

REGISTRO N° 19911

///la ciudad de Buenos Aires, a los 8 días del mes de mayo del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente, y las doctoras Ana M. Figueroa y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 13.401** caratulada: "**Argañaraz, Pablo Ezequiel s/recurso de casación**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, el doctor Augusto Javier De Luca y la Defensora Pública Oficial, doctora Laura Beatriz Pollastri.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término la doctora Figueroa y en segundo y tercer lugar los doctores Slokar y Ledesma, respectivamente.

La señora jueza doctora **Ana M. Figueroa** dijo:

-I-

1°) Que el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 de esta ciudad, con fecha 7 de octubre de 2010, resolvió: "*I. RECHAZAR los planteos formulados por la defensa del condenado PABLO EZEQUIEL ARGAÑARAZ en torno a la aplicación de la ley 24.390 y la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. ...*" (fs. 478/481 vta.).

2°) Que contra dicha resolución el Defensor Público Oficial Ad Hoc, Dr. Pablo Antonio Matkovic, dedujo recurso de casación a fs. 510/519, el que fue concedido a fs. 520 y mantenido en esta instancia a fs. 533.

3°) El recurrente invocó el motivo previsto en el inciso 2° del artículo 456 del Código Procesal Penal de la

Nación. En tal sentido alegó la inobservancia de la ley sustantiva y arbitrariedad de la resolución atacada.

En primer lugar señaló que el juez de ejecución ha emitido una resolución desfavorable y sin el sustento necesario para calificarla como acto jurisdiccional válido, a partir de la errónea fundamentación que contiene. Sostuvo que el lapso reclamado no debe computarse con lo normado por el artículo 7 de la ley 24.390.

Consideró que el magistrado no se encuentra habilitado para modificar un cómputo de pena donde el tribunal sentenciante, al aprobarlo, ha adoptado un criterio en cuanto al modo de efectuar la operación habiendo sido ella notificada a las partes, sin que se efectúen observaciones al respecto.

Agregó que la resolución recurrida establece que el juez de ejecución sí puede intervenir en la subsanación del cómputo de pena en el caso de simples errores materiales o aritméticos, en virtud de lo previsto en el inciso 3° del artículo 493 del Código Procesal Penal de la Nación.

Manifestó que al momento de confeccionarse el cómputo de pena, el Tribunal Oral en lo Criminal aplicó las previsiones de la ley 24.390, no habiendo contabilizado la totalidad del período que el nombrado permaneció privado de su libertad en prisión preventiva para los dos procesos que tramitaron ante ese órgano y que posteriormente fueron unificados.

Señaló que el planteo es claramente una incidencia de ejecución y corresponde que sea resuelta por el tribunal encargado de controlar el cumplimiento de la sanción.

En segundo término, indicó que se ha omitido computar el tiempo de prisión preventiva -que superó el lapso de dos años- respecto de la causa 1329, esto es el período comprendido entre el 28 de marzo de 2001 y el 16 de octubre de 2002, fecha del fallo condenatorio del Tribunal Oral en lo Criminal nº 5 en el que se le impuso la pena única de veinticinco años de prisión.

En tercer lugar, no comparte el rechazo de la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y la

imposibilidad de inclusión de su defendido en el instituto de la libertad condicional.

Sostuvo que el juez de ejecución entendió que Argañaraz es reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal y por ello no está en condiciones de ser incorporado al régimen solicitado, pese a la afirmación del *quo* en punto a que se encuentra habilitado para optar por otras formas de cumplimiento de pena, que exceden el puro encierro y se le permite cumplir con la finalidad resocializadora.

Indicó que los vicios expuestos perjudicaban el adecuado servicio de justicia, la garantía del debido proceso, el derecho de defensa y el principio *non bis in idem*.

En apoyo a su postura invocó doctrina nacional y jurisprudencia, que si bien reconoce son mayoritariamente acordes con el instituto de la reincidencia, argumenta su oposición y sostiene que los jueces no están obligados a mantenerla.

