

**C. 10.347 - “Ac. Plenario reincidencia s/su revisión” – TRIBUNAL DE  
CASACION PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES – EN PLENO –  
05/10/2006**

En la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, a los cinco días del mes de octubre de dos mil seis, reunidos los señores jueces del Tribunal de Casación Penal, Dres. Carlos Angel Natiello, Horacio Daniel Piombo, Benjamín Ramón María Sal Llargués, Jorge Hugo Celesia, Fernando Luis María Mancini, Carlos Alberto Mahiques, Juan Carlos Ursi, Víctor Horacio Violini y Ricardo Borinsky;; para resolver en el presente expediente n° 10.347 caratulado “Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación s/Convocatoria a Acuerdo Plenario –reincidencia-”, de conformidad con los siguientes:

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

Por sentencia del 23 de marzo de 2004 se resolvió en Tribunal Pleno, por mayoría, que el tiempo sufrido en prisión preventiva y computado para la condena de conformidad al artículo 24 del Código Penal, debe ser tomado como cumplimiento de pena a los efectos del art. 50 de dicho Código.//-

Convocado el Pleno por el Sr. Presidente del Tribunal, el Cuerpo concluyó, tras deliberar, que a partir de la nueva integración del Tribunal se operó el cambio de la mayoría que estableciera dicha resolución, disponiéndose la aprobación de la presente convocatoria (Ac. del 5 de septiembre).-

En 8 de septiembre se presentó el Defensor Oficial ante esta sede, Dr. Mario Luis Coriolano, solicitando la revisión del resultado arribado en el Acuerdo Plenario en tratamiento.-

Practicado el sorteo de ley (acta del 14 de septiembre), resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: MAHIQUES, URSI, BORINSKY, PIOMBO, MANCINI, CELESIA, NATIELLO, VIOLINI y SAL LLARGUES, decidiéndose plantear y votar la siguiente

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

El tiempo sufrido en prisión preventiva y computado para la condena de conformidad al artículo 24 del Código Penal ¿importa cumplimiento total o parcial de pena a los fines de la declaración de reincidencia?

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

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Mahiques dijo:

Con remisión a los fundamentos que suscribí oportunamente en la sentencia del 23 de marzo de 2004 (obrante a fs. 42/59 vta. de estas actuaciones),

cuya cuestión guarda sustancial analogía con la aquí planteada, y a los que expresara el Dr. Celesia, que comparto, voto en el sentido de que el tiempo de encierro que sufra una persona en carácter de prisión preventiva, no puede ser tomado como cumplimiento parcial de pena a los efectos de sustentar una declaración de reincidencia, en los términos del artículo 50 del Código Penal.-

Así lo voto.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Ursi dijo:

I. Que con relación al Acuerdo Plenario dictado con fecha 23/03/04 en la presente causa n° 10347, debo decir que suscribo en sustancia la posición sostenida por la minoría y por lo tanto lo hago compartiendo con matices que después señalaré, los fundamentos y las argumentaciones que en apretada síntesis describo a continuación:

Que de conformidad con la doctrina de la C.S.J.N. expresada en la causa Gómez Dávalo del 16/10/98, se sostiene que la ley 23.057 consagró en el artículo 50 del Código Penal el sistema conocido como "reincidencia real", consistente en exigir como requisito de su declaración que la persona hubiera cumplido total o parcialmente "pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal" mediante sentencia firme, demostrando de tal modo un menosprecio por el encierro efectivamente sufrido y una indiferencia o insensibilidad frente a la amenaza de un nuevo reproche penal que autorizan a sostener el fracaso del fin preventivo especial perseguido por la anterior condena. En este orden de ideas, se insiste en destacar que el delincuente no () sólo ignora la comunicación del reproche que implica la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sino el intento de resocialización que supuso el cumplimiento de la pena en calidad de condenado aunque más no fuese por un mínimo de tiempo, lo que por otra parte enlaza con la finalidad resocializadora de la pena incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 5 inciso 6° del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 75 inciso 11 de la Constitución Nacional.-

Que la ley 23.057 supuso un cambio radical con el régimen anterior de "reincidencia ficta", que los criterios dogmáticos y político criminales que la inspiraron no permiten asimilar los artículos 24 y 50 del Código Penal, ya que entre prisión preventiva y pena privativa de libertad no hay relación conceptual alguna que se pueda establecer sin poner en crisis el principio de inocencia (voto del Doctor Mahiques).-

Que cuando se afirma que el fundamento del artículo 50 del Código Penal es la insuficiencia de la pena anterior, es porque se considera que ese precepto remite a las leyes que rigen la ejecución de las penas y por ende confían en producir efectos benéficos en los penados mediante el tratamientos en condiciones de encierro (artículo 1° de la ley nacional 24.660 y 1° de la provincial 12.256). Por lo tanto, si en la concreta realidad no ha mediado tratamiento penitenciario por un tiempo mínimo que es el que la ley penal estima para habilitar la libertad condicional (artículos 13 y 14 del Código Penal), no se puede exigir la enmienda que se esperaba ni formular reproche alguno por la insuficiencia de aquello que no se produjo; mucho

menos aplicar más pena por esa situación. Cuadro que manifiestamente impera en los casos de prisión preventiva y convierte en un despropósito cualquier asimilación de la situación contemplada en el artículo 24 del Código Penal a los fines y efectos del artículo 50 del Código Penal; máxime cuando la primera norma ha sido dictada en beneficio de los imputados y así debe interpretarse de conformidad con el artículo 1 del Código Procesal Penal (voto del Doctor Sal Llargués).-

Que el sentido literal del artículo 50 es claro: habla de encierro carcelario luego de una sentencia firme, con independencia de que el condenado haya sido sometido o no a un régimen de resocialización. Sistema por tanto de reincidencia real fundado en el fracaso del fin preventivo especial de la pena –del cual el tratamiento carcelario es sólo un aspecto-, toda vez que la recaída en el delito exhibe desprecio por la pena sufrida e insensibilidad frente a la amenaza de un nuevo reproche penal.-

Que la compurgación de la pena según el artículo 24 del Código Penal constituye una “ficción legal”, en el sentido de que si bien por razones de equidad se reconoce como cumplimiento de pena el tiempo de encierro sufrido en calidad de prevenido, esta condición parte de distintos presupuestos y persigue diferentes objetivos que impiden su asimilación al régimen de la reincidencia en perjuicio del imputado. Sin que por lo demás obste a esta conclusión que los condenados muchas veces no reciban tratamiento alguno y no se diferencian de los procesados; entre otras razones, porque el tratamiento resocializador no es un presupuesto contemplado en la ley para la declaración de reincidencia, como sí lo es el efectivo padecimiento carcelario en condición de condenado mediante sentencia firme (voto del Doctor Celesia).-

II.) Que a continuación he de expresar algunas ideas signadas por el propósito de respaldar –si es posible- con nuevos argumentos los fundados argumentos de mis colegas, en el entendimiento de que la disciplina que aplicamos así lo exige y por supuesto lo permite.-

Es que, “cuando el juez debe decidir sobre lo equitativo, razonable o ejemplar -cuando existen desacuerdos sobre lo justo y lo injusto, lo bello y lo feo, el bien y el mal, en suma los valores-, no existe otro camino que recurrir a una discusión razonable. Son razonamientos dialécticos y retóricos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores” (p. 137).-

“Se trata del razonamiento dialéctico o entinema, cuya diferencia con el silogismo riguroso de la lógica formal, es que se funda en premisas sólo verosímiles, y tiene por objeto los medios de persuadir y convencer mediante el discurso...; en suma, una argumentación no necesaria pero que permite justificar con buenas razones una opinión plausible” (p. 10 y 11, Perelman, Ch., La lógica jurídica y la nueva retórica”, Ed. Civitas, S.A., 1979, Madrid).-

