estos argumentos, llevasen a que aquél que pretenda ejercer ese derecho-facultad de obtener la revisión de una sentencia condenatoria -cuya certeza bien podría decirse, cabe predicar por ser un acto jurisdiccional del Estado según pautas legales- lo haga del modo más y mayormente reflexivo, en tanto lo contrario lleva a que prorrogue por propia voluntad y decisión, el ya aludido medio cómputo.

Mas no comparto este aserto.

Ello, por cuanto si bien es cierto que el imputado conoce en forma pretérita cuál es el carácter de la pena, que a su vez resulta la más agresiva entre las que prevé el digesto sustantivo (art. 5 cit.) y que de recurrir prolongará un cómputo diferenciado por el que en

puridad resulta perjudicado, no lo es menos que ello no puede ser al punto de que el ejercicio de un derecho constitucional quede atrapado en la encrucijada de un razonamiento avieso, que lleve al justiciable sin ambages a optar -o lo que es mejor a dejar de hacerlo- por consentir un acto jurisdiccional que reputa contrario a sus intereses -no otra cosa puede interpretarse de la intención de impugnarlo-, debido al simple hecho de no querer prorrogar un encierro con cómputo adverso, como cabe predicar del que participa el art. 24 en su parte pertinente bajo análisis.

En esta línea de pensamiento, corresponde destacar que sustentar un razonamiento de esa índole no haría más que pulverizar en gran medida -por su claro efecto disuasivo- la aplicación efectiva de un derecho que hoy se reconoce como soporte de uno de los instrumentos internacionales del bloque de constitucionalidad, más relevante en lo que hace a su trascendencia desde el ámbito del derecho penal como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pretender sortear la desavenencia apuntada con relación al derecho al recurso que exhibe el cómputo del art. 24 del Código Penal a través del argumento del principio de legalidad, no hace más que dejar -en gran parte y desde lo potencial- vacío de contenido al mentado derecho. En tanto no puede intentarse justificar un cómputo de las características que se analizan sacrificando otro derecho tan precioso como lo es el derecho a obtener revisión jurisdiccional.

5. A todo ello sumo, como he tenido oportunidad de señalar en innumerables ocasiones, el carácter diferenciado de la doble instancia entre las cuestiones procesales constitucionales y que dicha garantía constituye plataforma asaz para ser base del recurso extraordinario federal (P. 75.603, sent. del 1-IV-2004; P. 79.394, sent. del 9-IX-2004; e.o.).

6. Comparto con el doctor Hitters la reflexión que más allá de la labor que compete a esta Suprema Corte en pos de fijar doctrina legal en el ámbito local, es cierto que el Tribunal de Casación tuvo ocasión de abordar el tema en el sentido que aquí se viene postulando (causas 19.858, sent. del 20-X-2005; 19.447, sent. del 27-XII-2005; 9638, sent. del 20-IV-2006; recientemente en 20.733 y su acumulada 23.868, sent. del 28-IX-2006).

7. Finalmente en lo atinente al agravio que impugna los arts. 7 y 8 de la ley 24.390, adhiero a quienes me preceden.

Con el alcance dado voto por la **afirmativa**.

El señor Juez doctor **de Lázzari**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó la cuestión planteada también en el mismo sentido.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:**

En lo que importa, la prisión preventiva reviste carácter cautelar y excepcional: durante su vigencia el procesado está amparado por la presunción de inocencia (art. 18, C.N.).

Ese estado de inocencia, cede recién a partir del dictado de una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada. Desde ese momento, cada día efectivo de encarcelamiento se resta, naturalmente uno a uno, al universo de jornadas que componen la pena privativa de libertad (prisión o reclusión).

No obstante ello, el art. 24 del Código Penal establece un tratamiento perjudicial al tiempo de encierro cautelar cumplido por los condenados a pena de reclusión ("la prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión") desconociendo que durante ese lapso el prevenido aún reviste la condición de inocente. Esto implica que, una vez que el estado de inocencia cedió ante la sentencia firme, el cómputo es más favorable que cuando se gozaba de ese estado.

De tal forma, la detención preventiva padecida en tiempo real (legitimada exclusivamente para asegurar los fines del proceso), muta su esencia a título de una ficción que desconsidera el cincuenta por ciento del tiempo histórico de encierro, convirtiéndose en una manifestación retroactiva e invasiva de una modalidad de pena de por sí más gravosa (reclusión).