En definitiva, el impugnante solicitó la anulación de la resolución recurrida, la declaración de la aplicación de la ley 24.390 y la confección de un nuevo cómputo de pena, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y la concesión de la libertad condicional a Pablo Ezequiel Argañaraz.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

4°) Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos por los artículos 465, primera parte y 466 del ordenamiento ritual, la Defensora Pública Oficial se presentó y amplió los fundamentos del recurso enunciando sin fundar, sosteniendo que la sentencia recurrida deviene arbitraria por falta de fundamentación suficiente (fs. 536/537).

5°) Con fecha 21 de marzo del corriente año se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el artículo 468 del C.P.P.N., quedando las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

-II-

Que del estudio de las presentes actuaciones se advierte, una cuestión adicional, no planteada por las partes, pero que por resultar más beneficiosa para la situación del imputado, debe ser abordada en forma prioritaria. Cabe recordar que este Tribunal ha sido revestido de las más amplias facultades destinadas a velar por una correcta aplicación de la ley penal, cumpliendo el mandato constitucional de afianzar la justicia, por lo que no puede desconocerse entre sus atribuciones, el ejercicio del debido contralor de aquellos actos jurisdiccionales, de cuya mera compulsión surja con toda evidencia la comisión de un error judicial en perjuicio del imputado.

Que conforme se desprende de la copia del cómputo efectuada en la causa nº 936 del 7 de marzo de 2008 por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 22 (fs. 296/vta.), en virtud del reenvío ordenado por esta misma Sala II el 7 de noviembre de 2007 en la causa nº 4409 "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/recurso de casación" (reg.10856), al considerarse el período de detención que excedía los 2 años de prisión preventiva conforme la ley 24.390, se tomó el lapso comprendido entre el 20 de septiembre de 2000 y el 28 de marzo de 2001, fecha en que -según el tribunal- adquirió firmeza la sentencia dictada el 31 de agosto de 2000 por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 5.

Ahora bien, si bien eso es cierto de acuerdo a lo establecido en el Plenario nº 8 "Agüero, Irma Delia s/recurso de inaplicabilidad de ley" (rto. el 12/6/2002) de esta Cámara, en el que se estableció que *"se considera firme la sentencia cuando este Tribunal declara inadmisibile al recurso extraordinario federal"*, no es menos cierto que con posterioridad, el 11 de abril de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo 0.51. XXXIX *"Recurso de hecho Olariaga, Marcelo Andrés s/robo calificado -causa nº 34/2002-* "en el que se estableció que la sentencia adquiere firmeza cuando se agotan las vías recursivas locales, en el caso sometido a análisis, sucedió el 13 de noviembre de 2001,

con el rechazo del recurso de hecho deducido contra la decisión de esta Sala II que declaró inadmisibile el recurso extraordinario deducido por la defensa de Argañaraz (A.602 XXXVII. Recurso de Hecho. "Argañaraz, Pablo Ezequiel y otros s/robo calificado por el uso de armas reiterado, etc -causa N°936-").

Siendo ello así, el cómputo de fs. 296/vta. efectuado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 22 resulta equivocado y debe ser modificado en el sentido indicado.

Ahora bien, dado que justamente éste cómputo es tomado como base por la señora Defensora Pública Oficial a fs. 444/445 vta. para solicitar que se compute también doble en los términos de la ley 24.390, el período comprendido entre el 28 de marzo de 2001 y el 16 de octubre de 2002, solicitud que fue rechazada por el Juzgado de Ejecución Penal n° 3 y que es justamente la decisión que ahora se recurre, estimo que para avanzar en la resolución del recurso, debe partirse de la modificación apuntada.

-III-

Despejada la cuestión anterior, habré de tratar aquí el agravio de la defensa, referido al rechazo de la pretendida modificación del cómputo de vencimiento de pena por aplicación de la ley 24.390, aclarando que en virtud de lo postulado en el punto anterior, tomaré como período de análisis de la pretensión defensiva, el comprendido entre el 13 de noviembre del 2001 y el 16 de octubre de 2002.