1.) Que, en principio, participo de la opinión de quienes entienden que la evolución reciente de la dogmática de la reincidencia es también la historia de su limitación (Prats Canut, “Comentarios al Nuevo Código Penal”, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 255/56), circunstancia que no está ausente en la reforma de los artículos 50 y 51 del Código Penal por la ley 23.057,

toda vez que se llevó a cabo con el confesado propósito de reemplazar el sistema de reincidencia ficta "como lo han hecho las legislaciones más modernas –Códigos alemán de 1975, austríaco del mismo año y portugués de 1978- por uno de reincidencia verdadera" (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 12/01/84, pág. 627); y la posibilidad de computar el plazo de la prisión preventiva u otra medida cautelar a los fines de la reincidencia fue expresamente rechazada en el debate (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 15/02/84, pág. 578).-

Teniendo a la vista el objetivo de la reforma, es tarea del intérprete otorgar al texto de la ley un alcance deducible de aquél y no otro que lo contradiga (Bacigalupo, Delito y Punibilidad, Ed. Civitas, Madrid, 1983), porque como lo han señalado incontables decisiones de la C.S.J.N., no debe interpretarse restrictivamente –en la especie, exorbitantemente- los medios de los que puede hacerse uso para responder al objetivo legal planteado; toda vez que los jueces deben consagrar la inteligencia que mejor asegure la consecución del fin para el cual la ley fue dictada; y colocar sus propósitos por encima de cualquier formalismo ritual (Doctrina de Fallos: 199:483; 200:187; 241:300, entre muchos otros que llegan hasta nuestros días).-

2.) Que es con apego a este punto de vista histórico y teleológico que debe proseguirse con la tarea de discernir la correcta relación hermenéutica que media entre los artículos 24 y 50 del Código Penal, empezando por convenir, desde una óptica meramente gramatical, que el artículo 50 del Código Penal exige como condición para la declaración de reincidencia el cumplimiento total o parcial de "pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal" y que esa expresión no es para nada equiparable ni puede de ninguna manera confundirse con la voz "prisión preventiva contenida en el artículo 24 del mismo cuerpo legal".-

3.) Que en camino ya hacia un punto de vista afín al método sistemático de interpretación, corresponde añadir que si bien la inteligencia de un texto debe comenzar con una interpretación literal acorde con el significado general que las palabras y los conjuntos de palabras tienen en la vida diaria (Fallos 200:876), ello habrá de hacerse sin olvido de la técnica jurídica que ordena superar el análisis aislado o fragmentario de los términos para preferir en cambio aquél significado que resulta de su conexión con otros de la misma ley o código.-

Ocurre que, la inconsecuencia y la falta de previsión jamás se presumen en el legislador y se reconoce como un principio inconcluso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquél sentido que ponga en pugna esas disposiciones, destruyendo las unas con las otras, y adaptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con igual valor y efecto en armonía con los principios y normas de la Constitución Nacional (Fallos 181:343; 278:62; 300:1080; 3091:406, entre muchos otros).-

a.) Que en este sentido cabe decir que toda interpretación que tienda a equiparar a pena cumplida una situación procesal diversa que involucre una privación de la libertad de diferente ratio –léase arresto, detención, prisión preventiva o medida de seguridad (artículo 24 del Código Penal), con el

efecto de ampliar los desfavorables efectos de la declaración de reincidencia a hipótesis no previstas en la norma (artículo 50 del Código Penal), desborda el sentido literal posible del texto en cuestión e infringe, como es obvio, la prohibición de la analogía "in malam parte" (confr. Mir Puig, "Derecho Penal", Barcelona, 1996, pág. 86).-

b.) Que por otra parte no se cumpliría con el destino de interpretación armónica que debe darse a los artículos 24 y 50 del Código Penal, si el encarcelamiento cautelar que contempla la primera tuviera alguna virtualidad para configurar el cumplimiento de pena que exige la segunda, porque ello supondría nada más y nada menos que consagrar la posibilidad de una condena impuesta sin culpabilidad declarada mediante un juicio previo y sentencia firme que ponga fin al estado de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional).-

c.) Que además y siempre en este mismo orden de ideas signadas por el punto de vista sistemático de interpretación, cabe añadir que nadie ha controvertido seriamente el carácter benéfico y la justicia ínsita en la modalidad prevista por el artículo 24 del Código Penal para imputar el período sufrido en prisión preventiva al cumplimiento de la pena impuesta por sentencia firme, precisamente porque se trata tanto de un mecanismo compensatorio de los prejuicios irrogados durante la detención cautelar en estado de inocencia, cuanto de no alterar en virtud del encierro anterior la medida legal de la privación de la libertad en definitiva sancionada.-

Es precisamente por esas razones y en beneficio del imputado que, sin perjuicio de los fines de aseguramiento, de averiguación de la verdad y de actuación de la ley penal que la prisión preventiva persigue, que va a ser no obstante considerada como cumplimiento de pena de acuerdo a fines tanto retributivos cuanto de prevención, así general como especial.-

Es preciso reflexionar sobre las expresiones "se tendrá por cumplida" o "se tendrá por compurgada", tan difundidas a propósito de la previsión contenida en el artículo 24 del Código Penal, y concluir que lo que ellas dicen es que la pena impuesta por una sentencia firme se considerará satisfecha en todo o en parte mediante el cómputo posterior de una detención anterior a la condena, que por esa razón no tuvo en su momento la condición de pena. En suma, se tendrá como compurgada o cumplida una pena que en todo o en parte no fue tal; sino mera detención cautelar.-

d.) Que por fin y con referencia al que según mi parecer es el argumento "estrella" de la posición mayoritaria que deparó el "Plenario", he de decir que la lógica que ilumina y explica la norma contenida en el artículo 24 del Código Penal, es la misma que da origen y sentido al artículo 13 del mismo cuerpo legal.-

Están ambas inspiradas en la necesidad de compensar perjuicios ocasionados al prevenido por un encierro anticipado de naturaleza cautelar, y a la vez prodigar equidad -evitar desajustes- en la relación que media entre la pena exactamente impuesta en la sentencia firme y el encierro efectivamente sufrido; tanto para tenerla -en un caso- por cumplida o

compurgada, como para considerar satisfecho –en el otro- el plazo exigido para obtener la libertad condicional.-

Que ambas son por lo tanto ajenas a la lógica que explica la disposición contenida en el artículo 50 del Código Penal, que lejos de cualquier concesión benéfica irroga un desmedro de los derechos del imputado que por lo común se verá reflejado en la pena que eventualmente se le imponga por el nuevo delito cometido (artículo 41. 2 Código Penal) y por la no concesión de la libertad condicional que en el mismo juicio a la sazón demande (artículo 14 Código Penal).-

Por lo tanto, supone una ruptura lógica y epistemológica que para calcular el tiempo total o parcialmente cumplido que sirve de base a la aplicación de un régimen más gravoso como es el de la declaración de reincidencia, se empleen las reglas establecidas para computar el plazo de encierro cautelar que fueron dictadas para favorecer a los procesados y/o condenados en dos supuestos bien distintos (artículos 24 y 13 del Código Penal); con la afectación que eso conlleva para el principio de inocencia (artículo 18 Constitución Nacional) y la doble salvaguarda interpretativa que en beneficio de los imputados establece el artículo 1 del Código Procesal Penal, en sus párrafos tercero y cuarto.-

e.) Que la ocasión es propicia para recordar por fin que los criterios “gramatical”, “lógico”, “histórico”, “sistemático” y “teleológico” no son diferentes métodos de interpretación de empleo selectivo, independiente o acaso preferente como en ocasión se ha pensado, sino distintos puntos de vista metódicos que han de ser todos tenidos en cuenta si el resultado de la interpretación quiere abrigar la pretensión de rectitud” (Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho; p. 316 y ss., Ariel, 1980, Barcelona, España).-