La irrazonabilidad y la incongruencia de la distinción asoma, así, patente (arts. 1, 16, 18 y 28, C.N.).

Por lo demás, tal asimetría en la forma de compensar los tiempos de detención atenta contra el amplio ejercicio de la facultad recursiva (arts. 75 inc.



22, C.N.; 14.5, P.I.D.C. y P. y 8.2.h., C.A.D.H.), sometiendo al imputado a un dilema incompatible con el debido proceso y la garantía de la defensa en juicio (arts. 1, 18, 28, 33, C.N.), ya que el lapso que insuma la tramitación de la queja, será computado en forma más gravosa que si no se hubiese recurrido el fallo y la condena hubiera quedado firme.

Por ello y las concordantes razones de los sufragios que se expresan en el mismo sentido,

Voto por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, la señora Jueza doctora Kogan dijo:**

1. Adhiero al voto de los doctores Genoud, Soria y Hitters, con las consideraciones que a continuación adiciono.

2. Corresponde en el caso dilucidar la razonabilidad del cómputo de la prisión preventiva que establece el art. 24 del Código Penal para las personas que resultan condenadas a una pena de reclusión.

3. En lo que interesa, la norma en examen establece que "la prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión, por un día de prisión preventiva, uno de prisión...".

4. De allí se desprende con claridad que la sanción de una persona condenada a la pena de **reclusión** será agravada temporalmente teniendo en cuenta el tiempo que haya durado el encarcelamiento preventivo.

Esta previsión no puede reputarse razonable (art. 28, C.N.), como han sostenido los colegas que me

preceden, desde diversos puntos de vista.

5. En primer lugar, no resulta posible utilizar a la prisión preventiva como parámetro de agravación de la pena, pues ello, por una parte, desvirtúa el fin estrictamente procesal del encierro cautelar y por otro, se desentiende del principio de responsabilidad por el hecho.

Cabe recordar que la prisión preventiva no es pena en su sentido más restringido. Esta última existe si y solo si una sentencia firme la ordena como consecuencia de un juicio previo (arg. art. 18, C.N.) y de allí que el encierro cautelar reclame una justificación autónoma para su procedencia, distinta de la culpabilidad por el hecho, aun cuando materialmente se asemeje a la pena en sus condiciones de ejecución (cf. mi voto en P. 65.631, sent. del 28-VI-2006; P. 87.013, sent. del 12-VII-2006).

6. En este sentido Maier sostiene que "... si se parte del derecho a la libertad ambulatoria (CN, 14) y se expresa que, en principio, solo la pena impuesta por sentencia firme... es idónea para eliminarlo (C.N., 18), aunque el *arresto* (léase privación de libertad) sea admisible durante el procedimiento penal (C.N., 18) excepcionalmente, es claro que la ley no puede regularlo de manera tal que supere la misma pena que se espera; una autorización semejante lesionaría por una vía oblicua las limitaciones impuestas por la Constitución a la misma pena, en particular por los principios de *legalidad* y *culpabilidad*, vigentes para el Derecho penal. Y, al mismo tiempo, renegaría de la naturaleza *instrumental* o del

carácter *serviente* del Derecho procesal penal, que sólo justifica su existencia como *realizador* del Derecho penal, para acordarle un fin en sí mismo, totalmente autónomo del Derecho material a realizar, por intermedio de un encarcelamiento preventivo con fines represivos propios" (cf. Maier, Julio, Derecho Procesal Penal. Fundamentos, 2<sup>a</sup> ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 527; el destacado pertenece al original).

La norma cuestionada atribuye al encierro cautelar un fin distinto al procesal que lo legitima al asignar a su duración una consecuencia agravatoria de la pena impuesta.

De ese modo, el precepto desdibuja el carácter excepcional y la finalidad estrictamente procesal de la prisión preventiva para trasformarla en una forma de aplicación de coerción material. Ello pues, como afirman los colegas que me preceden, se suprime parte del tiempo real cumplido en encierro cautelar -que se vacía de contenido- y se lo convierte en un "plus de pena".