Al respecto cabe recordar cuanto ha sostenido esta Cámara en las causas n° 3162 caratulada "Portillo, Franco Alfredo s/recurso de casación" (reg. 326/01, del 29/5/01) y causa n° 5663 "G., C. E. s/recurso de casación" (reg. 294/05, del 25/04/2005) ambas de la Sala III, en el sentido que "el beneficio del cómputo privilegiado establecido por el artículo 7 de la ley 24.390 -en su redacción originaria- no se extiende a aquellas personas que se encontraran simultáneamente cumpliendo pena impuesta por un pronunciamiento condenatorio

firme y, en un proceso paralelo, prisión preventiva; y ello así por cuanto "desde el momento en el que el tribunal tuvo por probada su culpabilidad y quedó firme dicha resolución, sin duda alguna cesó el estado de incertidumbre que padecía el imputado concebido por el legislador como condición inexcusable para viabilizar el beneficio impetrado".

"A propósito de ello, y con respecto al fin que cumple el artículo 7° de la ley 24.390, señala Solimine que 'el procesado, aún cuando hubiera sido excarcelado en la causa, habría continuado privado de su libertad, como condenado en otras actuaciones. Su situación no merece, entonces, ser compensada en el modo que marca la ley 24.390'".

"'Es cierto que al no resolverse su situación en la causa en trámite se prolonga su estado de incertidumbre angustiante, pero es claro que en rigor su privación de libertad no es imputable a esa circunstancia, sino a la pena que viene cumpliendo. Bien miradas las cosas, en definitiva, como procesado, sufre el mismo padecimiento que soporta todo encausado que transita el juicio en estado de libertad: tolera su persecución penal por más tiempo que el establecido como razonable para concluir el proceso. Y para este supuesto no opera ningún mecanismo de compensación' (Limitación temporal al encarcelamiento preventivo, Ed. Depalma, Buenos Aires 1996, pág. 186)".

Por todo ello, cabe concluir que si bien la prolongación del proceso en una de las sedes, en el caso en el Tribunal Oral en lo Criminal nº 5 en la causa nº 1329, puede haber provocado una situación de incertidumbre para el justiciable, siendo que ella no se tradujo en una privación irrazonable de la libertad -pues el encarcelamiento se debía en forma paralela también a su calidad de condenado en los autos 936 del mismo tribunal-, no corresponde aplicar la ley 24.390 a ese período.

-IV-

Que la cuestión sometida a inspección jurisdiccional

se circunscribe a analizar el agravio constitucional que genera la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los reincidentes (arts. 14 y 50 del CP).

Que sobre la materia me he expedido recientemente en los autos n° 14.721 caratulada "Deheza, Héctor Floro s/ recurso de casación" (reg. n° 19.781, del 3/4/2012), en ese sentido "cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (CSJN Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424)".

"Respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia solo habré de señalar que cuanto he sostenido en oportunidad de expedirme sobre la cuestión aquí introducida, in re causa n° 12.299 'Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación'. Allí concluí que resulta indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al 'test de constitucionalidad y convencionalidad', no resultan írritas o inconstitucionales".

"Hago extensivas similares consideraciones respecto

del planteo de la defensa relativo a la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal en cuanto restringe el acceso a la libertad condicional a aquellos condenados que se han declarado reincidentes, pues, por su íntima relación con las prescripciones del artículo 50 en la cual la norma encuentra su basamento”.

Por ello corresponde postular el rechazo del recurso intentado en lo que a este extremo se refiere.

-V-

Sobre el planteo de arbitrariedad por falta de fundamentación, enunciado contra la sentencia de fecha 7/10/2010 -fs. 478/481-, de su análisis surge que el sentenciante ha expresado de manera suficiente los motivos en los que se funda su decisorio y manifestando la recurrente sólo disconformidad con la argumentación, siendo la misma un acto jurisdiccional válido y rechazando la pretendida arbitrariedad.

En consecuencia, propicio al acuerdo, la modificación del cómputo efectuado por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 22 (cuya copia luce a fs. 296/vta.) en el sentido de computar doble el período de detención que sufrió Pablo Ezequiel Argañaraz entre el 20 de septiembre de 2000 y el 13 de noviembre de 2001, debiendo adecuarse por quien corresponda, las fechas de vencimiento de la pena única oportunamente impuesta y la de caducidad de su registro. Asimismo, respecto de la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y la pretendida arbitrariedad de sentencia por insuficiente fundamentación, propongo el rechazo del recurso planteado por la Sra. Defensora Pública Oficial, con costas.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

1) La censura que aborda el remedio en trato se dirige a cuestionar tanto el rechazo de la pretendida modificación del cómputo del vencimiento de pena por aplicación

de la ley n° 24.390, como el rechazo de la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal.