4.) Que por lo demás y en orden a unificar criterio entre quienes comparten los puntos de vista que aquí se han señalado, cabe agregar que el “menosprecio por el encierro efectivamente sufrido y la indiferencia o insensibilidad frente a la amenaza de un nuevo reproche penal” que caracterizan y dan sentido a la declaración de reincidencia y a las consecuencias que de ella emanan según el ordenamiento vigente, exige aclarar que lo que se pone en crisis con el nuevo delito es el fin “preventivo especial” que se asigna a la detención padecida con posterioridad a que la sentencia condenatorio impuesta hubiera quedado firme.-

Al modo como se deduce de una interpretación armónica de los votos de los señores Jueces doctores Mahiques y Celesia ello no depende del tiempo transcurrido ni de la puesta en marcha de los programas de Asistencia y Tratamiento encaminados a la llamada reinserción social, considerados en la ley 13.256 de ejecución penal y disposiciones complementarias.-

Adhiero a ello, en el entendimiento de que abastece aquellos fines el denominado “efecto intimidatorio de la prevención especial”; el valor comunicacional y también en cierta medida resocializador que implica una decisión que por haber pasado a tener autoridad de cosa juzgada y ser entonces irrevisable, no deja en principio dudas sobre su acierto y legitimidad, constituyendo –o debiendo constituir- un eficaz instrumento de

remoción de vanas esperanzas de exculpabilidad y tenaces mecanismos de negación. Todo, por supuesto, dentro de los límites conceptuales que según las doctrinas dominantes caracterizan y dan razón de ser a la "reincidencia", según antes se explicó: menosprecio por lo sufrido: indiferencia frente a su posible repetición.-

Es que, por lo demás, el artículo 50 del Código Penal resulta aplicable en casos de reiteración que no implican necesariamente "habitualidad"; circunstancia quizás más propicia para dar cabida a tratamientos resocializadores que de todos modos nunca pudieron sortear –aún en sus tiempos de "gloria"- atendibles objeciones de invasividad de la esfera personal.-

III) Que sin perjuicio de lo expuesto, no puedo dejar de señalar aquí lo que ya sostuviera en el limitado ámbito de la sala III, en la causa N° 18562 (4811) Salazar, Roberto Alejandro, a propósito de mi criterio adverso a toda posición que predique de manera terminante la obligatoriedad de los plenarios, tanto respecto de los jueces de la instancia, como de cada uno de los jueces de este Tribunal.-

1) Que para ello he de remitirme en un todo al fallo dictado por el TOC 7 de la Justicia Nacional en la causa n° 914, "Cura, Julio Daniel s/ robo en grado de tentativa" del 27/06/00, que me tocó presidir, por no encontrar diferencias entre mis criterios de entonces y de ahora.-

Que sin perjuicio de ello he de citar y adaptar al caso en examen las partes de esa Resolución que me parecen más relevantes. A saber:

A.) "... Que si bien se ha reconocido a la jurisprudencia el carácter de fuente subsidiaria del derechos positivo, entendido como auxilio intelectual para la interpretación de las leyes, se ha negado a los fallos plenarios este carácter, aún bajo la pretendida variante de una ley de interpretación auténtica expresamente delegada en el Poder Judicial, porque, amén de tratarse de una transferencia indebida y proscripta por la constitución en mérito del principio republicano de separación de poderes (artículos 1, 29, 31, 33, 77 inciso 12, 108 y 116 de la C.N.), las sentencias plenarias carecen de los atributos básicos de una ley: no cuentan con los previos asesoramientos técnicos y consultas a los sectores sociales involucrados; no pasan por el procedimiento de una discusión pública en doble instancia – cámara de diputados y senadores-; y no cumplen con el requisito de la publicidad que prescribe el art. 2 del Código Civil (Zaffaroni, Eugenio Raúl "Tratado de Derecho Penal", parte general, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1988, tomo I, págs. 126 y ss.; Maier, Julio B. J. "Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, tomo I, págs. 132 y ss.; Eduardo J. Couture "Estudios de Derecho Procesal Civil", Ediar, Buenos Aires, 1948, vol. 1, pág. 107; Sebastián Soler "Derecho Penal Argentino", tomo I, pág. 124; José Sartorio "La obligatoriedad de los fallos plenarios: su inconstitucionalidad", La Ley, t. 96, pág. 799...).-

"...Es que, si contrariando la recomendación formulada por Ricardo C. Núñez, los jueces en los casos posteriores no tienen la facultad de buscar el tipo penal y la pena en los textos legales sino en una resolución judicial plenaria que resulta obligatoria por así haberlo establecido una disposición legal –que no es el caso-, es porque entonces esta norma ha conferido una

facultad genérica al Tribunal de Casación Penal para que complete la formulación de los tipos penales (en lo que hace a la exhortación de Núñez, confr. "La ley única fuente del derecho penal argentino", en Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, n° 50, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, pág. 75).-

La circunstancia de que, en la especie, tal atribución recaiga en un órgano de rango superior dentro del sistema judicial argentino, y no en una dependencia del poder administrador, no excluye la contrariedad que tal procedimiento conlleva para la función de garantía que la ley penal tiene asignada en un Estado de Derecho: bajo el mandato de ser previa, pública, escrita, unívoca y no pasible de extensión (con la excepción de que fuese en beneficio del procesado; que es por cierto lo contrario, de lo que ocurre con el Acuerdo Plenario de marras; art. 18 de la C.N.).-

Es que, el objeto del principio de reserva legal es permitir que la previsión de la punibilidad –o su exclusión por la vía de una causal extintiva de la acción- esté al alcance del ciudadano a partir de lo que la ley misma establece, tanto en punto a la obligación que prescribe como a la facultad que otorga; complementada por la posibilidad de ser interpretada, si fuese el caso, por jueces naturales, independientes e imparciales (arts. 18, 108 y 116 de la C.N.; confr. Maurach-Zipf, Derecho Penal, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 154/157)..."

B.) "...Que desde sus inicios, al examinar la naturaleza de la actividad jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que ... los jueces sólo pueden pronunciarse respecto de un caso concreto; y no pueden hacer declaraciones en abstracto o de carácter general (Fallos: 306:1125 y sus citas)."

En este sentido, ha resuelto que una cuestión justiciable es aquella destinada a decidir una situación de hecho real y concreta, y no se la haya planteado por vía de hipótesis, ni para establecer reglas para casos no sucedidos. Porque es de la "esencia del poder judicial decidir colisiones efectivas de derechos" y no compete a los jueces de la Nación "hacer declaraciones generales o abstractas" (Fallos: 2:254; 12:372; 24:248; 94:444; 107:179; 115:163; 193:524, entre muchos otros).-

Por consiguiente, no han sido consideradas como cuestiones justiciables las consultas, las resoluciones puramente normativas y las causas simuladas (Fallos 28:404; 32:62; 52:432; 100:205; 188:179, y muchos otros; confr. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E., El recurso extraordinario, Ediciones de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1943, pág. 40 y ss.).-

C.) Que vinculado con este principio, y al examinar los alcances de sus propias sentencias, el Alto Tribunal ha señalado invariablemente, desde sus primeros fallos hasta el presente, que sus resoluciones sólo deciden el caso concreto sometido a su jurisdicción y no obligan legalmente sino en él, señalando que en eso consiste particularmente la diferencia entre la función legislativa y la judicial (Fallos: 16:364).-

A partir de esta afirmación, y como último intérprete de la ley y la Constitución, el máximo Tribunal ha sostenido que los jueces inferiores tienen un deber moral de conformar sus decisiones en casos análogos, sobre la base de la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles; sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conforme a los preceptos claros del derecho, porque ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes en los que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos (ibidem).-