7. Estrictamente desde la perspectiva del principio de culpabilidad, la regla en crisis presupone no sólo que la pena pueda durar más tiempo que el correspondiente a la sanción impuesta en el caso concreto -como ocurre en el presente-, sino que posibilita que el poder punitivo pueda traspasar -en algunos supuestos- aquel límite que el propio legislador ha determinado como justo al establecer un tope máximo en las escalas penales correspondientes a cada delito.

Así entonces, la pena puede sobrepasar la

medida de la culpabilidad alterando la necesaria proporcionalidad que demanda esa relación. Incluso, la distancia entre pena y culpabilidad se hace más aguda cuanto más dura el encarcelamiento preventivo, pues mayor será el lapso que le reste cumplir al condenado a una pena de reclusión.

8. Producto de esta censurada reglamentación, se presentan diversas situaciones reprobables a la luz de otros principios constitucionales.

Por ejemplo, si una persona es condenada luego de dos años de proceso a la pena de reclusión de tres años y tuvo la dicha de esperar el juicio en libertad -según corresponde, por principio, en virtud de la presunción de inocencia- deberá cumplir en detención ese lapso impuesto (tres años). Sin embargo, si su compañero de causa fue condenado por el mismo hecho y a la misma pena pero debió aguardar el proceso en prisión preventiva, de acuerdo con el art. 24 deberá cumplir cuatro años de encierro.

Resulta claro a mi juicio que si alguna desigualdad se presenta en las circunstancias del ejemplo, no es precisamente aquella que posibilita agravar la situación de quien aguardó la definición del proceso restringido de su libertad (cf. art. 16, C.N.).

En otras palabras, dos personas procesadas y condenadas a idéntica cantidad y especie de pena por un mismo hecho, deberían padecer encierros temporales distintos, por la sola circunstancia de haber sido, uno de ellos, sometido al encarcelamiento preventivo. Así, la

discriminación que establece el art. 24 del Código Penal no reviste razonabilidad porque la agravación de la pena no responde a la naturaleza o a las características del hecho, sino a una circunstancia absolutamente extraña a cualquier punto de vista admisible para determinar una pena: la duración de la prisión preventiva.

9. Como sostiene en su voto el doctor Soria, también se advierte un trato desigual sin razón plausible que lo justifique, al procesado detenido (amparado por la presunción de inocencia, art. 18, C.N.) a quien se imponga una pena de reclusión; pues los días de su encierro cautelar tendrán menor valor que los días que cumpla detenido en calidad de condenado.

10. En otro orden, el criterio legal que establece el art. 24 del Código Penal para el cómputo de la prisión preventiva en el caso de la pena de reclusión constituye un serio obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa. Ello, por cuanto cualquier requerimiento que el imputado (detenido cautelarmente) o su defensa decidan realizar en el ejercicio del derecho constitucional a ser oído, producir, controlar o contradecir la prueba en el marco del proceso (art. 18, C.N.) se traducirá inevitablemente en una extensión de la pena de reclusión.

11. Cobra especial relevancia el derecho del imputado a recurrir la sentencia de condena (arts. 8.2.h, C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C. y P.), pues el ejercicio de esta facultad -sin duda alguna- importa siempre una prolongación del proceso a fin de lograr la revisión

adecuada del fallo y de la pena. Mas, si la consecuencia de ejercitar el derecho puede importar, por efecto de ese mismo ejercicio, una solución tan gravosa como la de verse sometido al cumplimiento de una sanción mayor a la que hubiere correspondido en caso de no recurrir, entonces el reconocimiento del derecho pierde su condición de tal. Otra situación dudosamente tolerable puede presentarse cuando quien ejercita la facultad recursiva es el Ministerio Público, dado que -con independencia de su concreta pretensión- la mera actividad impugnativa redundará en la extensión de la pena de reclusión a cumplir.

En consecuencia, voto por la **afirmativa**.

**A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:**

I. Adhiero al voto del doctor Soria.

II. Concuero con el distinguido colega en que la competencia de esta Corte abierta por el recurrente en el primero de sus planteos, se limita a dilucidar si el dispar modo de computar el lapso de la prisión preventiva para condenados a pena de prisión y de reclusión previsto por el art. 24 del Código Penal se adecua a los principios constitucionales de razonabilidad e igualdad (arts. 16 y 28 de la Constitución nacional).