2) Con relación al planteo primero, comparto las consideraciones efectuadas por la colega del primer voto en el considerando II, en cuanto corresponde modificar el cómputo practicado a fs. 296/vta. en el sentido allí indicado, en virtud de la vinculatoriedad de la doctrina judicial sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Olariaga, Marcelo Andrés s/ causa 35/03", O.300.XL, (rta. el 26/6/2007) y el deber de los tribunales de acatarla derivado de la autoridad institucional del órgano (Fallos: 307:469; 312:2187, entre tantos otros).

En definitiva, surge claro del fallo "Olariaga" que una sentencia no adquiere firmeza sino hasta que el alto tribunal desestima la queja por recurso extraordinario federal denegado.

Por ello, en esa inteligencia, corresponde computar doble el período de detención que sufrió el condenado entre el 20 de septiembre de 2000 y el 13 de noviembre de 2001.

3) Ahora bien; la defensa postuló también que debe contabilizarse doble, en los términos del art. 7 de la ley n° 24.390, el lapso que su defendido permaneció privado de su libertad hasta el 16 de octubre de 2002.

Al efecto, teniendo en cuenta la fecha de comisión de los hechos en la causa n° 936 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 (cfr. fs. 3/5) y en la causa n° 1329 de ese mismo tribunal (cfr. 34/37), la unificación realizada respecto a los procesos que tramitaron en forma paralela, debe incluir todas sus consecuencias, lo que conlleva considerar también el tiempo que estuvo detenido para todos ellos, conforme las reglas de la n° ley 24.390, en la inteligencia de un único juicio.

En efecto: "...[r]esulta claro que cualquier privación de libertad sufrida durante la sustanciación del proceso y antes de la condena es una pena, lo que hace que deba imputarse a la pena impuesta en la sentencia todo el tiempo cronológico de duración de la pena anticipada." (Zaffaroni, E. Raúl, et.

al., "Derecho Penal. Parte General", segunda edición, Ediar, Bs. As., 2002, p. 943).

Mas aún: "En rigor, cuando la prisión preventiva excede el marco de la coacción directa y, por ende, no es legítima, siendo una simple pena sin condena, la agencia judicial no está atada a la regla del art. 24 ni al cómputo que fijaba la ley 24.390 más que como un mínimo, porque el sufrimiento ilegítimo de prisión preventiva no es sólo computable sino también *compensable* en ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena" (*idem*).

Así, en el mismo sentido que se expidió la doctora Ledesma "la unificación de condenas [...] es un caso de concurso real en los que, de no mediar una imposibilidad procesal o de otra índole, los diversos hechos delictivos independientes debieron ser objeto de juzgamiento en el mismo proceso y de una única sentencia condenatoria que impusiera una pena total única, determinada conforme a las reglas de los art. 55 a 57 (cfr. causa n° 6550, sala III, caratulada: "Mencia, Diego Martín s/ recurso de casación", rta. 8 de mayo de 2006, con sus citas).

Es que, además, en estas hipótesis de concurso real o unificación de condenas "[e]l tribunal que impone la pena total puede aplicar su propio criterio dentro de la escala penal que se indica para la pena total en los arts. 55, 56 y 57, sin quedar obligado a respetar como mínimo la pena impuesta por la sentencia anterior, sino que puede unificar condenas imponiendo incluso una pena inferior a aquélla" (Zaffaroni, op. cit., p. 1019, con citas de Jorge De la Rúa y el fallo plenario C.C.C. *in re* "Ramírez").

De tal suerte entiendo que corresponde hacer lugar a la pretensión de la defensa también a este respecto.