Como consecuencia de este criterio, la Corte también ha resuelto de manera reiterada que los tribunales inferiores pueden apartarse de la doctrina de sus fallos aún al decidir casos análogos, sin que se produzca gravamen constitucional en virtud de su independencia de criterios (Fallos: 280:430; 296:610; 301:198; 302:748; 307:207; 308:1575, 2561, entre muchos otros); principio al que sólo cabe hacer excepción cuando se produce un desconocimiento de lo decidido en el mismo caso, en violación al principio de obligatoriedad de las sentencias. Circunstancia que sólo se presenta en los casos de reenvío (art. 16 de la ley 48; Fallos: 255:119; 270:325; 291:479; 307:1948).-

Va de suyo que dicho apartamiento no puede ser arbitrario e infundado, pues no obstante que los jueces solo deciden en los procesos concretos que les son sometidos, y que los fallos de la Corte Suprema no resultan obligatorios en casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellos. De esta doctrina se dedujo, entonces, que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales de grado que se apartan de los precedentes de la Corte, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 212:51; 303:1769; 307:1094 y 1779; 311:1644; 312:2007)...”

D.) Que la creación de Tribunales de Casación Penal no ha supuesto la derogación de la facultad de la Corte Suprema de Justicia de revisar las sentencias por la vía del recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad, creación pretoriana de la Corte que bajo uno de sus clásicos supuestos: “la no aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias probadas de la causa”, ha servido para que el más alto tribunal de la Nación ejerciese, desde hace ya mucho tiempo, la atribución de interpretar –si se quiere, “casar”– normas del derecho común (Fallos: 297:100; 298:360; 299:226, entre muchos otros).-

En efecto, el máximo Tribunal ha revisado sentencias en las que el juez de grado realizó una “equivocada interpretación del texto legal aplicable” (Fallos 296:734; 278:168); cuando efectuó una “aplicación palmariamente indebida de un precepto legal” (Fallos: 293:539); o cuando “desvirtuó la finalidad de la norma y la aplicó no como fue concebida por el legislador” (Fallos: 302:1412; 306:1322).-

El Alto Tribunal también "casó" sentencias que habían efectuado una interpretación de la ley que equivalía a la prescindencia del texto legal (Fallos: 300:558); cuando el inferior decidió en contra de los términos de la ley (Fallos: 301:865; 306:1462; 307:1054); cuando éste realizó una inadecuada selección del derecho común para resolver el litigio (Fallos 304:1904); o cuando realizó una aplicación inadecuada de la ley que la tornaba inoperante (Fallos: 306:405 y 1242; 307:1427; 308:1796). Asimismo ha admitido recursos extraordinarios en los que se descalificaba la sentencia porque el razonamiento del a-quo para interpretar la ley lo llevaba al absurdo (Fallos 111:367) o carecía de razonabilidad, lo que no se compadecía con una comprensión armónica del orden jurídico (Fallos 303:160).-

La Corte también supo señalar que era arbitraria la interpretación de una norma hecha por un juez inferior si adolecía de excesivo rigor formal en los razonamientos, que desvirtuaba el espíritu que la había inspirado (Fallos: 304:1340); cuando derivaba en una exégesis de la ley que llevaba a una solución notoriamente injusta que impedía el reconocimiento de los derechos de los litigantes en los casos concretos a decidir (Fallos: 271:130); cuando se aplicaba la norma de manera contraria a los principios de la equidad (Fallos: 302:1611); cuando no se tomaban en cuenta los resultados a que conduciría la interpretación de la ley hecha de determinada manera (CSJN "Morán Morán" del 14 de octubre de 1976); o cuando no se aplicaba la ley con prudencia (Fallos: 302:1611; confr. Sagüés, Nelson Pedro, "Derecho Procesal Constitucional" Recurso Extraordinario, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, tomo II, pág. 356-266).-

Va de suyo, entonces, que todo cuanto ha sido dicho en punto a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación jamás ha considerado a su propia doctrina como automáticamente obligatoria para los tribunales inferiores y a la posibilidad, en cambio, de que éstos se aparten de sus interpretaciones con nuevos argumentos, es enteramente aplicable no sólo en el recoleto ámbito del derecho constitucional y federal –lo que no es poco, como ejemplo a seguir- sino incluso y llegado el caso allí donde se pretende – derecho común- que un tribunal inferior a ella, reunido en plenario pueda imponer a rajatabla sus criterios.-

E.) "... Que es de la esencia de la actividad judicial resolver pleitos concretos, no hacer enunciaciones abstractas y generales, pues es de los casos concretos, de su generalizada y reiterada resolución de un mismo modo por varios tribunales, de donde se extraen los principios generales a los que se le puede dar el nombre de "jurisprudencia". Si la jurisprudencia ha de tener un valor orientativo para los jueces al momento de resolver un caso, sólo podrá considerarse como tal a un conjunto de decisiones similares adoptadas por tribunales, que han sido tomadas libremente, siguiendo los dictados de la conciencia y los razonamientos propios. Mil decisiones idénticas tomadas como consecuencia de una orden de un acto de autoridad emanado de un tribunal superior, no puede formar una jurisprudencia. Esas mil decisiones no tienen mayor valor convictivo o argumentativo que la única orden del superior..." "...Siendo las sentencias el producto de la elaboración intelectual de hombres falibles, cuyos criterios o argumentos pueden ser mejorados unos por otros constantemente, la

Corte Suprema de Justicia de la Nación ha advertido que hace a una mejor evolución y comprensión del derecho la tarea de jueces libres de todo condicionamiento, que sobre la base de argumentos y no de órdenes busquen el mejor entendimiento de las normas jurídicas en cada lugar y momento determinado...”

“...La seguridad jurídica o certidumbre del derecho se alcanza de mejor modo cuando se permite esta evolución tal vez más lenta, tal vez con el peligro de contradicciones entre tribunales, pero que es la genuina expresión de jueces de criterio independiente, en lugar de la imposición de uno supuestamente unificador, emanado de un solo órgano, y que así como hoy decide una cosa, podrá decidir mañana todo lo contrario con el mero cambio de una integración, tornando falaz tal pretensión de certidumbre (ver en este sentido, Bruno Leoni, “La libertad y la ley”; C.E.S.L., 1961, pág. 117 y ss.).-

F.) Al vincular esta cuestión con la alegada violación de la igualdad ante la ley que se produciría con la eventual existencia de jurisprudencia contradictoria, la Corte Suprema ha sostenido desde antiguo “la existencia de fallos contradictorios no viola la igualdad, y que es únicamente el resultado del ejercicio de la potestad de juzgar atribuida a los diversos tribunales, que aplican la ley conforme a su criterio (Fallos: 287:130; 289:403; 291:406; 293:546; 294:53, ente muchos otros.”