III. Nuestro régimen penal ha establecido dos formas de penas privativas de la libertad consistentes en la reclusión y la prisión (art. 5° del Código Penal), reflejándose la mayor gravedad de la primera en las diferentes consecuencias que se derivan de su imposición

frente a los siguientes institutos: la prisión domiciliaria (art. 10 del Cód. Penal), el régimen de la libertad condicional (art. 13 del Código Penal), la escala penal de la tentativa (art. 44 del Código Penal), la escala penal aplicable al cómplice no necesario (art. 46 del Cód. Penal) y, por último, al cómputo de la prisión preventiva (art. 24 del Código Penal).

IV. El recurrente sólo ha cuestionado la última de estas consecuencias, esto es la constitucionalidad del art. 24 antes citado, por cuanto -como lo adelantara- resultaría violatorio de los principios de igualdad y razonabilidad.

V. Al igual que el nombrado Ministro, creo que este tramo del recurso es procedente. Así, encuentro que el modo de computar la prisión preventiva que hace el art. 24 del Código Penal frente a la pena de reclusión, no satisface la exigencia de racionalidad de las leyes que emana del art. 28 de la Constitución nacional.

En efecto, carece de sentido que cada día de privación de la libertad se compute en forma desventajosa para quien se encuentra sufriendo prisión preventiva frente a quien ya haya sido condenado a dicha especie penal por sentencia firme.

VI. Los autores del Proyecto de Código Penal de 1921 explicaron en la exposición de motivos que "[l]a naturaleza de este castigo [la reclusión], la clase de delitos a que se aplica y al régimen a que necesariamente deberán someterse los condenados a la misma, justifican lo establecido en el proyecto" (Rodolfo Moreno (hijo), El

Código Penal y sus antecedentes, Tommasi Editor, ed. 1922, pág. 114).

Ahora bien, en lo que hace al **cumplimiento** (ejecución) de las penas privativas de libertad, la ley 24.660 ha derogado las diferencias que establecían los arts. 6, 7 y 9 del Código Penal entre la prisión y la reclusión, unificando su régimen de aplicación. De modo que -sin abrir juicio sobre el diferente régimen que el sistema penal les otorga en otras áreas, según antes lo reseñara- en lo que hace al modo de ejecución ya no existe una diferencia que dé sustento a aquel juicio de los autores del Proyecto de Código en cuanto a que el "régimen a que necesariamente deberán someterse los condenados" a reclusión podía justificar el cómputo diferenciado.

VII. En lo que hace a la naturaleza del castigo y a la clase de delitos a que se aplica, tampoco satisfacen un juicio de razonabilidad pues sentado que los condenados a reclusión no recibirán por ello un tratamiento más severo en la ejecución, carece de sentido dejar librado cómo se computará el tiempo de encierro a la circunstancia de que el imputado de un delito consienta la condena o ejerza su derecho al recurso. Mucho más irrazonable aparece cuando -como lo destaca el doctor Soria- ello coloca al acusado en la disyuntiva de consentir una condena que estima injusta o impugnar la misma bajo el riesgo de que aun siendo acogida su pretensión, pueda verse perjudicado en orden al momento de agotamiento de la pena. Esta interpretación podría



afectar severamente el derecho al recurso de quien es sujeto pasivo del **ius puniendo** estatal.

VIII. Corresponde, en consecuencia, acoger el recurso, y declarar la inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal en cuanto al modo de abonar el plazo de prisión preventiva en caso de condena a la pena de reclusión, que deberá efectuarse computando un día de reclusión por cada día de prisión preventiva (arts. 1, 18, 28, 31 y cts. de la Constitución nacional).

IX. En lo que hace a la denuncia de violación de los arts. 7 y 8 de la ley 24.390, adhiero al voto de los colegas que me preceden en la votación.

Voto por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Procurador General, se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto respecto de la solicitada inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal, ello así en cuanto al incongruente modo de computar en forma más gravosa el tiempo asumido en prisión preventiva que el correspondiente al cumplimiento de pena, por resultar irrazonable y violatorio del art. 18 de la Constitución de la Nación. En consecuencia, se revoca la sentencia recurrida (art. 365, C.P.P. -seg. ley 3589 y sus modif.-).

Vuelvan los autos al tribunal de origen a

efectos del dictado de un nuevo pronunciamiento ajustado a la presente.

Regístrese y notifíquese.