4) En orden al agravio relativo al rechazo de la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, en mérito de lo resuelto en la causa n° 14.423 "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación" (reg. n° 19569, rta. el

21/12/11) y sus precedentes -a cuyas consideraciones y fundamentos me remito por razones de brevedad- cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el artículo 14 del mismo cuerpo legal, deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (artículos 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En base a las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde hacer lugar sin costas al recurso en trato, dejar sin efecto la resolución recurrida y, en consecuencia, ordenar la realización de un nuevo cómputo en los términos del art. 7 de la ley n° 24.390, con los alcances indicados en los puntos 2) y 3) precedentes y declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal.

Tal es mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

a. Adhiero a las consideraciones expuestas por los colegas que me anteceden en la votación en punto a que resulta de aplicación al caso la doctrina sentada por nuestro Mas Alto Tribunal en el precedente "Olariaga" (Fallos 330:2626).

b. En lo atinente al planteo articulado por la defensa vinculado a que debió incluirse en el cómputo privilegiado previsto por el artículo 7° de la ley 24.390 el tiempo de detención sufrido en la causa que tramitó ante el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 5 (causa 1329), comparto la solución propuesta por el doctor Slokar en virtud de los lineamientos sentados al votar en la causa 7622 caratulada "Rodas, Carlos Alberto s/ recurso de casación", resuelta el 16 de mayo de 2007, registro 538/07.

En efecto, la cuestión traída a examen es

sustancialmente análoga a la resuelta en la causa 6165 caratulada "Vallejos, Sergio Osvaldo s/ recurso de casación", resuelta el 26 de diciembre de 2005, registro nro. 1169/2005. En dicha oportunidad expresé, en la línea aquí propuesta por el recurrente, que la unificación de condenas es un caso de concurso real en el que, de no mediar una imposibilidad procesal o de otra índole, los diversos hechos delictivos independientes debieron ser objeto de juzgamiento en el mismo proceso y de una única sentencia condenatoria que impusiera una pena total única, determinada conforme a las reglas de los arts. 55 a 57 (cfr. Morosi, Guillermo E.H. y Viera, Mauricio art. 54 a 58, coautores, Código Penal, comentado y anotado, Parte General Tomo I, Parte General, director Andrés D' Alessio, Ed La Ley, 2005, pág. 625).

De este modo, al aplicar el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 5, el art. 58 del CP (y en consecuencia condenar a Argañaraz a la pena única de veinticinco años de prisión comprensiva de la dictada en esa causa y la pena única de veinticinco años de reclusión impuesta en la causa 1068 del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 22 que a su vez abarcaba la dictada en ella y la pena única de veinticinco años de reclusión aplicada en la causa 936 del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 5, comprensiva de la aplicada allí y de las correspondientes a la causa 1212 del Tribunal Oral de Menores nro. 3 y 675/754 del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 21), la unificación de aquellos procesos que tramitaron en forma paralela debe incluir todas sus consecuencias, lo que conlleva a computar como uno solo el tiempo de detención sufrido por el nombrado en dichos procesos y, en definitiva, aplicar las reglas de la ley 24.390 (art. 7º) en forma ultractiva. Por este motivo, debe computarse el período comprendido entre el 28 de marzo de 2001 y el 16 de octubre de 2002, en el cual el imputado estuvo privado de su libertad en el marco de la causa 1329.

c. En lo atinente al agravio vinculado con la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, adhiero

a la solución propuesta por el doctor Slokar pues, tal como he sostenido al votar como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de San Martín en la causa 649, "Ortiz, J. C. s/tenencia de arma de guerra y material explosivo", resuelta el 3 de mayo de 1999, la reincidencia produce un agravamiento de la condena en violación al principio de culpabilidad (arts. 18 y 19 de la C.N.) y al *ne bis in idem* (arts. 14.7 del P.I.D.C. y P.).

Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación interpuesto por la defensa, **ANULAR** la resolución de fs. 478/481 vta. y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se confeccione un nuevo cómputo de acuerdo a la doctrina aquí establecida; **II. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 14 del Código Penal (arts. 7 de la ley 24.390, 123, 404 inc. 2, 456, 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y cúmplase con la remisión ordenada sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mí: María Jimena Monsalve.