G.) “El régimen de control judicial así definido, que es difuso en tanto tal custodia está depositada en todos y cada uno de los jueces, obliga a los tribunales de justicia a examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición a ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial de la Nación (Fallos: 33:162; 267:215; 311:2484).-

En el mismo sentido se ha resuelto que todos los jueces de cualquier categoría y fuero pueden interpretar y aplicar la constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda (Fallos: 149:126; 254:437; 267:297; 308:490) porque el control de constitucionalidad incumbe a todos los tribunales, a pesar de que tal cometido se acentúe en especial para la Corte, como máximo tribunal de garantías constitucionales (Fallos: 298:441 y 300:462)...”.-

H.) “Que, en este sentido, la imposición de la doctrina que emana del fallo plenario, supone el avasallamiento del principio del juez natural (art. 18 de la Constitución Nacional), y de la garantía de todo imputado en causa penal de ser oído por un tribunal independiente e imparcial (artículo 75 inc. 22 de la C.N.; art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).-

En efectos, si bien la Constitución Nacional no posee ninguna regla expresa que prohíba a los tribunales de justicia funcionar jerárquicamente mediante un sistema de instrucciones generales o particulares, de órganos superiores hacia los inferiores, surge claramente la ilegitimidad de este sistema “...del

principio que impide sacar a los habitantes, para juzgarlos, de los jueces designados por la ley (de competencia) antes del hecho de la causa (art. 18 de la C.N., juez natural). Sólo los tribunales establecidos por la ley y competentes para juzgar el caso concreto, según las leyes de competencia y procedimiento anteriores al hecho juzgado –por intermedio de los jueces que los integran conforme a la ley-, se pueden pronunciar sobre el caso libremente y sin estar sometidos a la autoridad de otra persona, juez o tribunal” (Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, tomo I, fundamentos, 2º edición, pág. 476).-

Va de suyo, entonces, que si en un caso concreto el juez debe aplicar la ley del modo como lo indica un fallo plenario dictado por un tribunal superior, la garantía del imputado de ser oído por un juez independiente e imparcial queda reducida a su aspecto meramente formal.-

Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitaciones que las que resultan de su propia conciencia de magistrado y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones” (Fallos: 131:105).-

En este mismo orden de ideas, Sebastián Soler expresó que “desde el juez de más modesta competencia hasta el Tribunal de mayor jerarquía, la función jurisprudencial consiste siempre en el deber de aplicar la ley, sin que pueda imponerse al juez ninguna forma determinada de entenderla (Tratado de Derecho Penal, Ed. T.E.A., Buenos Aires, 1978, tomo I, pág. 174).-

I.) Que, asociado con lo dicho en el punto anterior, cabe añadir que el acatamiento irrestricto de una doctrina plenaria vulnera la garantía de la doble instancia en materia penal, prevista en el artículo 8º, inciso 2º, apartado h), de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.-

En efecto, cuando un tribunal decide un caso interpretando la ley de modo como se lo impone un fallo plenario, en verdad no da respuesta individual a un planteo jurídico de las partes –cuando éstas lo cuestionan expresamente- sino se limita a aplicar una doctrina obligatoria surgida de un hecho en el cual el justiciable no ha tenido intervención. La gravedad de este problema cobra especial relieve cuando se aprecia que el recurso que la parte eventualmente puede llegar a interponer contra esa decisión va a ser resuelto por una de las salas del mismo tribunal que dictó la doctrina plenaria, cuyo contenido se impugna; porque aquélla inexorablemente resolverá el punto de igual forma por una obligatoriedad que sólo podría ceder frente a un nuevo fallo plenario.-

La conclusión es obvia: la garantía constitucional de la doble instancia en materia penal queda reducida a una mera enunciación formal, porque en punto al derecho aplicable el caso está resuelto de antemano.-

Es preciso recordar que, por fin, la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional), esto es, tal como la convención y el pacto rigen en el ámbito internacional y con especial apego a lo que resuelvan sobre sus puntos los órganos internacionales encargados de su interpretación y aplicación (Fallos: 318:514, considerando 11)..."; ocasión propicia para traer a la memoria precisamente en este punto y en este instante la doctrina que emana de la reciente decisión de la Corte Interamericana en la causa "Herrera Ulloa".-

IV. Que como corolario de todo lo expuesto pongo a consideración del Acuerdo limitar la obligatoriedad del presente acuerdo plenario y de otros que en el futuro se dicten, a la previa consideración de si acaso median en los fundamentos de las decisiones que nos tocan revisar nuevas argumentaciones que permitan cumplir con los principios y normas de raigambre constitucional que se han señalado y que, en mi criterio, deben condicionar la aplicación del artículo 28 del Reglamento Interno del Tribunal de Casación Penal en cada caso, sin tener que recurrir una y otra vez a la convocatoria de nuevos "Plenarios" que resultan a la postre paralizantes de la acción del Tribunal.-

En este sentido, y en contraste con aquellos principios, me permito señalar con todo respeto la tenue entidad normativa del precepto en cuestión; y me permito añadir que si el legislador hubiera querido recurrir de manera preferente a la herramienta por cierto excepcional de los fallos plenarios lo hubiera consignado expresamente; y sobre todo hubiera propugnado sin ambages su obligatoriedad para propios y extraños. Como lo hizo en el orden nacional el artículo 10 de la ley 24050.-

Considero, en este orden de ideas, que la expresión contenida en el artículo 4º in fine de la ley 11982 es por demás vaga, indirecta, y además insuficiente para dar por sentado de que con base en ella se pueda articular un mecanismo cuya discutible virtud intelectual se transforma en vicio manifiesto tan pronto se lo adorna con el atributo de la imperatividad; más aún si ello entraña -como ocurre en la especie- una interpretación contraria a los intereses de los procesados.-

"Instalar los medios que propendan a la unificación jurisprudencial", es una expresión que bien puede contener la indicación de que se lo haga del modo como es propio que actúe la jurisprudencia; según antes indique, con sustento en citas respetables (confr. sobre todo acápite e, punto 3, considerando III).-

Agrego aquí, para no mezclarlo inevitablemente con la problemática de los plenarios -porque lo excede-, que hace ya mucho tiempo y a nivel mundial, con inclusión por tanto de países con una tradición casatoria mayor que la nuestra, que la función nomofiláctica de los Tribunales de Casación ha perdido importancia: porque ya no subsiste -por lo menos como en otros tiempos- el temor al apartamiento de la ley por parte de los jueces; porque

toda vez que no se ejerce de oficio sino que nace de los recursos de quienes se sienten agraviados, la finalidad procesal supera la política; porque el atraso general de los Tribunales hiere toda función nomofiláctica, como consecuencia de la sobrecarga de trabajo que genera la inadvertida solución contradictoria de casos análogos; porque en sistemas federales de gobierno como el nuestro no hay posibilidad cierta de tales logros sin Tribunales que cumplan esa función a nivel nacional; porque esa idea esta asociada a fenómenos del pasado hoy sin vigencia, como es, por caso el recurso de casación reducido a los motivos de derecho, etcétera (confr. Daniel R. Pastor "La nueva imagen de la Casación Penal" ad-hoc, Buenos Aires, 2001, pag. 30/35).-  
Así lo voto.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Borinsky dijo:

Pasando de largo por el sorteo, que no lo fue a presencia de los secretarios de las Salas, como a mi ver debió ser, en consonancia con lo decidido por el Pleno anterior, ya estoy coincidiendo con el doctor Ursi en cuanto se refiere al cauce de las decisiones de todos los jueces que, de prosperar la respuesta negativa, como avizoro va a suceder, no sería la doctrina jurisprudencial mencionada en el artículo 450 del Código Procesal Penal, pues la diversa que vengo siguiendo, proviene de la Suprema Corte de Justicia.-

El punto de coincidencia referido con el juez que me precede, guarda apego con lo expresado en los precedentes de "Salazar".-

En efecto. Según nuestra Reglamentación, la interpretación que se establezca mayoritariamente obliga a todos los jueces del Tribunal, aunque no hayan participado en la votación respectiva, y a los jueces inferiores con idéntica competencia material, pero como la infalibilidad de los jueces es un mito, no deben permanecer aferrados a todas o cada una de sus doctrinas.-

Si el Más Alto Tribunal de la Nación viene diciendo que sus pronunciamientos sólo deciden el caso y no obligan sino en él (ver Corte Suprema, Fallos: 16, 364), magüer los jueces inferiores tengan el deber moral de conformar sus decisiones en casos similares, sobre la base de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y la necesidad de evitar recursos inútiles, sin que ello les impida apreciar los casos con su personal criterio y apartarse de ellas cuando, a su juicio, no sean conformes a los preceptos claros del derecho, ya que ningún tribunal es infalible y no faltan precedentes en los que aquellos han vuelto contra resoluciones anteriores en casos análogos (ver Corte Suprema, Fallos idem ant.); no se me ocurriría imponer como obligatoria una doctrina que en el caso se aparta de los precedentes de la Suprema Corte.-

Por lo demás, la Corte Suprema, cuyas decisiones son finales y sus pronunciamientos sí se hallan en una situación de singular privilegio institucional (cfr. Sagués "Recurso Extraordinario. Astrea.Bs.As. 1989. I pag 180), tampoco expresa tenerla (cfr. Fallos 302:980), refiriendo que si sus sentencias impusieran dependencia más allá de los procesos en que se

dictaran equivaldrían, cuando interpretaran leyes, a la ley misma, y cuando interpretaran a la Constitución, a esta última.-

Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: no bien la sentencia judicial fuese dotada de la imperatividad general, impersonal y objetiva resultaría provista, por ese solo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley.-

La diferencia existente entre las normas constitucionales y legales, y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse por alta que sea la jerarquía institucional, moral y científica de un tribunal.-

Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias, en su momento dictadas para resolver otros casos concretos (conc. S.C.B.A. 29/09/92 en La Ley 1993-A-397).-

El Reglamento, al imponer la obligatoriedad mencionada por el doctor Ursi aparece como una disposición superconstitucional que colisiona el principio republicano de la división de poderes, menoscaba el orden de prelación de las leyes (arts. 1, 5, 18 y 31 de la Constitución Nacional) e imposibilita el Servicio requerido en el artículo 8º incisos 1º y 2º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, por las que se pretende que un tribunal independiente no tenga, como tal, condicionamientos como el que resulta de la misma (conc. Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino". Tea. Bs.As. 1963. To. I pag 139 y siguientes), o lo que es igual, que no se le imponga ninguna forma determinada de entender la ley.-

Por ello, siempre fui de la idea que la interpretación resultante del acuerdo de todos los jueces, resultaba aplicable para nosotros a los casos pendientes, sin mengua de la independencia de los demás jueces, obligados sí a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle en legal forma, respetando los derechos de las partes.-

Pero como el doctor Ursi ha mencionado la expresión "obligatoriedad" para referirse a la cuestión, estimo necesario agregar, como en la causa número 405, correspondiente a nuestro Registro, las siguientes consideraciones:

Por supuesto que las decisiones de los más Altos Tribunales no sirven sólo para resolver el caso sometido a examen sino para suministrarlos o recordarnos nuestros propios criterios que necesariamente van a influir en la solución de los casos análogos que se presenten en el futuro, donde es factible que reproduzcamos fórmulas o principios antes enunciados, unificando la interpretación de la ley, tras los fallos contradictorios existentes en las Salas.-

En otras palabras, como suelen decir los españoles, sentemos jurisprudencia, suministrando seguridad jurídica en la aplicación de la ley, a través de sentencias cuya fuerza deriva "non ratiōne imperii", sino de su autoridad y argumentación, que toma como punto de partida el principio de

que los jueces se encuentran sometidos únicamente a la ley, y sin que tal cosa pueda entenderse como un permiso para desvincularse arbitrariamente de anteriores decisiones.-

Precisamente, la justificación del cambio constituye la garantía de la necesaria seguridad jurídica (conc. sentencia del Superior Tribunal Constitucional Español del 21 de mayo de 1984).-

Por tanto, como servidor de la Constitución y de la Ley, que juré cumplir y hacer respetar, en nombre de las cuales hablo, y de las cuales extraigo únicamente la fuerza de las sentencias, doy respuesta positiva al interrogante planteado, en atención a las siguientes razones:

Desde el punto de vista jurídico las relaciones que el artículo 24 del Código Penal establece entre la prisión preventiva y las demás especies de pena no constituyen un mero régimen de contraprestaciones para quienes padecieron encierro sin pena sino que implanta un verdadero sistema de equivalencias.-

De modo que así como, en su caso, la prisión preventiva es tenida por pena a los fines del artículo 13 a pesar de no haberse aplicado el tratamiento respectivo, también es considerada como tal con vistas al art. 50, ambos del Código Penal, no siendo viable discurrir entre ambas instituciones, y de allí que la que se tiene por compurgada con la prisión preventiva sufrida es considerada como tal a los efectos del artículo 50 citado.-

El sistema de reincidencia real adoptado por nuestro Código, recepta la situación de quien sufrió prisión preventiva en relación al hecho anterior, pues es evidente que ha mediado un efectivo cumplimiento de la pena.-

A los efectos de la reincidencia, no se requiere que la condena anterior se hubiese cumplido mediante un determinado lapso temporal en calidad de penado, habiendo señalado, entre otros fundamentos, que la ley establece (art. 50 citado) que el cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad es suficiente condición para la ulterior reincidencia; superándose así el criterio de la reincidencia ficta, pero restringiendo el de reincidencia real al mero cumplimiento parcial indicado. Y a ello no obstan ni la realidad jurídica de nuestro régimen adaptador progresivo ni el fundamento del criterio real de la institución bajo análisis (cfr. S.C.B.A. P.37.824, 42.238, 42.285, 51.362, 54.694, 50.592, 52.851 , 82.596, 83.234 y 83.891 entre otros).  
ASÍ LO VOTO.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Piombo dijo:

Por las mismas razones que expresara en la sentencia en revisión, a las cuales me remito en honor a la brevedad, voto, consecuentemente, por la consagración del criterio de la equivalencia.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Mancini dijo:

Como advierto que en esta nueva convocatoria se ha viabilizado la alternativa de recurrir, por el camino de la remisión argumental, a la

anteriormente realizada sobre la misma cuestión, así entonces, sobre el punto central, sólo debo decir que adhiero por sus fundamentos al voto del Sr. Juez Dr. Mahiques quien remite a la posición que ya expusiera él mismo la vez anterior.-

En orden a lo que ha dado en llamarse, no sin algún grado de imprecisión, obligatoriedad de los fallos plenarios, parece oportuna una muy breve acotación.-

Lo resuelto en fallos plenarios no tiene, en la provincia de Buenos Aires, -sobra decirlo- jerarquía de ley.-

Quien vota en el segundo término de esta convocatoria se encarga de recordar los conocidos argumentos que desde antaño sustentan lo predicho. Por mi parte, sigo pensando en igual sentido.-

No obstante ello, cabe una puntualización.-

Dicha fuerza de ley en sentido formal de la que carecen los plenarios, tampoco emerge por el sólo hecho de que aquél a quien quiera oponérsela fuere uno de los firmantes de tales acuerdos plenarios.-

Sin embargo, el inexorable respeto que los que subscriben un plenario deben a la decisión final -salvedad hecha del caso bien señalado por el Sr. Juez Dr. Ursi- nace de la esencia misma del acto al que se concurre como firmante a la espera de un resultado sobre un asunto polémico.-

Si de otro modo fuere, carecería de todo sentido la realización misma del plenario, puesto que la lógica más elemental evidencia lo inocuo que significaría convocar a un acuerdo de cuyo resultado podrían desinteresarse los propios convocados. Reitero, la lógica más elemental mostraría que en ese caso lo razonable sería que, sin acuerdo plenario ninguno, los jueces siguieran votando en sus salas del modo en que lo entiendan pertinente.-

No se trata de una pirámide "kelseniana" sobre la validez, sino -mucho antes que eso- de la misma entelequia del acto al que se recurre para la solución de un diferendo.-

Y si alguien enarbolará la bandera de la autonomía "decisional" de los magistrados bastaría con recordar que no hay mayor ejercicio de la libertad que la autolimitación -libre, claro está- de la misma. Eso, y no otra cosa, es lo que ocurre cuando los jueces aceptan ingresar a un acuerdo plenario.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Celesia dijo:

La coerción padecida durante el proceso no debe considerarse cumplimiento de pena a los fines del art. 50 del C.P.-

La prisión preventiva no es pena y la compensación prevista a favor del imputado por el art. 24 del C.P no podría emplearse luego en su contra para sostener que a los efectos de la reincidencia también "cumplió pena" quién se vio privado de su libertad en virtud de una medida cautelar.-

Aún desde el sentido más literal del art. 50 del C.P que se refiere a "pena" y "condena" parece evidente que para que haya reincidencia se requiere que quién recae en el delito haya sufrido encierro carcelario luego de la sentencia firme -con independencia de si fue sometido o no a régimen de resocialización- y no cualquier otro padecimiento previo a ésta y que sólo en virtud de una ficción legal - que ni siquiera logra alterar la especificidad del art. 5 del C.P respecto de cada clase de pena- puede sustentarse que la sanción impuesta se tenga por compurgada a pesar de que en la realidad no se haya "cumplido pena".-

Con la reforma de la ley 23.057 nuestro código recepta el sistema de reincidencia real que, según lo señalara Carrara, se funda en el fracaso del fin preventivo especial de la anterior pena padecida por el sujeto -finalidad en la que el tratamiento carcelario es sólo un aspecto- y, en ese sentido, excluye la posibilidad de declararla cuando sólo concurre alguna medida procesal que ontológicamente no reviste carácter punitivo.-

La ley exige que quién recae en el delito haya "cumplido pena" efectivamente, tal como decía el proyecto del Poder Ejecutivo y lo anticipara el Senador De La Rúa en la sesión del 15/2/84 -Diario de Sesiones del Senado de la Nación, pág. 578- al señalar que "...debe quedar en claro que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia...", todo ello en la inteligencia que como lo expresara nuestra Corte de Justicia de la Nación y lo receptara el voto mayoritario en el Plenario "Guzmán Miguel F" del 8/8/89 de la C.N.C. Y C. de la Capital Federal "...el instituto se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quién, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito..." interesando en este aspecto "...que el autor haya experimentado el encierro que importa condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce..." (causa "Gomez Dávalos, Sinforiano...", del 16/10/86).-

Si bien la prisión preventiva puede muchas veces implicar encierro carcelario junto a condenados, un mismo régimen de asistencia (arts. 6 y sstes. de la ley 12.256) y aún el reconocimiento de similares derechos y obligaciones (arts. 9 y cctes. de la ley 12.256), resulta en esencia diferente a la pena en cuanto supone distintos presupuestos, persigue diferentes objetivos, es eminentemente provisional, revisable y revocable y recae siempre sobre un sujeto que aún goza del estado de inocencia y de todas las restantes garantías y beneficios de que él se derivan.-

De modo que si bien aquellas similitudes y, en especial, la privación de la libertad padecida, puede justificar que por razones de equidad la ley reconozca en favor del imputado esa limitación de sus derechos permitiendo -según determinadas reglas prefijadas para cada clase de pena- la ulterior extinción total o parcial de la sanción finalmente impuesta; las diferencias existentes y, primordialmente, el sentido preventivo especial que sólo puede poseer la pena, y el estado de culpabilidad que pesa exclusivamente sobre quién ya fue condenado en virtud de una sentencia firme; no permiten que aquella asimilación se extienda a los efectos de la reincidencia

en perjuicio del imputado, en tanto ello importaría agravar la sanción en virtud de un hecho antecedente que no existe sino de un modo ficticio -el cumplimiento de pena- y, con afectación del principio de legalidad, extender analógicamente los alcances de una norma que, como la del art. 50 del C.P., posee claros efectos punitivos.-

Que muchas veces los condenados no reciban tratamiento alguno y que frecuentemente no existan diferencias apreciables respecto de los procesados, no podría utilizarse como fundamento en contra de la solución propiciada, puesto que, sin perjuicio de que el tratamiento carcelario no sea un presupuesto contemplado por la ley para la declaración de reincidencia, el defectuoso cumplimiento o la directa inobservancia de las normas penitenciarias por parte del Estado no podría erigirse en criterio interpretativo de la ley y mucho menos si a partir del mismo se pretende generalizar los alcances de una norma punitiva so pretexto de garantizar la igualdad.-

Del mismo modo, la extinción de pena en virtud del tiempo transcurrido en libertad condicional tampoco permitía la declaración que se cuestiona, en cuanto ello importaría alterar el fundamento real del instituto, que en el actual sistema requiere el efectivo padecimiento de encierro carcelario en condición de penado.-

La prisión preventiva es la privación de la libertad sufrida durante el curso del proceso, una medida asegurativa de naturaleza cautelar que tiene como finalidad la aplicación del derecho sustantivo, que es la razón de ser del proceso para lo cual se requiere no solo la presencia del imputado en los actos del procedimiento que conforman el juicio previo como garantía constitucional, sino la posibilidad de la aplicación eventual de la pena y su cumplimiento por el condenado.-

Parece evidente en este último sentido que la prisión preventiva es el medio utilizado para asegurar el cumplimiento de la pena, lo cual impide confundirla con la pena cumplida efectivamente desde que aquella es anterior a la condena y la pena solo puede ser cumplida a partir de la existencia de una sentencia firme.-

En el proceso de sanción del C. Penal no aparecen interpretaciones divergentes sobre la justicia de la norma del art. 24 que, en la opinión de Jorge De La Rúa, al no implicar una forma de cumplimiento de la pena ni de compensar una prisión injusta, encuentra su razón en una cuestión de suficiencia de la represión que en virtud de la grave afectación de sus bienes sufrida por el imputado, da lugar al ser condenado a una disminución de la pena de la sentencia mediante el cómputo a los fines de su cumplimiento del término de la prisión preventiva.-

La regla del art. 24 del C. Penal configura un reconocimiento en el cómputo del cumplimiento efectivo de la pena, en razón de la suficiencia de la coerción ejercida durante el proceso, que indudablemente beneficia al condenado que sufrió prisión preventiva, (sin favorecerlo respecto del que no la sufriera), que como tal, no podría luego ser utilizado, para perjudicarlo en la consideración de su reincidencia.-

Voto, en consecuencia, por la negativa.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Natiello dijo:

Que por los fundamentos expuestos en el pronunciamiento plenario del 23 de marzo de 2004, a los que brevitatis causae me remito, habré de votar por la afirmativa.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Violini dijo:

Considero que existen importantes razones para considerar inconstitucional no sólo el voto de la mayoría en el plenario en trato sino también la obligatoriedad de los fallos plenarios.-

I. En efecto, la premisa que subyace a nuestro sistema constitucional de corte republicano es la división de poderes (art. 5 de la Constitución nacional). En función de ello, nuestro más Alto Tribunal ha explicado que "La inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan y con ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente, para evitar la frustración de los objetivos de la norma" (CSJN, 26-10-1999, "Dryndak, Víctor Hugo"). Correlativamente, también se sostuvo que "no compete a los jueces (...) pronunciarse sobre el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas" (CS, 2-3-1999, "Municipalidad de Avellaneda c/ ENTel"; en el mismo sentido, CS, 17-3-1998, "Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda"). También ha sostenido el más Alto Tribunal Nacional que "la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (...) así como que los jueces no deben sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa G.666.XXXVI, "Gregorchuk, Ricardo, del 3 de diciembre de 2002).-

En función de ello, forzoso es traer a colación las explicaciones brindadas por los miembros de la Excma. Sala II de este Tribunal en un pronunciamiento anterior al mencionado fallo plenario, en el que se subrayó el hecho de que "con la reforma de la ley 23.057 nuestro código recepta el sistema de reincidencia real (...). La ley exige que quién recae en el delito haya "cumplido pena" efectivamente, tal como decía el proyecto del Poder Ejecutivo y lo anticipara el Senador De La Rúa en la sesión del 15/2/84 — Diario de Sesiones del Senado de la Nación, pág. 578- al señalar que "...debe quedar en claro que no debe computarse la prisión preventiva como parte de la pena, es decir, como pena efectivamente cumplida, a los efectos de la reincidencia..."(Sala II, causa N° 1832 "Peteniche, Juan Carlos", del 11-9-01).-

De la conjunción de los precedentes señalados resulta que, en rigor de verdad, el plenario materia de análisis no podría ser aplicado en esta sede puesto que no ha expresado argumentalmente los motivos por los cuales resuelve en contra de la voluntad expresa del legislador, desde que no es

competencia del Juzgador apartarse de sus disposiciones a 0 menos que se las declare inconstitucionales, circunstancia que obviamente no se ha verificado en el plenario de autos.-

Vale decir, que este plenario al haber extendido el ámbito de aplicación de la norma a un supuesto que expresamente la voluntad del legislador pretendía dejar fuera de su ámbito, ha invadido esferas propias del poder legislativo, violentando de este modo la división de poderes consagrada constitucionalmente (arts. 5 y 75 inc. 12º de la Constitución Nacional), pues en última instancia, siendo unívoca la voluntad del legislador y discrecionales las razones de conveniencia, oportunidad o política criminal que sustentaron la sanción de la norma no resulta posible, salvo expresa declaración de inconstitucionalidad, el apartamiento del texto de la ley con sustento en una mera discrepancia de criterio con el legislador.-

En este sentido, y por aplicación, además, del principio de legalidad estricta en materia penal, considero que la alusión al cumplimiento total o parcial de "pena" a que alude el art. 50 del código penal no es pasible de ser equiparado analógicamente al encierro cautelar que supone la prisión preventiva.-

Es que no parece un buen argumento aquel donde se postula que la aplicación del tiempo cursado en prisión preventiva tiene efectos para alcanzar la libertad condicional (art. 13 C.P.), lo que habilitaría una suerte de "analogía" entre ese instituto y el de la reincidencia, a fin de tornar procedente su declaración cuando sólo ha mediado prisión preventiva.-

Ello así, pues más allá de que ello importaría una analogía "in malam partem" vedada en el ordenamiento penal, lo cierto es que la eventual igualación que produce la normativa propende a otorgar un mínimo de justicia, toda vez que si el Estado tuvo privado de su libertad a una persona sin condena, cuando su sanción queda firme corresponde contabilizar ese tiempo como cumplido para la pena impuesta y consecuentemente para los beneficios que puedan acortarla.-

Que una forma de encierro pueda computarse como otra, no reporta ninguna equivalencia de institutos que por otra parte, tiene una clara diversidad de fines: la prisión preventiva es una sanción procesal que protege la continuidad del proceso contra eventuales obstrucciones del imputado;; la pena, sanciona una conducta disvalorada penalmente e imputable a una persona.-

En definitiva, lo que el legislador quiere atenuar (la inseguridad jurídica que reporta la extensión de la prisión preventiva) mediante el beneficio comentado, no debe agravarse por vía jurisprudencial (otorgar carácter de cumplimiento de pena al encierro cumplido en prisión preventiva). Lo dicho, sin perjuicio de que igualar pena y prisión preventiva a los efectos de la reincidencia, desdibuja una diferencia que debiera tener carácter sustancial entre los dispositivos de coerción y la sanción de prisión.-

Por lo demás, considero que no aparece como necesariamente cierta la afirmación sentada en el plenario en punto a la injusticia que supondría el

tratamiento "igualitario" de "primarios y profesionales del delito", desde que esa diferencia en las circunstancias personales del autor puede reflejarse en el proceso mensurador de la escala penal (arts. 40 y 41 del CP). De hecho, si el legislador ha introducido expresamente el parámetro en la ley de fondo ("condenas"), ello indica claramente que se ha reconocido la existencia de tres situaciones distintas: la de los primarios, la de quienes poseen antecedentes condenatorios pese a no haber cumplido pena, lo que habilita la imposición de un monto de pena mayor dentro de la escala, y la de quienes, además de poseer esos antecedentes, han cumplido "pena" en sentido estricto, lo que además habilita la declaración de reincidencia.-

En este último aspecto, siendo que la pena privativa de libertad afecta la libertad ambulatoria del penado, el tiempo que éste permanece en libertad condicional constituye cumplimiento de pena atento a que la condición del inciso 1º del art. 13 C.P. implica restricción de la libertad aunque, claro, con menor intensidad respecto del encierro.-

II. Entiendo que las doctrinas plenarios pueden resultar convenientes a los efectos de la unificación de la interpretación jurisprudencial y de la consecuente salvaguarda de la garantía de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional), en el sentido de que las situaciones análogas deben resolverse de manera análoga.-

Pero por respeto al Principio de Legalidad estricta la obligatoriedad de los fallos plenarios resulta inconstitucional desde que el Juez está obligado a fallar conforme a la ley y a su propio criterio pero no está obligado a aplicar la jurisprudencia. Y, precisamente por ello, cuando la doctrina plenaria se opone a su razonada convicción, la misma no puede ser aplicada automáticamente bajo el argumento de su obligatoriedad.-

Si la jurisprudencia plenaria es vinculante ello la equipararía en sus efectos a una ley. Por ejemplo, aplicarse a su respecto el principio de ley penal más benigna (art. 2 C.P.). Actitud que no he observado en ninguno de mis colegas precisamente porque sólo la ley es imperativa. No un plenario.-

Por otro lado, este Tribunal de Casación Penal no es el máximo Tribunal en la materia en esta provincia. Al menos mientras la Suprema Corte de Justicia conserve competencia casatoria como le atribuye el art. 494 C.P.P.-

Por lo tanto, un acuerdo plenario obligatorio deviene superfluo e innecesario desde que el Superior Tribunal provincial tiene competencia para dejarlo sin efecto anulando todos los fines unificatorios que justificaron su pronunciamiento.-

Con estas aclaraciones adhiero al voto del Dr. Ursi y a la observación efectuada por el Dr. Borinsky en cuanto al sorteo practicado.-

A la única cuestión planteada el señor Juez doctor Sal Llangués dijo:

La cuestión ha decidir en la presente convocatoria a plenario presenta sustancial coincidencia con la ventilada en la sentencia del 23 de marzo de 2004, en la que me he pronunciado, motivo por el cual doy por

reproducidos, en lo pertinente, los fundamentos allí expuestos por razones de brevedad, y por dichas razones adhiero al voto del Dr. Mahiques.-  
Así lo voto.-

Con lo que se terminó el Acuerdo Plenario y vista la forma como ha quedado resuelta la cuestión planteada, el Tribunal de Casación Penal, por mayoría, RESUELVE, que:

El tiempo de encierro que sufra una persona en carácter de prisión preventiva, no puede ser considerado como cumplimiento parcial de pena a los efectos de fundar una declaración de reincidencia, en los términos del artículo 50 del Código Penal

Regístrese en el Libro de Acuerdos Plenarios, notifíquese y, oportunamente archívese.//-

Fdo.: CARLOS ALBERTO MAHIQUES - JUAN CARLOS URSI - RICARDO BORINSKY - HORACIO DANIEL PIOMBO - FERNANDO LUIS MARIA MANCINI - JORGE HUGO CELESIA - CARLOS ANGEL NATIELLO - VICTOR HORACIO VIOLINI - BENJAMÍN RAMON MARÍA SAL LLARGUES

Ante mí: Daniel Aníbal Sureda